RDF

DERECHO DE FAMILIA

REVISTA INTERDISCIPLINARIA DE DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

Agosto | 2020-IV

JURISPRUDENCIA

DIRECTORAS:
CECILIA P. GROSMAN
AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI
MARISA HERRERA

Thomson Reuters

ISSN 1851-1201

INCLUYE VERSIÓN DIGITAL

ABELEDOPERROT

ISSN: 1851-1201
RNPI: 5074814

Todos los derechos reservados
© **ABELEDOPERROT S.A.**

Dirección, administración y redacción
Tucumán 1471 (C1050AAC)
laley.redaccionjuridica@tr.com

Ventas
CASA CENTRAL
Tucumán 1471 (C1050AAC)
Tel.: (011) 4378-4700 / 0810-266-4444

LOCAL I FACULTAD DE DERECHO - UBA
Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB)
Tel. / Fax: (011) 4806-5106

Atención al cliente: 0810-266-4444
Buenos Aires - Argentina

Hecho el depósito que establece la ley 11.723.
Impreso en la Argentina. Printed in Argentina.

Nota de la Dirección: Las opiniones vertidas en los comentarios firmados son privativas de quienes las emiten.

Se terminó de imprimir en la segunda quincena de julio de 2020, en los talleres gráficos de La Ley S.A.E. e I., Bernardino Rivadavia 130, Avellaneda - Provincia de Buenos Aires, República Argentina

Thomson Reuters

RDF DERECHO DE FAMILIA

REVISTA INTERDISCIPLINARIA DE DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

Fundada por Cecilia P. Grosman, Celina A. Perrot
y María Bacigalupo de Girard en 1989

DIRECTORAS:
CECILIA P. GROSMAN
AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI
MARISA HERRERA

Nora Lloveras
(1955/2019)

Vicedirectora
Ida Scherman

Secretarias de redacción
María Bacigalupo de Girard
Natalia De La Torre

Agosto | 2020-IV

JURISPRUDENCIA

Thomson Reuters

INCLUYE VERSIÓN DIGITAL

ABELEDOPERROT

Legislación y jurisprudencia extranjera
Alicia A. Carnaval, Mariela Gónzalez de Vicel, Javier Muñiz, Ida Scherman

Legislación nacional
Luz M. Pagano

Legislación provincial
Silvia Fernández

Comentarios bibliográficos
Natalia De La Torre

Revista de revistas
Mariel Molina de Juan

Informaciones
Federico Notrica, Martina Salituri Amezcua, Carolina Videtta

Investigaciones
Marisa Herrera

Arte, literatura y derecho de familia
Gabriel Juan - Gustavo Bossert

Bioética
Eleonora Lamm

Volumen de Jurisprudencia
Carolina Bonaparte, Myriam M. Cataldi, Natalia de la Torre, Marisa Herrera, Juan Pablo Ríos, Sabrina Anabel Silva, Fiorella C. Vigo, M. Gabriela Vero

Volumen de Doctrina
María Bacigalupo de Girard
Mercedes Robba

Colaboraciones permanentes
Martín Culaciati, Jorgelina Fernández Leyton, Mariana Iglesias, Rosalía Muñoz Genestoux, María Julia Navas Roggero, Olga Orlandi, Mariana Rodríguez Iturburu, Nieve Rubaja, Leonardo Vittola

Comité consultivo nacional
Jorge Azpiri, Augusto César Belluscio, Gustavo Bossert, Eduardo Cárdenas, Carlos Díaz Usandivaras, Eduardo Fanzolato, Eva Giberti, Catalina Wainerman, Eugenio Raúl Zaffaroni, Eduardo Zannoni

Comité consultivo internacional
José de Castro Biggi (Brasil), Jacques Commaile (Francia), Jacqueline Rubellin Devichi (Francia), Lucette Khaiat (Francia), Eugenio Llamas Pombo (España), Raymundo Macias (México), Jean François Perrin (Suiza), Silvio Rodríguez (Brasil), Jean Pierre Rosenczveig (Francia), Karl August Prinz von Sachsen Gessaphe (Alemania), Marc Zuñiga (México), Encarna Roca Trias (España), Zarraluqui Sánchez Eznarriaga (España), Andrew Bainhaim (Inglaterra), Rainer Frank (Alemania), Stephen Parker (Australia)

Thomson Reuters

ÍNDICE

JURISPRUDENCIA ANOTADA

EXEQUÁTUR
Sentencia extranjera que declara la adopción. Oposición del Ministerio Público. Irregularidades en la concesión de adopciones en México. Fundamento en notas periodísticas no referidas al caso concreto. Interés superior del niño. Alcance del control del orden público 3

La inserción de adopción internacional en el ordenamiento jurídico argentino
María Susana Najurieta 5

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ERROR JUDICIAL
Allanamiento de domicilio ordenado en una investigación para desbaratar una red de tráfico de material por abuso sexual infantil. Traslado de los hijos a un centro asistencial. Permanencia de los niños en el lugar durante más de tres meses. Procedencia de la demanda de daños. Costas. Disidencia parcial 16

La responsabilidad del Estado por actividad judicial: el error judicial y la afectación del interés superior del niño
María Soledad Tagliani 24

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD
Acción de amparo. Protección de personas con discapacidad. Organismo de aplicación de la ley de salud mental. Obligación del estado argentino. Procedencia del recurso 34

El Estado Nacional como garante del derecho a la salud en situación de extrema vulnerabilidad. Un largo camino por recorrer
María Paula Menossi - María Belén Pascuali - Rosalía Muñoz Genestoux 46

EXPULSIÓN DE PERSONA MIGRANTE
Existencia de una condena penal superior a tres años de prisión. Dispensa por razones de reunificación familiar. Facultad discrecional de la Dirección Nacional de Migraciones. Rechazo. Afectaciones al entorno familiar. Arraigo 57

El rechazo a revisar una expulsión automática afecta derechos constitucionales
Martín Fernández Oteiza - Demián Zayat 65

ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA
Designación del Defensor del Niño. Concurso público de oposición y antecedentes. Posibilidad de acceder a los puntos asignados a cada uno de los candidatos. Interés público. Datos sensibles. Respeto de la vida privada de los postulantes. Legitimación. 73

La delgada línea entre lo público y lo privado en el marco del proceso de selección del defensor de derechos del niño, niña y adolescente
Soledad M. Demyda 82

Thomson Reuters

PARIDAD DE GÉNERO
Situación jurídica consolidada con anterioridad al dictado de la ley 27.712 de paridad de género. Inaplicabilidad. Diputados nacionales. Procedimientos para la ocupación de vacantes. Irretroactividad de la ley. Vulneración de la soberanía popular. Diputada suplente. Derecho adquirido. Expectativa de ocupación de una banca. Finalidad de la ley 27.412. Protección de la mujer. Disidencia parcial 89

Paridad en el Congreso y falta de argumentos en la justicia
Natalia Gherardi 105

FERTILIZACIÓN *POST MORTEM*
Utilización de semen criopreservado. Autorización judicial. Contrato de crioconservación de esperma. Derechos personalísimos del causante. Ausencia de consentimiento. Denegación 112

Fertilización *post mortem* y la necesidad de su reglamentación
Paloma González Durán 129

IDENTIDAD DE GÉNERO
Imposibilidad de determinar el motivo de la autopercepción de una persona menor de edad con relación a su identidad de género. Necesidad del grupo familiar de concurrir a terapia psicológica individual. Situaciones de hostilidad del padre respecto a su hijo. Violencia familiar. Medida protectoria de abstención. Planteos sobre el régimen de comunicación, cuidado personal y alimentos. Cuestiones ajenas al proceso de violencia familiar 138

Identidad de género, infancias y violencias
Verónica Spaventa 143

SUPRESIÓN DE APELLIDO
Portación de apellido paterno rechazada genuinamente por el hijo menor de edad. Existencia de justos motivos. Identificación del niño con su familia materna. Desinterés afectivo del progenitor. Derechos de las personas menores de edad. Análisis de las circunstancias del caso. Derecho del niño a ser oído. Integración de la identidad personal. Procedencia 150

Derecho a la identidad: Supresión del apellido por abandono paterno
María Silvina Romero 160

PROTOCOLO DE ABORTOS NO PUNIBLES
Dictamen del Fiscal General. Procedencia parcial de la acción declarativa de inconstitucionalidad. Cuestiones admisibles. Cuestión temporal. Plazo para la realización de la práctica. Vulneración de lo dispuesto por el Código Penal. Sistema de causas y no de tiempos. Exceso reglamentario de órgano incompetente. Facultades del Poder Legislativo 167

ABORTO NO PUNIBLE
Impugnación de la sentencia que rechaza la demanda que pretende que la provincia se abstenga de aplicar el protocolo. Resolución del 93/12 Ministerio de Salud de Córdoba. Recurso extraordinario. Rechazo del remedio federal 175

La dignidad y la salud ante todo. Cuando el acceso a lo esencial sigue siendo motivo de debate
Sofía Pelayo 219

VIOLENCIA DE GÉNERO
Prohibición de acercamiento. Solicitud de levantamiento. Requisitos. Cese de las circunstancias fácticas que motivaron su otorgamiento. Transcurso del tiempo. Convivencia con la víctima. Denunciante embarazada. Rechazo 229

Thomson Reuters

Medidas de protección urgente para mujeres en situación de violencia: Repensar las deudas en los abordajes jurisdiccionales
Lourdes Polo Budzvosky 233

IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD
Legitimación activa del padre. Necesidad del dictado de una sentencia de mérito 239

El rechazo liminar de la demanda y los procesos de familia
Gabriel H. Quadri 243

PRIVACIÓN DEL EJERCICIO DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL
Abuelo que solicita la guarda cautelar de su nieto. Conducta de la progenitora. Rechazo. Causales. Art. 700 del Código Civil y Comercial. Abandono de hijo 252

La privación de la responsabilidad parental en contextos de género
María Soledad Vieites 256

DERECHOS DEL NIÑO
Abogado del niño. Coexistencia con la figura del Ministerio Público. Incompatibilidad. Letrado patrocinante. Incapacidad de la persona menor de edad de celebrar un mandato. Sistema tutelar. Inconstitucionalidad de las resoluciones del MPD Nº 4/2019 y 229/2019 de Tucumán 263

ABOGADO DEL NIÑO
Derecho del niño a ser oído. Adolescente de 17 años. Grado de madurez suficiente. Capacidad progresiva. Voluntad del adolescente. Actuación en conjunto con el Ministerio Público Pupilar. Función representativa del Ministerio Público. Razonabilidad de los actos reglamentarios. Tutela judicial efectiva. Opiniones personales de los jueces 274

De menores a ciudadanxs a medias: el desmontaje de la escena
Vanina Lamberti 297

DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL
Inmueble adquirido en cuotas abonado íntegramente por la mujer. Perspectiva de género. Disidencia 310

Cuestiones sobre la calificación de los bienes en el régimen patrimonial del matrimonio y su relación con el derecho de recompensa
Roberto Malizia 319

PLURIPARENTALIDAD
Padre biológico. Responsabilidad parental compartida. Obligaciones del Estado. Interés superior de la niña. Sentencia sin formato rígido y tradicional 332

ADOPCIÓN PLURIPARENTAL
Inconstitucionalidad del art. 558 del Código Civil y Comercial. Evolución del vínculo y la integración familiar. Derecho del niño a ser oído. Elección del prenombre. Capacidad progresiva del niño. Derecho a la identidad personal. Flexibilidad en la decisión. Otorgamiento 352

Reconocer lo que es: Modelos de familia pluriparentales que existen y exigen aceptación en el plano jurídico y social
César Julio Gómez 362

Thomson Reuters

JURISPRUDENCIA ANOTADA EXTRANJERA

IGUALDAD DE TRATO ENTRE HOMBRES Y MUJERES EN LA SEGURIDAD SOCIAL
Cálculo de las prestaciones. Directiva 2006/54/CE. Igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación. Norma nacional que establece el derecho a un complemento de pensión para las mujeres que hayan tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados y perciban una pensión contributiva por incapacidad permanente. No reconocimiento de este derecho a los hombres que se encuentren en una situación idéntica. Situación comparable. Discriminación directa por razón de género 377

¿Discriminación o igualdad de trato entre hombres y mujeres? El rol del bien jurídico protegido en la protección
Adriana A. Micale 385

NULIDAD DEL MATRIMONIO
Identidad de género. Se deja sin efecto el divorcio 394

Travestismo y error esencial: ¿Quién yerra?
Patricia F. Martin 400

ACTUALIDADES

Actualidad del TEDH 2/2020. Síntesis de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de derecho de familia, persona y bioética
Jorgelina Fernández Leyton - Verónica Gutiérrez Goyochea 411

Región Patagonia
Paula Fredes 439

Thomson Reuters

JURISPRUDENCIA ANOTADA

Thomson Reuters

Thomson Reuters

EXEQUÁTUR

Sentencia extranjera que declara la adopción. Oposición del Ministerio Público. Irregularidades en la concesión de adopciones en México. Fundamento en notas periodísticas no referidas al caso concreto. Interés superior del niño. Alcance del control del orden público.

Con nota de María Susana Najurieta

1. — El rechazo del pedido de la defensora de menores de no reconocer una sentencia extranjera de adopción hasta tanto no se realice una audiencia con los interesados debe ser confirmado, pues los motivos en los que se sustentó el pedido, vinculados con la particular situación que se presentaría en el lugar de origen de la sentencia en materia de adopciones extranjeras, solo encuentran respaldo en la transcripción de notas periodísticas genéricas no referidas al caso particular, que carecen de entidad por sí solas para desvirtuar la legitimidad de la decisión y para formar convicción sobre la configuración de un supuesto de fraude lesivo del orden público que obste a su reconocimiento.

2. — La circunstancia de que quienes fueron declarados padres adoptivos de un niño en México no hubieran solicitado el reconocimiento de esa sentencia con anterioridad no puede constituir indicio suficiente para denegar el pedido ni para suscitar sospechas ciertas sobre la configuración de un supuesto de fraude que impida el reconocimiento de la decisión extranjera, máxime al considerar que el niño, en el caso, cuenta con nacionalidad, pasaporte y documento de identidad argentinos.

3. — En materia de adopciones extranjeras el Cód. Civil y Comercial dispuso el deber de reconocimiento de la sentencia extranjera que la decreta, con el fin de proteger el interés superior del niño y su derecho a la identidad; por lo tanto el control del orden público exigido debe tener en cuenta ese interés superior y los vínculos estrechos del caso con nuestra República.

CS, 24/09/2019. - S., F. A. c. L., C. L. s/ exequátur y reconocimiento de sentencia extr.

[Cita on line: AR/JUR/27951/2019]

Buenos Aires, septiembre 24 de 2019.

Considerando:

1°) Que los actores solicitaron la inscripción de la sentencia extranjera dictada el 18 de diciembre de 2009 por el juez de Familia del Estado de Colima, Estados Unidos Mexicanos, por la que se decretó la adopción plena a su favor respecto del menor de edad V. M. P. C., nacido el 12 de mayo de 2009. Fundaron su derecho en el art. 339 del anterior Cód. Civil y en los arts. 517, 518 y concordantes del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, así como en la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, ratificada por ley 22.921, y en la Convención sobre los Derechos del Niño (fs. 25/27).

Sostuvieron que dicha sentencia —firme y ejecutoriada— fue inscripta en el Registro Civil de Naucalpan de Juárez, Estado de México; que se encuentran viviendo en la República Argentina junto al menor de edad y que el infante cuenta en la actualidad con nacionalidad, documento de identidad y pasaporte argentinos.

2°) Que la Sala M de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil confirmó la decisión de primera instancia que había rechazado el pedido efectuado por la Defensora Pública de Menores con apoyo en la particular situación que se presentaba en el distrito de Colima en materia de adopciones extranjeras, a fin de que —con carácter previo a resolver el asunto— se diera urgente intervención a la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia (SENNAF) y al Consejo de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (CDNNyA) y se fijara una audiencia con los demandantes, pedido al que había adherido el Fiscal.

Con apoyo en el principio de recuperación plena de la jurisdicción y en uso de las facultades instructorias, el *a quo* se expidió sobre el pedido de los demandantes, reconociendo fuerza ejecutoria a la sentencia extranjera de adopción plena del menor de edad V. M. P. O. y ordenando su inscripción por ante el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas (fs. 40 y 62/64).

3°) Que para decidir de ese modo, después de formular variadas consideraciones acerca del trámite preparatorio para el reconocimiento de una sentencia extranjera que culminaba con el *exequátur,* la Cámara precisó que el objetivo que se buscaba con ello apuntaba a convalidar la letra de la sentencia foránea que se había dictado y no a analizar la causa de la obligación, que quedaba reservada a los jueces con competencia en el lugar de la que había emanado, desde que la declaración judicial en materia de exequátur versaba básicamente sobre el cumplimiento de las

Thomson Reuters

previsiones de autenticidad, legalidad y orden público (conf. art. 517 citado).

A partir de tales consideraciones afirmó que ninguno de los recaudos solicitados por la Defensora de Menores eran atendibles, porque no solo partían de una hipótesis genérica (situación particular en materia de adopciones extranjeras) carente de vinculación con el caso en examen, sino que también eran ajenos al ámbito propio de este tipo de procedimiento, por lo que resultaba improcedente la solicitud de medidas sin fundamento concreto alguno más que la sola mención del lugar donde había sido otorgada la adopción (Colima).

En tales condiciones, al no existir más reparos al reconocimiento de la sentencia extranjera que los formulados por el Ministerio Público de la Defensa, que fueron descartados, la alzada concluyó que aquella cumplía con todos los recaudos establecidos en el art. 2° de la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, como también con los requisitos establecidos por el ordenamiento procesal argentino.

Contra dicho pronunciamiento la Defensora Pública de Menores e Incapaces de Cámara dedujo recurso extraordinario que fue concedido a fs. 92.

4°) Que el recurso extraordinario ha sido bien concedido pues se encuentra cuestionada la aplicación e interpretación de normas de naturaleza federal (Convención sobre los Derechos del Niño) y la sentencia definitiva del superior de la causa ha sido contraria a las pretensiones que la apelante funda en ellas (art. 14, inciso 3°, ley 48).

5°) Que el art. 517 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación sujeta el reconocimiento de la fuerza ejecutoria de una sentencia extranjera a que esta "no afecte los principios de orden público del derecho argentino". Por ello, como principio, el examen de compatibilidad propio del *exequátur* no puede llegar al extremo de reeditar todas las cuestiones que ya fueron sometidas a decisión judicial foránea, como tampoco a equiparar aquel control con el propio de una revisión judicial ordinaria.

6°) Que, en función de lo dicho y a la luz de las constancias de la causa, no se advierte que la decisión apelada —en cuanto desestimó el pedido formulado por la defensora de menores— se aparte de lo dispuesto en las normas citadas ni lesione los derechos allí reconocidos. En efecto, de conformidad con lo dictaminado por la señora Defensora General por ante esta Corte, los motivos en que la apelante sustentó dicho pedido, vinculados con la particular situación que se presentaría en el Estado de Colima en materia de adopciones extranjeras, solo encuentran respaldo en la transcripción de notas periodísticas genéricas no referidas al caso particular que, como tales, carecen de entidad por sí solas para desvirtuar la legitimidad de la sentencia extranjera y para formar convicción sobre la configuración de un supuesto de fraude lesivo del orden público que obste al reconocimiento pretendido, como deja traslucir la interesada.

A mayor abundamiento, resulta oportuno recordar que, con el fin de proteger el interés superior del niño y su derecho a la identidad, el Cód. Civ. y Com. de la Nación ha dispuesto en materia de adopciones extranjeras el deber de reconocimiento de la sentencia foránea, destacando —en lo que al caso interesa— que en el control del orden público exigido en estos asuntos debe tenerse en cuenta el interés superior del niño y los vínculos estrechos del caso con la República (art. 2637 del código citado), extremos que no se advierte hayan sido desconocidos por la Cámara.

7°) Que por otra parte, contrariamente a lo afirmado por la recurrente, más allá de las razones que pudieron haber sustentado su conducta, la circunstancia de que los demandantes no hubieran solicitado el reconocimiento de la sentencia con anterioridad no puede constituir indicio suficiente para denegar el pedido en cuestión ni para suscitar sospechas ciertas sobre la configuración en el caso de un supuesto de fraude que impida dicho reconocimiento, máxime frente a la inexistencia —a ese entonces— de una obligación como la derivada del actual art. 2637 del Cód. Civ. y Com. de la Nación y considerando que el menor de edad contaba con nacionalidad, pasaporte y documento de identidad argentinos.

8°) Que, por último, no resulta objetable la postura adoptada por la Cámara que, después de rechazar los agravios de la apelante, decidió sobre la pretensión principal. En efecto, al haber desestimado los únicos motivos invocados por la recurrente como obstativos al reconocimiento de la sentencia, y dado el acotado ámbito de actuación de los jueces en este tipo de procesos, la decisión de expedirse, sin más, sobre el fondo de la cuestión se presenta como una solución compatible con el principio de economía procesal y de tutela judicial efectiva, sin que se advierta como consecuencia de ello un menoscabo evidente a los derechos del debido proceso y de la defensa en juicio ni al interés superior del menor de edad.

Al margen de que la garantía de doble instancia no tiene jerarquía constitucional, salvo cuando las leyes específicamente lo establezcan (conf. Fallos: 318:1711; 323:2357, voto del juez Petracchi, 330:1036 y 338:556), la inexistencia de otras razones que justifiquen un doble examen del asunto tornan razonable la decisión de la Cámara de poner fin a la controversia

Thomson Reuters

y de evitar una dilación del proceso sin un claro beneficio para las partes intervinientes.

Por ello, oído el señor Procurador Fiscal, se declara admisible el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada. Notifíquese y, oportunamente, archívese.— *Carlos F. Rosenkrantz. — Ricardo L. Lorenzetti. — Elena I. Highton de Nolasco. — Juan C. Maqueda. — Horacio Rosatti.*

La inserción de adopción internacional en el ordenamiento jurídico argentino

María Susana Najurieta (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Un caso que refleja los grandes dilemas en torno a la adopción internacional.— III. Luces y sombras de la adopción internacional en el ordenamiento jurídico argentino.— IV. Reflexiones conclusivas.

I. Introducción

El caso resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación que provoca este comentario, fallado el 24 de septiembre de 2019, pone fin a un largo proceso por el cual los padres adoptantes del niño V. M. P. C., nacido en mayo de 2009 y adoptado por los actores mediante sentencia extranjera dictada el 18 de diciembre de 2009 en México, obtuvieron justicia tras un farragoso trámite de exequátur de la sentencia extranjera en la República Argentina. Consideramos especialmente valioso el argumento por el cual el Más Alto Tribunal federal declaró admisible el recurso extraordinario federal (consid. 4º), esto es, la interpretación de derechos fundamentales del niño contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño.

La gran riqueza de esa decisión es haber llevado seguridad jurídica al estado filial de un niño que contaba con diez años al tiempo de la sentencia, pacificando la vida en el seno de esa familia mediante la utilización razonable de las herramientas disponibles en el sistema argentino de derecho internacional privado, que debe estar a la altura de las exigencias de nuestro tiempo en materia de acceso a una solución justa en tiempo útil.

Más allá de esta apreciación general, creemos que la materia discutida en ese caso (el reconocimiento en el país de una adopción internacional pronunciada en el extranjero, respecto de un niño residente habitual de ese país extranjero al tiempo de la adopción, por parte de una pareja domiciliada en la República Argentina) renueva múltiples y complejos dilemas sobre la cuestión del reconocimiento de adopciones extranjeras y de adopciones internacionales en nuestro país **(1)**.

(*) Doctora por la Universidad de Buenos Aires. Profesora titular de Derecho Internacional Privado en la Facultad de Derecho de la UBA. Profesora invitada en universidades nacionales y privadas del país. Autora de "L'adoption internationale des mineurs et les droits de l'enfant", curso publicado en el Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye, t. 374, ps. 201-493. Ex juez de la CNFed. Civ. y Com. con asiento en la Ciudad de Buenos Aires.

(1) Una adopción extranjera es un caso totalmente nacional de ese país extranjero donde se constituyó el lazo filial por adopción. Una adopción internacional (en el sentido relevante para nuestro sistema jurídico) es cuan-

Thomson Reuters

II. Un caso que refleja los grandes dilemas en torno a la adopción internacional

El caso versó sobre una pareja de argentinos, domiciliados en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a quienes se les confirió adopción plena de un niño nacido y residente habitual en Colima, Estados Unidos Mexicanos, el 12 de mayo de 2009. La sentencia había sido dictada por el Juzgado en Materia de Familia de Colima y mencionaba una "constancia de autorización". La pareja promovió un procedimiento de reconocimiento y fuerza ejecutoria ante juez civil de la Ciudad de Buenos Aires en el año 2013, siendo ellos y el niño residentes habituales en esta última ciudad. Se trata, pues, de una adopción internacional en el origen, puesto que tanto el niño a adoptar, por una parte, como los aspirantes a la adopción, por la otra, tenían su residencia habitual en países diferentes al momento en que la adopción fue conferida por el juez de la residencia habitual del niño. Se trató de una adopción internacional "independiente", es decir, no enmarcada en el ámbito de aplicación del Convenio de La Haya de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, que obligaba en ese entonces a México, pero no a la República Argentina **(2)**. Si bien México modificó su Constitución en 2011 para adecuarla a los estándares de protección del niño de la Convención sobre los Derechos del Niño y dictó en diciembre de 2014 la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, lo cierto es que las salvaguardas y resguardos que todo país de origen de los niños debía asegurar en el marco del Convenio de La Haya de 1993 no se aplicaban a las adopciones ajenas al marco convencional en el año 2009, fecha de nacimiento del niño V. M. P. C. en Colima, México.

Desde el punto de vista del ordenamiento jurídico argentino, este tipo de adopciones internacionales constituidas en el extranjero y sometidas a reconocimiento años después de su otorgamiento ante juez argentino (generalmente porque esa familia tiene su residencia habitual en Argentina al tiempo de pedir el exequátur de la sentencia dictada en el extranjero) no constituye una forma de adopción ilícita o irregular. Al tiempo de los hechos no existía ninguna previsión específica (en materia de reconocimiento extraterritorial) contenida en una ley general de adopciones internacionales o en un Código Civil que regulara específicamente el tema. Las decisiones que conferían una adopción en el extranjero (sean adopciones extranjeras o internacionales desde su constitución) recibían un tratamiento similar al de toda sentencia dictada por un tribunal extranjero a la que se pretendía dar fuerza ejecutoria en nuestro país. Al no existir una regulación específica en materia de adopciones conferidas en el extranjero, las partes y los jueces encasillaban la cuestión en un procedimiento de exequátur general **(3)**.

Por lo demás, en el año 2009 las autoridades administrativas argentinas responsables de la protección de niños, niñas y adolescentes no otorgaban certificados de idoneidad ni ha-

do los candidatos a adoptar tienen distinta residencia habitual que el niño o niña a adoptar, y normalmente desde su constitución plantea un problema de desplazamiento del menor de edad del país de su nacimiento al país de la residencia habitual de los adoptantes. Este concepto fue discutido en los trabajos preparatorios del Convenio de La Haya de 1993, en torno al alcance de los términos "intercountry adoption" y "adoption transnationale". Ver Informe explicativo de PARRA ARANGUREN, G. nro. 32/34, www.hcch.net, link "adoption". Tal distinción aparece claramente en el "Rapport sur la reconnaissance transfrontière des adoptions nationales", documento del Conseil sur les Affaires Générales et la Politique de la Conférence, Conférence de La Haye de Droit International Privé, mars 2019.

(2) En el año 1990, la República Argentina formuló una reserva a los incs. b), c), d) y e) del art. 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 2º de la ley 23.849), manifestando que esa disposición no regirá en jurisdicción argentina, por entender que "el país debe contar previamente con un riguroso mecanismo de protección legal del niño en materia de adopción internacional, para impedir su tráfico y venta". Esto ha determinado que nuestro país no se obligara por tratados bilaterales o multilaterales en materia de adopción internacional. Toda modificación total o parcial a esa reserva significaría una modificación a las condiciones de vigencia para nuestro país de un tratado de derechos humanos y, en consecuencia, esa modificación necesitaría ser votada por una mayoría calificada. NAJURIETA, María S., "Una nueva mirada sobre la adopción internacional", RDF 30-79.

(3) Para dar seguridad jurídica a quien ejerce la responsabilidad parental, por temas de documentación y migraciones, para inscripción al entrar en edad escolar y facilidad de los trámites, etcétera.

Thomson Reuters

cían evaluación de aptitud para ser adoptantes respecto de aspirantes domiciliados en la República Argentina que quisieran someterse legítimamente a un derecho extranjero y a un procedimiento legal ante las autoridades competentes de un país extranjero que hubiera evaluado la adopción internacional como una herramienta para satisfacer el interés superior de un niño o niña privado de familia, en el sentido del art. 20 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Indudablemente, en esos supuestos, la evaluación de la concreta situación del niño, su carencia de familia biológica, la imposibilidad de recomponer los lazos con familiares de sangre, su situación en disponibilidad para la adopción (nacional e internacional) y la elección de los mejores aspirantes para asumir las responsabilidades de padres por adopción son tareas que corresponden al Estado de origen de los niños.

Habida cuenta de que la adopción solo puede ser admitida en interés del niño y ello requiere la formación apropiada y la idoneidad psíquica, moral y patrimonial de los aspirantes a la adopción, era muy pertinente que las autoridades administrativas y jurisdiccionales argentinas intervinieran en cooperación con autoridades extranjeras de la residencia habitual del niño, a fin de la elaboración de informes sociales o ambientales o de seguimiento de una adopción que, por hipótesis, iba a ser conferida en el extranjero respecto de un niño oriundo y residente habitual en aquel país.

La insuficiencia del sistema argentino se puso en evidencia en 2010, tras el terrible terremoto que azotó Haití y produjo destrucción masiva de infraestructura, separación de padres/madres e hijos, crisis de agua potable y sanitaria y salida masiva de menores de edad sin supervisión ni control. En esa ocasión, tanto UNICEF, como Cruz Roja Internacional y la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado fijaron como prioridad la localización y la reunión de los niños con su familia biológica y el paradigma de actuación fue no confundir catástrofe y necesidad de evacuación con situación de adoptabilidad **(4)**. En ese tiempo, y a pesar de la debilidad de la ley haitiana en materia de adopciones de niños locales respecto de adoptantes domiciliados en el extranjero, frente a sentencias ya conferidas en el país de origen de los niños, los jueces argentinos ponderaron cada supuesto concreto y tomaron resoluciones humanitarias inspiradas en el interés superior del menor **(5)**.

El caso es que en los años 2008/2009 las autoridades administrativas argentinas no otorgaban certificados de idoneidad a aspirantes domiciliados en la República Argentina que necesitaran satisfacer exigencias impuestas por una razonable legislación extranjera a fin de completar el legajo que los habilitara como adoptantes en el extranjero respecto de un niño o niña residente habitual en ese país y sujeto al sistema de protección de los niños implementado en ese Estado. En los años siguientes (2010 a 2015) tampoco se adoptó esta práctica por parte de las autoridades administrativas argentinas, que veían con disfavor todo lo relacionado con una adopción internacional (conferida en el extranjero) y colocaban a los aspirantes argentinos en inferioridad de condiciones. Algunos aspirantes judicializaron sus respectivos reclamos, que fueron resueltos con diversa suerte por parte de juzgados nacionales y provinciales **(6)**.

Incluso en el año 2012, en ocasión de redactar el Anteproyecto de la gran reforma del derecho privado en la República Argentina, fue propuesto un último párrafo al art. 2635 del Cód. Civ. y Com., que establecía: "Las autoridades administrativas o jurisdiccionales argentinas deben prestar cooperación a las personas con domici-

(4) Fuente: www.unicef.org/spanish/infobycountry/haiti_56554.html?q=printme.

(5) Entre tales casos: Trib. Familia Nº 1 Quilmes, 02/08/2010, asunto "G. S. M. s/ exequátur", cita online: 70066896. Un estado de situación puede verse en NAJURIETA, María S., "El derecho fundamental del niño al reconocimiento de su filiación por adopción más allá de las fronteras", ponencia presentada al XVII Congreso Internacional de Derecho de Familia, Mar del Plata, octubre de 2012.

(6) Puede verse una reseña en RUBAJA, Nieve, comentario a los arts. 2621 a 2642 Cód. Civ. y Com., en HERRERA, M. - CARAMELO, G. - Picasso, S. (dirs.), Código Civil y Comercial de la Nación comentado, Ed. Infojus, Buenos Aires, 2015, t. VI, ps. 358-409, esp. p. 388. En la p. 389, la profesora Nieve Rubaja enuncia las ventajas que puede reportar esta práctica de cooperar mediante la preparación de los legajos de idoneidad y de la supervisión postadoptiva.

Thomson Reuters

lio o residencia habitual en Argentina aspirantes a una adopción a otorgarse en país extranjero, que soliciten informes sociales o ambientales de preparación o de seguimiento de una adopción a conferirse o conferida en el extranjero". Esta disposición fue suprimida del texto final, es decir que no aparece en la sección 6ª, específicamente destinada a la adopción, del cap. 3 del título IV del Libro sexto del Cód. Civ. y Com. Sin embargo, tal conducta de cooperación no es ilícita ni está prohibida por la ley y las pretensiones de los aspirantes reclamantes pueden fundarse directamente en el art. 2611 de este Código, que obliga a los jueces a brindar "amplia cooperación jurisdiccional en materia civil, comercial y laboral" **(7)**.

En suma: en los años 2008/2009, la pareja residente habitual en la República Argentina no hubiera podido contar con una certificación expedida por autoridad pública argentina que hiciera referencia a sus condiciones de aptitud para adoptar un niño o niña oriundo de los Estados Unidos Mexicanos. Sin embargo, el hecho de haber intervenido un tribunal de familia de México, de la jurisdicción que era el lugar de la residencia habitual del niño o niña a ser adoptado, permite presumir la conformidad de ese ordenamiento jurídico, salvo prueba en contrario que, en el caso concreto, hubiera debido revelar conductas en fraude a la ley o de abuso del derecho.

Ciertamente, las maniobras de tráfico de niños con fines de adopción constituyen un flagelo que debe ser combatido no solamente por los países de origen de los niños, sino por los países de recepción de las familias conformadas por esa adopción, que no deben soslayar evidencias de intercambios lucrativos ilegítimos **(8)**. Sin embargo, ver con disfavor toda adopción internacional constituida en el extranjero, o tender un manto de sospecha sobre las acciones de todo un sistema judicial de una región o provincia, sin pruebas concretas, significa castigar a un menor de edad, quien, por hipótesis, ya ha sufrido un doble golpe: el no contar con su familia de sangre, a la que tal vez no haya conocido nunca, y el no poder ser colocado en una familia en su región o, al menos, en su país de origen **(9)**. Este niño o niña no puede ser nuevamente sancionado con la privación de efectos extraterritoriales a su vínculo familiar, a menos que se pruebe concretamente que esa adopción no responde a su mejor interés y que ello lo coloca en riesgo **(10)**.

II.1. Una mirada puramente procesal con relación a la inserción de una adopción internacional en el ordenamiento jurídico argentino

En el procedimiento del exequátur de la sentencia extranjera, el juez de primera instancia dio intervención a la Defensoría Pública de Menores e Incapaces, organismo que solicitó una serie de medidas en forma previa a expedirse sobre el cumplimiento de los recaudos exigibles en el exequátur. Tanto la defensora como el fiscal solicitaron que se les corriera vista una vez obtenido el resultado de las medidas. El juez re-

(7) NAJURIETA, María S., "Los desafíos del derecho a la identidad en el marco de la adopción internacional", en DO AMARAL JR., Alberto - KLEIN VIEIRA, Luciane (coords.), El derecho internacional privado y sus desafíos en la actualidad, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2016, ps. 599-627, especialmente nota 36 de p. 613.

(8) BUREAU PERMANENT DE LA CONFÉRENCE DE LA HAYE, "Note sur les aspects financiers de l'adoption international", documento de junio 2014 (assets.hcch.net/upload/wop/note33fa2015_fr.pdf). En el mismo sentido: "Conclusions et recommandations du groupe de travail sur la prévention des pratiques illicites en matière d'adoption internationale et la manière d'y remédier" (21/23 mayo 2019), www.hcch.net, link "adoption".

(9) NAJURIETA, María S., "L'adoption internationale des mineurs et les droits de l'enfant", Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye, t. 376, p. 222. Es el principio de la doble subsidiariedad, cuyo cumplimiento es exigido fervorosamente por los países de América Central y América Latina. Ver el Seminario "La protección transfronteriza de los niños. El derecho del niño a una familia a través de la preservación familiar, la adopción nacional e internacional", que tuvo lugar en Antigua, Guatemala, del 7 al 8 de septiembre de 2009, www.hcch.net, link "adoption".

(10) Haute Cour d'Angleterre et du pays de Galles (división asuntos familiares), 12/06/2008 (EWHC 1324 Fam). La Corte entendió que el daño inmediato que podía provocar la separación de la niña de la pareja que la había desplazado ilícitamente de Kenya cometiendo un delito no podía compararse con el peligro de dejar a esa pequeña al cuidado de personas inescrupulosas y sin valores morales para la crianza, que podrían causarle un daño perdurable, cuando la niña tuviera edad suficiente para comprender su propia historia. La pequeña había pasado diez meses de convivencia con la pareja imputada de delito.

Thomson Reuters

chazó los planteos de la Defensoría y esta decisión provocó los agravios del organismo, a los que adhirió la Fiscalía de Cámara. El 24 de octubre de 2014, la CNCiv. por su sala M, confirmó la decisión del juez de primera instancia. Para así resolver, estimó que el objetivo limitado del exequátur se centraba en la autenticidad, la legalidad y el control del orden público internacional del país, pero no comportaba un examen de la decisión de fondo, que estaba reservada a los jueces con competencia en el lugar en que se había dictado la sentencia **(11)**. Invocando razones de tutela judicial efectiva, la Cámara utilizó el principio de recuperación plena de la jurisdicción y, tras confirmar el rechazo de las peticiones de la Defensoría, examinó la sentencia dictada en México a la luz de las exigencias del art. 2º de la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, como así también en relación a las exigencias del art. 517 del Cód. Proc. Civ. y Com. Finalmente, reconoció fuerza ejecutoria al fallo del 18 de diciembre de 2009 dictado por el juzgado en materia familiar de Colima y ordenó la inscripción de la adopción plena ante el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas.

La defensora pública de menores e incapaces interpuso recurso extraordinario, que fue declarado parcialmente admisible por el tribunal ordinario superior de la causa. Ello motivó la intervención de la Procuración General ante la CS, que, en su dictamen del 18 de mayo de 2016, opinó que correspondía declarar procedente el recurso federal, dejar sin efecto la sentencia de Cámara y restituir las actuaciones al tribunal de origen para la prosecución del trámite.

En la visión de la Procuración General, dos argumentos configuraban la cuestión federal relevante, a saber: a) la violación del debido proceso, pues la Cámara había resuelto el fondo del asunto (y otorgado el exequátur) en exceso de los términos de la apelación; y b) el desconocimiento de las competencias que las leyes otorgaban al Ministerio Público Fiscal, en cuanto al examen de la compatibilidad de la decisión con el orden público internacional, tal como se desprendía del art. 2º, inc. h, de la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros.

Como surge de la breve descripción de los argumentos, el debate estuvo centrado en los alcances del principio de economía procesal (por el cual se habían desestimado las medidas previas pretendidas por la Defensoría y se había procedido a examinar los recaudos propios del exequátur) y en la compatibilidad de la sentencia extranjera con el orden público internacional argentino, según las exigencias generales de las *disposiciones procesales* en materia de exequátur de sentencias extranjeras.

Este dictamen pone énfasis en la falta de intervención del Ministerio Público y en su papel en el control del orden público internacional. Ciertamente, ese rol era y es preponderante cuando se trata de reconocer una decisión extranjera de adopción y se busca un enfoque centrado en el interés del niño. Sin embargo, en el caso, las herramientas fueron o pretendieron ser utilizadas en forma inapropiada y extemporánea. Considérese que, al tiempo del dictamen, el niño había cumplido nueve años y la relación familiar con sus adoptantes era la experiencia de familia determinante en su vida.

II.2. La sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (una visión integradora de dilemas procesales y sustanciales)

El fundamento de la apertura del recurso extraordinario marca una diferencia de enfoque: "... se encuentra cuestionada la aplicación e interpretación de normas de naturaleza federal (Convención sobre los Derechos del Niño) y la sentencia definitiva del superior de la causa ha sido contraria a las pretensiones que la apelante funda en ellas" (art. 14, inc. 3º, ley 48).

Existían otros fundamentos posibles: la interpretación y aplicación de un tratado internacional (la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de Sentencias y Laudos Extranjeros, aplicable en la especie, pues había sido ratificada por México y por la República Ar-

(11) La idea central expresada es: "... el exequátur no es la vía idónea para obtener la revisión sobre el fondo de la cuestión resuelta por el tribunal extranjero...". Se trata de un argumento frecuente en los procesos de exequátur, dado que el sistema argentino general no homologa ni revisa el fondo de sentencias extranjeras a las que se busca dar fuerza ejecutoria en el país.

Thomson Reuters

gentina), o, tal vez, los defectos en el debido proceso, dado que se había omitido la intervención necesaria del Ministerio Público, custodio del orden público interno e internacional.

Esos otros fundamentos desviaban el centro del problema. En efecto, el primer fundamento consistía en una cuestión de cooperación jurisdiccional general, no específica del reconocimiento y ejecución de adopciones. Ningún tratado internacional vinculaba (y tampoco vincula hoy) a nuestro país en materia de adopción internacional o de adopción extranjera. Ante la ausencia de una norma específica en la fuente convencional, el Más Alto Tribunal federal justificó su posición en una norma de fuente interna, sancionada para funcionar solo en adopciones internacionales, a saber, el art. 2637 del Cód. Civ. y Com.

El segundo fundamento (los defectos en la intervención del organismo que es custodio del orden público) no fue abordado por la CS, que examinó directamente un *orden público sustancial*, en consonancia con la finalidad y con el espíritu del art. 2637 del Cód. Civ. y Com. No se trata de una mera reiteración de la idea general sobre la prohibición de una revisión de fondo, como correspondía a la tradición del exequátur. Se trata de una nueva disposición que enfoca el fenómeno del reconocimiento de adopciones extranjeras e internacionales en su compleja realidad y sustituye el razonamiento previsto en las normas procesales **(12)** (incluso de fuente convencional, como en el caso), pues pone como responsabilidad del juez del reconocimiento un examen calificado que favorece la inserción de la adopción en el ordenamiento jurídico argentino.

Transcribiremos la norma: "Reconocimiento. Una adopción constituida en el extranjero debe ser reconocida en la República cuando haya sido otorgada por los jueces del país del domicilio del adoptado al tiempo de su otorgamiento. También se deben reconocer adopciones conferidas en el país del domicilio del adoptante cuando esa adopción sea susceptible de ser reconocida en el país del domicilio del adoptado. A los efectos del control del orden público se tiene en cuenta el interés superior del niño y los vínculos estrechos del caso con la República".

Se trata de una regla sustancial y federal, pues el enfoque del fenómeno de la inserción de la adopción en el ordenamiento jurídico argentino habla de una política legislativa del Estado federal **(13)** y, por tanto, debe ser uniforme para todo el país. El razonamiento no comporta una revisión de fondo de la sentencia dictada en el país de origen, no es la "homologación" de esa decisión ni la implementación de un sistema de "segundas adopciones". Es una apreciación global de la relación filial que pretende insertarse en el foro, bajo el prisma del orden público internacional que pondera la situación concreta del niño **(14)**.

(12) RUBAJA, Nieve, comentario al art. 2637, ob. cit., p. 396.

(13) El fenómeno del reconocimiento de sentencias y de la circulación de sentencias y decisiones tiene interrelaciones con la jurisdicción internacional y el derecho aplicable y es esencial para realizar el principio de armonía internacional de las decisiones, principio fundamental en el derecho internacional privado. BOGGIANO, Antonio, "Derecho internacional privado en la estructura jurídica del mundo actual", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, 6ª ed., esp. cap. VII, ps. 217-218.

(14) Cuando en la conferencia diplomática que elaboró el Convenio de La Haya de 1993 se discutía la referencia al orden público internacional (como obstáculo al reconocimiento), la delegación de los Estados Unidos de Norteamérica propuso un texto que permitía verificar si el niño había sido sustraído, si los consentimientos a la adopción habían sido dados bajo presión o por un precio y si la colocación respondía al mejor interés del niño (documento de trabajo nro. 142), informe de G. Parra-Aranguren, ob. cit., p. 614. El art. 24 del Convenio de La Haya de 1993 no refleja esas inquietudes: "Solo podrá denegarse el reconocimiento de una adopción en un Estado contratante si dicha adopción es manifiestamente contraria a su orden público, teniendo en cuenta el interés superior del niño". El derecho comparado muestra que puede existir falsificación de documentos, defectos en los consentimientos dados para la adopción, violación a la identidad original del niño, quien pudo haber sido víctima de secuestro y venta. Tal vez lo único conducente sea saber si la adopción estuvo viciada en su origen o en su finalidad, si bien normalmente solo este último delito pone en riesgo la vida del niño. Si ha pasado demasiado tiempo y la vida familiar aparece consolidada, ¿cuál será el mejor interés del niño? En el contexto del caso, puede suceder que la "circulación de la sentencia" permita completar el legajo personal del niño a fin de preservar los elementos de su identidad para que en el futuro pueda reconstruir su historia personal.

Thomson Reuters

Lo particular del caso que se comenta es que no se advierte que las medidas previas peticionadas por la Defensoría condujeran a verificar la realidad concreta del niño. La Corte las desestimó con estos términos: "... (los motivos) solo encuentran respaldo en la transcripción de notas periodísticas genéricas no referidas al caso particular que, como tales, carecen de entidad por sí solas para desvirtuar la legitimidad de la sentencia extranjera y para formar convicción sobre la configuración de un supuesto fraude lesivo del orden público que obste al reconocimiento pretendido..." (consid. 6º, párr. 1º, de la sentencia de la CS).

Por lo demás, pretender una certificación de idoneidad o una autorización para adoptar en el extranjero expedida por una autoridad pública argentina era una petición dilatoria pues la exigencia comprometía una época en que la autoridad administrativa argentina no expedía ese tipo de autorizaciones.

El fallo de la CS establece un lazo entre el paradigma constitucional del interés superior del niño y el "deber de reconocimiento de la sentencia foránea", que advierte en el Código de fondo, es decir, en el art. 2637 del Cód. Civ. y Com. **(15)**. Esta norma no estaba vigente al tiempo de dar comienzo al procedimiento de exequátur, pero sí lo estaba al momento del dictamen de la Procuración General y del fallo de la Corte.

(15) Esta idea respecto de suprimir exigencias del reconocimiento en relaciones de familia aparece en el art. 65 de la ley federal italiana 218 de 1995. BONOMI, A. "Le nouveau système de la reconnaissance et de l'exécution des jugements étrangers en Italie", Revue Critique de Droit International Privé 1997, ps. 372 y ss. Sin embargo, el método descolló cuando fue aplicado por la CEDH en el caso "Wagner J. et autre vs. Luxembourg", 28/06/2007, aplicación nro. 76240/01, Revue Critique de Droit International Privé 2007, p. 807, y nota P. Kinsch. La Corte Europea de Derechos Humanos sostuvo que la niña había sido colocada en un vacío jurídico, habida cuenta de que estaban cortados todos los lazos con la familia de origen en virtud del tipo de adopción plena conferida en el Perú y que la negativa al reconocimiento en esas condiciones, resultaba violatorio del art. 8º del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

Esta disposición ha sido interpretada como una regla de "conflicto de sistemas" **(16)**, de "coordinación de ordenamientos" o como una expresión del llamado "método de reconocimiento" **(17)**. Lo relevante es que, más allá de sus denominaciones doctrinales, la figura obliga a un razonamiento que integra pluralidad de dimensiones con la finalidad de receptar un emplazamiento filial, con enfoque centrado en el interés superior del niño concreto.

III. Luces y sombras de la adopción internacional en el ordenamiento jurídico argentino

La mirada negativa hacia la adopción internacional por parte del legislador argentino (expresada en el art. 2º de la ley 23.849) se mantuvo en el año 1997, en ocasión de la sanción de la ley 24.997, y persistía en 1999, en la reunión interamericana convocada por la Organización de los Estados Americanos para examinar la problemática de la adopción internacional. En esa ocasión, la delegación argentina dejó esclarecido que el país no preveía adherir a formas de adopción internacional, en virtud de previsiones constitucionales y legales **(18)**.

Diez años más tarde, el Comité de Derechos del Niño, al comunicar las observaciones finales

(16) Tiende mediante una regulación material a la coordinación del Estado requerido de reconocimiento con el Estado de otorgamiento de la adopción, sin controlar la ley aplicada y efectuando una verificación de la intervención del juez de origen que no tiene la finalidad de un control de competencia indirecta, sino de garantizar la regularidad de la filiación adoptiva en el ordenamiento que se juzga relevante. Procura la regularidad de la colocación en miras a prevenir delitos en el antecedente de la adopción. Conf. BUREAU, D. - MUIR WATT, H., "Droit International Privé", PUF, París, 2007, t. 1, ps. 620-636; NAJURIETA, M. S., "Principios y caracteres del derecho internacional privado de la infancia", Revista Jurídica de Buenos Aires, 93, año 41, 2016, ps. 135-162, especialmente p. 161.

(17) Ver referencias en nota 25.

(18) En esa ocasión, la delegación argentina aclaró que "... sin perjuicio de su conformidad con la declaración en general, (la República Argentina) pone de manifiesto que su país no tiene previsto adherir a formas de adopción internacional que lo ubiquen como país de salida de niños en razón de expresas prescripciones constitucionales y legales vigentes". Declaración de Santiago de Chile del 05/03/1999, www.oas.org/Assembly2001/assembly/esp/aprobada1632.htlm.

Thomson Reuters

a los informes elevados en virtud de la obligación prevista en el art. 44 de la Convención sobre los Derechos del Niño **(19)**, instó a nuestro país a establecer un "sistema de adopción seguro que respete el interés superior del niño, con miras a retirar su reserva con el tiempo".

El hecho es que nuestro país desarrolló instrumentos legislativos y prácticos para asegurar nuestras fronteras y fomentar la cooperación internacional entre autoridades competentes a fin de combatir el flagelo del tráfico de niños **(20)**, pero no modificó la visión desfavorable respecto a la aceptación de adopciones internacionales. Ello significaba un exceso a la voluntad del legislador (incluso a la voluntad del legislador tal como fue expresada en la reserva formulada en 1990) que afectaba no solamente la constitución de adopciones internacionales por parte de jueces argentinos respecto de niños con domicilio en nuestro país y en riesgo de ser desplazados a países extranjeros una vez conferida la adopción, sino también la inserción de adopciones internacionales regularmente constituidas en el extranjero por autoridades competentes de Estados extranjeros, con aspiración a tener efectos extraterritoriales en la República Argentina.

III.1. La flexibilidad de las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación

En los años 2011 y 2012, un equipo de profesores de derecho internacional privado colaboró con la Comisión de Reforma designada por dec. 191/2011, a fin de concretar la modificación de las disposiciones de derecho internacional privado que debían acompañar la gran reforma del derecho privado **(21)**.

En la sección 6ª del cap. 3 del título IV del Libro sexto del Código Civil y Comercial de la Nación, bajo el subtítulo de "Adopción", se previeron cuatro artículos, uno dedicado a la jurisdicción internacional y tres dedicados a regular las categorías "requisitos y efectos de la adopción", "anulación o revocación de la adopción", "reconocimiento en la República" y "conversión".

La intención del legislador fue acompañar las políticas públicas en esta materia, pero estableciendo novedades metodológicas que permiten adecuar nuestro ordenamiento al estado actual de la adopción internacional en el mundo a fin de favorecer la circulación del vínculo de filiación por adopción constituido en interés superior del niño **(22)**.

En primer lugar, el art. 2635 del Cód. Civ. y Com. contiene una norma de jurisdicción internacional exclusiva para asegurar que los jueces argentinos intervengan en los casos de guarda con fines de adopción, declaración en situación de adoptabilidad y otorgamiento de la adopción de niños domiciliados en la República Argentina **(23)**. Este juez deberá aplicar su *lex fori* (art. 2636 del Cód. Civ. y Com.), lo cual asegura que el juez argentino aplique las políticas públicas de nuestro país en materia de adopción internacional. En el momento actual, esa legislación impide: a) conferir una guarda con fines de adopción respecto de un niño domiciliado en nuestro país a favor de adoptante/s residente/s habitual/es en el extranjero; b) otorgar una adopción inter-

(19) Observaciones finales del 21 de junio de 2010.

(20) NAJURIETA, María S., "Adopción internacional viciada y protección del niño mediante el despliegue de la cooperación internacional", en REY CARO, E. - RODRÍGUEZ de TABOADA, C., Estudios de derecho internacional. En homenaje a la Dra. Zlata Drnas de Clément, Ed. Advocatus, Córdoba, 2014, p. 591.

(21) Equipo conformado por los docentes Adriana Dreyzin de Klor (Universidad Nacional de Córdoba), Marcelo Iñiguez (Universidad Nacional de Cuyo), María Susana Najurieta y María Elsa Uzal (Universidad de Buenos Aires).

(22) Si tenemos en cuenta el panorama global, el número de adopciones se incrementó en los años 2004/2006 y posteriormente ha descendido, en forma coincidente al ingreso de China y los Estados Unidos de Norteamérica en el sistema de cooperación internacional del Convenio de La Haya de 1993. China pasó de 14.484 adopciones anuales en 2005 a 1792 en el año 2018. La Federación Rusa registró 7569 adopciones en 2005 y ha informado un número de 254 adopciones para el año 2018. SELMAN, P., "Global statistics for Intercountry Adoption: Receiving States and States of Origin 2005-2018", www.hcch.net, link "adoption", "statistics".

(23) El punto de conexión "domicilio del menor" conduce al domicilio de quien ejerce la responsabilidad parental (art. 2614), lo cual procura que los hechos retrocedan a la familia de origen del niño o niña. Si el menor es huérfano y se encuentra en desamparo o bajo la protección estatal, entenderá el juez de su residencia habitual (art. 2615).

Thomson Reuters

nacional de un niño de esas características; y c) autorizar la salida del país de un niño o niña con residencia habitual en nuestro país con miras al dictado de la adopción internacional por la autoridad competente del Estado extranjero del domicilio o residencia habitual o nacionalidad de los candidatos a adoptar **(24)**.

Sin embargo, ninguna de esas prohibiciones constituye un óbice para el reconocimiento en Argentina de una adopción (extranjera o internacional) conferida en el extranjero, a favor de adoptantes residentes habituales en nuestro país o en un país extranjero. Claramente, el deber del juez argentino de proceder al reconocimiento está explícito en el art. 2637, Cód. Civ. y Com. **(25)**, que establece dos criterios de compatibilidad e inserción, ambos con una finalidad material.

El primero, que se expresa en la primera parte del artículo, tiene inspiración en la teoría de la "referencia al orden jurídico competente" del profesor Paolo Piccone **(26)** y, aun cuando tenga la apariencia de ser una regla de control de jurisdicción indirecta, en realidad es un sistema de verificación de la regularidad mediante la constatación de la aceptación en el foro de relevancia. Ese foro es el del domicilio del adoptado al tiempo en que la adopción se confiere, pues se procura llegar al nacimiento del niño, al lugar de su registro original y al sistema que tiene la responsabilidad primaria sobre el niño que nace y su familia **(27)**. Ese ordenamiento debe dar protección a sus niños y niñas y, una vez que la filiación por adopción ha sido establecida (en ese país o en el país del domicilio del adoptante con el beneplácito del Estado de origen del niño), entonces parece razonable aceptar que los otros sistemas jurídicos acepten esa relación filial y den seguridad jurídica a la vida familiar del menor.

En la práctica, esta flexibilidad es importante, en atención a la gran cantidad de Estados que están obligados por el Convenio de La Haya de 1993 y que confieren adopciones y aceptan el otorgamiento de adopciones internacionales por jueces o autoridades del país de la residencia habitual de los adoptantes o de los adoptados. Claramente, en el régimen del sistema de La Haya 1993, cuando una adopción internacional se vislumbra como sospechosa o irregular, es frustrada antes de su constitución. Si la adopción respeta todo el procedimiento y sus salvaguardas, la relación filial circula certificada por el documento creado por el art. 23 del Convenio, lo cual refuerza la regularidad de la institución y suscita el deber de reconocimiento simplificado incluso para aquellos Estados, como la República Argentina, que no se han obligado por este Convenio.

El segundo criterio de inserción es el orden público internacional argentino, al que se le impone un matiz especial (verificar si el caso tiene lazos estrechos con la República, p. ej., si se trata de un niño o niña oriundo de nuestro país y se halla perdido y/o buscado por su familia en el ámbito nacional) y una consideración general y

(24) Como ha observado la doctrina especializada, un supuesto no legislado en la sección 6ª del cap. 3 del tít. IV es la posibilidad de que un juez argentino asuma jurisdicción internacional para el otorgamiento de una adopción de un niño domiciliado en el extranjero. Fuera de un marco convencional, pareciera que tal hipótesis debería satisfacer las exigencias del foro de necesidad. RUBAJA, Nieve, "Los procesos de adopción internacional a partir del nuevo Código Civil y Comercial", Actualidad en el Derecho de Familia: en el Código Civil y Comercial, 8, Ed. Jurídicas, 2018, ps. 241-268.

(25) Considerado una expresión del método de reconocimiento en relaciones de familia. LAGARDE, Paul, "La reconnaissance. Mode d'emploi", en Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet Tallon. Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques, Dalloz, París, 2008, ps. 479-501.

(26) PICONE, Paolo, "La méthode de la référence à l'ordre juridique compétent en droit international privé", Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye, 1986, t. 197, ps. 229 y ss. Del mismo autor: "Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé", Recueil des Cours, 1999, t. 276, ps. 9 y ss.

(27) La profesora Carolina Iud observa que la referencia a los jueces del país del domicilio del adoptado debe ensancharse para incluir a las autoridades competentes (no solamente judiciales), según la organización de ese ordenamiento jurídico del domicilio del adoptado. IUD, Carolina, comentario a la sección 6ª ("Adopción"), en RIVERA, Julio C. - MEDINA, Graciela (dirs.), Código Civil y Comercial de la Nación comentado, Ed. FEDYE, Buenos Aires, 2014, ps. 898.

Thomson Reuters

preponderante en este instituto (que la decisión responda al interés superior del niño) **(28)**.

Supongamos, por hipótesis de trabajo, que se levantara en forma total o parcial la reserva impuesta por el art. 2º de la ley 23.849. En ese contexto, el sistema argentino de derecho internacional privado de fuente interna plasmado en el Cód. Civ. y Com. (la sección 6ª del cap. 3 del tít. IV del Libro sexto) no necesitaría reforma alguna, pues las normas tienen un funcionamiento flexible que puede adaptarse a un nuevo contenido del derecho de fondo.

III.2. Una mirada hacia el futuro

En sus últimas observaciones finales a los informes proporcionados por la República Argentina de conformidad al art. 44 de la Convención sobre los Derechos del Niño **(29)**, el Comité de los Derechos del Niño reiteró sus recomendaciones anteriores y alentó al Estado Parte a retirar su reserva a los aparts. b) a e) del art. 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que son los atinentes a la adopción internacional.

Ahora bien, la función social del Convenio de La Haya de 1993 **(30)** en cuanto a los niños, niñas y adolescentes domiciliados en la República Argentina dependerá de las políticas públicas de nuestro país en temas como revinculación con la familia de sangre, formas alternativas de cuidado en ausencia de atención parental, transformación de centros de cuidado masivo en formas personalizadas, etc. Ninguna disposición del Convenio obliga a la República Argentina a preparar legajos de niños y niñas residentes habituales en nuestro país con fines de colocación familiar en una adopción internacional. Pero es indudable que la vigencia del Convenio tendrá enormes ventajas en cuanto a la regularidad, acompañamiento, preparación de los aspirantes a la adopción residentes habituales en nuestro país que se propongan someterse a las exigencias del Convenio respecto de la constitución de una adopción internacional de un menor de edad residente habitual en alguno de los Estados Parte del Convenio **(31)**.

La ratificación de este Convenio nos obligará a reconocer de pleno derecho las adopciones certificadas de conformidad al art. 23 y a dar concreción a las disposiciones del art. 27 de dicho Convenio, relativo a la conversión de una adopción de tipo simple en adopción plena del derecho argentino, con pleno respeto a los elementos de la identidad del niño o niña ya contenidos en el legajo del adoptado o que puedan obtenerse al tiempo de la conversión.

Aun cuando la República Argentina no retire parcial o totalmente los términos de la reserva y no decida obligarse por el Convenio de La Haya, el legislador ha modificado las objeciones a la inserción de adopciones internacionales en nuestro ordenamiento y los jueces y autoridades administrativas deben dar operatividad al "deber de reconocimiento" contenido en el derecho sustancial y dar preeminencia a esta disposición del Código de fondo sobre el sistema tradicional de verificación de recaudos procesales previsto para el exequátur de toda sentencia extranjera. No es admisible que un niño o niña adoptado por sentencia judicial dictada en su país de origen atraviese un período de "vacío jurídico" al llegar a nuestro país (país del domicilio o residencia habitual del o de los adoptantes), en situación de suspensión de sus derechos familiares hasta tanto se concluya el proceso de exequátur **(32)**.

(28) Habida cuenta de que el nuevo régimen pretende independizarse del método tradicional de reconocimiento de sentencias, el control del orden público internacional no se encuentra limitado por la regla de prohibición de la revisión del fondo, sino que posibilita la detección de un supuesto de tráfico como antecedente de la adopción. IUD, Carolina, "Comentario...", ob. cit., p. 898.

(29) Observaciones finales sobre los informes períodos quinto y sexto combinados, por la República Argentina, documento del Comité de los Derechos del Niño del 1º de octubre 2018 (CRC/C/ARG/CO/5-6).

(30) Al momento de entregar este trabajo, el número total de Estados obligados por el Convenio de La Haya ascendía a 102. www.hcch.net, link "adoption".

(31) GOICOECHEA, Ignacio - CASTRO, Florencia, "Adopción internacional: la Argentina como país de recepción de niños. El Convenio de La Haya de 1993 y la reserva al art. 21 de la Convención sobre los Derechos del niño", SJA del 03/10/2010; RUBAJA, Nieve, "Desafíos actuales del derecho internacional privado de familia", relato para el XIX Congreso Anual de la AADI, Universidad de Cuyo, Mendoza, publicado en el Anuario Argentino de Derecho Internacional, vol. XXVI, 2017, ps. 131-202, disponible en www.aadi.org.

(32) Un ejemplo es la situación de la niña R. P. C., a quien la Dirección de Migraciones no admitió el ingreso

Thomson Reuters

La decisión de reconocimiento (y el control del orden público internacional) debería encontrar su vía eficiente ante el juez civil, o quien corresponda, que esté entendiendo en la pretensión de la familia en el caso concreto, sin necesidad de sujetarse a un proceso especial de exequátur. Los recaudos del art. 2637 del Cód. Civ. y Com. podrían ser satisfechos mediante un traslado al Ministerio Público a fin de que tome la intervención que le compete, suprimiendo el farragoso trámite de un exequátur. Entonces, nuestro sistema habrá renovado su método de razonamiento **(33)** y lo habrá articulado de manera razonablemente eficiente con el sistema de origen del adoptado.

IV. Reflexiones conclusivas

La naturaleza profundamente humana de la adopción internacional obliga a una reflexión constante basada en principios éticos. La adopción internacional no es un asunto solamente de derecho privado ni de derecho internacional privado, es un proyecto social y una política pública. Todos los actores con responsabilidad sobre la infancia deben asegurar que las decisiones se tomen según un enfoque centrado en los derechos fundamentales del niño. La sentencia de la CS del 24 de septiembre de 2019 es un paso importante en este sentido, por cuanto interpreta y aplica el art. 2637 del Cód. Civ. y Com. con criterio de actualidad, dejando la enseñanza de que una adopción conferida en el extranjero y eficaz en la vida de un menor de edad durante un largo tiempo (diez años, en el caso) no puede ser desconocida sobre la base de sospechas genéricas sobre malas prácticas en una región, que no pudieron vincularse con la historia concreta del niño.

---

ni como turista ni como hija de la adoptante C., atento a que la sentencia extranjera no había sido reconocida por autoridad nacional. Trib. Col. Familia Nº 7 Rosario, 05/10/2012, "C. L. S.", cita AP AP/JUR/4495/2012.

(33) La profesora Horatia Muir Watt sostiene que la concepción contemporánea de la circulación de sentencias en materia de relaciones personales y de familia, forjada a la luz de la doctrina del fallo "Wagner" de la Corte Europea de Derechos Humanos (2007), no significa solamente el fin del control de la sentencia extranjera a la luz de la norma de conflicto del foro (control eliminado por muchos sistemas jurídicos con anterioridad a "Wagner") sino la irrupción perturbadora de la antigua noción de los derechos adquiridos, en una versión renovada por la mirada de Paolo Picone y su posición de respeto al orden jurídico relevante. Una vez la sentencia dictada en el extranjero, esa norma material individual tiene vocación para ser reconocida donde interesa a la persona humana. Lo renovador del método es que, incluso sin intervención de autoridad extranjera alguna, suscita el deber de insertar en el foro una situación que compromete la vida privada o familiar y ello como consecuencia del respeto a la dignidad humana. Conf. MUIR WATT, Horatia, "Discours sur les méthodes du Droit International Privé (des formes juridiques de l'inter-altérité)", Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye, t. 389 (2017), Brill/Nijhoff, Leiden/Boston, 2018, ps. 9-410, especialmente ps. 290-299.

Thomson Reuters

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ERROR JUDICIAL

Allanamiento de domicilio ordenado en una investigación para desbaratar una red de tráfico de material por abuso sexual infantil. Traslado de los hijos a un centro asistencial. Permanencia de los niños en el lugar durante más de tres meses. Procedencia de la demanda de daños. Costas. Disidencia parcial.

Con nota de María Soledad Tagliani

1. — El Estado Nacional debe responder por los daños derivados de un error judicial al disponer un allanamiento en el domicilio de la actora y trasladar a sus hijos a un centro asistencial durante más de tres meses, para luego declarar la nulidad de esa resolución, pues surge evidente la existencia de antijuridicidad en el comportamiento jurisdiccional, la cual se tradujo en un abuso del poder penal de parte del magistrado al disponer un procedimiento que se llevó a cabo mediante la palmaria violación de garantías que gozan de protección constitucional, como lo son las del debido proceso y de la defensa en juicio (art. 18, CN).

2. — Si bien es cierto que el principio general es que la responsabilidad del Estado por los daños causados por la actividad judicial reviste carácter excepcional, también lo es que el error que torna ilegítima una actuación del Estado a raíz de la cual se conculcan derechos fundamentales de las personas debe tener como contrapartida una compensación justa para el particular damnificado.

3. — Solo cabe responsabilizar al Estado por error judicial en la medida en que el acto que origina el daño sea declarado ilegítimo y dejado sin efecto, pues, antes de ese momento el carácter de verdad legal que posee la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada impide, en tanto se mantenga, juzgar que hay error.

4. — Las costas en ambas instancias en una demanda de daños en la que se condenó al Estado Nacional por error judicial deben imponerse por su orden, por la índole y complejidad de las cuestiones propuestas, que permiten hacer excepción al principio objetivo de la derrota.

5. — Las costas en ambas instancias en una demanda de daños en la que se condenó al Estado Nacional por error judicial deben imponerse a la vencida, pues esta última planteó la controversia como compleja al contestar la demanda y porque la descalificación del obrar judicial es suficientemente clara, por lo que el actor no debe cargar con los gastos generados por la accionada. (Del voto en disidencia parcial del Dr. Antelo).

CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

El hecho dañoso:

Responsabilidad del Estado por error judicial. Nulidad de un allanamiento. Traslado de niños a un centro asistencial.

Componentes del daño:

Daño extrapatrimonial

Daño moral genérico: $60.000.- a favor de la actora y $110.000.- a cada uno de sus hijos.

CNFed. Civ. y Com., sala III, 18/12/2019. - M., A. y otros c. Estado Nacional Ministerio de Justicia y otros s/ responsabilidad extracontractual del Estado.

[Cita on line: AR/JUR/53394/2019]

2ª Instancia.- Buenos Aires, diciembre 18 de 2019.

El doctor *Recondo* dijo:

I. La señora jueza de primera instancia hizo lugar parcialmente a la demanda interpuesta por A. M., por derecho propio y en representación de sus dos hijos —T. M. M. y J. P. S. M.—, y condenó al Estado Nacional (Ministerio de Justicia), al pago de $290.000, con más sus intereses y las costas del juicio. Para así decidir, la sentenciante consideró que había mediado en el caso un supuesto de error judicial en virtud del cual el Estado Nacional debía indemnizar a la parte actora por los daños y perjuicios sufridos. Ello, en virtud de la declaración de nulidad de la resolución mediante la cual se había dispuesto el allanamiento del domicilio en el que la señora M. habitaba con su cónyuge —J. S. M.— y sus hijos, la detención del señor M. y el traslado de los tres actores a un centro asistencial dependiente del Consejo del Menor y la Familia (fs. 1524/1537).

Contra dicho pronunciamiento se alzaron ambas partes a fs. 1538 y 1540/1541, recursos que fueron concedidos a fs. 1539 y 1542, fundados a fs. 1547/1562 y 1569/1585 y replicados a fs. 1591/1597 y 1598/1607 vta.

En apretada síntesis, la demandada cuestiona su responsabilidad en el hecho, mientras que la actora se queja de los montos indemnizatorios.

Thomson Reuters

II. De manera previa a ingresar en el tratamiento de las cuestiones sometidas a conocimiento y decisión de esta instancia revisora, se impone efectuar un doble orden de consideraciones.

En primer lugar, debo especificar el derecho aplicable al caso de autos. Ello, atento que a partir del 1° de agosto de 2015 se encuentra vigente el Cód. Civ. y Com. de la Nación, ordenamiento legal unificado que reemplaza al Cód. Civ. y al Código de Comercio que se encontraban en vigor tanto al momento de los hechos, como al tiempo de la traba de la *litis*.

Pues bien, para determinar cuál es el derecho aplicable al *sub examine*, es necesario tener en cuenta la manera en la que el nuevo ordenamiento de derecho privado argentino regula los efectos de la ley con relación al tiempo y el tipo de cuestión a resolver. En el sistema del Cód. Civil de Vélez Sarsfield, los efectos de la ley en el tiempo estaban contemplados en el art. 3°, mientras que en la nueva legislación unificada aquellos se encuentran previstos en el art. 7°. Ambos textos legales son similares, con lo cual la doctrina y la jurisprudencia nacida al amparo del Cód. Civil derogado va a ser considerada en el caso.

El art. 7° del Cód. Civ. y Com. de la Nación dispone textualmente: "A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales. Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo".

De una atenta lectura de la disposición legal transcripta pueden derivarse cuatro reglas contenidas en ella: 1) aplicación o efecto inmediato de las nuevas leyes a las situaciones y relaciones jurídicas en curso; 2) principio de irretroactividad, salvo disposición legal en contrario; 3) límite de la retroactividad dado por los derechos amparados por la Constitución; y 4) inaplicabilidad de las nuevas leyes supletorias a los contratos celebrados con anterioridad a ellas, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo.

Para llegar a una correcta interpretación de la norma, debe en primer término precisarse qué es una relación jurídica y en qué estado ella se encuentra al tiempo de la resolución. Con respecto a ello, considero que la relación jurídica es un vínculo jurídico entre dos o más personas, del cual emanan deberes y derechos. Lo característico de la relación jurídica es que existe un momento en el que ella se crea, después produce sus efectos y, finalmente, se extingue. Para definir, entonces, la ley aplicable, hay que tener en cuenta las diversas etapas de la relación jurídica: su constitución; los efectos de una relación jurídica anterior a la entrada en vigencia de una nueva ley y los efectos posteriores a esa entrada en vigencia; y su extinción.

En cuanto a su constitución, las relaciones jurídicas formadas al amparo de una ley persisten bajo la ley nueva, aunque esta última fije otras condiciones para dicha constitución. En cuanto a los efectos, estos se rigen por la ley vigente al momento en que se producen, de modo tal que los efectos pasados se rigen por la ley antigua y los futuros, por la ley nueva. Por último, en cuanto a la extinción de la relación jurídica, se rige por la ley vigente al momento en que aquella ocurre.

En breve, en virtud de la fecha en la que acontecieron los hechos que dieron lugar a las presentes actuaciones, propicio aplicar a este conflicto el Cód. Civil de Vélez Sarsfield.

A lo dicho debo agregar que la ley 26.944 de responsabilidad del estado tampoco deviene de aplicación al *sub-lite*, toda vez que la afección sufrida por la actora tuvo lugar con anterioridad a la sanción de dicho plexo normativo.

Sin perjuicio de ello, citaré cuando sea conveniente algunas normas de los nuevos ordenamientos legales, pero no a título de ley, sino de doctrina corroborante de la fundamentación jurídica que adoptaré.

III. En un independiente orden de ideas, hallo conveniente advertir que para definir bien y legalmente la controversia de autos no habré de seguir a las partes en todos y cada uno de sus planteamientos, ni he de ceñir mis razones a considerar lo que ha sido articulado en aspectos jurídicos —ciertamente con el límite de no alterar los extremos de hecho—.

Analizaré los extremos y pruebas que conceptúo necesarios para la debida resolución del litigio; esto así, pues sabido es que los jueces no están obligados a tratar todos y cada uno de los argumentos expuestos por las partes en sus agravios, sino solo aquellos que estimen conducentes para la correcta solución del litigio (conf. CSJN, Fallos: 310:267; 324:3421, entre muchos otros). Dichas precisiones son necesarias atendiendo al enfoque sostenido por cada una de las partes, como así también a las conclusiones que ellas extraen de los distintos temas y elementos que conforman este pleito.

En cuanto a que examinaré solo lo "conducente" para la justa composición del diferendo, me atengo

Thomson Reuters

a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que ha admitido como razonable esa metodología de fundamentación de las sentencias judiciales (confr. Fallos: 265:301; 278:271; 287:230; 294:466, entre muchos otros). Y con referencia a los argumentos en que sustentaré mi voto —sin considerarme constreñido por las exposiciones jurídicas de las partes—, solo tengo que recordar que es deber de los jueces decidir de modo expreso y preciso las pretensiones deducidas en el juicio "calificadas según correspondiere por ley" (art. 163, inc. 6° del Cód. Procesal).

IV. Aclarado lo anterior, y ya en el derrotero hacia la resolución del conflicto planteado ante esta Alzada, considero conveniente delimitar las cuestiones respecto de las cuales debo pronunciarme.

Al haber quedado firme la procedencia de la excepción de prescripción interpuesta por el Consejo Nacional del Menor y la Familia - Secretaría de Desarrollo Social (ver pronunciamiento de primera instancia de fs. 773/777 y confirmación de esta Sala de fs. 958/962), ha quedado excluido de la contienda el reclamo tendiente a obtener la reparación de los daños que la actora alega haber sufrido durante su permanencia en el Instituto Crescencia B. de Garrigós, pues ello configura una cuestión que es no solo ajena a la actuación del Ministerio de Justicia, sino también independiente de los daños que eventualmente derivarían de la existencia de un error judicial.

De manera tal que el error judicial invocado en autos debe ser analizado a la luz de los daños que serían consecuencia del allanamiento llevado a cabo el 1° de septiembre de 1993 en la casa en donde habitaban los actores en la localidad de San Miguel, provincia de Buenos Aires.

V. Comienzo entonces por recordar que los actos llevados a cabo por alguno de los sujetos que intervienen en un proceso judicial pueden muchas veces ser fuente de daños y perjuicios a otros individuos, ya sea que hayan o no participado en ese proceso. Se pone así en evidencia un anormal funcionamiento del servicio de administración de justicia, lo que —bajo determinadas condiciones— pone en marcha el sistema de responsabilidad del Estado frente a los particulares que han sido víctimas de dicha deficiencia, por la indemnización de los daños y perjuicios padecidos. Así, el fundamento de la responsabilidad extracontractual del Estado por deficiente administración de justicia debe hallarse en la concepción del estado de derecho que implica la necesaria sujeción del ente al orden jurídico instituido (Hitters, Juan Manuel, "Responsabilidad del estado por error judicial", LA LEY, 2003-F, 1070).

Ahora bien, no toda actividad jurisdiccional que resulta anulada genera de por sí responsabilidad estatal, sino que deviene necesaria la comprobación de la existencia de antijuridicidad en el comportamiento jurisdiccional a fin de poner en marcha tal sistema. Dicho en otros términos, los daños derivados de resoluciones que no constituyen sino la aplicación del derecho vigente no puede serles endilgados al Estado en tanto no se verifique aquel comportamiento antijurídico.

Es decir que para la procedencia de la acción indemnizatoria contra el Estado por el daño causado por la actividad judicial, debe tratarse de una violación legal grave, determinada por el dolo o por la negligencia inexcusable; lo que excluye cualquier actividad de interpretación de las normas de derecho y las referidas a la valoración de los hechos y de las pruebas; o sea que lo opinable queda fuera del ámbito del daño resarcible (Trigo Represas, Félix A., "Responsabilidad del Estado por la actividad judicial", LA LEY, 2014-C, 203).

En este orden de ideas, tiene dicho el máximo Tribunal del país que las sentencias y actos judiciales no pueden generar responsabilidad del Estado por sus actos lícitos, ya que no se trata de decisiones de naturaleza política para el cumplimiento de fines comunitarios, sino de actos que resuelven un conflicto en particular. De este modo, los daños que puedan resultar del procedimiento empleado para resolver una contienda, si no son producto del ejercicio irregular del servicio, deben ser soportados por los particulares, pues son el costo inevitable de una adecuada administración de justicia. En definitiva, el Estado solo puede ser responsabilizado por error judicial en la medida en que el acto jurisdiccional que origina el daño sea declarado ilegítimo y dejado sin efecto, pues antes de ese momento el carácter de verdad legal que ostenta la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada impide, en tanto se mantenga, juzgar que hay error, ya que lo contrario importaría un atentado contra el orden social y la seguridad jurídica, al constituir la acción de daños y perjuicios un recurso contra el pronunciamiento firme, no previsto ni admitido por la ley (fallos: 318:1990; 321:1712; 325:1855, entre otros).

Se advierte de esta manera una sólida tendencia jurisprudencial de parte del máximo Tribunal del país de rechazar la responsabilidad del Estado por actividad lícita del Poder Judicial, exigiéndose a estos efectos que el acto que origina el daño sea declarado ilegítimo y dejado sin efecto. Es que en la realización de su función primordial —la de realizar justicia—, los magistrados muchas veces se encuentran limitados en su margen de operatividad. Ello así, pues la investigación de los hechos y la seguridad de sancionar a

Thomson Reuters

los culpables les imponen la obligación de dictar medidas restrictivas de la libertad y de la disponibilidad de los bienes durante el curso del proceso. En estos casos, los daños deben ser soportados por quienes los padecen, pues ese es el costo inevitable de una adecuada administración de justicia. Tales actos jurisdiccionales son formalmente regulares dentro de un razonable criterio judicial y en el marco de una apreciación provisional de los hechos que les sirven de fundamentación, aunque las partes a quienes les afectan puedan considerarse perjudicadas y estimen arbitrarias esas medidas.

En definitiva, se trata de una responsabilidad de carácter excepcional dado que en toda comunidad jurídicamente organizada todos sus componentes tienen el deber o carga genérica de someterse a las decisiones que se adopten en los procesos jurisdiccionales, lo cual lleva consigo la carga de soportar los daños ocasionados por una sentencia desfavorable. Este deber se concreta, muchas veces, en el sacrificio que tiene que aceptar todo particular —sin indemnización— de soportar los daños que le provoca el sometimiento al proceso, hasta tanto obtenga una sentencia que haga lugar a su pretensión. Ello constituye un principio general del derecho cuyo fundamento reposa en la justicia legal o general, que es la especie de la justicia que establece deberes de las partes con el todo social (Cassagne, Juan Carlos, "El carácter excepcional de la responsabilidad del Estado por daños causados por error judicial: sus límites", LA LEY, 2002-A, 484.).

Este es también el temperamento adoptado por la ley 26.944, la cual no hace sino recoger los principios delineados por el más alto Tribunal del país, al disponer que los daños causados por la actividad judicial legítima del Estado no generan derecho a indemnización (art. 5°). De manera tal que la norma, al excluir de la indemnización los daños causados a raíz de una actividad judicial legítima, determina —a contrario sensu— la posibilidad de reclamar la reparación de los daños derivados de la actividad judicial ilegítima, ya sea por error judicial o por una prestación anormal o deficiente del servicio de justicia. De este modo, el reconocimiento de la responsabilidad del Estado por actividad lícita debe restringirse al ámbito de su actuación administrativa y legislativa, sin que pueda dicho reconocimiento extenderse a la actividad judicial, pues en este último caso es necesaria la configuración de lo que se ha dado en llamar error judicial, que torna ilegítima toda actuación del Estado que vulnere derechos fundamentales, y al cual me abocaré en el considerando siguiente.

VI. El error judicial es entendido como todo acto judicial ejecutado por el juez en el proceso, que resulta objetivamente contradictorio con los hechos de la causa o con el derecho y la equidad, desviando la solución del resultado justo al que naturalmente debió llegar. Se trata así de un verdadero acto ilícito o contrario a la ley, cometido por el juez, sea por acción u omisión en el curso del proceso sometido a su jurisdicción.

Es que si bien es cierto que el principio general es que la responsabilidad del Estado por los daños causados por la actividad judicial reviste carácter excepcional, también lo es que el error que torna ilegítima una actuación del Estado a raíz de la cual se conculcan derechos fundamentales de las personas debe tener como contrapartida una compensación justa para el particular damnificado.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación se viene pronunciando ya desde hace varios años en distintos fallos sobre la responsabilidad del Estado por el irregular o anormal funcionamiento de la administración de justicia y la originada en errores judiciales. Ello, en el entendimiento de que quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su irregular ejecución. Todo lo cual se funda en la aplicación por vía subsidiaria del art. 1112 del Cód. Civil y pone en juego la responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del derecho público (Fallos: 307:821; 308:2494; 312:316; 322:2683; 329:1881; 332:2159, entre muchos otros).

En principio, entonces, solo cabe responsabilizar al Estado por error judicial en la medida en que el acto que origina el daño sea declarado ilegítimo y dejado sin efecto, pues antes de ese momento el carácter de verdad legal que posee la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada impide, en tanto se mantenga, juzgar que hay error. Lo contrario importaría un atentado contra el orden social y la seguridad jurídica, pues la acción de daños y perjuicios constituiría un recurso contra el pronunciamiento firme no previsto ni admitido por la ley. De ello se desprende que si la actividad judicial es lícita no hay responsabilidad alguna de parte del Estado. De modo tal que un pronunciamiento que dirime un conflicto entre partes puede ocasionar daños sin que ello genere responsabilidad estatal alguna.

VII. En el contexto normativo y jurisprudencial reseñado en los considerandos precedentes, pasaré a efectuar el relevamiento de los hechos significativos del caso *sub-examen*.

Según se desprende de las constancias probatorias de autos, el 1° de septiembre de 1993 se llevó a cabo un allanamiento en el domicilio en el que habitaban J. S. M. y A. M., junto con sus dos hijos T. M. M. y J. P. S. M., en el partido de San Miguel, Provincia de Bue-

Thomson Reuters

nos Aires. La medida había sido ordenada por el juez Marquevich, en el marco de una investigación tendiente a desbaratar una red de pornografía infantil que supuestamente operaba bajo la fachada de una secta religiosa denominada "Niños de Dios" o "La Familia". Como consecuencia del allanamiento, fueron detenidas diversas personas, entre ellas, J. S. M. A su turno, A. M. —quien en ese momento cursaba un embarazo de tres meses aproximadamente de gestación que culminó en un aborto espontáneo— y sus dos hijos fueron trasladados al Instituto Garrigós, dependiente del Consejo del Menor y la Familia, en donde permanecieron hasta el 23 de diciembre de 1993, cuando fueron restituidos a su hogar. Esto último fue dispuesto en virtud de la resolución dictada por la Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín que revocó la prisión preventiva de J. S. M. y ordenó la restitución de los inmuebles allanados y el traslado a sus respectivos hogares de los menores alojados en institutos públicos o privados (ver copias certificadas reservadas en la caja azul de la causa penal N° 42.886 "Cavazza, Juan C. y otros s/ inf. arts. 125, 139, 140, 142 inc. 1°, 142 bis, 210, 293 del CP y art. 3°, ley 23.592", que tramitó por ante el Juzgado Federal de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional N° 1 de San Isidro).

Corresponde, en consecuencia, analizar los fundamentos de la resolución de la Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín (fs. 4269/4368 vta. de la causa penal citada), mediante la cual se ordenó: revocar los autos asegurativos personales por los que se había dispuesto decretar el procesamiento y la prisión preventiva de —en lo que aquí interesa— J. S. M., disponer su inmediata libertad, restituir el inmueble que ocupaba al momento de concretarse las diligencias de allanamiento y trasladar a sus respectivas viviendas a los menores que aún se encontraban alojados en institutos oficiales o privados.

A los fines antedichos, insisto con la circunstancia de que la ilegitimidad que da lugar, en su sentido propio, al denominado "error judicial" aparece cuando el acto judicial dictado por el magistrado en ejercicio de su potestad juzgadora resulta objetivamente contrario a los hechos comprobados en la causa, al derecho y a la equidad; o, si se quiere, cuando entre la confrontación de la solución dada y la que corresponde de acuerdo con la apreciación de la prueba y la ponderación de las normas especialmente aplicables, resulta evidente, manifiesta e inopinable la existencia de la equivocación productora de un daño cierto (Fallos: 321:1712).

Pues bien, después de efectuar una atenta lectura del pronunciamiento glosado a fs. 4269/4368 vta. de la causa penal, considero que el extremo apuntado en el párrafo precedente efectivamente se verifica en las presentes actuaciones. Veamos.

Al valorar las constancias probatorias del expediente penal, la cámara de apelaciones —en el voto mayoritario— calificó al allanamiento llevado a cabo el 1° de septiembre de 1993 como un "inusual operativo nocturno", poniendo de relieve la "innecesariedad de su aparatosa factura", la "total falta de discreción del procedimiento policial al ser manejado sin la obligada reserva que imponía la incursión en ámbitos familiares con gran cantidad de niños" y la "amplia cobertura periodística desde el ingreso mismo a los hogares" que "irrogó la irremediable afectación de ámbitos privados amparados por la protección legal y el desmadre de informaciones que llegaron a atribuirles al Juez y al Fiscal de la causa comentarios de inocultable contenido ideológico o adelantamiento de juicios sobre la suerte procesal de los prevenidos".

Continuó el tribunal señalando que la defensa de los acusados se vio enfrentada a una "valla infranqueable de un innecesario secreto sumarial", sin que tampoco se hubiese facilitado la participación de los peritos de parte al momento de examinar a los menores dispuestos en los institutos oficiales. La evaluación psicodiagnóstica efectuada por el equipo del Consejo del Menor y la Familia gozó de carácter excluyente frente a cualquier otra y se limitó la autorización para acceder a la documentación secuestrada, lo que implicó que los detenidos no pudiesen tomar conocimiento del material para ser debidamente indagados respecto de su contenido.

Todo ello configuró —a juicio del tribunal de alzada— un "uso arbitrario del poder penal, al desplazar el proceso del marco de racionalidad inherente a la fundamental garantía de la defensa en juicio que es, precisamente, la que torna operativa a todas las demás". Los magistrados equipararon este panorama con "una anacrónica pervivencia del más severo sistema inquisitivo, aquel en el que se consideraba 'brujas' o 'herejes' a quienes solo se convocaba para que confesasen sus pecados", habiéndose afectado el derecho de los imputados a ser oídos con conocimiento de causa (fs. 4301 vta./4303 vta. del expte. penal).

A ello se suma la circunstancia de que —tal como lo destaca el tribunal— en una causa de similares características "se mantuvo a los niños en sus casas sin alterar su cotidianeidad —partiendo del prudente criterio de que podían estar siendo víctimas de un delito, pero no por ello debían serlo de su investigación— y se los colocó de inmediato bajo la protección judicial" (fs. 4284 vta.).

Así las cosas, surge evidente en autos la existencia de antijuridicidad en el comportamiento jurisdiccio-

Thomson Reuters

nal, la cual se tradujo en un abuso del poder penal de parte del magistrado que ordenó el allanamiento, procedimiento que se llevó a cabo mediante la palmaria violación de garantías que gozan de protección constitucional, como lo son las del debido proceso y de la defensa en juicio (art. 18 de la Ley Fundamental).

Tampoco puede pasarse por alto un dato de singular relevancia, consistente en la declaración de incompetencia del juez Marquevich para entender en la causa en la que se investigaban los hechos en cuestión (fs. 6451 y sgtes. de la causa penal), en el entendimiento de que el delito de asociación ilícita no decide per se la competencia de la justicia federal, ya que tal atribución solo puede entenderse originada en la consideración particular de la naturaleza de cada uno de los delitos objeto de esa organización ilícita, ninguno de los cuales autoriza a tribuir el conocimiento de la causa a la justicia de excepción.

En este orden de ideas, cabe apuntar que en materia criminal la garantía consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional exige la observancia de las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia, y estas formas sustanciales del juicio no se cumplen si un tribunal interviene en una causa sin hallarse facultado para conocer en ella, de modo tal que toda decisión que haya sido emitida con ausencia de jurisdicción se encuentra inexorablemente afectada de invalidez (Fallos: 342:1501).

Es que, si bien es cierto que la investigación de los hechos y la seguridad de sancionar a los culpables les impone a los magistrados actuantes la obligación de dictar medidas restrictivas de la libertad e incluso de disponer de los bienes durante el curso del proceso, no lo es menos que resoluciones de esa naturaleza deben traducirse en la aplicación del derecho vigente, y no en una actividad judicial productora de un daño. Cuando esto último ocurre, ese perjuicio debe serle endilgado al Estado Nacional, en tanto responsable por aquel comportamiento antijurídico, por aquella violación legal grave.

Se impone, en definitiva, concluir que la sentencia dictada por la Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín pone en clara evidencia la existencia en el caso de un supuesto que genera derecho a reparación con arreglo a tratados internacionales, con jerarquía constitucional, que contemplan los casos de detenciones o encarcelamientos ilegales o arbitrarios o condena por error judicial (art. 9, inc. 5°, del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas; y arts. 7°, inc. 3 y 10 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Lo dicho en los párrafos que anteceden da adecuada respuesta al agravio del Estado Nacional, tendiente a cuestionar su responsabilidad en el hecho (fs. 1549/1556 vta., punto 2), sin perjuicio de lo cual estimo necesario efectuar las siguientes consideraciones.

En un primer orden de ideas, me interesa puntualizar que el reclamo de la señora A. M., por sí y en representación de sus hijos, obedece a las consecuencias dañosas que para ellos tuvo el allanamiento dispuesto por el juez Marquevich, y no a la detención del señor J. S. M. En segundo término, destaco que no es esta la instancia para cuestionar lo decidido por la Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín. Finalmente, reitero que la ley 26.944 no es aplicable al caso de autos, en virtud de la fecha en la cual sucedieron los hechos invocados.

A ello debe agregarse (ver agravio de fs. 1548 vta., punto 1) que el demandado y condenado en el presente juicio es —en definitiva— el Estado Nacional. En efecto, de acuerdo con la Constitución Nacional, el Estado Nacional es una única persona jurídica, cuya actuación se despliega a través de sus órganos que carecen de tal atributo. Esta personalidad le corresponde a la Nación, es decir, al Estado considerado como unidad y no aisladamente a cada uno de los poderes que lo integran, circunstancia que lo habilita para actuar en juicio como sujeto activo o pasivo de una determinada pretensión (conf. Sala II, causa 5.563/02 del 19/12/2014, entre otras).

VIII. A estas alturas del pronunciamiento, debo abocarme al análisis de los rubros y montos indemnizatorios, para lo cual trataré los agravios de ambas partes conjuntamente.

A) El recurso de la parte actora versa sobre el monto reconocido en concepto de daño moral (fs. 1569/1575, punto II.1), la depreciación monetaria desde la fecha de los hechos (fs. 1575/1578, punto II.2) y la aplicación de la normativa sobre consolidación de la deuda pública (fs. 1578/1584, punto II.3).

a) En primer término, relativo a la valuación del daño moral, estimo que el monto reconocido por la *a quo* ($60.000 para la señora M. y $110.000 para cada uno de sus hijos; conf. fs. 1535/1536, considerando IV, apartado 2.1, del decisorio apelado) no debe ser modificado. En efecto, las sumas fijadas lo fueron a valores históricos, habiéndose fijado como punto de partida de los intereses el día del allanamiento, esto es, el 1° de septiembre de 1993.

Destaco aquí que la sentencia de primera instancia hace mérito de las circunstancias por las cuales debe responder el Estado Nacional. Dicho en otros términos, han quedado fuera de la *litis* los daños que fue-

Thomson Reuters

ron consecuencia de la estadía de la señora M. y de sus hijos en el Instituto Garrigós.

En estas condiciones, considero que el quantum del daño moral ha sido correctamente determinado —reitero, a valores históricos— por la jueza de grado.

b) En punto a la depreciación monetaria desde la fecha de los hechos, la pretensión de la recurrente es inatendible, habida cuenta de que la tasa bancaria fijada en la sentencia de grado —tasa activa del Banco de la Nación Argentina— (fs. 1536/ vta., considerando V del decisorio en crisis) tiene en cuenta, entre otros elementos, la pérdida —precisamente— del valor adquisitivo de la moneda. Por lo tanto, cuanto de más pretende el acreedor en exceso en la proporción que los bancos incorporan a tal tasa comporta un reajuste directo, improcedente en el estado de emergencia pública declarado por ley, con prohibición de todo tipo de repotenciación de deuda monetaria (art. 4° de la ley 25.561, que modifica los arts. 7° y 10 de la ley 23.928); ello, con las únicas salvedades previstas en la legislación de emergencia, ajenas a cuanto se discute en el *sub-lite*.

c) Finalmente, no encuentro en autos razón valedera alguna para hacer excepción a la aplicación de la normativa sobre consolidación de la deuda pública.

En efecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que la compatibilidad constitucional de un sistema como el que establece la ley 23.982 (que contempla una situación idéntica a la generada por aplicación de la ley 25.344) —en procura de un fin público que resguarda los intereses superiores de la comunidad—, depende de la adecuación del medio al fin perseguido, es decir, que la subsunción del caso concreto en la legislación de emergencia, aun cuando comporte una restricción razonable al uso y goce de los derechos individuales, no signifique una degradación tal que destruya la sustancia del derecho reconocido en la sentencia judicial (conf. Sala III, causa 21.9141/96 del 07/03/2002, y sus citas). En este orden de ideas, el art. 18 de la ley 25.344 permite hacer excepción al régimen de la consolidación cuando mediaren circunstancias excepcionales vinculadas a situaciones de desamparo e indigencia, en los casos en que la obligación tuviere carácter alimentario.

Es así como esta Cámara ha aplicado la excepción prevista en el referido art. 18 a supuestos en donde lo contrario habría frustrado la finalidad de rehabilitación o recuperación o en casos de severa incapacidad por mala praxis (conf. Sala I, causa 9872/02 del 18/03/2008, y sus citas). Se trataba de situaciones excepcionales en las cuales estaba probado un estado de desamparo e indigencia que justificaba el apartamiento de las reglas generales sobre consolidación de las obligaciones del Estado Nacional.

Por el contrario, en estos autos no se configuran tales extremos, pues no basta invocar el derecho de obtener la excepción, sino que es menester probar de manera concreta que se trata de una situación particular. Ello me lleva a rechazar la pretensión de la recurrente.

B) De su lado, el Estado Nacional se queja de la procedencia del daño patrimonial (fs. 1557/1558, punto 3.1.1) y extrapatrimonial (fs. 1558/ vta., punto 3.1.2) y de la tasa de interés (fs. 1558 vta./1560 vta., punto 3.3).

Lo primero que debo señalar es que la conversión que la recurrente efectúa del monto de la condena a dólares estadounidenses (fs. 1557, punto 3.1, tercer párrafo) resulta a todas luces improcedente e inatendible, habida cuenta de que el monto de la sentencia ha sido pronunciado en pesos argentinos y nada dice —ni nada desliza— de una posible conversión a la moneda norteamericana.

Aclarado lo anterior, adelanto mi posición en sentido adverso a las quejas de la recurrente relativas a los rubros y quanta resarcitorios, en el entendimiento de que el recurso de apelación debe ser declarado desierto en el aspecto bajo análisis (arts. 265 y 266 del Cód. Procesal). En efecto, la apelante se limita a transcribir los fundamentos de la sentencia y a efectuar citas jurisprudenciales, pero sin aportar argumento alguno aplicable concretamente al caso de autos. No logra de esta manera convencerme de la irrazonabilidad de los montos ni —mucho menos— de la improcedencia de los rubros indemnizatorios.

Tampoco puede prosperar el planteo vinculado con la tasa de interés fijada por la *a quo*. Así lo considero, toda vez que las distintas Salas integrantes de esta Cámara han ido unificando el criterio, mudando de la tasa pasiva a la activa, con lo cual se produce una situación equiparable a un plenario virtual. Es decir que la tasa activa es la que aplican las tres salas de esta Cámara. Sentado ello, recuerdo que el art. 13, Anexo IV del dec. 1116/2000 —reglamentario de la ley 25.344 de consolidación de deudas del Estado, que es la normativa aplicable al caso de autos— establece que "los créditos a liquidarse judicialmente se expresarán a la fecha de corte y a partir de la misma devengarán el interés a que se refieren los incisos a) y b) del artículo anterior, según corresponda". Y el art. 12, inc. a), de la referida reglamentación preceptúa —para las deudas consolidadas y pagaderas en moneda nacional y/o bonos emitidos en moneda nacional— que "las obligaciones se calcularán hasta la fecha de corte en Moneda Nacional con los intereses que correspondan según las condiciones pactadas o las disposicio-

Thomson Reuters

nes legales aplicables. Las deudas consolidadas que se paguen en Moneda Nacional devengarán, a partir de la fecha de corte, un interés equivalente a la tasa promedio de caja de ahorro común que publica el Banco Central de la República Argentina, capitalizable mensualmente. El devengamiento se calculará hasta la última capitalización mensual". La lectura de las normas antes transcriptas revela claramente que, hasta la fecha de corte, el interés de las deudas consolidadas será el pactado o el que resulte de la aplicación de las disposiciones legales que corresponda. Consecuentemente, y según —reitero— es doctrina de las tres Salas de esta Cámara, desde el momento inicial escogido por la *a quo* y hasta la fecha de corte, la tasa a que se sujetará el cálculo de los intereses que se manda pagar en el pronunciamiento en crisis será la que percibe el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones comunes de descuento a treinta días vencidos, esto es, la tasa activa.

IX. En punto a la imposición de las costas de primera instancia (ver agravio del Estado Nacional de fs. 1560 vta./1561 vta., punto 4), considero que la índole y complejidad de las cuestiones propuestas permiten hacer excepción al principio objetivo de la derrota e imponer los gastos del juicio por su orden.

Por los fundamentos que anteceden, corresponde confirmar la sentencia apelada en lo principal que decide y modificarla únicamente en punto a la condena en costas, las cuales se imponen por su orden en ambas instancias (art. 68, segunda parte del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

Así voto.

El doctor *Antelo* dijo:

Adhiero al voto de mi distinguido colega preopinante, doctor *Recondo*, salvo en lo atinente a la distribución de las costas por su orden en ambas instancias porque el agravio del Estado Nacional en ese punto (fs. 1560 y vta., punto 4) carece de fundamento (art. 265 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

En efecto, más allá de que no planteó la controversia como compleja al contestar la demanda (ver su responde de fs. 920/938) la descalificación del obrar del juez Marquevich contenida en la sentencia dictada por la Cámara Federal es suficientemente clara en cuanto a la configuración del error judicial (ver considerando VII, párrafos sexto y siguientes del voto que me precede en orden). En consecuencia, considero que los actores no deben cargar con los gastos que el Estado Nacional generó. Por ende, se imponen las costas de cada recurso al apelante vencido (art. 68, primer párrafo del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

Así voto.

La doctora *Medina*, por análogos fundamentos, adhiere al voto del doctor *Recondo*.

Visto lo deliberado y conclusiones establecidas en el acuerdo precedentemente transcripto, el Tribunal resuelve: confirmar la sentencia apelada en lo principal que decide y modificarla únicamente en punto a la condena en costas, las cuales se imponen por su orden en ambas instancias (art. 68, segunda parte del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Regístrese, notifíquese, publíquese y devuélvase. — *Guillermo A. Antelo* (en disidencia parcial). — *Ricardo Recondo.* — *Graciela Medina.*

Thomson Reuters

La responsabilidad del Estado por actividad judicial: el error judicial y la afectación del interés superior del niño

María Soledad Tagliani (*)

Sumario: I. El caso.— II. Derecho aplicable.— III. La responsabilidad del Estado.— IV. Derechos afectados y partidas indemnizatorias otorgadas.— V. Aplicación de la ley 26.944 de Responsabilidad del Estado.— VI. Costas.— VII. Palabras finales.

I. El caso

El fallo que da motivo al presente comentario se sustenta en una demanda de daños y perjuicios donde se invoca error judicial. La actora —que compareció por sí y en representación de sus hijos menores de edad— reclamó contra el Estado nacional —Ministerio de Justicia— y el Ministerio de Salud y Acción Social —Consejo Nacional del Menor y la Familia— por la actuación ilegítima que les imputó a ambos organismos en el marco de una causa penal iniciada contra su cónyuge y padre de sus hijos.

Los hechos sucedieron de la siguiente forma: la actora y su marido pertenecían a la comunidad religiosa "La Familia" y vivían junto a sus hijos y otros miembros de ese grupo religioso en una casa en la localidad bonaerense de San Miguel. En ese lugar, el 1º de septiembre de 1993 se llevó a cabo —en horas de la madrugada— un allanamiento por orden del entonces titular del Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional Nº 1 de San Isidro, Dr. Marquevich, en el contexto de una investigación tendiente a desbaratar una red de pornografía infantil que supuestamente operaba bajo la fachada de una secta religiosa.

En el acto fueron detenidas varias personas, incluyendo al marido de la actora, a quien se le dictó prisión preventiva. Mientras que ella —que en ese momento cursaba un embarazo de tres meses— fue trasladada junto a sus pequeños hijos al Instituto Garrigós —dependiente del Consejo Nacional del Menor y la Familia—, donde permanecieron durante casi cuatro meses.

Tras haberse apelado la medida, el 13 de diciembre de 1993 la sala 2ª de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín revocó la prisión preventiva dictada al esposo de la actora y ordenó su libertad, al mismo tiempo que dispuso la restitución del inmueble allanado a sus ocupantes y el traslado de los menores de edad y su madre a esa vivienda, medida esta última que se hizo efectiva el 23 de diciembre de ese año. Para así decidir, el tribunal utilizó duros términos y destacó, entre otras irregularidades, la incompetencia del juez penal y el uso arbitrario del poder jurisdiccional al ordenar un "inusual operativo nocturno" que derivó en la irremediable afectación del ámbito privado de la familia.

Ello motivó, tiempo después, el reclamo de daños y perjuicios que ahora se analiza, el que fue admitido en primera instancia solo contra el

(*) Abogada, egresada de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Maestranda en Derecho con Orientación en Civil Constitucionalizado por la Universidad de Palermo (UP). Especialista en Administración de Justicia (UBA). Especialista en "Contratos y Daños" por la Universidad de Salamanca. Profesora adjunta de las materias: "Derecho de Daños" en la Universidad Abierta Interamericana (UAI) y "Derecho de las sucesiones" en UAI y UP.

Thomson Reuters

Estado nacional —Ministerio de Justicia—, debido a que el Consejo Nacional del Menor y la Familia quedó desvinculado del proceso al resultar vencedor de una excepción de prescripción. El monto de la condena alcanzó la suma de $290.000, distribuidos de la siguiente manera: $70.000 para la actora y $110.000 para cada uno de sus hijos, con más los intereses y costas.

Apelado el decisorio, la sala 3ª de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, tras considerar aplicable el Código Civil redactado por Vélez Sarsfield, consideró comprobada la antijuridicidad en el obrar jurisdiccional y la configuración de un error judicial, razón por la cual confirmó parcialmente el pronunciamiento, aunque lo revocó en lo atinente a las costas, imponiéndolas en el orden causado en ambas instancias.

La decisión nos parece acertada —sin perjuicio de lo que más adelante se comentará con relación a la imposición de costas—, por lo que a continuación, destacaremos los puntos más destacados del fallo.

II. Derecho aplicable

Si bien en la actualidad la temática que fue materia del caso se encuentra regulada en la ley 26.944 de Responsabilidad del Estado (en adelante, LRE), la que se halla vigente desde agosto de 2014 —es decir, un año antes de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación—, compartimos la decisión adoptada en cuanto a que el conflicto debía ser resuelto de conformidad con las normas contenidas en el Código Civil redactado por Vélez Sarsfield. Ello es así porque la obligación de reparar se originó durante la vigencia de la legislación anterior, esto es, en 1993, por lo que fue acertado decidir que la controversia se juzgue de conformidad con la legislación derogada, aunque más adelante analizaremos el conflicto también desde la óptica de las normas actuales.

III. La responsabilidad del Estado

Como se sabe, la cuestión atinente a la responsabilidad estatal pasó por diversos momentos tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, debates que no se acallaron con la sanción de la ley 26.944. En el fallo comentado, la controversia se basa en la responsabilidad extracontractual del Estado por la actividad judicial ilegítima, por lo que aquí nos centraremos en ello.

Para comenzar, es importante recordar que la responsabilidad extracontractual del Estado puede dividirse en función de la actividad legítima e ilegítima de la Administración. Y en ese último supuesto, tanto la doctrina como la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CS) han distinguido entre la configuración del error judicial y el anormal funcionamiento de la actividad jurisdiccional.

Con relación a la última categoría, la denominación "funcionamiento anormal de la administración de justicia" fue empleada por el Máximo Tribunal de la Nación en varios casos, en los que se consideró que lo que se imputaba al Estado —como causa generadora del daño— era un funcionamiento anormal del servicio de justicia, pero no se cuestionaba la legitimidad de una decisión jurisdiccional **(1)**.

Por ejemplo, en los casos "Poggio" y "Rizikow", dictados el 8 de noviembre de 2011, el Máximo Tribunal de la Nación sostuvo que "la pretensión indemnizatoria del demandante se sustenta en la responsabilidad del Estado nacional derivada de la dilación indebida del proceso penal al que fue sometido. No se ha puesto en tela de juicio una decisión jurisdiccional —a la cual se repute ilegítima— sino que lo que se imputa a la demandada es un funcionamiento anormal del servicio de justicia a su cargo. En consecuencia, el planteo no debe encuadrarse en el marco de la doctrina elaborada por esta Corte en materia de 'error judicial' sino que deberá resolverse a la luz de los principios generales establecidos para determinar la responsabilidad extracontractual del Estado por actividad ilícita" **(2)**.

En ambos casos, la CS afirmó que la "morosidad judicial manifiesta, grave y fuera de los

(1) PERRINO, Pablo E., "La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 107.

(2) CS, 08/11/2011, "Poggio, Oscar R. c. EN - Ministerio de Justicia y Derechos Humanos s/ daños y perjuicios", cita online: AR/JUR/66662/2011, y "Rizikow, Mauricio c. EN - Ministerio de Justicia y DD.HH. s/ daños y perjuicios", cita online: 70071807.

Thomson Reuters

términos corrientes que establecen las normas procesales" que derivó en una excesiva e irrazonable prolongación del proceso, pone de manifiesto que el Estado ha incurrido en un incumplimiento o ejecución irregular del servicio de administración de justicia a su cargo, cuyas consecuencias deben ser reparadas.

Ese funcionamiento anormal de la administración de justicia por parte del Estado —conocido también como "falta de servicio"— consiste, entonces, en la verificación de defectos o irregularidades ocurridas durante el trámite procesal, los que pueden originarse no solo como consecuencia del obrar del magistrado, sino de cualquier otro funcionario o integrante del Poder Judicial.

La situación es distinta cuando media error judicial, el que se presenta cuando el magistrado dicta una resolución que resulta objetivamente contradictoria con los hechos de la causa o con el derecho y la equidad, desviando la solución del resultado justo al que naturalmente debió llegar **(3)**. De lo expuesto se desprende que el error judicial puede provenir de una apreciación equivocada de los hechos (error de hecho) o de una desacertada interpretación y/o aplicación de la ley al caso concreto (error de derecho), tanto en el ámbito judicial penal como civil.

En los últimos tiempos, la CS sostuvo en forma reiterada que la responsabilidad del Estado por error judicial y su consiguiente deber de resarcir se configura cuando se verifican en forma conjunta —de manera indispensable— los siguientes requisitos:

(i) que la decisión judicial que causó el perjuicio sea dejada sin efecto;

(ii) el error debe ser grave o inexcusable, esto es, la decisión judicial que se ataca debe reflejarse como incuestionablemente infundada o arbitraria, lo que no sucede cuando en la prueba colectada en la causa se advierten elementos objetivos que llevaron a los juzgadores al convencimiento relativo de la decisión adoptada **(4)**.

Como se anticipó, es importante destacar que los requisitos referidos deben configurarse en forma conjunta y no alternativa, debido a que "la sola anulación o revocación de la sentencia condenatoria dictada en una causa penal (...), es condición necesaria pero no suficiente para responsabilizar civilmente al Estado por un acto dictado en ejercicio de su función jurisdiccional, pues, la reparación solo procede cuando resulta manifiesta la materialidad de la equivocación, lo que presupone un resultado erróneo, no ajustado a la ley..." **(5)**.

En función de lo expuesto, y al posar de nuevo los ojos sobre el fallo comentado, compartimos la argumentación brindada en cuanto a que la responsabilidad del Estado en el caso debe fundarse en el error judicial.

Para ello reviste fundamental importancia lo manifestado por el tribunal con relación en que en sede penal no solo se declaró la "nulidad de las actuaciones", revocando el auto de procesamiento y la prisión preventiva dictada respecto del marido de la demandante y ordenando, a su vez, el traslado de los menores de edad y su madre a su vivienda —lo que acredita el primer requisito de la doctrina de la CS—, sino que además, reputaron ilegítimas las medidas adoptadas por el magistrado penal de primera instancia —verificando así el segundo requisito—.

En tal sentido, tras calificar como "inusual" el allanamiento nocturno efectuado en la vivienda, el que, además, fue ordenado por un juez que resultaba incompetente en razón de la materia, también se destacó que el acto fue efectuado sin la debida discreción, habida cuenta

(3) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Responsabilidad del Estado por 'error judicial'. (El auto de prisión preventiva y absolución)", Ed. La Ley, 1996, cita online: AR/DOC/6544/2001.

(4) CS, 27/05/2004, "Cura, Carlos A. c. Provincia de Buenos Aires y otro (Esado. Nacional)", publicado en LLOnline: AR/JUR/1879/2004; CS, 29/11/2005, "Gerbaudo, José L. c. Provincia de Buenos Aires y otro", LLOnline: AR/JUR/5868/2005; CS, 05/09/2006; "Andrada, Roberto H. y otros c. Buenos Aires, Provincia de y otros", cita online: AR/JUR/5683/2006, entre otros.

(5) CS, 08/05/2007, "Pouler, E. R. c. Estado Nacional - Ministerio de Justicia", publicado en LLOnline: AR/JUR/2951/2007; CS, 17/03/2009, "González Bellini, Guido V. c. Provincia de Río Negro", publicado en LLOnline: AR/JUR/2438/2009, entre otros.

Thomson Reuters

de la cobertura periodística que alcanzó, circunstancia que implicó una irremediable afectación del ámbito privado de la familia, sobre todo considerando la existencia de menores de edad. Además, se hizo hincapié en el uso arbitrario del poder penal, al disponerse un secreto sumarial que resultaba improcedente, mientras que tampoco se facilitó peritos de parte para que pudieran examinar a los niños trasladados a los institutos oficiales.

Frente a este panorama, y en lo que aquí interesa, resultó manifiesta la ilegitimidad de la orden de traslado de los menores de edad a un instituto dependiente del Estado, lo que obligó a su madre a trasladarse con ellos. Esto último, por cuanto la actora no se encontraba imputada en la causa, por lo que nada impedía que se quedara en su hogar junto a sus hijos. Y, en segundo término, porque, tal como se destaca en la sentencia de primera instancia, toda la documentación que podía revestir interés en el proceso penal ya se encontraba incautada y se había detenido a todos los sospechosos.

Como puede advertirse, no había motivo legítimo alguno para disponer que los integrantes del grupo familiar abandonen su hogar. Es más, de ambas instancias civiles surge que la decisión resultó incuestionablemente infundada y arbitraria, ya que el magistrado nunca explicó las razones por las que disponía su traslado. Por el contrario, la medida fue del todo innecesaria, dado que los niños no solo contaban con una vivienda que constituía su hogar, sino también con su madre, quien no estaba involucrada en el proceso penal y podía cuidar de ellos.

Lo expuesto denota la irrazonabilidad de lo ordenado por el magistrado penal, quien, de este modo, afectó derechos fundamentales de los niños al haberlos excluido del hogar que era su centro de vida, afectando de tal modo su cotidianeidad. Es más, no contento con la ilegítima medida, el juez penal ni siquiera dispuso el cumplimiento de medidas de seguridad a fin de resguardar la vivienda y los elementos personales de los actores. De modo opuesto, y como se verá más adelante, del acta de entrega del inmueble agregada en la causa penal surge la ausencia de fajas de seguridad y la rotura de una ventana lateral, así como diversos daños materiales registrados en el interior de la vivienda.

Todo ese panorama configura el segundo requisito dispuesto por la doctrina de la CS, en lo que hace a la responsabilidad por error judicial. Es decir, se trató de una decisión incuestionablemente infundada y arbitraria.

A mayor abundamiento, y al solo efecto de destacar la gravedad de la decisión, cabe poner de resalto que aun en el supuesto de que ambos padres hubieran estado implicados en la causa penal y hubieran quedado detenidos, el traslado y alojamiento de los niños en una institución debía ser la última opción a considerar. Es que, en función de lo dispuesto por los arts. 3.1 y 3.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN), en todas las medidas concernientes a los niños que se adopten en los tribunales se debe considerar su interés superior. Por eso, en ese caso se hubieran debido arbitrar los medios necesarios para evitar que los niños abandonen su centro de vida, como, por ejemplo, contactar a algún familiar que pudiera cuidar de ellos.

Es importante destacar que, si bien al momento del dictado de las medidas criticadas —en 1993—, nuestro país aún no le había otorgado rango constitucional a la CDN, lo cierto es que para 1990 la Argentina ya había ratificado la Convención. Y esa ratificación implica el compromiso de brindar a los niños, niñas y adolescentes protección integral, ya que las leyes y prácticas que existían respondían a un "modelo tutelar" que tenía al menor de edad como objeto de protección. En otras palabras, a partir de la CDN se empezó a considerar a los niños y jóvenes como sujetos plenos de derechos, en el marco de un sistema de protección integral **(6)**.

No obstante, lo llamativo del caso es que el magistrado no solo desconoció las garantías y principios que surgen de la CDN, sino que adoptó medidas innecesarias y contrarias a ella, las que afectaron directamente los intereses de los menores de edad en el marco de un proce-

(6) BELOFF, Mary A., "Los derechos del niño en el Sistema Interamericano", Del Puerto, Buenos Aires, 2004, p. 15, citado en CATALDI, Myriam M. - NOTRICA, Federico, "El 'centro de vida' como pauta integrante del superior interés del niño y su impacto procesal", LLOnline: AR/DOC/1258/2019.

Thomson Reuters

so penal donde ninguno de ellos, ni siquiera su madre, se encontraban implicados.

En síntesis, el panorama descripto revela la grave equivocación incurrida por el órgano judicial y el consecuente deber de resarcir por parte del Estado, aspecto que fue considerado por la decisión comentada.

IV. Derechos afectados y partidas indemnizatorias otorgadas

Dentro de este ámbito, en primer lugar, cabe resaltar que al momento del hecho la actora se encontraba embarazada de tres meses, gestación que se vio interrumpida a los cinco meses, cuando se hallaba alojada en el instituto al que fue derivada, en virtud de la "compresión del cordón umbilical". Por eso la peticionaria endilgó responsabilidad por la pérdida del embarazo únicamente al instituto en donde se encontraba alojada, situación que no fue analizada en la sentencia debido a que, tal como se mencionó precedentemente, el Consejo Nacional del Menor y la Familia quedó apartado del proceso, al haberse declarado prescripta la acción en su contra en una resolución anterior.

Aclarado ello, y al entrar en el análisis de las partidas indemnizatorias otorgadas en la decisión, es importante destacar la importancia que reviste el principio de reparación integral en el derecho de daños.

La reparación integral es el principio rector en materia de derecho de daños y supone la necesidad de una razonable equivalencia jurídica entre el daño y su reparación, lo que implica otorgar al sujeto dañado una justa compensación. En virtud de ello, cuando alguien sufre un perjuicio, ya sea este patrimonial o no patrimonial, debe percibir una indemnización que le permita suprimir los efectos nocivos del suceso dañoso de la manera más completa posible **(7)**.

Al respecto, cabe recordar que es doctrina de la CS, como máximo intérprete de la Constitución Nacional (CN) **(8)**, que la reparación integral constituye un derecho humano que se deriva del art. 19 de la CN. Ese fue el criterio seguido por el Máximo Tribunal en los conocidos casos "Santa Coloma" **(9)** y "Gunther" **(10)** y reafirmado en diversos fallos posteriores **(11)**, como "Ontiveros" **(12)**.

En este último precedente, la CS dijo: "Que esta Corte Suprema ha señalado que tanto el derecho a una reparación integral (...) como el derecho a la integridad de la persona en su aspecto físico, psíquico y moral y el derecho a la vida que enlaza a los dos primeros, se encuentran reconocidos por el plexo convencional incorporado al art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional (conf. arts. I de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 3º de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 4º, 5º y 21 del Pacto de San José de Costa Rica y 6º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Fallos 335:2333)".

Este principio de reparación integral como pilar fundamental de la responsabilidad civil

(7) SAPPIA, M. C. - MÁRQUEZ, J. F., "La reparación integral del daño. Su consolidación en la Constitución, la doctrina, la jurisprudencia y en el Proyecto de Código Civil y Comercial 2012", RCyS 2013-IX-121, citado en PICASSO, S. - SÁENZ, L. R. J., Código Civil y Comercial comentado, Ed. Infojus, Buenos Aires, 2015, t. IV, comentario al art. 1740.

(8) BIDART CAMPOS, Germán, "El derecho de la Constitución y su fuerza normativa", Ed. Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, 1995, p. 264, citado en HERRERA, M. - SALITURI AMEZCUA, M., Responsabilidad civil y técnicas de reproducción humana asistida, en HERRERA, Marisa (dir.), "Técnicas de reproducción humana asistida", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2018, p. 403.

(9) CS, 05/08/1986, "Santa Coloma, Luis F. y otros c. Empresa Ferrocarriles Argentinos", Fallos: 308:1160, publicado en LLOnline: AR/JUR/611/1986.

(10) CS, 05/08/1986, "Gunther, Fernando R. c. Nación Argentina", Fallos 308:1118, publicado en LLOnline: 70009256.

(11) CS, 25/02/1992, "Tabares, Silvia G. c. Sanatorio Agote y otros", Fallos 315:119, publicado en LLOnline: AR/JUR/2943/1992; 17/03/1998, "Peón, Juan D. y otra c. Centro Médico del Sud SA", Fallos: 321:487; 21/09/2004, "Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales SA", Fallos 327:3753, publicado en LLOnline: AR/JUR/2113/2004; 27/11/2012, "Rodríguez Pereyra, Jorge L. y otra c. Ejército Argentino s/ daños y perjuicios", Fallos 335:2333, publicado en LLOnline: AR/JUR/60694/2012; entre otros.

(12) CS, 10/08/2017, "Ontiveros, Stella Maris c. Prevención ART SA y otros s/ accidente - inc. y cas.", cita online: AR/JUR/50672/2017.

Thomson Reuters

se encuentra hoy expresamente receptado en el art. 1740 del Cód. Civ. y Com., en cuanto dispone que "La reparación del daño debe ser plena. Consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie". Entonces, y tras ese breve repaso, bajo esos lineamientos se analizarán las partidas indemnizatorias otorgadas en la sentencia comentada.

IV.1. Consecuencias patrimoniales

La madre de los niños reclamó por sí y en representación de sus hijos menores de edad una partida indemnizatoria por "daño psicológico". Al efecto, ofreció como prueba la designación de un perito psiquiatra infanto-juvenil, prueba que finalmente no se produjo, en virtud de que en primera instancia se hizo lugar a la oposición a dicho medio probatorio formulada por el Estado nacional. Esto último, a la postre, derivó en el rechazo del rubro por falta de prueba.

Si bien de la sentencia de primera instancia no surgen los argumentos que sirvieron de base para rechazar la producción de esa prueba, es claro que la pericia es un elemento esencial y casi elemental para acreditar la existencia de un "daño psicológico". Por eso nos parece contradictorio denegar una partida indemnizatoria por "falta de prueba" cuando, justamente, la pericia psiquiátrica fue ofrecida por la interesada, pero el propio juzgado denegó esa posibilidad.

Esa crítica solo alcanza a la sentencia de primera instancia. Ello por cuanto la parte actora no solicitó a la Cámara de Apelaciones su interés en replantear la prueba pericial psiquiátrica denegada en la instancia anterior al momento de expresar agravios (conf. art. 260, inc. 2º, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en adelante Cód. Proc. Civ. y Com.) **(13)**, lo que le hubiera permitido al tribunal revisar la cuestión y, en su caso, ordenar su producción.

El panorama referido reviste gran importancia, porque la carencia de prueba de la parte actora **(14)** dejó en el plano puramente declamativo la incapacidad psíquica reclamada. Es que, como bien se sabe, la doctrina más calificada es conteste en sostener que el daño y la relación causal con el suceso lesivo son presupuestos del deber de responder, cuya prueba incumbe a la víctima o pretensor damnificado, lo que es derivación del principio general sentado en el art. 377 del Cód. Proc. Civ. y Com. **(15)**.

En este sentido, y en lo que hace al medio probatorio en cuestión, se ha señalado que "el estudio pericial médico es de rigor, a fin de detectar e individualizar la situación patológica del sujeto", para concluir que "los estudios técnicos por expertos son casi insoslayables" **(16)**. Sin embargo, y pese al rechazo, los actores no insistieron en la producción de la prueba idónea por excelencia, por lo que la Cámara no tuvo más remedio que rechazar el rubro.

Paralelamente, se confirmó la decisión de primera instancia en cuanto a la procedencia de una partida indemnizatoria por daños materiales. De la sentencia de la instancia anterior se desprende que, si bien no se logró acreditar con precisión la extensión del daño alegado, del acta de constatación de entrega del inmueble agregada en la causa penal se desprende la ausencia de fajas de seguridad, la rotura de una ventana lateral y de algunos bienes muebles, razón por la cual el rubro fue admitido y estimado de conformidad con lo dispuesto por el art. 165 del Cód. Proc. Civ. y Com.

(13) Recuérdese que, según lo dispuesto por el art. 379 del Cód. Proc. Civ. y Com., la resolución que deniega una prueba es inapelable, de ahí la importancia de su replanteo en Cámara.

(14) Cabe destacar que, antes del dictado de la sentencia, los entonces menores ya habían adquirido la mayoría de edad y se habían presentado en la causa.

(15) LLAMBÍAS, Jorge J., "Tratado de derecho civil. Obligaciones", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2005, t. I, p. 273; ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, "El proceso de daños", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1993, ps. 176-178 y 207; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Teoría general de la responsabilidad civil", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004, 9ª ed., p. 180; KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, en BELLUSCIO - ZANNONI, Código Civil comentado, anotado y concordado, t. 5, p. 29; BREBBIA, Roberto, "Hechos y actos jurídicos", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1979, p. 141; BUERES, Alberto, "Responsabilidad civil de los médicos", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1992, 2ª ed., t. 1, p. 305, entre otros.

(16) ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, "Resarcimiento de daños. Daños a las personas", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1990, t. 2-A, ps. 211-212.

Thomson Reuters

IV.2. Consecuencias no patrimoniales

En lo que hace a la procedencia del daño moral, que en la terminología del Código Civil y Comercial de la Nación se lo denomina daño o consecuencia no patrimonial (art. 1741 del Cód. Civ. y Com.), la Cámara se limitó a confirmar los montos otorgados en primera instancia.

Sobre este aspecto, entendemos que, en atención a la gravedad de las consecuencias generadas por lo decidido por el magistrado penal —al ordenar que los niños abandonen su vivienda y se trasladen a una institución estatal, medida que se prolongó durante casi cuatro meses—, corresponde efectuar algunas consideraciones.

Tal como se señaló, si bien al tiempo del dictado de las medidas reputadas ilegítimas la Convención sobre los Derechos del Niño todavía no formaba parte del bloque de constitucionalidad —lo que sucedió después, con la reforma de 1994—, lo cierto es que la mentada Convención había sido ratificada por el Estado argentino en 1990, por lo que el juez debió tenerla en cuenta al momento de adoptar decisiones que involucren a niños, niñas y adolescentes **(17)**, cosa que evidentemente no hizo.

En ese sentido, los arts. 3.1 y 3.2 de la CDN expresan que "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas". Es decir, se consagra expresamente que las decisiones adoptadas por los tribunales deben tener como consideración primordial el interés superior del niño.

El concepto de interés superior del niño importa el reconocimiento del niño en cuanto persona y la tutela de sus derechos, no obstante, la existencia de ciertas dificultades en su ejercicio autónomo, debido a su condición de persona en desarrollo **(18)**. Por eso, y siguiendo los lineamientos establecidos por la CDN, más tarde la ley 26.061 de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes definió en su art. 3º al interés superior del niño como "la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley".

En este marco, principios como el "interés superior del niño" pasan a ser de aplicación directa constitucional. Se trata de normas que se encuentran en condiciones inmediatas de operatividad, actuando, en consecuencia, como directiva expresa en toda cuestión que pueda afectar al niño y que enerva la aplicación de cualquier otra disposición que se encuentre en colisión con aquella **(19)**. En este orden de ideas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) dijo que "Toda decisión estatal, familiar o social que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho de un niño o niña, debe tomar en cuenta el interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia" **(20)**.

En función de lo expuesto, en el caso que aquí se comenta existieron, a nuestro juicio, diversas situaciones que vulneraron el interés superior de los niños, las que no pueden pasarse por alto a los efectos de indemnizar el daño no patrimonial.

En primer lugar, el hecho de que los niños hayan presenciado cómo personal policial irrumpía en horas de la madrugada en su vivienda a

(17) Art. 1º de la CDN: "Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad".

(18) FERNÁNDEZ, Silvia E., "Vulnerabilidad, infancia y protección especial. Sobre la especificación de derechos humanos fundamentales como tutela reforzada de protección", en FERNÁNDEZ, Silvia E. (dir.), *Tratado de derechos de niñas, niños y adolescentes*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015, p. 72.

(19) CATALDI, Myriam M. - NOTRICA, Federico, "El 'centro de vida'...", ob. cit.

(20) Corte IDH, "Fornerón e Hija vs. Argentina", 27/04/2012.

Thomson Reuters

fin de efectuar un allanamiento y cómo se llevaba detenido a su padre, con el aditamento de que toda esta escena fue televisada por diversos medios de comunicación, sin dudas afectó su intimidad y su espíritu de manera disvaliosa.

En el ámbito internacional, este derecho a la intimidad se encuentra amparado, entre otros, en el art. 12 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1948, en los incs. 2º y 3º del art. 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) —ratificada por nuestro país en 1984— y en el art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —ratificado en 1986— en cuanto disponen: "Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio (...). Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques".

Por su parte, y para complementar lo expresado, no debe olvidarse que la Corte IDH, en el caso "Atala Riffo", dictado el 24 de febrero de 2012, dijo que "el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública" **(21)**.

De este modo, y si bien el derecho a la vida privada no es un derecho absoluto, lo cierto es que, tal como quedó acreditado en la causa penal, la irrupción policial en el hogar de los actores fue arbitraria e ilegítima. Pero, además de ello, tampoco se adoptaron medidas tendientes a resguardar la privacidad e intimidad de la familia, sobre todo considerando la existencia de menores de edad, no solo porque todo el panorama fue televisado, sino porque tampoco se resguardó su vivienda durante el tiempo en que parte de la familia se encontraba alojada en la institución estatal.

En segundo término, debe tenerse en consideración el hecho de haber sido despojados de su centro de vida, al ordenarse su traslado a una institución dependiente del Estado nacional, medida que se prolongó durante meses.

Esta última circunstancia es la que consideramos de mayor impacto. Ello, por cuanto los niños fueron obligados a abandonar su vivienda sin justificación alguna, la que en ese momento constituía su centro de vida, para ser alojados en una institución pública, debiendo adaptarse a las reglas y estilo propios del lugar, tal como se señala en la sentencia de primera instancia.

A tal efecto, y aunque no se hallaba vigente al momento del hecho, sirve destacar lo dispuesto por el art. 3º de la ley 26.061, que establece que deben respetarse, entre otras cosas, "el pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural" (inc. c) y "su centro de vida", entendiéndose por tal "el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia" (inc. f).

En esa línea, también resulta oportuno volver a recordar lo dispuesto por la Corte IDH en el caso "Atala Riffo" antes citado, cuando expresó que "El objetivo general de proteger el principio del interés superior del niño es, en sí mismo, un fin legítimo y es, además, imperioso. Con relación al interés superior del niño, la Corte reitera que este principio regulador de la normativa de los derechos de las niñas y los niños se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y las niñas, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de estos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades" **(22)**.

En este contexto, y si bien no puede soslayarse que los niños no fueron alojados solos en la institución, sino que lo hicieron con su madre, lo cierto es que esa circunstancia no modifica la vulneración de sus derechos fundamentales porque, de todos modos, debieron abandonar su hogar y centro de vida.

De este modo, resulta inexorable que el panorama referido afectó el interés superior de los niños, quienes de "buenas a primeras" se encontraron viviendo en un lugar ajeno a sus

(21) Corte IDH, "Atala Riffo y niñas vs. Chile", 24/02/2012, párr. 161.

(22) "Condición jurídica y derechos humanos del niño", opinión consultiva OC-17/02 de 28/08/2002, Serie A, nro. 17, párr. 56. En igual sentido, ver: Preámbulo de la Convención Americana, citado en Corte IDH, "Atala Riffo y niñas vs. Chile", 24/02/2012.

Thomson Reuters

costumbres, con gente desconocida para ellos, habiendo visto alterada completamente su cotidianeidad y estilo de vida. El contexto apuntado no pudo más que afectar la espiritualidad de estos niños, por lo que el daño moral generado es intenso y profundo y surge de los hechos mismos *("res ipsa loquitur")*, sin que se requieran otras pruebas que confirmen su existencia.

Mención aparte merece la situación de la madre de los niños, quien claramente también vio afectada su vida privada y familiar a raíz del televisado allanamiento de su vivienda, la que, además, fue sorprendida con la orden de traslado de sus pequeños hijos a una institución, razón por la cual, y de modo indirecto, eso la obligó a trasladarse junto a sus hijos a fin de cuidar de ellos.

Lo expuesto conduce a recordar que la dignidad de la persona humana, como un patrimonio innato de ella **(23)**, se manifiesta en la autodeterminación de la propia vida, en la autonomía individual y constituye el punto de partida para la existencia y especificidad de los demás derechos fundamentales **(24)**.

Por eso resulta evidente que el escenario descripto también afectó hondamente la dignidad y espiritualidad de esta mujer, quien, embarazada de tres meses, debió mudar su domicilio y cambiar su estilo de vida propio para adaptarse a la normativa de la institución, sin pasar por alto que al retornar a su hogar se encontró con daños en su vivienda.

V. Aplicación de la ley 26.944 de Responsabilidad del Estado

Si bien el caso comentado fue resuelto de conformidad con la normativa del Código de Vélez y la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, resulta interesante analizar brevemente la situación desde la óptica de la LRE, de haber estado vigente a ese tiempo.

Pues bien, sin adentrarnos en la constitucionalidad o no de la normativa referida **(25)**, lo cierto es que la ley no regula de manera expresa la responsabilidad del Estado ni por error judicial ni por anormal funcionamiento de la administración de justicia. No obstante, el punto de interés podría verse al final del art. 5º, en donde se dispone que "los daños causados por la actividad judicial legítima del Estado no generan derecho a indemnización".

Sin embargo, creemos que en los supuestos de responsabilidad por error judicial o por anormal funcionamiento de la administración de justicia no puede hablarse de actividad legítima, dado que en ambos casos se configura un obrar del Estado contrario a derecho. Por eso entendemos que no corresponde aplicar la exclusión dispuesta por el art. 5º, último párrafo, de la LRE para estos supuestos. De este modo, compartimos lo sostenido por Perrino, en el sentido de que en un caso como el aquí comentado debería aplicarse el régimen de la responsabilidad del Estado por actividad ilegítima regulado en los arts. 1º y 3º de la mencionada ley **(26)**.

Sin perjuicio de lo expuesto, y aunque las disposiciones referidas no lo contemplen expresamente, entendemos que, de todos modos, deberá ponderarse la presencia de los requisitos establecidos por la doctrina de la CS para que se configure la responsabilidad por error judicial, esto es, la revocación de la sentencia o resolución judicial y el manifiesto e inexcusable error de hecho o de derecho cometido por el magistrado.

VI. Costas

Para finalizar el presente trabajo, nos interesa efectuar una consideración en materia de costas. La Cámara revocó la condena en costas impuesta al Estado nacional en la instancia anterior y las impuso "por su orden", argumentando que "la índole y complejidad de las cuestiones propuestas permiten hacer excepción al principio objetivo de la derrota".

(23) Preámbulo de la Declaración Americana de los DD.HH., Declaración Universal DD.HH., etcétera.

(24) ALES URÍA, M., "Límites a la disposición sobre el propio cuerpo a partir de un concepto de dignidad humana", LA LEY del 12/04/2017.

(25) Temática que, por su complejidad y extensión, ameritaría otro comentario.

(26) PERRINO, Pablo E., "La responsabilidad...", ob. cit., p. 107.

Thomson Reuters

A nuestro criterio, el apartamiento del criterio general en materia de costas no se encuentra debidamente fundado en los términos del art. 68, último párrafo, del Cód. Proc. Civ. y Com., sobre todo en un supuesto como el comentado, donde en la propia sentencia se hizo hincapié en el manifiesto error judicial, al reputar como "evidente" la antijuridicidad en el comportamiento jurisdiccional.

En función de ello, y considerando que el abuso del poder penal que derivó en la afectación de los derechos sustanciales de los actores fue puesto de relieve tanto en sede penal como en el fallo analizado, entendemos que no existían razones para apartarse del principio objetivo de la derrota.

VII. Palabras finales

En las líneas anteriores se verificó la responsabilidad del Estado por un evidente "error judicial", en este caso, cometido por un magistrado penal, que afectó de manera injustificada y arbitraria a personas ajenas al proceso, entre los que se encontraban una mujer embarazada y sus dos hijos menores de edad, quienes vieron afectado de manera notoria su interés superior.

Si bien concordamos con varios aspectos de la sentencia comentada, estimamos que el análisis del daño no patrimonial debió haberse realizado desde la perspectiva del interés superior del niño y de la afectación del derecho a la intimidad, derechos que fueron mayormente vulnerados por el obrar del magistrado penal.

Por otra parte, y de haberse aplicado la ley 26.944, entendemos que la cuestión debía resolverse apelando a lo dispuesto en los arts. 1º y 3º, concernientes a la actividad ilegítima del Estado. El factor de atribución objetivo por la "falta de servicio consistente en una actuación u omisión irregular de parte del Estado", referido en el art. 3º, inc. d), de la ley mencionada, estaría configurado por la actuación irregular del poder jurisdiccional, por lo que, en este caso puntual, la decisión de fondo no debería haber sido distinta.

Thomson Reuters

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD

Acción de amparo. Protección de personas con discapacidad. Organismo de aplicación de la ley de salud mental. Obligación del estado argentino. Procedencia del recurso.

Con nota de María Paula Menossi, María Belén Pascuali y Rosalía Muñoz Genestoux

1. — El pedido de intervención como *amicus curiae* de la Secretaria Ejecutiva del Órgano de Revisión de Salud Mental debe ser rechazado, toda vez que la ley 402 —procedimientos ante el Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires— prevé la figura exclusivamente para los procesos instaurados a fin de tramitar las acciones declarativas de inconstitucionalidad del art. 113, inc. 2º de la CCBA, pero no contempla la intervención de personas ajenas al juicio en los recursos de inconstitucionalidad o las quejas por recursos denegados.

2. — Ante la insuficiencia de recursos del Estado porteño para proveer el "hogar terapéutico" a dos personas con discapacidad, resulta indudable y necesaria la asistencia del Estado Nacional para adoptar las medidas tendientes a encontrar una solución al caso, toda vez que las obligaciones constitucionales, convencionales y legales asumidas en la materia lo compelen a intervenir en protección del derecho a la salud afectado.

3. — La Constitución Nacional, los tratados internacionales de jerarquía constitucional y la ley nacional de salud mental han consagrado la obligación del Estado Federal de adoptar las medidas necesarias para preservar la salud mental de las personas que se encuentran en territorio nacional y garantizarles el tratamiento terapéutico más conveniente, sin perjuicio de las regulaciones más beneficiosas que establezcan las jurisdicciones locales; por lo tanto, el Estado Nacional debe garantizar el goce mínimo del derecho a la salud de sus habitantes, tutela que podrá ser ampliada —jamás disminuida— en cada jurisdicción por los gobiernos locales.

TS Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 09/08/2019. - Folgar, María Laura y otros c. Ministerio de Salud de la Nación y otros s/ amparo s/ recurso de inconstitucionalidad.

[Cita on line: AR/JUR/27905/2019]

COSTAS

A la vencida

Expte. N° 16120/18

Buenos Aires, agosto 9 de 2019.

Resulta:

1. Los Dres. Tomás Ruggiero y María Laura Folgar, en su carácter de letrados de la Defensoría General de la Nación (en lo sucesivo: DGN), promovieron ante la Justicia Nacional en lo Civil y Comercial Federal una demanda de amparo en defensa de B. S. y F. A. S., contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante: GCBA) y el Estado Nacional (en adelante: EN) para que proveyese un dispositivo tipo hogar terapéutico, inexistente en la actualidad, que contase con "...abordaje integral y especializado en razón de su edad, discapacidad psicosocial, historial y se les brinde un tratamiento particularizado en virtud de las características y necesidades de cada joven, que cuente con tratamiento psiquiátrico y psicológico, espacio terapéutico familiar, abordaje ambulatorio interdisciplinario e integral de las adicciones y actividades sociorecreativas con el fin de favorecer la reinserción social..." (fs. 1/24 vuelta, en particular fs. 1).

Declarada la incompetencia del Juzgado Nacional Civil Y Comercial Federal N° 1, quien la atribuyó al Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 86 —pues era el que entendía en la internación de los menores que contaban ya con alta médica y debían ser externados— (fs. 30), la jueza a cargo de este último dispuso como medida cautelar que el GCBA brindase a los actores un dispositivo con las características y requisitos señalados en el objeto de la demanda, "...y se garantice la vacante y el traslado del actual lugar de internación —Hospital Carolina Tobar de García— a dicho dispositivo" (fs. 39 vuelta). A su vez, declaró su incompetencia por entender que correspondía al fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (fs. 35/39 vuelta).

2. Recibidos los autos por el fuero local se dio vista al Fiscal, quien señaló: (a) que la demanda había sido iniciada por magistrados de la DGN y debía darse intervención al Ministerio Público Tutelar local (en adelante: MPT); y (b) que debía adecuarse la demanda a las normas locales (fs. 47). Tras ello, tomó intervención el MPT en representación de los actores, consintió la competencia de la Ciudad y consideró que se había agotado el objeto de la acción (fs. 55/56).

Finalmente, el juez de grado hizo lugar a la demanda y ordenó a los codemandados "...garantizar la existencia de vacantes en establecimientos que brinden a

Thomson Reuters

los menores involucrados un tratamiento psicológico y psiquiátrico y un abordaje integral y especializado que contemple las características y necesidades de ambos jóvenes", con costas (fs. 314/320).

3. La sentencia fue apelada por los demandados.

El Ministerio de Salud de la Nación planteó que la Ciudad de Buenos Aires, en virtud del sistema federal, era quien contaba con los efectores de salud para cumplir con lo ordenado; que la salud es una facultad no delegada a la Nación, que el Estado local se ha reservado para sí la atribución de brindar el servicio a sus habitantes y que, por ello, fue indebida la condena solidaria dispuesta por el *a quo*. Cuestionó también el fallo pues no se había demostrado: (a) la incapacidad de los efectores del GCBA para brindar la atención; y (b) que el dispositivo peticionado en la demanda fuera adecuado a las necesidades de los menores. Señaló que no había, en verdad, problema con el dispositivo de internación sino con el plan de externación. También se agravió porque no se resolvieron los planteos de falta de legitimación pasiva, inadmisibilidad y extemporaneidad de la acción (fs. 331/338).

El GCBA fundó su apelación en que no había acto u omisión susceptible de reproche de su parte, de manera tal que el amparo era improcedente. Afirmó que de la causa surgía que el Ministerio de Salud del GCBA había brindado la asistencia médica necesaria. Agregó que se había vulnerado su derecho de defensa y la garantía del debido proceso, y peticionó que las costas fuesen impuestas en el orden causado (fs. 342/347 vuelta).

Los Defensores contestaron los memoriales del Estado Nacional y del GCBA (fs. 357/366 vuelta y fs. 368/374 vuelta, respectivamente).

4. La sentencia de la Sala II de la Cámara de Apelaciones del fuero local (fs. 505/514) consideró que "La pretensión basal de la acción consiste en que se les garantice a los jóvenes B. S. y F. A. S. una vacante en un Hogar terapéutico que contemple un abordaje integral y especializado en razón de la edad, discapacidad psicosocial e historial de cada uno. Asimismo se peticionó que, atendiendo a las particularidades de cada joven, se les brinde atención psicológica, psiquiátrica, espacio terapéutico familiar y un abordaje ambulatorio interdisciplinario e integral de sus adicciones, a fin de favorecer su reinserción social (cf. fs. 1). Esta solicitud obedeció a la necesidad de externar a los jóvenes —quienes contaban con el alta médica— de la institución psiquiátrica Hospital I. J. C. Tobar García (cf. fs. 1 vta./2)" (fs. 505 vuelta), cuestión en la que coincidieron los tres magistrados. El punto de disidencia entre ellos fue a quién correspondía la responsabilidad por la concreción de esa atención.

Por un lado, el voto conjunto de la jueza Mariana Díaz y el juez Esteban Centanaro sostuvo:

"5. Llegados a este punto, corresponde tratar los agravios de las partes.// El Ministerio de Salud de la Nación consideró que la sentencia era de cumplimiento imposible y antifederal en tanto los efectores de salud corresponden al GCBA por tratarse la salud de una facultad no delegada.// Al respecto, señaló que el juez de grado no resolvió la falta de legitimación pasiva que opuso a fs. 179/180 vta.// Así las cosas, es menester subrayar que la CSJN se ha pronunciado acerca del modo en que debiera actuarse ante supuestos análogos al de autos. En tal sentido, ha indicado que '...esta clase de pretensiones deben promoverse en las jurisdicciones respectivas que correspondiesen según la persona que, en uno u otro caso, se optare por demandar: ante la justicia federal de serlo el Estado Nacional, o ante los tribunales locales en caso de emplazarse a la provincia' (cf. Fallos: 329:2911).// Además, se avanzó sobre la cuestión a punto tal que se aseveró que '[l]la duplicidad de actuaciones a que dará lugar el retorno a este criterio tradicional del Tribunal o a la posibilidad de que tratándose de varios juicios se dicten sentencias contradictorias, ha sido sabiamente anticipado, considerado y definido por esta Corte en el citado precedente de Fallos: 189:121 ['Dalle Mura, Angel c. Luchi, Rafael y otros'], al subrayar que esas circunstancias no son causa bastante para alterar las reglas de jurisdicción dado que ese inconveniente deriva del régimen institucional adoptado por la misma Constitución, que hace posible esa diversidad de pronunciamiento'. Ello fue afirmado sin '...ignora[r] ni retacea[r] las consecuencias que se derivan de institutos de índole procesal de comprobada eficacia como los concernientes al litisconsorcio, a la intervención de terceros y, en general, a los procesos con pluralidad de partes legitimadas a fin de extender los efectos de las sentencias que se dicten' (cf. Fallos: 329:2316).// (...) En consecuencia, de lo expuesto, se desprende que asiste razón a la demandada Ministerio de Salud de la Nación. Por ello corresponde revocar parcialmente la decisión de grado en cuanto ordena al Estado Nacional que garantice la existencia de vacantes en establecimientos que brinden a los jóvenes involucrados un tratamiento psicológico y psiquiátrico y un abordaje integral y especializado que contemple las características y necesidades de ambos jóvenes (cf. fs. 320). La forma en que se resuelve, torna innecesario el tratamiento de los restantes agravios del recurso de apelación del Ministerio de Salud de la Nación. // Finalmente, en atención a lo dispuesto en el artículo 14 de la Constitución de la CABA, corresponde modificar las costas de primera instancia y fijar las de esta, en el orden en que fueron causadas..." (fs. 507/507 vuelta).

Thomson Reuters

En cambio, el juez Balbín, en disidencia parcial, hizo un examen distinto de la relación jurídica entre la Nación y la Ciudad planteada en el caso, a partir de una lectura de los tratados de Derechos Humanos. Así, afirmó:

"El Ministerio de Salud de la Nación consideró que la sentencia era de cumplimiento imposible ya que los efectores de salud corresponden al GCBA por tratarse la salud de una facultad no delegada.// V.i Así las cosas, cabe destacar que, ante este particular caso, la defensa de la codemandada no puede tener favorable recepción. Esto así en tanto, de conformidad con lo establecido en la ley nacional N° 26.657, el Estado Nacional tiene el deber de garantizar la protección de la salud mental de las personas que se encuentren en el territorio Nacional sin perjuicio de las regulaciones más beneficiosas que, en el caso, establezca la CABA (cf art. 1). Asimismo se fijó que los servicios y efectores de salud, públicos o privados, deben adecuarse a los principios en ella dispuestos (cf. art. 6). En lo atinente a la autoridad de aplicación, designó al Ministerio de Salud de la Nación —a partir del área específica— a establecer las bases de un Plan Nacional de Salud Mental y propició un incremento en las partidas presupuestarias nacionales destinadas a salud mental (promoviendo el mismo criterio para las provincias y la CABA). Adicionalmente se dispuso el desarrollo de planes de inserción socio-laboral y de prevención en salud mental con promoción para las provincias y la CABA. Finalmente se ordenó la promoción de convenios con las distintas jurisdicciones para garantizar el desarrollo de acciones conjuntas tendientes a implementar los principios enumerados en la norma. En este aspecto es útil destacar que resulta parte integrante de la ley y como instrumentos orientadores, entre otros, los Principios de Naciones Unidas para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de Salud Mental (A.G. res. 46/119), la Declaración de Caracas de la Organización Panamericana de la Salud y de la Organización Mundial de la Salud y los Principios de Brasilia Rectores para el desarrollo de la Atención en Salud Mental de las Américas (cf. art. 2).// Por su parte, en el decreto reglamentario N° 603/2013 se fijó la obligación estatal de brindar tratamiento personalizado y garantizar la continuidad de atención en servicios adecuados, de los pacientes mentales. Asimismo se creó la Comisión Nacional Interministerial en Políticas de Salud Mental y Adicciones, en el ámbito de la Jefatura de Gabinete de Ministros y presidida por la autoridad de aplicación de la mentada ley.

Y, en lo que aquí interesa resaltar, dispuso que la Autoridad de Aplicación debía asegurar, junto con la CABA, que todos aquellos agentes que brinden por sí o por terceros servicios de salud independientemente de su naturaleza jurídica o de su dependencia institucional, adecuen su cobertura a las previsiones de la ley nacional de salud mental (cf. art. 6, anexo 1).// V.ii En el contexto que precede, es útil recordar que, si bien nuestra forma de Estado se encuentra organizada bajo el régimen federal, con un sistema de competencias reservadas, delegadas, concurrentes y complementarias (cf. arts. 1, 121, 126 y 129, entre otros de la Constitución Nacional), el Estado tiene la obligación constitucional y convencional de realizar prestaciones positivas, de manera que el ejercicio del derecho a la salud no se torne ilusorio. Esta obligación, principal y solidaria, no puede verse desdibujada amparándose en un régimen de distribución de competencias. (...) Recuérdese que el derecho a la salud se presenta incorporado a nuestro ordenamiento en el bloque de constitucionalidad federal, respondiendo su ejercicio a una facultad concurrente entre nación y provincias. Estos últimos pueden brindar una cobertura más amplia que en el sistema normativo común pero, ante su inobservancia, el Estado nacional debe satisfacer los derechos vulnerados. Tal fue la obligación internacional asumida mediante la incorporación de la Convención Americana de Derechos Humanos que, en su artículo 28, establece la cláusula federal. Al respectó se fijó que '...cuando se trate de un Estado parte constituido como Estado Federal, el gobierno nacional de dicho Estado parte cumplirá todas las disposiciones de la presente Convención relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial. 2. Con respecto a las disposiciones relativas a las materias que corresponden a la jurisdicción de las entidades componentes de la federación, el gobierno nacional debe tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención'.// Es así que, frente a casos como este, en los que se presentan situaciones de extrema indefensión, la evaluación se presenta, ya no únicamente desde la perspectiva formal del principio de igualdad sino que se impone un análisis de tipo estructural mediante la ejecución de acciones afirmativas o positivas que garanticen la igualdad real de trato y oportunidades, especialmente respecto de las cuatro categorías que aparecen en el artículo 75, inciso 23 de la CN, respecto del pleno goce y ejercicio de los derechos constitucionales y que surgen también de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos (cf. art. 75, inc. 22, de la CN). // VI. (...) Por lo demás, en materia de derechos sociales, tiene especial relevancia el PIDESC y su Comité (CESCR), que, en lo que aquí interesa resaltar, efectuó observaciones generales respecto del derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (cf. art. 12 del PIDESC). En este aspecto señaló que '...la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel

Thomson Reuters

posible de salud que le permita vivir dignamente'. En virtud del párrafo primero, del artículo 12 del pacto, los Estados parte reconocen 'el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, debiendo asegurar la plena efectividad de ese derecho mediante la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia y servicios médicos en caso de enfermedad (cf. inciso d).// Y tal como se enuncia en el pacto, la obligación estatal no se limita a garantir la atención de la salud al solo efecto de 'estar sano', sino que '...este deber abarca una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones merced a las cuales las personas pueden llevar una vida sana, y hace ese derecho extensivo a los factores determinantes básicos de la salud, como la alimentación y la nutrición, la vivienda, el acceso al agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas y un medio ambiente sano. El derecho a la salud entraña libertades y derechos. (...) entre los derechos figura el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud [el cual] debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud' (cf. Observación general N° 14 del 11/08/2000...// Por ello, si bien le corresponde a la CABA la obligación primaria de prestar una atención adecuada al estado de salud de los jóvenes, lo cierto es que, ante la necesidad de efectuar su externación, y frente a la contundente manifestación de la Dirección de Salud Mental de carecer de los dispositivos terapéuticos adecuados (cf. fs. 272), el Estado Nacional tiene el deber convencional y constitucional de garantizar y preservar la salud de sus habitantes de manera oportuna y apropiada asegurando condiciones sanitarias idóneas para cada caso.// En este sentido se ha expresado nuestro Máximo Tribunal en cuanto a que la autoridad pública tiene la obligación impostergable de garantizar el derecho a la salud '...con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deben asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales...', y que no puede desentenderse de aquella so pretexto de inactividad de otras entidades (*in re* 'Monteserin, Marcelino c. Estado Nacional - Ministerio de Salud y Acción Social - Comisión Nacional Asesora para la Integración de Personas Discapacitadas - Servicio Nacional de Rehabilitación y Promoción de las Personas con Discapacidad', del 16/10/2001).// (...) A mayor abundamiento es dable recalcar que en la ley N° 26.657 le fue encomendado al Ejecutivo Nacional una función rectora y coordinadora con las autoridades provinciales y de la CABA con miramientos a salvaguardar por el fiel cumplimiento de los derechos constitucionales que amparan la salud —ergo la vida— especialmente de la población con mayor vulnerabilidad.// Nótese que la parte actora, ante la insuficiencia de efectores de salud —puesta de manifiesto en la audiencia de fecha 10 de noviembre de 2016—, solicitó al Ministerio de Salud Nacional que arbitrara los medios necesarios para que se brindara a los jóvenes una vacante en un hogar terapéutico (cf. anexo IV, del sobre N° 5920).// VI.i Finalmente, es importante resaltar que, más allá de la pertinencia de la técnica procesal que se entienda aplicable, frente a la gravedad de los extremos tácticos puestos de resalto en el desarrollo de esta causa, debe garantizarse el reconocimiento irrestricto de los derechos fundamentales de los jóvenes (cf. CSJN en 'Rodríguez, Karina V. c. Estado Nacional y otros s/ acción de amparo', del 07/03/2006 y Defensoría del Pueblo de la Nación c. Buenos Aires, Provincia de y otro (Estado Nacional) s/ amparo', del 24/04/2007).// En este sentido, las cuestiones procesales no pueden limitar el reconocimiento del umbral mínimo en materia de derechos fundamentales, en el caso, la satisfacción del derecho a la salud de los jóvenes" (fs. 511/512 vuelta).

5. La Dra. Folgar, Defensora Pública Oficial Coadyuvante, en ejercicio de la defensa de los jóvenes B. S. y F. A. S., junto a la madre de B. S. (ver documentos y actuaciones a fs. 491, 492 y ss.) y del Defensor Público Curador Dr. Alfredo López Bravo, curador de F. A. S., plantearon el recurso de inconstitucionalidad (fs. 519/553 vuelta), que fue contestado por el Ministerio de Salud de la Nación (fs. 559/563). El recurso cuestiona la resolución que, al hacer lugar por mayoría a la apelación interpuesta por el Estado Nacional (Ministerio de Salud), revocó parcialmente la decisión de primera instancia que lo condenaba a cumplir con lo dispuesto por el juez de grado (v. fs. 320, fs. 507/507 vuelta y fs. 514).

En el recurso de inconstitucionalidad, la parte actora sostuvo que: (i) el fallo afectaba el derecho a la salud de los jóvenes B. S. y F. A. S. pues el Ministerio de Salud de la Nación debía garantizar ese derecho por cuanto los tratados incorporados con jerarquía constitucional al art. 75 inciso 22 de la Constitucional Nacional contemplan el derecho a la salud en forma expresa (v. fs. 524); (ii) la sentencia desconoció la extensa jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que establece que es obligación del Estado Nacional garantizar el derecho a la salud y garantizar el cumplimiento de los compromisos internacionales asumidos por la Nación (v. fs. 525 vuelta); (iii) dada la situación de extrema vulnerabilidad de los actores, la cuestión debía ser interpretada a la luz del principio pro homine (v. fs. 532 vuelta, último párrafo); (iv) la sentencia omitió considerar que el Ministerio de Salud de la Nación es la autoridad de aplicación de la Ley de Salud Mental N° 26.657 y es el rector y coordinador en todo el territorio argentino (v. fs. 535 vuelta, punto 2).

Thomson Reuters

El Asesor Tutelar ante la Cámara se notificó de la sentencia (fs. 515) y luego acompañó el recurso de la parte actora (fs. 567/569). Afirmó que "...al haberse excluido al Ministerio de Salud de la Nación (Autoridad de Aplicación de la Ley 26.657) de la condena, priva a situaciones como la de autos —de extrema indefensión— de la posibilidad de obtener una solución para garantizar el derecho a la salud vulnerado, ya que el GCBA —único condenado en autos de quedar firme la sentencia— reconoció carecer de los dispositivos terapéuticos adecuados..." (fs. 568 vuelta).

6. En el auto de concesión —parcial— del recurso de inconstitucionalidad, los jueces Centanaro y Díaz consideraron que: "...de los términos de la sentencia recurrida resulta que, en lo sustancial, la parte actora se agravia respecto de la afectación de garantizar el derecho a la salud y por ende, el derecho de la vida, los derechos de los niños, niñas y adolescentes y de las personas con discapacidad; y en particular, por la omisión de considerar que la Ley 26.657 impone al Ministerio de Salud de la Nación ser la autoridad de aplicación y garante de la protección de la salud mental de las personas en todo el territorio argentino y el obligado a garantizar que todos los servicios de salud se adecuen a los preceptos de la ley de salud mental nacional, afectando de esta forma preceptos constitucionales sobre los que se asienta todo Estado de Derecho.// En particular, agravia a la actora que el tribunal haya revocado la resolución que obligaba al Estado Nacional a garantizar la existencia de vacantes en establecimientos que brinden a los jóvenes involucrados un tratamiento psicológico y psiquiátrico y un abordaje integral y especializado que contemple las características y necesidades de cada uno.// En consecuencia, encontrándose en debate la interpretación y alcance de normas constitucionales como así también de los compromisos asumidos en los tratados internacionales que a su vez determinan el alcance de la garantía del Estado Nacional de adoptar las medidas necesarias para contener a los jóvenes involucrados y toda vez que aquellos preceptos tuvieron una relación directa e inmediata con la solución adoptada de en cuanto a que deslindó de su obligación de garantía al Estado Nacional, corresponde admitir el remedio intentado (art. 27. Ley 402)" (fs. 574).

Por su parte el juez Balbín afirmó que: "...la pretensión se expresa en términos constitucionales, esto es, pone en juego la interpretación, aplicación y vigencia de normas contenidas en la Constitución Nacional, en la de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos.// A su vez, no puede dejarse de lado, que entre los agravios constitucionales se pone en debate la interpretación de las normas que protegen el derecho a la salud de los jóvenes involucrados y de las medidas que deban adoptarse para poder hacerlo efectivo.// En consecuencia, corresponde conceder el recurso de inconstitucionalidad interpuesto en los términos expuestos" (fs. 575).

7. Requerido su dictamen, la Asesora General Tutelar consideró que el recurso debía ser declarado admisible por las razones expuestas por el Asesor de Cámara (fs. 584/585 vuelta). Por su parte, el Fiscal General Adjunto propició hacer lugar al recurso de la parte actora, revocar el fallo de Cámara en cuanto revocó la condena al Estado Nacional y extender a este la condena (fs. 589/592 vuelta).

8. Antes de adquirir firmeza el llamado de autos, la abogada María Graciela Iglesias, invocando su condición de Secretaria Ejecutiva del Órgano de Revisión de Salud Mental (ley N° 26.657) peticionó ser admitida como amicus curiae (fs. 598/607), mediante un escrito que fue presentado por la defensa de los actores (fs. 608). Corrido el traslado a los demandados, tanto el GCBA como la Secretaría de Gobierno de Salud del EN se opusieron a su admisión (fs. 6182/622 y 624/628 vuelta, respectivamente).

9. Presentaciones posteriores dieron cuenta del estado de tratamiento o de situaciones relativas a la atención o alojamiento de los actores (fs. 630/633, fs. 641/643 y fs. 646/650).

Fundamentos:

Las doctoras *De Langhe* y *Weinberg* dijeron:

1. Previo a todo, corresponde resolver el pedido de María Graciela Iglesias (Secretaria Ejecutiva del Órgano de Revisión de Salud Mental) para ser admitida como amicus curiae en este recurso (fs. 598/608).

La ley N° 402 prevé la figura exclusivamente para los procesos instaurados a fin de tramitar las acciones declarativas de inconstitucionalidad del art. 113, inc. 2 de la CCBA, pero no contempla la intervención de personas ajenas al juicio en los recursos de inconstitucionalidad o las quejas por recursos denegados. La ley de amparo N° 2145 y el CCAyT tampoco han regulado la participación de terceros con el alcance peticionado en la presentación en consideración.

En consecuencia, y teniendo en cuenta también que los codemandados se han opuesto a la participación en juicio de la presentante (el GCBA a fs. 618/622, y el Estado Nacional a fs. 624/628 vta.), en este caso corresponde rechazar el presente pedido de intervención en calidad de amicus curiae.

2. El recurso de inconstitucionalidad deducido por la parte actora ha sido correctamente concedido, pues se dirige contra una sentencia definitiva y plantea un caso constitucional que obliga a interpretar las cláu-

Thomson Reuters

sulas constitucionales, convencionales y legales que consagran el derecho a la salud y las correspondientes obligaciones estatales en relación al tratamiento terapéutico que debe garantizarse a los jóvenes involucrados en autos.

3. La cuestión constitucional desarrollada por el recurrente, y concedida por la Cámara, impone desentrañar cuáles son las obligaciones a cargo del Estado Nacional y del Estado Local en materia de salud, y concretamente si el tratamiento que deben recibir los actores corresponde solo al GCBA —como sostiene la Cámara—, o también al Estado Nacional —como pretende el recurrente—.

Al respecto, en el fallo atacado (ver fs. 507 y vta., considerando 5° del voto de la mayoría) la Cámara sostuvo, en lo pertinente, que "...la CSJN se ha pronunciado acerca del modo en que debiera actuarse ante supuestos análogos al de autos. En tal sentido, ha indicado que '...esta clase de pretensiones deben promoverse en las jurisdicciones respectivas que correspondiesen según la persona que, en uno u otro caso, se optare por demandar: ante la justicia federal de serlo el Estado Nacional, o ante los tribunales locales en caso de emplazarse a la provincia' (cf. Fallos: 329:2911). // Además, se avanzó sobre la cuestión a punto tal que se aseveró que '[l]a duplicidad de actuaciones a que dará lugar el retorno a este criterio tradicional del Tribunal o a la posibilidad de que tratándose de varios juicios se dicten sentencias contradictorias, ha sido sabiamente anticipado, considerado y definido por esta Corte en el citado precedente de Fallos: 189:121 ['Dalle Mura, Angel c. Luchi, Rafael y otros'] al subrayar que esas circunstancias no son causa bastante para alterar las reglas de jurisdicción dado que ese inconveniente deriva del régimen institucional adoptado por la misma Constitución, que hace posible esa diversidad de pronunciamiento.' Ello fue afirmado sin '...ignora[r] ni retacea[r] las consecuencias que se derivan de institutos de índole procesal de comprobada eficacia como los concernientes al litisconsorcio, a la intervención de terceros y, en general, a los procesos con pluralidad de partes legitimadas a fin de extender los efectos de las sentencias que se dicten' (cf. Fallos: 329:2316). //A mayor abundamiento, cabe recordar que, en un caso en el que se solicitaba que se condenase a la provincia de Buenos Aires y al Estado Nacional a que adoptaran las medidas necesarias para garantizar a los habitantes de esa provincia, que padecían enfermedades oncológicas, el suministro de los medicamentos para el tratamiento de esas patologías, además de rechazar la competencia originaria, determinó, siguiendo el precedente 'Rebull', que la pretensión debía tramitar por separado (...) En consecuencia, de lo expuesto, se desprende que asiste razón a la demandada Ministerio de Salud de la Nación. Por ello corresponde revocar parcialmente la decisión de grado en cuanto ordena al Estado Nacional que garantice la existencia de vacantes en establecimientos que brinden a los jóvenes involucrados un tratamiento psicológico y psiquiátrico y un abordaje integral y especializado que contemple las características y necesidades de ambos jóvenes...".

Adelantamos que esta decisión omite ponderar debidamente las obligaciones constitucionales y legales impuestas al Estado Federal en materia de salud, basándose exclusivamente en precedentes y argumentos referidos a la competencia judicial. La doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación invocada por la Cámara resulta inaplicable en la especie, ya que se refiere a conflictos de competencia que no han sido objeto de debate en autos.

4. En virtud de lo dispuesto por el art. 30, párrafo 2°, de la ley N° 402 (texto consolidado 2018), corresponde expedirse sobre el fondo del asunto y avocarse, en primer término, a realizar un breve análisis del plexo normativo en materia de salud.

4.1. El derecho a la salud se encuentra ínsito en el concepto de bienestar general al que se refiere nuestra Constitución Nacional y, como tal, resulta un derecho individual, colectivo y público esencial, que constituye un presupuesto indispensable y necesario para la vida, la integridad psicofísica y toda una gama de derechos que, sin una adecuada tutela del derecho a la salud podrían carecer de reconocimiento efectivo. Desde esta perspectiva se incluye en el catálogo de derechos implícitos (art. 33 de la CN) y estructuralmente basales de nuestro ordenamiento.

La tutela del derecho a la salud se encuentra reafirmada en los tratados internacionales de derechos humanos que revisten jerarquía constitucional (conf. art. 75 inc. 22 CN). Entre ellos, cabe mencionar el art. 11 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 5.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 5.e.IV) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y art. 11.1.f) de la Convención sobre la Eliminación de toda Forma de Discriminación contra la Mujer.

4.2. En el plano infraconstitucional federal, y en lo que interesa al caso, cabe resaltar la Ley Nacional de Salud Mental N° 26.657, que tiene por objeto asegurar el derecho a la protección de la salud mental de todas las personas y el pleno goce de los derechos humanos reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional de aquellas con padecimiento mental que se encuentran

Thomson Reuters

en el territorio nacional, sin perjuicio de las regulaciones más beneficiosas que para la protección de estos derechos puedan establecer las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 1).

El art. 7 les reconoce a las personas con padecimiento mental —entre las que se encuentran las que sufren adicciones, de conformidad con el art. 4 de la ley— un repertorio de derechos, entre los que cabe mencionar "...recibir atención sanitaria y social integral y humanizada, a partir del acceso gratuito, igualitario y equitativo a las prestaciones e insumos necesarios, con el objeto de asegurar la recuperación y preservación de su salud" (inc. a) y "...recibir tratamiento y a ser tratado con la alternativa terapéutica más conveniente, que menos restrinja sus derechos y libertades, promoviendo la integración familiar, laboral y comunitaria" (inc. d). En este sentido, el art. 8 promueve que "...la atención en salud mental esté a cargo de un equipo interdisciplinario integrado por profesionales, técnicos y otros trabajadores capacitados con la debida acreditación de la autoridad competente. Se incluyen las áreas de psicología, psiquiatría, trabajo social, enfermería, terapia ocupacional y otras disciplinas o campos pertinentes".

El art. 31 determina que el Ministerio de Salud de la Nación sea la Autoridad de Aplicación de la presente ley, quien debe establecer las bases para un Plan Nacional de Salud Mental acorde a tales principios.

4.3. De lo expuesto surge claramente que la Constitución Nacional, los tratados internacionales de jerarquía constitucional y la ley nacional de salud mental, han consagrado la obligación del Estado Federal de adoptar las medidas necesarias para preservar la salud mental de las personas que se encuentran en territorio nacional, y garantizarles el tratamiento terapéutico más conveniente, sin perjuicio de las regulaciones más beneficiosas que establezcan las jurisdicciones locales. Es decir, el Estado Nacional debe garantizar el goce mínimo del derecho a la salud de sus habitantes, tutela que podrá ser ampliada —jamás disminuida— en cada jurisdicción por los gobiernos locales.

Y es que en materia de salud coexisten facultades concurrentes a cargo del Estado Federal —por un lado— y las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires —por el otro—. Ambos órdenes estatales también han asumido obligaciones concretas provenientes —en lo pertinente— del régimen normativo federal y/o los ordenamientos jurídicos locales.

Esta duplicidad de ámbitos de actuación y obligaciones es producto de nuestro esquema federal, garantiza en dicho marco una cobertura eficaz del derecho a la salud de las personas y no puede ser interpretada en sentido contrario, esto es, posibilitando la desvinculación de alguno de los órdenes estatales bajo pretexto de interpretarse que los deberes se encuentran a cargo de otro gobierno.

5. La Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció en varios precedentes en los que reconoció las obligaciones del Estado Nacional en materia de protección de la salud, en forma conjunta con las correspondientes a las jurisdicciones locales. En "Asociación Benghalensis y otros c. Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional", sentencia del 01/06/2000 (Fallos: 323:1339), concluyó que el Estado Nacional era responsable primario del cumplimiento de la ley nacional N° 23.798 de lucha contra el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida ante terceros en cuanto a la prevención, asistencia y rehabilitación de la enfermedad, sin perjuicio de la responsabilidad que —ante aquel— le cabe a las jurisdicciones provinciales o instituciones privadas (obras sociales o sistemas de medicina pre-pagos); en la causa "Campodónico de Beviacqua, Ana C. c. Estado Nacional", sentencia del 24/10/2000 (Fallos: 323:3229) desestimó el recurso extraordinario del Estado Nacional que cuestionaba la responsabilidad que le habían asignado los jueces de mérito, al condenar al Ministerio de Salud y Acción Social a proveer medicamentos a un menor víctima de una severa afección, sin perjuicio de las gestiones que pudiera realizar para que su provisión se efectuara mediante otros organismos.

Entre otros conceptos, afirmó que los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 CN) determinan el deber impostergable que tiene la autoridad pública federal de garantizar el derecho a la salud con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de medicina prepaga; y que la "cláusula federal" prevista en el art. 28 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos impone al gobierno nacional el cumplimiento de todas las obligaciones relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial, y el deber de tomar "de inmediato" las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, para que las autoridades componentes del Estado federal puedan cumplir con las disposiciones de ese tratado. En sentido concordante, en "Monteserin, Marcelino O. c. Estado Nacional", sentencia del 16/10/2001 (Fallos: 324:3569), la CSJN confirmó el fallo que había admitido la acción y condenado al Servicio Nacional de Rehabilitación y Promoción de la Persona con Discapacidad a otorgar a un menor con discapacidad la atención integral prevista en la ley 24.901 y el decreto 1193/1998, más allá de la actividad que le corresponda ejercer, en su caso, para lograr la adecuada participación de la autoridad local en esa materia. Con-

Thomson Reuters

sideró, en base a lo dispuesto por la citada ley, que resultaba clara la responsabilidad que debía asumir el Estado Nacional en la asistencia y atención del niño discapacitado, de la que no cabía sustraerse en razón de demoras contingentes en la puesta en funcionamiento del respectivo sistema sanitario en las provincias. Por último, en "Defensor del Pueblo de la Nación c. Estado Nacional y otra", sentencia del 18/09/2007, en el marco de un amparo promovido por el Defensor del Pueblo de la Nación contra la Provincia del Chaco y el Estado Nacional, la Corte dictó una medida cautelar ordenando a ambos demandados el suministro de agua potable y alimentos a ciertas comunidades indígenas, como así también de un medio de transporte y comunicación adecuados, considerando de esta manera que ambos Estados estaban obligados —al menos precautoriamente— a garantizar el derecho a la vida y a la integridad física de las personas involucradas.

6. Sentado lo expuesto, debemos ahora aplicar estos conceptos al presente caso.

La acción de amparo fue dirigida a que se condene a los codemandados —GCBA y Estado Nacional, a través de sus respectivos Ministerios de Salud— a proveer un dispositivo tipo "hogar terapéutico" que contemple un abordaje integral y especializado y provea un tratamiento interdisciplinario particularizado en virtud de las características y necesidades de los jóvenes B. S. y F. A. S., habida cuenta de los fallidos abordajes brindados por los hogares terapéuticos y distintos organismos del GCBA (v. fs. 1) de modo tal de evitar una constante "deriva institucional" (v. fs. 10), motivada en que los distintos efectores y entidades por las que transitaron los involucrados carecen de las características necesarias para dar contención y tratamiento adecuado conforme la problemática que los mismos han atravesado (v. fs. 9).

La Dirección de Salud Mental del GCBA informó, en la audiencia celebrada el 10/11/2016, que el Estado porteño carecía de dispositivos "hogar terapéutico" para atender adecuadamente a los mencionados jóvenes (ver acta de fs. 272). Ante la insuficiencia de recursos en el ámbito local, resulta indudable y necesaria la asistencia del Estado Nacional para adoptar las medidas tendientes a encontrar una solución en este caso, pues las obligaciones constitucionales, convencionales y legales asumidas en la materia lo compelen a intervenir en protección del derecho a la salud afectado.

Ello no implica de ninguna manera desconocer las obligaciones del Estado porteño en esta materia —que está consagrada, principalmente, en los arts. 20 y ss. de la Constitución local y la Ley de Salud Mental de la CABA N° 448. Por lo tanto, en la etapa de ejecución de sentencia deberá resolverse de qué manera y en qué medida intervendrán las jurisdicciones federal y local en la provisión del dispositivo terapéutico adecuado para el tratamiento de B. S. y F. A. S.

7. En consecuencia, votamos por rechazar el pedido de intervención de la Dra. María Graciela Iglesias en calidad de amicus curiae, hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad de la parte actora, revocar la sentencia de la Sala II de la CCAyT en cuanto dejó sin efecto la condena contra el Estado Nacional y admitir el amparo en tal sentido; con costas de todo el proceso a quienes resultaron vencidos en cada instancia (art. 62 CCAyT).

El doctor *Lozano* dijo:

1. Corresponde rechazar el pedido de intervención, en calidad de amicus curiae, formulado a fs. 599/607 por la Secretaria Ejecutiva del órgano de Revisión de Salud Mental creado por LN N° 26.657, dado que a ello se han opuesto el Estado Nacional y el GCBA, al contestar los respectivos traslados, cfr. la doctrina de este Tribunal en "Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia c. GCBA s/ amparo (art. 14 CCBA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido" (Expte. N° 6627/09, y su acumulado 6529/09, sentencia del 17 de noviembre de 2009).

2. Despejado lo anterior, la Cámara concedió el recurso de inconstitucionalidad en cuanto venía invocada la omisión de considerar las obligaciones que al Ministerio de Salud de la Nación le impone la LN no 26.657, como autoridad de aplicación, y respecto del invocado derecho a la salud y a la vida de los jóvenes involucrados, desde la perspectiva de la protección especial a personas con discapacidad; y lo denegó respecto de la alegada arbitrariedad.

Sin perjuicio de ello, a los efectos de resolver el recurso de inconstitucionalidad concedido en forma parcial por la Cámara, la invocada arbitrariedad de la sentencia impugnada aparece inescindiblemente unida a aquellos agravios constitucionales por los que se admitió la apelación y, en consecuencia, integra el ámbito de revisión que el recurso propone a este Tribunal (cf. TSJ en "Signes, Hugo R. c. GCBA s/ daños y perjuicios (excepto resp. médica) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. N° 4448/05, sentencia del 06/06/2006 y Fallos: 295:636; 307:493 y 308:1076, entre otros).

3. La sentencia cuestionada por la parte actora revocó parcialmente la de primera instancia, excluyendo al Estado Nacional de la condena.

Para resolver de ese modo, no obstante que los jueces de mérito señalaron que los agravios del Esta-

Thomson Reuters

do Nacional consistían en que "...la sentencia era de cumplimiento imposible y antifederal en tanto los efectores de salud corresponden al GCBA por tratarse la salud de una facultad no delegada" y que "...no [se había resuelto] la falta de legitimación pasiva que [había] opu[est]o a fs. 179/180 vta." (fs. 507), entendieron que ante la jurisdicción local no podía tramitar la pretensión que aspiraba a obtener asistencia del Estado Nacional (V. punto 4 de los "Resulta").

Ello así, asiste razón a la recurrente cuando postula que la decisión objetada no constituye una derivación razonada del derecho vigente aplicado a las circunstancias del caso (cf. CSJN, Fallos: 256:101; 261:209; 312:1075, 2507).

4. Los jueces de mérito no se declararon incompetentes para resolver el pleito, sino para condenar en él al Estado Nacional.

4.1. Primeramente, es cierto que el Estado Nacional es un sujeto que solo cabe someter a sus propios tribunales (cf. art. 116 CN y 2 inc. 6 LN N° 48); sin embargo, el fuero federal en razón de la persona no es de orden público sino renunciable (Fallos: CSJN 287:445; 305:70; 316:2137; 317:1326). A este respecto, ha precisado la CSJN que "...las personas en cuyo beneficio y garantía ha sido establecida la competencia federal [...] pueden renunciar a ese derecho [...].// En el supuesto en que la persona que tiene derecho a la justicia federal sea demandada ante jueces locales, puede consentir dicha jurisdicción y contestar demanda sin oponer excepciones, pero, por el contrario, no podrá en ningún caso renunciar la jurisdicción federal cuando ha sido demandado ante los tribunales federales" (Fallos: CSJN 330:1807).

4.2. A su turno, los cuatro precedentes que citó la Cámara no dan apoyo a su conclusión.

En primer lugar, en esos pronunciamientos se discutía si ciertas estrategias procesales adoptadas por las partes podían generar un supuesto de competencia originaria de la CSJN, en concreto, si determinadas acumulaciones subjetivas de pretensiones podían ampliarla. A ese respecto, dicho Tribunal reiteró su clásica doctrina según la cual "...la raíz constitucional de la competencia de que se trata [la originaria] impide insuperablemente el reconocimiento de que pueda ser ampliada por persona ni poder alguno, dicha formulación sería un vano recurso retórico desprovisto de sustancia si se aceptara que unas personas, las damnificadas, mediante la utilización de un reconocido y útil instrumento procesal como es el litisconsorcio pasivo o la actuación obligada de tercero, tengan bajo su potestad exclusiva, bajo su único y solo arbitrio, generar una competencia de excepción que jamás hubieran obtenido de haber demandado separadamente a cada una de las agencias estatales sindicadas como responsables (considerando 13 de Fallos: 329:2316, *in re* "Mendoza"; enfatizado en Fallos: 329:2911, *in re* "Rebull"). La Cámara no se hace cargo de esto.

En segundo lugar, lo que la CSJN allí dijo fue que, en caso de acumulación de pretensiones (vgr. una contra la provincia y otra contra el EN), ellas debían promoverse "en las jurisdicciones respectivas que correspondiesen según la persona que, en uno u otro caso, se optare por demandar: ante la justicia federal de serlo el Estado Nacional, o ante los tribunales locales en caso de emplazarse a la provincia". En el caso que nos ocupa, la Cámara pasa por alto que tanto EN como GCBA vienen conjuntamente demandados.

Por último, y siempre a la luz de esos precedentes, la CSJN expresamente manifestó que "...la tutela del derecho a la salud, no postula de modo exclusivo una materia federal sino concurrente con el derecho público local...". La Cámara no repara en eso.

5. Descartada la validez de la sentencia de fs. 505/514, cabe señalar que no están controvertidos los extremos de hecho sobre cuya base la actora pretende la asistencia del Estado Nacional —esto es, que los dos jóvenes en cuyo favor fue instada la presente demanda se hallan en una situación de vulnerabilidad, debido a su estado de salud en general, y mental en particular, que requieren tutela—.

Con relación al joven B. S., quedó establecido que "...ha peregrinado por diferentes comunidades terapéuticas, como consecuencia de su adicción a sustancias psicoactivas" (fs. 505 vuelta). Luego de diversas internaciones "...el joven estuvo residiendo con su padre pero luego volvió a permanecer en situación de calle, encontrándose en mal estado de salud y bajo consumo problemático. Luego, a fs. 496 fue indicado que se encontraría en situación de 'semi-calle' en tanto, algunas veces, alternaba su estancia entre la casa de su padre y el hotel en el que reside su hermana..." (fs. 506).

Respecto del joven F. A. S., "...el 29/12/2016 registró su último ingreso en el Hogar Avellaneda. Allí permaneció hasta el 20/01/2017 cuando se retiró por sus propios medios, permaneciendo en situación de calle bajo el consumo de sustancias psicoactivas..." (fs. 506), luego de ello habría sido detenido al menos dos veces en el contexto de diversos sucesos, y "...a fs. 496/497 se informó que el joven se encontraba bajo el programa denominado PRISMA, privado de su libertad en el penitenciario de Ezeiza, en donde le estarían brindando un tratamiento para sus adicciones" (fs. 506).

Thomson Reuters

A los efectos de evaluar el mantenimiento o no de la condena respecto del GCBA, el *a quo* destacó que, si bien al tiempo en que fueron dictadas ciertas medidas para mejor proveer, el paradero de los dos jóvenes involucrados se desconocía, explicó que [l]la dilación en tomar una decisión que salvaguard[ara] el interés de los jóvenes y supeditarla a su comparecencia en esta causa podría importar un eventual retroceso en su salud —dadas sus patologías, la fragilidad física y psíquica—..." (fs. 508 vuelta).

Al contestar el traslado del recurso de inconstitucionalidad, el Estado Nacional no puso en tela de juicio la situación descripta, ni que ella justificara asistencia. Únicamente asentó su oposición al progreso de la pretensión en que las obligaciones derivadas del derecho a la salud de las personas recaerían solamente sobre los Estados locales, y no sobre el Estado federal, por ser un poder retenido.

6. El derecho a la salud está establecido expresamente en diversos tratados internacionales con jerarquía constitucional, entre otros: art. XI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, art. 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño, art. 25 de la Convención sobre los derechos de las Personas con Discapacidad.

En lo que a ese compromiso importa, la CSJN en "Campodónico de Beviacqua" (CSJN, Fallos: 323:3229) recuerda que ella misma "...ha reafirmado en recientes pronunciamientos el derecho a la preservación de la salud —comprendido dentro del derecho a la vida— y ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga (Fallos: 321:1684 y causa A. 186 XXXIV 'Asociación Benghalensis y otros c. Ministerio de Salud y Acción Social —Estado Nacional s/ amparo ley 16.986' del 1° de junio de 2000, mayoría y votos concurrentes y dictamen del señor Procurador General de la Nación a cuyos fundamentos se remiten)" (considerando 16). En cuanto al modo de realización de la obligación que han asumido los Estados "hasta el máximo de los recursos" de que dispongan para lograr progresivamente la plena efectividad de los derecho reconocidos en Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, respecto de Estados de estructura federal, como el nuestro, "...el propio Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha reconocido que dicha estructura exige que los cantones sean los responsables de ciertos derechos, pero también ha reafirmado que el gobierno federal tiene la responsabilidad legal de garantizar la aplicación del pacto..." (considerando 19).

7. En materia de salud mental, el Estado federal dictó la ley N° 26.657 de Protección de la Salud Mental, que específicamente prevé que "[l]as adicciones deben ser abordadas como parte integrante de las políticas de salud mental. Las personas con uso problemático de drogas, legales e ilegales, tienen todos los derechos y garantías que se establecen en la presente ley en su relación con los servicios de salud" (cf. art. 4).

Entre los derechos que acuerda, prevé el de "...recibir atención sanitaria y social integral y humanizada, a partir del acceso gratuito, igualitario y equitativo a las prestaciones e insumos necesarios, con el objeto de asegurar la recuperación y preservación de [la] salud" (art. 7 inc. a); de "...recibir tratamiento y a ser tratado con la alternativa terapéutica más conveniente, que menos restrinja sus derechos y libertades, promoviendo la integración familiar, laboral y comunitaria" (art. 7 inc. d); de "...recibir un tratamiento personalizado en un ambiente apto con resguardo de su intimidad, siendo reconocido siempre como sujeto de derecho, con el pleno respeto de su vida privada y libertad de comunicación" (art. 7 inc. I).

A la autoridad de aplicación (Ministerio de Salud, cf. art. 31) le impone promover que las autoridades de salud de cada jurisdicción, y en coordinación con otras áreas, implementen diversas acciones de inclusión social, laboral y de atención en salud mental comunitaria (cf. art. 11).

Finalmente, el art. 41 de la ley prevé que "[e]l Estado nacional debe promover convenios con las jurisdicciones para garantizar el desarrollo de acciones conjuntas tendientes a implementar los principios expuestos en la presente ley[; y que d]ichos convenios incluirán: a) Cooperación técnica, económica y financiera de la Nación para la implementación de la presente ley; b) Cooperación para la realización de programas de capacitación permanente de los equipos de salud, con participación de las universidades; c) Asesoramiento para la creación en cada una de las jurisdicciones de áreas específicas para la aplicación de políticas de salud mental, las que actuarán en coordinación con la Autoridad de Aplicación nacional de la presente ley".

8. Lo dicho hasta aquí, y lo que complementariamente se desprende de los aspectos no objetados de la sentencia de Cámara, llevan a identificar a dos obligados: el Estado Nacional, y el Estado local.

Thomson Reuters

A su turno, dado que las normas no distinguen, cada uno de ellos es obligado al todo.

9. En suma, corresponde hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad de fs. 519/553; revocar parcialmente la sentencia de fs. 505/514, y extender al Estado Nacional la condena impuesta en las instancias de mérito al GCBA, con el alcance que se desprende de este voto. Con costas a la vencida.

La doctora *Ruiz* dilo:

1. Corresponde examinar en primer término el pedido de la Secretaria Ejecutiva del órgano de Revisión de Salud Mental Dra. María Graciela Iglesias de ser admitida como amicus curiae en el recurso.

La presentación si bien abunda en referencias nacionales omite referir que la ley 402 de Procedimientos ante el TSJ no dispuso su incorporación con carácter general en todos los procesos y recursos que tramitan ante el TSJ, sino solo como un instituto propio de la acción de inconstitucionalidad, cuando este estrado ejerce su competencia originaria.

Tampoco la Ley de Amparo N° 2145 (que es el tipo proceso en el que pretende intervenir la Dra. Iglesias) regula esa posibilidad.

De tal forma, la participación de personas ajenas al juicio no está prevista en las disposiciones referidas a los recursos de inconstitucionalidad y a las quejas por recursos denegados en la ley que los regula; y la jurisprudencia del Tribunal ha considerado que las disposiciones propias de la acción de inconstitucionalidad referidas a ese instituto no se aplican a los recursos mencionados sin más, pues no son disposiciones generales de la LPTSJ, sino de uno de sus procesos específicos [*in re:* "Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ) c. GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)", expte. N° 12017/15 y su acumulado "GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ) c. GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)" expte. N° 12018/15, sentencia del 22/03/2017].

No encuentro razones excepcionales que en las presentes actuaciones fundamenten apartarse de este criterio.

Por ello, la presentación de la Dra. Iglesias no es admisible.

2. En cuanto a la cuestión constitucional traída a decisión del Tribunal puede enunciarse del siguiente modo: encontrándose afectado el derecho a la salud y los derechos de las personas con discapacidad y de los niños, ¿la responsabilidad por el tratamiento que cabe brindar a los actores es solo del GCBA (como lo decidió la Cámara) o también del EN (como lo solicitan los actores y los MP Tutelar y Fiscal)?

3. Los jueces de la Cámara que conformaron la mayoría (Dres. Centenaro y Díaz) sostuvieron que la salud es una materia reservada por las provincias y que no fue delegada a la Nación, con remisión a la sentencia de la CSJN que se indica en los resultas. Como se verá, esa afirmación errónea condujo a una sentencia que liberó de responsabilidad al Estado Nacional. Los magistrados que conformaron la mayoría omitieron considerar que el precedente invocado se refiere a la procedencia, o no, de la competencia originaria de la Corte, y que el propio considerando 3 del fallo en cuestión afirma el carácter concurrente de la materia salud "...pues al ventilarse en el *sub lite* un asunto que, como tutela del derecho a la salud, no postula de modo exclusivo una materia federal sino concurrente con el derecho público local...".

En el caso, no se encontraba ni se encuentra en debate la competencia de la jurisdicción local.

No cabe interpretar entonces que se haya visto modificada la jurisprudencia del Máximo Tribunal que afirma "Los derechos a la vida y a la preservación de la salud reconocidos por los arts. 14, 14 bis, 18, 19 y 33 de la Ley Fundamental y los tratados internacionales de jerarquía constitucional, conllevan deberes correlativos que el Estado debe asumir en la organización del servicio sanitario" (CSJN, Fallos: 323:3229).

4. Coincido en consecuencia con el desarrollo normativo y jurisprudencial efectuado por mis colegas De Langhe, Weinberg y Lozano, respecto de las obligaciones del Estado Federal en materia de salud, y en particular, su obligación de adoptar medidas en materia de preservación y tratamiento de la salud mental, a la luz de la ley 26.657.

Máxime cuando, como se ha señalado largamente en el juicio por los actores, por el juez de primera instancia, por el juez de cámara Balbín, por el GCBA y por el Fiscal General Adjunto, la Nación ha ejercido su competencia en la materia mediante el dictado de leyes, decretos y resoluciones vinculados con el sistema nacional de salud mental. Atribución que continúa ejerciendo al dictar, el 24/04/2019, la Resolución 715/2019 del Secretario de Gobierno de Salud de la Nación, que ilustra sobre la vocación del Estado Nacional para garantizar la salud de la población en todo el territorio de la República, al establecer las Pautas para la Organización y Funcionamiento de Dispositivos de Salud Mental.

Thomson Reuters

5. En suma, la CN ha autorizado tanto a la Nación (por delegación de las provincias) como a los estados locales (por reserva) a gestionar ciertas materias en forma concurrente entre las que se encuentra la salud. Esta responsabilidad del Estado Nacional se ha fortalecido por la cláusula federal del art. 28 de la CADH incorporado por el art. 75, inc. 22, CN: "... cuando se trate de un Estado parte constituido como Estado Federal, el gobierno nacional de dicho Estado parte cumplirá todas las disposiciones de la presente Convención relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial".

La CSJN ha entendido que la cláusula federal "impone al gobierno nacional el cumplimiento de todas las obligaciones relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial, y el deber de tomar 'de inmediato' las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, para que las autoridades competentes del Estado Federal puedan cumplir con las disposiciones de ese tratado" (Fallos: 323:3229).

En tal sentido, resulta correcto el argumento del juez Balbín al señalar que "si bien le corresponde a la CABA la obligación primaria de prestar una atención adecuada al estado de salud de los jóvenes, lo cierto es que, ante la necesidad de efectuar su externación, y frente a la contundente manifestación de la Dirección de Salud Mental de carecer de los dispositivos terapéuticos adecuados (cf. fs. 272), el Estado Nacional tiene el deber convencional y constitucional de garantizar y preservar la salud de sus habitantes de manera oportuna y apropiada asegurando condiciones sanitarias idóneas para cada caso" y "que la parte actora, ante la insuficiencia de efectores de salud —puesta de manifiesto en la audiencia de fecha 10 de noviembre de 2016—, solicitó al Ministerio de Salud Nacional que arbitrara los medios necesarios para que se brindara a los jóvenes una vacante en un hogar terapéutico (cf. anexo IV, del sobre N° 5920)".

6. En consecuencia, toda vez que el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires admite no contar con el dispositivo adecuado para dar respuesta a las necesidades de los jóvenes actores, y que existe, indubitablemente, responsabilidad por parte del Estado Nacional en materia de atención de la salud de B. S. y F. A. S., voto por hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad de la parte actora, y revocar el fallo de la Sala II en cuanto dejo sin efecto la condena dispuesta en primera instancia contra el Estado Nacional, manteniendo lo dispuesto a fs. 320 punto 1.

Por ello, de acuerdo con lo dictaminado por el Fiscal General Adjunto, el Tribunal Superior de Justicia resuelve: 1. Rechazar el pedido de intervención como *amicus curiae* de la Dra. María Graciela Iglesias, Secretaria Ejecutiva del Órgano de Revisión de Salud Mental. 2. Hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad de la parte actora y revocar parcialmente la sentencia de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de fs. 505/514 en cuanto dejó sin efecto la condena dispuesta en primera instancia contra el Estado Nacional. 3. Imponer las costas de todo el proceso a quienes resultaron vencidos en cada instancia. 4. Mandar que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva a la Cámara remitente. El juez Santiago Otamendi no suscribe la resolución por estar en uso de licencia. *— Luis F. Lozano. — Marcela De Langhe. — Inés M. Weinberg. — Alicia E. C. Ruiz.*

Thomson Reuters

El Estado Nacional como garante del derecho a la salud en situación de extrema vulnerabilidad

Un largo camino por recorrer

María Paula Menossi (*)
María Belén Pascuali (**)
Rosalía Muñoz Genestoux (***)

Sumario: I. Palabras introductorias.— II. El recorrido institucional de los jóvenes B. I. S y F. A. S.— III. Recorrido judicial.— IV. Impacto social de la sentencia. Exigibilidad de DESC.— V. Medidas de atención preventivas y atenuantes. Todavía una deuda pendiente.— VI. Palabras finales.

I. Palabras introductorias

En este trabajo nos proponemos analizar la primera sentencia favorable obtenida por la Defensoría General de la Nación ante el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires.

A partir del análisis de este fallo, ahondaremos sobre el potencial impacto, no solo sobre la vida de los dos protagonistas de este litigio, sino sobre todos los niños, niñas y adolescentes (en adelante, NNyA) que atraviesan una problemática de salud mental similar, sin referentes familiares, afectivos y/o comunitarios en condiciones de alojarlos física y afectivamente. Consideramos que es allí donde se requiere la presencia activa y reforzada del Estado en todos sus niveles.

En estas líneas nos proponemos profundizar en dos aspectos. Por un lado, la historia vital de B. I. S. y F. A. S., las vulnerabilidades por las que han sido atravesados y las respuestas insuficientes y desarticuladas del Estado. Por otro lado, el derrotero judicial que se continúa transitando a fin de garantizar a los jóvenes el reconocimiento de sus derechos y su efectivo goce.

Finalmente, revisaremos los diferentes abordajes implementados para B. I. S. y F. A. S. y haremos algunos aportes y propuestas para jóvenes que se encuentren en similares condiciones, tendientes a priorizar el abordaje comunitario y territorial.

(*) Abogada (Universidad Torcuato Di Tella). Especialista en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia de la Universidad de Buenos Aires (trabajo final pendiente). Actualmente se desempeña como abogada en la Unidad de Letrados de Personas Menores de Edad (art. 22, ley 26.657) de la Defensoría General de la Nación.

(**) Abogada (UBA). Especialista en Derechos Humanos y Políticas Sociales de la Universidad Nacional de San Martín (trabajo final pendiente). Actualmente se desempeña como abogada en la Unidad de Letrados de Personas Menores de Edad (art. 22, ley 26.657) de la Defensoría General de la Nación.

(***) Abogada (UBA). Especialista en Derecho de Familia de la Universidad de Buenos Aires. Docente de la materia "Derecho de Familia y Sucesiones", Universidad de Buenos Aires. Secretaria de primera instancia (cont.). Defensora pública coadyuvante de la Defensoría General de la Nación.

Thomson Reuters

II. El recorrido institucional de los jóvenes B. I. S. y F. A. S.

En este trabajo nos encontramos frente a dos realidades sociales con historias vitales distintas por la singularidad que representan, pero similares en cuanto a la respuesta brindada por el Estado: no ha habido hasta el día de la fecha una respuesta superadora que les garantice a estos jóvenes el alojamiento sostenido en una vivienda digna, el debido cuidado y el tratamiento de salud mental de forma integral.

B. I. S. inicia su recorrido judicial a sus doce años de edad. A sus ocho años comienza a retirarse esporádicamente de su domicilio familiar y a los diez años comienza su consumo problemático de sustancias y a encontrarse en el circuito de calle.

Respecto de su recorrido institucional, podemos decir que en el año 2014 comienza a internarse en comunidades terapéuticas, habiendo ingresado en el transcurso de ese año cuatro veces a los dos dispositivos conveniados por la Dirección General de Políticas Sociales en Adicciones del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante GCBA). En cada uno de dichos ingresos, el joven abandonó su tratamiento, retornando al circuito de calle. Durante los años 2015 y 2016, B. I. S. tuvo reiterados ingresos en comunidades terapéuticas, hospitales generales y al hospital monovalente "Dra. Carolina Tobar García". Asimismo, es necesario mencionar que durante el año 2016 se implementó como estrategia de egreso de su internación su inclusión en un hogar terapéutico dependiente de la Dirección General de Salud Mental (en adelante DGSAM) del GCBA (habiendo sido adoptada la correspondiente medida excepcional (cfr. arts. 39 y 40, ley 26.061) por parte del Organismo de Protección de Derechos), institución en la que no permaneció y desde donde no se pudo abordar su problemática. Durante los años subsiguientes, B. continuó ingresando a las guardias de los hospitales generales y a los hospitales monovalentes, retirándose en cada oportunidad contra la opinión de los profesionales tratantes.

Cada uno de los informes realizados respecto del joven remarca su situación de vulnerabilidad: atravesó reiterados episodios traumáticos durante su infancia, se encuentra inserto en una familia disfuncional, con existencia de escasos recursos habitacionales y falta de continuidad escolar. A ello se le suma la falta de adherencia a los tratamientos ambulatorios implementados y la falta de un acompañamiento territorial y de un referente afectivo/comunitario.

También es necesario destacar la intervención de diversas instancias estatales de protección de derechos desde que B. tenía 8 años de edad, quienes eran los encargados de brindar, en principio, alternativas de fortalecimiento familiar, garantizar el efectivo cumplimiento de sus derechos vulnerados, entendiendo que el alojamiento por fuera del ámbito familiar debe funcionar como recurso subsidiario, excepcional y transitorio.

Al momento de la promoción de la acción de amparo bajo análisis, B. tenía 14 años (habiendo estado seis años en situación de calle). Ya en ese momento, surgía de forma clara la necesidad de brindarle un dispositivo que aborde la problemática del joven de forma singular, un abordaje integral y especializado, que lo implique subjetivamente para lograr un proyecto de vida propio. Sin embargo, hasta el día de la fecha, la respuesta del Estado sigue sin aparecer y el recorrido vital e institucional de B. continúa siendo el mismo, evidenciándose un mayor deterioro en su salud, sumado a la presencia de conductas delictivas, con la intervención de la justicia penal.

Por su parte, F. A. S. tuvo su primera internación a los 14 años de edad por presentar consumo problemático de sustancias y situación de calle. El joven se encontraba en dicha situación desde sus 11 años de edad. Ya en ese momento se observaban dificultades en el grupo primario de apoyo para brindarle la contención que necesitaba. Asimismo, la salud del joven se encontraba comprometida clínicamente por presentar cuadro de tuberculosis y de neumopatía (agravados por la falta de regularidad en su atención médica). A lo largo de su infancia y su adolescencia, F. A. S. abandonó la escolaridad y no ha podido sostener actividades socio-comunitarias y/o recreativas.

F. ha tenido un variado recorrido institucional hasta la fecha de promoción del amparo. El

Thomson Reuters

joven estuvo internado aproximadamente veinticuatro veces en guardias y salas de hospitales generales, cuatro veces en el hospital monovalente "Dra. Carolina Tobar García" y ocho veces en distintas comunidades terapéuticas. Asimismo, ha sido alojado en dos oportunidades en distintos hogares (uno de ellos dependiente de la DGSAM del GCBA y ha tenido reiterados ingresos en paradores y centros de día del GCBA (CAINA y "La Boquita"). Por otro lado, es necesario señalar que tuvo ocho ingresos en el Centro de Admisión y Derivación "Inchausti" (en adelante, "CAD") y un ingreso al centro socioeducativo de régimen cerrado "San Martín".

El detalle del recorrido institucional nos permite observar, no solo que este joven se encuentra privado de un proyecto de vida independiente del consumo de sustancias y que su auto valimiento se encuentra severamente comprometido, sino que cada dispositivo estatal al cual ingresó no ha podido abordar adecuadamente su problemática de forma integral.

A lo largo de su adolescencia, los equipos de salud tratantes de F. no solo observaban un elevado compromiso con el consumo de sustancias psicoactivas, sino también la presencia de conductas impulsivas, agresivas y de irritabilidad, a la vez que se diagnosticó presuntivamente la presencia de un retraso madurativo grave.

En consecuencia, de la pormenorizada lectura de los hechos, podemos observar que ningún organismo ni institución del Estado provincial y nacional estuvo lo suficientemente capacitado para abordar las problemáticas de salud mental, consumo de sustancias psicoactivas y situación de calle de los jóvenes. Estos escenarios de extrema vulnerabilidad bio-psico-social no hacen más que destacar la necesidad de implementar un abordaje especial, distinto al que ofrecen los dispositivos tradicionales. Se requiere de una modificación en las lógicas de abordaje, las rutinas y las normas establecidas en los dispositivos, como también procurar la contención y el alojamiento afectivo, respetando las subjetividades de cada uno de los NNyA y su historia de vida previa.

III. Recorrido judicial

La internación de un niño, niña o adolescente en un dispositivo (hospital monovalente, hospital general, clínica privada, comunidad terapéutica) por razones de consumo problemático de sustancias y/o padecimiento de salud mental se encuentra enmarcado en la ley 26.657, Ley Nacional de Salud Mental.

Dicha norma prevé que esta internación reviste el carácter de involuntaria, en los términos del art. 20, y, en virtud de ello, requiere el control judicial pertinente. Es la misma norma que en su art. 22 establece la designación de un/a abogado/a que velará por el cumplimiento de los derechos de su asistido/a durante el proceso de internación.

Es así que en la Ciudad de Buenos Aires los controles de internación (caratulados, en general, como evaluación, art. 42, Cód. Civ. y Com.) tramitan ante los juzgados nacionales en lo civil con competencia en familia, dándose intervención a la Unidad de Letrados de Personas Menores de Edad art. 22, ley 26.657 de la Defensoría General de la Nación **(1)**.

En ese marco tramitan las actuaciones que dieron origen al amparo presentado por letrados de la Defensoría General de la Nación, respecto del cual ahondaremos a lo largo de este comentario.

En un primer momento, se promovió ante la justicia nacional en lo civil y comercial federal una demanda de amparo contra el GCBA y el Estado nacional (en adelante EN) en relación a la situación de los jóvenes B. S. y F. A. S., quienes se encontraban en condición de alta médica, internados en el Hospital "Dra. Carolina Tobar García", hospital monovalente infantojuvenil sito en CABA, requiriéndose para su egreso un dispositivo de tipo hogar terapéutico inexisten-

(1) Para profundizar se puede consultar: Unidad de Letrados de Personas Menores de Edad (art. 22, ley 26.657) de la Defensoría General de la Nación, "El ejercicio efectivo de los derechos de las NNyA en contextos de internamiento por salud mental. La experiencia de la unidad de Letrados de Personas Menores de Edad (art. 22, Ley 26.657)", en A 30 años de la Convención sobre los Derechos del Niño: El compromiso con la infancia, Ministerio Público de la Defensa, Buenos Aires, 2019, p. 165.

Thomson Reuters

te en la actualidad, conforme lo detallamos en el punto anterior.

El Juzgado Nacional Civil y Comercial Federal Nº 1 se declaró incompetente, refiriendo que era el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nº 86 (del fuero de familia) quien se encontraba ejerciendo el control de internación y quien debía pronunciarse al respecto.

La titular del Juzgado Nº 86, Dra. María Bacigalupo de Girard, dispuso como medida cautelar que el GCBA brindase a los actores un dispositivo con las características y requerimientos solicitados en el objeto de la demanda. Por otro lado, se declaró incompetente, considerando que debía entender en el fondo el fuero contencioso administrativo y tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Una vez aceptada la competencia en el ámbito local, se dio intervención al Ministerio Público Tutelar y se requirió se adecúe la demanda a normas locales.

El juez de primera instancia dispuso hacer lugar a la demanda y ordenó a los codemandados "... garantizar la existencia de vacantes en establecimientos que brinden a los menores involucrados un tratamiento psicológico y psiquiátrico y un abordaje integral y especializado, que contemple las características y necesidades de ambos jóvenes". Esta resolución fue apelada por el Ministerio de Salud de Nación y por el GCBA con distintos argumentos. El Ministerio de Salud de la Nación planteó que la ciudad de Buenos Aires es quien, en virtud del sistema federal, contaba con los efectores de salud para cumplir con lo ordenado. Refiere que fue indebida la condena solidaria, dado que la salud es una facultad no delegada a la Nación.

En sus argumentos, el GCBA expuso que no había acto y omisión susceptible de reproche, toda vez que la ciudad había brindado la "asistencia médica necesaria".

A su turno, la sala 2ª de la Cámara de Apelaciones del fuero local falló a favor de que "se les otorgue a los jóvenes una vacante en hogar terapéutico que tenga un abordaje integral y especializado en razón de la edad, discapacidad psicosocial e historial de cada uno". La mayoría (Dres. Mariana Díaz y Esteban Centenaro) revocó parcialmente la decisión de grado y considero que al Estado nacional le asistía razón.

Por su parte, la disidencia del Dr. Balbín, con fundamento en los tratados internacionales de derechos humanos, señaló: "(...) Si bien nuestra forma de Estado se encuentra organizado bajo el régimen federal, con un sistema de competencias reservadas, delegadas, concurrentes y complementarias (cfr. arts. 1°, 121, 126 y 129, entre otros de la CN) el Estado tiene la obligación constitucional y convencional de realizar prestaciones positivas, de manera que el ejercicio del derecho a la salud no se torne ilusorio. Esta obligación, principal y solidaria, no puede verse desdibujada amparándose en un régimen de distribución de competencias (...)".

Ante la resolución de la Cámara, la defensora pública oficial coadyuvante, junto a la progenitora de uno de los jóvenes y el defensor público curador del otro, plantearon el recurso de inconstitucionalidad, cuestionando la resolución que revocó, en forma parcial, la decisión de primera instancia que condenaba al Estado nacional solidariamente con el GCBA.

Los argumentos que la defensa planteó fueron: a) que el fallo afectaba el derecho a la salud de B. S. y F. A. S., pues el Ministerio de Salud de la Nación debía garantizar ese derecho conforme el art. 75, inc. 22, de la CN, el cual hace expresa mención al derecho a la salud; b) que el fallo desconoció jurisprudencia de la CS. que establece que es obligación del Estado garantizar el derecho a la salud y el cumplimiento de los compromisos internacionales asumidos; c) la situación de extrema vulnerabilidad en la que se encuentran los jóvenes y el principio *pro homine*; d) que el Ministerio de Salud de la Nación es la autoridad de aplicación de la Ley de Salud Mental, ley 26.657.

El recurso fue admitido y resuelto por el Tribunal Superior de Justicia de CABA con fecha 9 de agosto del 2019.

En primer término, las juezas De Langhe y Weinberg exponen el marco normativo en materia de salud, expresando que existen facultades concurrentes a cargo del Estado federal (por un lado) y las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (por el otro). Señalan que "Esta

Thomson Reuters

duplicidad de ámbitos de actuación y obligaciones es producto de nuestro esquema federal, garantiza en dicho marco una cobertura eficaz del derecho a la salud de las personas y no puede ser interpretada en sentido contrario, esto es, posibilitando la desvinculación de alguno de los órdenes estatales bajo pretexto de interpretarse que los deberes se encuentran a cargo de otro gobierno".

Posteriormente el Dr. Lozano hace hincapié en que el Estado nacional no desconoce la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los jóvenes, en virtud de quienes se inició la acción de amparo, sino que manifiesta su oposición al progreso de la pretensión en que las obligaciones derivadas del derecho a la salud de las personas recaerían solamente en los Estados locales y no sobre el Estado federal por ser un poder retenido.

A su tiempo, la Dra. Ruiz señala que "toda vez que el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires admite no contar con el dispositivo adecuado para dar respuesta a las necesidades de los jóvenes actores, y que existe, indubitablemente, responsabilidad por parte del Estado nacional en materia de atención de salud de B. S. y F. A. S. voto por hacer lugar al recurso de la parte actora y revocar el fallo de la sala 2ª en cuanto dejó sin efecto la condena dispuesta en primera instancia contra el Estado nacional (...)".

Actualmente la sentencia se encuentra en etapa de ejecución. Los jóvenes no realizan tratamiento terapéutico ambulatorio ni se encuentran alojados en institución alguna.

IV. Impacto social de la sentencia. Exigibilidad de DESC

Litigios como el que dieron lugar a la sentencia que hoy comentamos procuran operar sobre el vínculo entre la esfera judicial y la política, a partir del reconocimiento constitucional de derechos. Planteos como el incoado por la Defensoría General de la Nación trascienden lo individual del caso concreto e intentan introducir temas en la agenda pública, enfocándose directamente en lo que refiere a implementación de políticas públicas.

En ocasiones, este tipo de litigio busca, ante la omisión estatal, activar y/o acelerar procesos de toma de decisiones en el ámbito de las políticas públicas. Así también, impulsar reformas de los marcos institucionales preestablecidos en que estas se desarrollan.

Es preciso destacar que, en la generalidad de este tipo de procesos, de gran impacto social, se advierte la estrecha vinculación entre el reclamo legal y el fortalecimiento de los actores sociales intervinientes e involucrados. P. ej., a través de la participación en el diseño de propuestas concretas y/o la articulación con otro tipo de estrategias de reclamo, como ser una protesta pública, movilización y/o una campaña de divulgación u opinión pública.

Sin embargo, de la lectura de los hechos del fallo podemos aseverar que, en el caso de los jóvenes F. S. y B. S., la esfera judicial representa uno de los pocos espacios en los cuales se intenta problematizar, cuestionar y exigir las obligaciones que los Estados, nacional, provincial y de la CABA, no cumplen con respecto a esta población. Los protagonistas de este conflicto no obtuvieron (ni obtienen al día de hoy), si no es a través de demandas impulsadas por instituciones de gran envergadura como el Ministerio Público de la Nación, la visibilidad y/o representación que se requiere para demandar respuestas estructurales al Estado.

Es sabido que la sanción de leyes por el Congreso no suele asegurar la efectividad de los derechos reconocidos y, como es el caso de la sentencia que comentamos, es necesario litigar para lograr la implementación, es decir, la puesta en marcha y el cumplimiento de esas normas. En otras palabras, utilizar todos los remedios judiciales disponibles para ejercer un control efectivo de los compromisos asumidos por nuestro Estado en materia de niñez y derechos humanos. Por ello la estrategia jurídica, como reclamos de derechos, se convierte en una gran herramienta de reconocimiento y exigibilidad, contribuyendo a la transformación de las deficiencias institucionales y las políticas del Estado en el campo de la infancia.

Si bien existe un amplio *corpus iuris* referido a los derechos de la infancia, a estos dos jóvenes el Estado no ha podido garantizarles un sano

Thomson Reuters

crecimiento, tampoco su derecho a la salud, la vivienda, a la educación, por solo nombrar algunos de ellos. No cabe duda de que debe ser el sistema judicial un instrumento para la defensa efectiva de los derechos de F. S. y B. S., puesto que se trata de personas en especial condición de vulnerabilidad (cfr. XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, "Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad", celebrada en la ciudad de Brasilia del 4 a 6 de marzo de 2008.).

Si bien nuestro sistema jurídico no obliga a acatar los precedentes judiciales, la decisión de un/a juez/a o (más aún del Tribunal Superior de una jurisdicción), además de afectar la situación concreta de los protagonistas, configura un antecedente que ha de tenerse en cuenta especialmente por los/as jueces, funcionarios/as y operadores/ as jurídicos a futuro.

Litigios como el que alcanzó el fallo que comentamos aquí aspiran a modificar la mirada y percepción de la judicatura sobre ciertos problemas sociales y su resguardo desde la obligada visión de los derechos humanos.

Es harto conocido por el mundo jurídico que la Argentina ha sido y es uno de los primeros en nuestra región en ser vanguardia de los compromisos jurídicos y políticas en materia de derechos humanos, en particular, sobre la ampliación del reconocimiento de derechos de NNyA. Los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos contienen obligaciones para el Estado (sin distinciones), la mayoría de ellas exigibles judicialmente.

Sin embargo, los derechos económicos sociales y culturales (DESC) han sido tratados como meras declaraciones de intenciones políticas, por ende, no exigibles judicialmente. La importancia simbólica de esta distinción radica en que lo que se encuentra en juego son los recursos que el Estado destina para su cumplimiento. Ello dado que las obligaciones de dar o de hacer (obligaciones positivas) que, en gran parte, exigen este conjunto de derechos conlleva la inversión de recursos, en general, escasos.

No cabe duda de que lo que es necesario es un fuerte activismo judicial que active los mecanismos de control ante el incumplimiento de los demás poderes encargados de ejecutar dichos deberes.

Tal como sostiene Gargarella **(2)**, la intervención judicial en los casos que involucran los derechos de la salud, en particular, y los derechos sociales, en general, pueden ser totalmente justiciables, siempre que lo lleven a cabo en determinadas circunstancias y hay muchos actos que los jueces deben llevar a cabo a fin de honrar sus obligaciones constitucionales. En el caso que nos convoca, los titulares de derechos ven afectado el ejercicio y disfrute de estos.

Es evidente que la eficacia del reclamo judicial que se lleva adelante estará supeditada, en gran medida, al tipo de respuesta que se obtenga y a su capacidad de impacto. Es necesario que los/as jueces no solo establezcan obligaciones positivas a cargo del Estado como último garante (que en gran medida implica asumir que existe un problema de más amplio alcance) sino que fiscalicen el cumplimiento de las órdenes impartidas. Es decir que ordenen generar espacios e indiquen el modo en que esa sentencia es el inicio de otro proceso, su ejecución.

La garantía y efectividad de los derechos que debieran garantizar las políticas públicas dependen de actividades de planificación, previsión presupuestaria e implementación, todas estas actividades se ubican bajo la responsabilidad de los Poderes Ejecutivo y Legislativo. Sin embargo, se advierte que en no muchos casos se admite extender la tutela e impactar en grupos de personas numerosas que ven sus derechos afectados por la omisión del Estado, es decir, modificar la política, ya que ello implica incidir en el contenido de las políticas públicas.

Por otra parte, es de señalar, dada la multiplicación de los procesos de amparo, como el que aquí reseñamos, que hoy parecieran tratarse estos procesos como ordinarios. En consecuencia, la demora atenta directamente contra la tutela efectiva de derechos que, en el caso, hacen a la subsistencia de dos adolescentes. No hace falta más que recordar que los aquí demandantes, en

(2) GARGARELLA, Roberto, en YAMIN, Alicia E. - GLOPPEN, Siri, La lucha por los derechos a la salud, ¿puede la justicia ser una herramienta de cambio?, Ed. Siglo XXI, p. 391.

Thomson Reuters

la actualidad, aún continúan en una situación de extremo riesgo para su salud y condiciones de extrema vulnerabilidad psico social.

En efecto, convergen en estos jóvenes múltiples vulnerabilidades y, a consecuencia de ello, diversas intervenciones de diferentes instituciones; sin embargo, todas ellas desarticuladas, simultáneas, superpuestas, disgregadas, fragmentadas e ineficaces.

Por ello resulta de singular importancia pensar las intervenciones en el campo de la salud mental en un plano más horizontal, buscando la aplicación plena de estos derechos económicos, sociales y culturales que se encuentran en tensión (y que no desaparecen).

En la sentencia que aquí reseñamos, la intervención judicial consistió en realizar un estricto cotejo de la política con los estándares jurídicos fijados por la Constitución Nacional y local y los tratados internacionales.

Dentro de la normativa internacional, la opinión consultiva 17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos **(3)** sobre "Condición jurídica y derechos humanos del niño" entiende que la educación y el cuidado de la salud de los niños suponen diversas medidas de protección y constituyen pilares fundamentales para garantizar el disfrute de una vida digna por parte de los niños, que, en virtud de su inmadurez y vulnerabilidad, se hallan a menudo desprovistos de los medios adecuados para la defensa eficaz de sus derechos.

Asimismo, el Comité que interpreta la Convención sobre los Derechos del Niño, en el año 2018 **(4)**, reconoció los esfuerzos realizados por el Estado parte para asegurar el incremento sostenido de la inversión social; sin embargo, el Comité expresó continuar sumamente preocupado porque las inversiones en la infancia realizadas por la República Argentina no hayan alcanzado un nivel suficiente para compensar el impacto negativo de la grave crisis económica y social que comenzó en 2002, y que ello ha producido un aumento de la pobreza y la desigualdad social (punto 9).

Asimismo, manifestó profunda preocupación respecto a niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales, entre otros puntos, por: (a) el gran número de niños y niñas en instituciones de cuidado y el hecho de que esta práctica es utilizada como la primera opción de cuidado alternativo; (b) los recursos insuficientes, instalaciones inadecuadas y el hacinamiento en algunos hogares o dispositivos de cuidado institucional; (c) casos de malos tratos y trato degradante de niños en centros de acogimiento residencial, incluidas denuncias de reclusión en régimen de aislamiento, diagnóstico y tratamiento médico incorrectos, así como la falta de sistemas de seguimiento e información centrados en la infancia y mecanismos de denuncia para niños (punto 27).

En particular y en relación con el eje "Salud mental" (punto 31), el Comité recomendó al Estado argentino que: a) adopte medidas para aplicar la Ley Nacional de Salud Mental (26.657) en todas las provincias; b) promueva la formulación de una política de salud mental infantil y asegure la disponibilidad de personal cualificado, incluidos especialistas en psiquiatría infantil, en todas las provincias; c) establezca servicios y programas de salud mental para niños, garantice la prestación de servicios ambulatorios de atención psicosocial y rehabilitación en las zonas rurales y urbanas, con especial atención a la prevención del suicidio; d) establezca un protocolo para el diagnóstico y el tratamiento del trastorno por déficit de atención con hiperactividad y otros trastornos del comportamiento infantil, aliente el desarrollo de modalidades alternativas que no conlleven medicación y se asegure de que los medicamentos psicotrópicos y psicoestimulantes se prescriban únicamente como medida de último recurso.

El contexto descripto en estos breves renglones demanda a todos/as los/as que intervenimos y ejercemos la defensa de derechos de NNyA visibilizar y exigir dinámicas institucionales que eviten el despojo total de nuestro/as adolescentes de su "vivir en común", en particu-

(3) Corte IDH, opinión consultiva 17/2002 sobre "Condición jurídica y derechos humanos del niño", párr. 86.

(4) Comité sobre los Derechos del Niño, observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de la Argentina, aprobadas por el Comité en su 78 período de sesiones (14 de mayo a 1º de junio de 2018).

Thomson Reuters

lar, de un espacio que reúna y consolide su derecho a la salud, educación, a una vida digna. De esta forma, en los términos que explica Valeria Llovet, evitar la producción y reproducción de procesos de expulsión de NNyA.

V. Medidas de atención preventivas y atenuantes. Todavía una deuda pendiente

En primer lugar, es necesario remarcar que la situación de ambos jóvenes se encuentra inmersa en un contexto sociopolítico sumamente distinto al de décadas anteriores. Esto es, existen actualmente formas de padecimiento y sufrimiento psíquico de los NNyA distintas, lo cual genera que las políticas públicas y las respuestas institucionales actuales resulten inadecuadas. En consecuencia, se lesiona el derecho a la salud de niños, niñas y adolescentes y se cercenan el acceso, la equidad y el reconocimiento de sus subjetividades.

Cuando hablamos de cambios en el contexto sociopolítico, hacemos referencia a la precariedad en el trabajo, la fragilidad de los soportes sociales y la crisis económica, social y política en la que se ve sumergido el país. Esto genera desigualdad e inequidad y desmembramiento en los núcleos primarios de apoyo, lo cual conlleva (casi inevitablemente) a que los NNyA se encuentren a muy temprana edad privados de sus derechos fundamentales en su condición de niños (acceso a la salud, a la educación, a la recreación). Es en este contexto donde las problemáticas de salud mental aumentan.

La falta de intervención estatal (o el retroceso en su participación) hace que no puedan existir políticas sociales consensuadas y comunitarias, lo cual reproduce la inaccesibilidad a los servicios de salud (profundizando la inequidad para aquellos que no tienen los recursos de acceder fácilmente), la falta de servicios y un desborde atencional en los servicios que continúan funcionando.

Por lo tanto, a la crisis social, política y económica del país ya mencionada se le suma la falta de servicios de salud territoriales de fácil acceso y una adecuación de las respuestas institucionales ante los nuevos modos de sufrimiento que evidencian los niños, niñas y adolescentes.

Entonces, ¿cuál es la respuesta que actualmente brinda el Estado frente a NNyA que presentan vulnerabilidad social, consumo de sustancias psicoactivas y padecimiento de salud mental?

La única respuesta posible (aunque no por eso la deseada) es la internación. Esto es, el disciplinamiento y el encierro. Una práctica que, si se repite de forma constante y por largos períodos de tiempo, genera pérdida de la subjetividad, agravamiento de conductas patológicas y reproducción de prácticas de reclusión y aislamiento. Llegados a esta situación, difícilmente se pueda pensar en procesos de reinserción comunitaria que no tengan un alto grado de deserción.

Por lo tanto, se debe pensar en medidas que logren implementarse de forma previa y oportuna, no solo respecto de los NNyA sino también respecto de las familias y los respectivos referentes comunitarios.

En el sistema ideal de leyes se indican recursos intermedios territoriales tales como: existencia de atención especializada en infantojuvenil, equipos de interconsulta, hospitales de día y de noche, sistema de intervención en crisis, equipos interdisciplinarios de trabajo en territorio y sistemas de atención de emergencias domiciliarias especializados en salud mental infanto-juvenil.

Tanto la normativa internacional como la normativa local (ley 26.657, ley 448, ley 26.061) plantean la adecuación y modificación de los dispositivos institucionales a fin de dar respuesta a las nuevas problemáticas en salud mental. Sin embargo, este marco normativo no se cumple en la realidad. En palabras de la Dra. Alejandra Barcala: "(...) denota que más allá de la legalidad de estas leyes no cuentan aún con la legitimidad para cambiar los comportamientos particulares e institucionales. La implementación de la Ley de Salud Mental ha suscitado profundas discusiones y confrontaciones entre diversos actores, obstaculizando hasta ahora su implementación ya que esta ley modifica la relación de poder vigente entre las teorías y dispositivos clínicos positivista y los de la salud mental comunitaria. Estas dos diferentes posiciones responden a dos éticas contrapuestas que visibilizan el contraste entre los

Thomson Reuters

efectos de psiquiatrización de la pobreza que efectúa el hospital psiquiátrico, basado en el ejercicio de poder, y la ética de integración comunitaria que quita valoración psicopatológica a la desventaja social y a sus sufrimientos, dando calor a la palabra como medio terapéutico, al restablecimiento del lazo social, la participación del paciente y su familia en el proceso de la cura o rehabilitación" **(5)**.

En otras palabras, lo que se señala como profundización de la crisis actual es la constante alternancia de ambos regímenes (positivista y comunitario), dependiendo del contexto social y político en el que se encuentre inmerso el país. Esto genera luchas y discrepancias que nunca redundan en beneficio de los niños y adolescentes usuarios del sistema de salud. En la actualidad, no se ha logrado implementar políticas públicas de salud mental a largo plazo que tengan al régimen comunitario como eje rector. Asimismo, se evidencia una desarticulación entre el marco jurídico y las políticas públicas implementadas.

Ciertamente, el mayor problema de la implementación de medidas preventivas es la falta de recursos y la falta de adecuación a los "nuevos modos de sufrimiento de los niños en el contexto de crisis" **(6)**, cuya consecuencia es la exclusión de la atención en los servicios, refiriendo ausencia de espacio edilicio, falta de personal rentado, ausencia de equipos interdisciplinarios y falta de formación en dichas problemáticas. Para la Dra. Barcala, la falta de respuesta y la deriva institucional conllevó a la "proliferación de programas focalizados con el riesgo de la patologización y estigmatización de situaciones sociales" **(7)**. Esto pareciera contribuir a la exclusión, con efectos estigmatizantes que no incluyen en su horizonte la reinserción e integración social.

Por lo tanto, se plantea la necesidad imperiosa de contar con mayores recursos para implementar políticas de salud intermedias, a la vez que se requiere una modificación en los modos de abordar las problemáticas de salud actuales, procurando también enfocarse en el fortalecimiento de los vínculos familiares y comunitarios (y no en las carencias).

No se evidencian, hasta el día de la fecha, políticas de reforma que favorezcan la provisión de servicios territoriales e integrales que estimulen el protagonismo de los NNyA y sus familias en la construcción de un proyecto subjetivante. "Desarrollar acciones para aliviar el sufrimiento implica reconstruir el entramado colectivo, ampliando y complejizando el tejido social que apoya a los niños y niñas, en un proceso que pueda revertir y poner a tope a la tendencia a la psiquiatrización y a la exclusión. Esto supone la implementación de estrategias de intervención subjetivantes e inclusivas en territorio sobre la base del apoyo y respeto a la capacidad de innovación de los servicios ya existentes, la construcción de proyectos singulares para cada niño escuchado y favoreciendo la participación de los mismos" **(8)**.

Ahora bien, resta preguntarnos qué hacer con los NNyA que ya han sufrido la falta de políticas intermedias. Como se hizo mención anteriormente, el amparo presentado por la Defensoría General de la Nación tiene como eje a dos adolescentes que habían transitado reiteradas internaciones psiquiátricas y alojamientos en hogares terapéuticos sin haber obtenido la atención integral que requerían ni la estabilidad de una vivienda que pudiese alojar a los jóvenes física y afectivamente. Por lo tanto, ¿qué es lo que el Estado podría hacer para que jóvenes que se encuentren en similares condiciones que B. I. S. y F. A. S. puedan ser reconocidos por la escena social y vislumbrar un futuro respetuoso de sus derechos?

En primer lugar, consideramos que hay que aceptar el desafío de la complejidad y de la incertidumbre que estas situaciones suponen. Nadie duda de que el trabajo que se requiere

(5) BARCALA, Alejandra, "Políticas de salud / salud mental en la infancia: un abordaje desde la perspectiva de los derechos. Políticas sociales y derecho a la salud. De la infancia en los márgenes a la ampliación de las condiciones de derechos para la niñez", Ed. Teseo, Buenos Aires, 2008, p. 7.

(6) *Ibidem*, p. 8.

(7) *Ibidem*.

(8) BARCALA, Alejandra, "Sufrimiento psicosocial en la niñez: el desafío en las políticas en salud mental", Revista Actualidad Psicológica, marzo 2013, p. 6.

Thomson Reuters

con estos NNyA es arduo y complejo, y que se requiere de un alto grado de implicancia de todos los profesionales y operadores. De allí la importancia de la interdisciplina, el trabajo grupal y coordinado que permita desarrollar un trabajo en red.

En segundo lugar, pensar que cada hogar (sin importar la modalidad, esto es, si son más o menos especializados) deberá desarrollar modalidades de atención personalizadas, espacios educativos, de salud, de recreación dependientes de la capacidad subjetiva de cada uno de los NNyA. Para ello se requiere la mejora de los espacios físicos y mayor cantidad de operadores especializados.

A su vez, deberá procurarse que el alojamiento de los jóvenes sea en zonas cercanas a las residencias familiares, a fin de no dificultar el proceso de revinculación (si fuere esto posible). Es en este marco donde también se vuelve necesario procurar que dichas familias encuentren la asistencia suficiente, ya sea mediante subsidios, programas de fortalecimiento familiar dentro de los hogares, profesionales que logren trabajar la implicancia de las familias en los tratamientos, generar espacios grupales e individuales de atención, buscar y trabajar con referentes afectivos y/o comunitarios, entre otras medidas.

En tercer lugar, entendemos como necesario que las distintas instituciones de alojamiento desarrollen la capacidad de historización de la vida de cada uno/a de los/as NNyA alojados. Esto, que pareciera ser accesible para cualquier entidad, no ocurre en la realidad. Las historias vitales surgen, en su mayoría, fragmentadas, lo cual dificulta el abordaje de quienes acompañan a los NNyA en el día a día. La historización permitiría acompañar, alojar la angustia y ayudar a soportar lo vivido. En definitiva, generar en los jóvenes un sentido de pertenencia, sentirse escuchados y alojados afectivamente por la institución.

Por último, se vislumbra la falta de integración y coordinación de las distintas instancias públicas, por lo que entendemos que es necesario que exista una comunicación directa y fluida para aunar criterios y esfuerzos, y así generar una corresponsabilidad de todos los actores intervinientes.

VI. Palabras finales

Es complejo pensar en el derrotero que atraviesan NNyA que se encuentran en situación de extrema vulnerabilidad respecto del ejercicio de derechos tan básicos como es el derecho a la salud integral y en especial a la salud mental.

Transitar espacios donde no son alojados a partir de una sobre intervención estatal que los deja, sin embargo, solos, es decir, en la situación de estos jóvenes intervinieron distintos efectores de la CABA y de la justicia nacional, no pudiendo a lo largo de los años encontrar una solución adecuada para su problemática, agravándose ella minuto a minuto y generándose entonces una brecha cada vez mayor entre la situación personal de ellos y los dispositivos de salud existentes.

Está claro que la omisión estatal genera la activación de un "no lugar. La invisibilización de NNyA que han padecido y aún padecen las consecuencias de la falta de políticas públicas que contemplen su condición de persona menor de edad (con consumo problemático de sustancias, sin contención familiar y/o comunitaria, etc.) torna necesaria la intervención de quienes tienen dentro de sus funciones garantizar sus derechos. Lamentablemente para quienes trabajamos directamente con estos jóvenes, la sensación, a partir de nuestras intervenciones, siempre tiene un dejo de insuficiencia. Nuestros esfuerzos no parecen despegarse de acciones meramente paliativas cuyos avances se hallan débilmente sustentados, corriendo el riesgo de retroceder los casilleros que se avanza. Este fallo es en gran medida un inicio, un camino aún por recorrer que tiene como norte un trabajo que lo trasciende.

No debemos perder de vista que la situación planteada es la de dos adolescentes, que son a su vez tantos otros, que transitan la ciudad de Buenos Aires, ciudad que cuenta con una mayor cantidad de efectores de salud en relación al resto de las provincias de nuestro país. Si el Estado nacional no fuera el garante último de los derechos de todos los ciudadanos, quienes residen en provincias desfavorecidas económicamente y con servicios sanitarios insuficien-

Thomson Reuters

tes se verían discriminados en el efectivo goce de un derecho esencial, el derecho a la salud.

En conclusión, podemos decir que el desafío está en planificar políticas públicas específicas de la niñez, la correcta y sostenida asignación de recursos, para así evitar la fragmentación de los dispositivos y garantizar la integralidad, la interdisciplina y la territorialización de estos.

En otras palabras, lograr que los servicios ofrecidos tengan como fin la promoción, asistencia y la inclusión social, siendo los protagonistas los NNyA. La respuesta actual solo favorece la exclusión y el encierro: la internación y el sistema penal son la respuesta más común ante niños y adolescentes con sufrimiento psicosocial y precariedad habitacional.

Thomson Reuters

EXPULSIÓN DE PERSONA MIGRANTE

Existencia de una condena penal superior a tres años de prisión. Dispensa por razones de reunificación familiar. Facultad discrecional de la Dirección Nacional de Migraciones. Rechazo. Afectaciones al entorno familiar. Arraigo.

Con nota de Martín Fernández Oteiza y Demián Zayat

1. — Dado que el actor había sido condenado a la pena —unificada— de prisión por cinco años, la decisión administrativa que lo expulsa del país resulta ajustada al inc. c del art. 29 de la ley 25.871, que dispone que quien en el país o en el exterior haya sufrido condena penal —o tuviera antecedentes— por alguno de los delitos mencionados, o por delitos cuya pena mínima en la legislación argentina esté prevista en tres o más años de prisión, encuadra en la causal impediente reglada en la norma **[1]**.

2. — La dispensa de la expulsión de una persona migrante por razones de reunificación familiar resulta una facultad de la Dirección Nacional de Migraciones, en cuyo caso el organismo deberá dar intervención al Ministerio del Interior, y considerar las circunstancias que presente cada caso particular; máxime cuando los vínculos respecto a la relación con sus hermanas, se trata de supuestos de dispensa no previstos por el art. 10 de la ley 25.871.

3. — Las afectaciones que —según el recurrente— se producirían para él y su entorno familiar a raíz de su expulsión, no resultan más que, simple y sencillamente, una derivación de su propia conducta delictual, ejecutada con discernimiento, intención y libertad.

4. — La circunstancia invocada por el actor, que vive en el país desde los tres años de edad, no resulta idónea para repeler la expulsión, toda vez que la sola prolongación de la estadía en la República Argentina, incluso por un dilatado período, no habilita sin más a la concesión de la dispensa solicitada.

CNFed. Contenciosoadministrativo, sala II, 19/09/2019. - D., O. R. c. EN – M° Interior – OP y V - DNM s/ recurso directo DNM.

[Cita on line: AR/JUR/40384/2019]

JURISPRUDENCIA VINCULADA

[1] En "Apaza, León Pedro Roberto", 08/05/2018, Fallos: 341:500, AR/JUR/1398/2018, sostuvo que tanto la "condena" como los "antecedentes", para poder justificar la prohibición de entrada o la expulsión de un migrante, deben relacionarse con alguna de las categorías de delitos que se mencionan en el inc. c) del art. 29 de la ley 25.871.

COSTAS

Se imponen al recurrente vencido.

42.008/2018

2ª Instancia.- Buenos Aires, septiembre 19 de 2019.

¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?

El doctor *Márquez* dijo:

I. Por sentencia de fs. 184/191 vta. el señor Juez de primera instancia rechazó los planteos de inconstitucionalidad y el recurso interpuesto por el señor O. R. D., con la representación de la Defensoría General de la Nación.

Para así decidir —en cuanto aquí interesa destacar—, en primer término, consideró que los actos administrativos cuestionados habían sido dictados de conformidad a lo previsto en la ley 25.871 con anterioridad a las modificaciones efectuadas con el decreto 70/2017, según surgía de la mera constatación de la fecha en que fueron emitidos.

Además, puntualizó que lo previsto en los actuales incisos c) y d) del artículo 29 de la ley 25.871 solo trasuntan un desdoblamiento de las causas impedientes para el ingreso y permanencia de los extranjeros en el territorio nacional que se encontraban contenidas en la ley citada, antes de la modificación efectuada con el dictado del Decreto N° 70/2017.

En tales condiciones, luego de reseñar los antecedentes de la causa, estimó que se encontraba acreditado que la situación del extranjero se subsumía entre los impedimentos para ingresar y permanecer en el territorio nacional, preceptuados en el inciso c), del artículo 29, de la Ley 25.87, y concluyó que los hechos esgrimidos por el recurrente carecían de entidad suficiente para desvirtuar dichos impedimentos, por lo que correspondía rechazar el recurso intentado.

Por otro lado, señaló que —de acuerdo a lo establecido por el artículo 29 *in fine* de la Ley de Migraciones— resultaba facultativo de la Dirección Nacional

Thomson Reuters

de Migraciones aplicar la dispensa por razones de reunificación familiar dependiendo de cada caso en particular. Asimismo, entendió que las Disposiciones SDX N° 193040/2014 y N° 075402/2018, aquí impugnadas, no aparecían como irrazonables ni se desprendía de ellas presunción alguna de ilegalidad que permitiera reemplazar —por vía judicial— a la Administración en el uso de una facultad discrecional.

Finalmente, autorizó —una vez firme el decisorio— la retención del extranjero, en los términos y a los fines previstos en los artículos 69 y 70 de la ley 25.871.

II. Disconforme con lo resuelto, a fs. 192/196, la Defensora Pública Coadyuvante, integrante de la Comisión del Migrante de la Defensoría General de la Nación, en representación del actor interpuso recurso de apelación y expresó agravios, que no fueron contestados por su contraria (ver fs. 197 vta.).

Se quejó, en primer lugar, de que en la sentencia recurrida no surgía con claridad qué norma había sido aplicada, cuestión central para dirimir la contienda.

Señaló que se hallaba en tela de juicio una situación tan delicada como es la medida de expulsión de un inmigrante del territorio nacional, lo que podría acarrear la afectación de derechos humanos fundamentales, provocando consecuencias negativas imposibles de ser revertidas, tanto para él como para todos sus vínculos familiares que viven en Argentina.

Sostuvo que no correspondía aplicar la modificación introducida por el decreto 70/2017 a lo establecido en el art. 29, inc. c), de la ley 25.871, toda vez que la orden de expulsión SDX N° 193040 fue dictada el 03/11/2014 y el recurso de reconsideración contra ella fue interpuesto el 07/10/2016. Es decir, que —precisó— tanto la condena, como el primer acto dispositivo y su posterior apelación, fueron actos previos a la vigencia del DNU 70/2017.

En ese orden de ideas, afirmó que —contrariamente a lo decidido en la sentencia de grado— corresponde aplicar al caso la ley 25.871 y su decreto reglamentario N° 616/2010, sin las modificaciones efectuadas por el mencionado decreto 70/2017, en tanto configuraban la normativa vigente al momento del inicio de las actuaciones administrativas y del dictado de los actos cuestionados.

Por ello, recordó que el art. 29 de la ley 25.871, en su redacción anterior, establecía en su última parte la dispensa por motivos de reunificación familiar o razones humanitarias. En cambio, el citado artículo en su actual redacción desconoce los alcances de la dispensa de "reunificación familiar", desoyendo los límites establecidos por el derecho internacional.

Destacó que la limitación impuesta por el art. 4° del DNU 70/2017 de ningún modo garantiza el derecho a la reunificación familiar y a la integridad física y psíquica, de conformidad con los estándares internacionales. De tal forma, la aplicación retroactiva de la norma resulta una franca violación a la aplicación de la norma más benigna, por lo que —añadió— dicho artículo resultaba inconstitucional.

Así, solicitó el análisis del presente caso bajo las previsiones establecidas por la ley 25.871 en su redacción original.

Alegó, por otro lado, la inconstitucionalidad de la decisión recurrida por no fundar el rechazo de la reunificación familiar planteada como motivo de la dispensa prevista en el art. 29 de la ley 25.871 y, además, el derecho a la vida familiar que le asiste al actor como límite a la potestad estatal para ordenar la expulsión y entendió que en la instancia anterior se había efectuado una interpretación restrictiva del alcance del derecho a la reunificación familiar.

Recordó que en nuestro país se encuentran la totalidad de los vínculos del actor —su madre y su hermana mayor, ambas con radicación permanente, y sus otras dos hermanas de nacionalidad argentina—. Sin embargo, el juez de grado se había limitado a enunciar dichos vínculos, sin siquiera valorar si correspondía la aplicación de la dispensa estipulada en la ley migratoria.

En función de ello, se agravió de que no se hubieran valorado los vínculos familiares invocados, simplemente por la única razón de haber sido condenado en el país.

Citó jurisprudencia y sostuvo que la sola comisión de un delito no era suficiente para que la autoridad migratoria dictara la expulsión de una persona migrante, sin valorar las circunstancias fácticas personales de la actora y todo su núcleo familiar.

Agregó que del espíritu de la ley 25.871, así como de los tratados internacionales con jerarquía constitucional antes, surge que la expulsión de una persona de un país donde residen sus familiares cercadnos puede fácilmente suponer una violación al derecho a la vida familiar.

Al respecto, señaló que la medida debía cumplir con los principios de legalidad, legitimidad y necesidad. Por ello, y aun cuando se pueda disentir sobre la legalidad y legitimidad de la medida dispuesta —la expulsión—, lo cierto es que no resultaba necesaria sino por el contrario, se presentaba como una medida completamente excesiva y desproporcionada con el fin procurado.

Thomson Reuters

Puso de resalto que el juicio de proporcionalidad y la correcta valoración sobre el instituto de reunificación familiar era lo que tanto la administración como el Juez *a quo* habían omitido realizar, en especial cuando la expulsión adoptada en el presente caso resultaba una medida desproporcionada e inconstitucional, sin analizar concretamente la vida familiar del actor sobrevalorando la entidad del delito cometido por sobre su derecho a la reunificación familiar.

Se agravió por la omisión en que se habría incurrido en la sentencia de grado de realizar el test de razonabilidad respecto de una medida de expulsión que afectaba derechos contenidos en la Constitución Nacional, en los tratados de derechos humanos y en la propia Ley de Migraciones.

Manifestó que no fue mínimamente valorado que el actor había ingresado a la Argentina cuando tenía tan solo 3 años de edad, que aquí se radicaron su madre, su hermana mayor y, luego, nacieron en el país sus otras dos hermanas. Por lo tanto, el actor transcurrió la mayor parte de su vida en nuestro país y ya no posee vínculo familiar o afectivo en su país de origen.

Destacó, además, que el actor sufría de adicciones a los estupefacientes, motivo por el cual se encontraba en la ciudad de Mar del Plata realizando un tratamiento de rehabilitación. Asimismo, indicó que toda su situación familiar había sido debidamente acreditada —y detalló los distintos medios probatorios oportunamente ofrecidos—.

Reconoció que el actor había sido condenado en sede penal por la comisión de un delito, pero —agregó— la autoridad migratoria tampoco podía negar el profundo arraigo en nuestro país. En tales condiciones, solicitó que sea dejada sin efecto la orden de expulsión dictada en su contra.

Finalmente, planteó la inconstitucionalidad de los artículos 69 nonies y 70 de la ley 25.871, modificada por el DNU 70/2017, respecto, por un lado, a la firmeza otorgada a la sentencia de segunda instancia; y, por otro, en tanto se ampliaban los plazos de retención por razones migratorias.

III. A fs. 205/207 emitió su dictamen el señor Fiscal General. Finalmente, a fs. 208 se consideró que la causa se encontraba en condiciones de ser resuelta.

IV. Inicialmente, debe recordarse que los jueces no estamos obligados a seguir a las partes en todas y cada una de las argumentaciones que pongan a consideración del Tribunal, sino tan solo aquellas que sean conducentes para decidir el caso y que basten para dar sustento a un pronunciamiento válido (cfr. CSJN, Fallos: 258:308; 262:222; 265:301; 272:225; 278:271; 291:390; 297:140; 301:970; y esta Sala, *in re:* "Scorovich, Carlos M. c. EN —M° Interior— DNM — Rel. 1190/11 Ex. 641818 al 641821/78 y otro s/ Recurso directo para juzgados", del 08/10/15, entre muchos otros).

V. Ahora bien, a fin de obtener una acabada comprensión de los hechos que motivaron el presente recurso, resulta pertinente apuntar que de las presentes actuaciones —y particularmente de las constancias obrantes en el expediente administrativo N° 249982/2012 del registro de la D.N.M. agregado a fs. 49/143—, se desprende, en lo pertinente, que:

i) el Tribunal Oral en lo Criminal N° 22 de la Ciudad de Buenos Aires había informado a la DNM que —en la causa N° 4017— el señor O. R. D. fue condenado —el 23/04/2013— a la pena de cinco años de prisión, accesorias legales y costas, por ser coautor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de armas; y que, asimismo, dicha sanción se unificaba con la recaída en la causa N° 3872 del Tribunal Oral en lo Criminal N° 15, en la que —por sentencia del 04/7/2012— se lo condenó a seis meses en suspenso en orden al delito de robo en grado de tentativa, en concurso real con hurto en grado de tentativa. Por lo expuesto, se revocó la condicionalidad de la última pena indicada y, en definitiva, se lo condenó a la pena única de cinco años y tres meses de prisión (ver fs. 66 vta./67);

ii) el 3/11/2014 la DNM declaró irregular la permanencia del señor O. R. D., de nacionalidad paraguaya, ordenó su expulsión del territorio nacional y prohibió su reingreso por el término de quince años, conforme lo previsto por el artículo 63, inc. b), de la ley 25.871 (Disposición SDX N° 193.040, fs. 98/99);

iii) contra la mencionada disposición, el titular de la Comisión del Migrante de la Defensoría General de la Nación, en representación del actor, con fecha 07/10/2016 interpuso recurso de reconsideración con jerárquico en subsidio, que fue rechazado por el Subdirector Nacional de Migraciones, mediante Disposición SDX N° 75.402, del 24/4/2018 (ver, asimismo, Dictamen SDX N° 018.041, del 18/12/2017) y, además, dispuso estar a las medidas ordenadas con anterioridad en la Disposición SDX N° 193.040. Para decidir de tal modo, tuvo en cuenta que el extranjero había manifestado su voluntad de no ser expulsado. No obstante, concluyó que los fundamentos en que se sustentaba el recurso no producían una modificación en los presupuestos sobre los que se habían dictado las medidas impugnadas, ni se agregaban elementos que permitiesen modificar lo resuelto en autos, por lo que resultaba inmutable el temperamento adoptado, al ser insoslayable que se hallaba configurado uno de los impedimentos previstos en el mencionado art. 29 de la ley 25.871 (fs. 127 vta./129); iv) finalmente,

Thomson Reuters

el 29/05/2018, el actor —mediante la representación de la Comisión del Migrante, ya mencionada— interpuso el recurso judicial que dio inicio al *sub lite* (fs. 2/12).

VI. Sentado lo expuesto, y teniendo en cuenta las cuestiones involucradas en el caso, es menester poner de relieve que la Corte Interamericana de Derechos Humanos admitió que la determinación de la política migratoria —entendida como todo acto o medida institucional que versa sobre la entrada, salida o permanencia de población nacional o extranjera dentro de su territorio—, es potestad de los Estados, que cuentan con un ámbito de discrecionalidad a tal fin (cfr. fallo en el caso " Vélez Loor c. Panamá", sentencia del 23/11/2010).

En sentido concordante, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que toda nación soberana tiene como poder inherente a su soberanía la facultad de prohibir la entrada de extranjeros a su territorio o de admitirlos en los casos y bajo las condiciones que ella juzgue libremente prescribir (Fallos: 164:344; esta Cámara, Sala I, "Velito Castillo, Luis Antonio c. EN - DNM - Ley 25.871 - Disp. N° 1491/10 s/ proceso de conocimiento", del 13/11/2014), y que el incuestionable derecho de cada Estado de regular y condicionar la admisión de extranjeros en la forma y medida en que lo requiera el bien común en cada circunstancia, no es incompatible —como principio— con las garantías consagradas por la Ley Suprema (Fallos: 183:373; 200:99; 313:101; y esta Sala, in rebus, "Garcete Balbuena, Edgar R. c. EN - M° Interior - DNM s/ recurso directo DNM", sentencia del 04/04/2017; "Cuzcano Tapia Pool Kenny c. EN - M° Interior - DNM s/ recurso directo DNM", sentencia del 25/10/2017; y "González Estigarribia, Edger J. c. EN - M° Interior OP y V - DNM s/ recurso directo DNM", sentencia del 21/11/2017).

De tal suerte, una interpretación armoniosa de las disposiciones constitucionales permite concluir en la posibilidad de reglamentaciones razonables al disfrute de los derechos por parte de los extranjeros, y la primera restricción a esos derechos está constituida por la exigencia de entrada y permanencia legal en nuestro país (cónf. Gelli, María Angélica, "Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada", Tomo I, ed. LA LEY, Buenos Aires, 4° edición, 2008, p. 373; en idéntico sentido: esta Sala, "F. M. B. y otro c. EN - M° Interior - Resol. N° 642/11 - Expte. N° 890.046/11 - Conaref - 59/11 y otros s/ Proceso de conocimiento", del 06/07/2017).

En función de ello es que la Ley de Migraciones 25.871 regula la admisión, el ingreso, la permanencia y el egreso de personas (art. 1°). Dicha norma establece en su art. 5° que: "[e]l Estado asegurará las condiciones que garanticen una efectiva igualdad de trato a fin de que los extranjeros puedan gozar de sus derechos y cumplir con sus obligaciones, siempre que satisfagan las condiciones establecidas para su ingreso y permanencia, de acuerdo a las leyes vigentes". Dicha cláusula, por cierto, comprende todo el bloque de legalidad aplicable, a tenor de lo precisado en el inciso f) del art. 3° de la ley, donde se alude tanto al texto constitucional, como a los tratados y convenios que complementan la tutela de los derechos en juego.

Asimismo, el inc. j) del artículo 3° de la ley citada, establece como objetivos la promoción del orden internacional y la justicia, denegando a tal efecto el ingreso y/o la permanencia en el territorio argentino a personas involucradas en actos reprimidos penalmente por nuestra legislación.

VII. Por otra parte, teniendo en cuenta el tenor de los argumentos expuestos por el recurrente conviene dejar sentadas las siguientes consideraciones.

Cabe precisar que —de acuerdo a lo reseñado en el considerando V de la presente; y, especialmente, como surge del punto II.c), fs. 195, del propio recurso en estudio— no se encuentran discutidos los hechos que llevaron al Director Nacional de Migraciones a dictar las disposiciones recurridas, es decir la condena penal que recayó sobre el extranjero por cinco (5) años y tres (3) meses de prisión —por ser coautor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de armas y, asimismo, dicha sanción se unificaba con la que lo había condenado a seis meses en suspenso en orden al delito de robo en grado de tentativa, en concurso real con hurto en grado de tentativa—, impuesta por el Tribunal Oral en lo Criminal N° 22 de la ciudad de Buenos Aires.

En tales condiciones, resulta pertinente tener presente que el art. 29 de la ley 25.871 —en su redacción anterior a las modificaciones introducidas mediante el decreto 70/2017; es decir, al momento de los hechos que dieron lugar a este pleito— preveía que: "[s]erán causas impedientes del ingreso y permanencia de extranjeros al Territorio Nacional...c) Haber sido condenado o estar cumpliendo condena, en la Argentina o en el exterior, o tener antecedentes por tráfico de armas, de personas, de estupefacientes o por lavado de dinero o inversiones en actividades ilícitas o delito que merezca para la legislación argentina pena privativa de la libertad de tres (3) años o más".

Ahora bien, sobre el modo de interpretar esta norma se ha expedido recientemente la Corte Suprema de Justicia de la Nación, *in re:* "Apaza León, Pedro R. c. EN - DNM disp. 2560/i1 (exp. 39.845/09) s/ recurso directo para juzgados", sentencia del 08/05/2018 (causa N° CAF 46527/2011/CA1-CS1), oportunidad en la que

Thomson Reuters

señaló que, "...la interpretación plausible del inciso "c" del artículo 29 de la ley N° 25.871 es que tanto la 'condena' como los 'antecedentes', para poder justificar la prohibición de entrada o la expulsión de un migrante, deben relacionarse con alguna de las cinco categorías de delitos que se mencionan en el inciso —tráfico de armas, de personas, de estupefacientes, lavado de dinero o inversiones en actividades ilícitas—, o bien con cualquier otro delito que para la legislación argentina merezca pena privativa de libertad de tres años o más.

De acuerdo con este inciso quien en el país o en el exterior haya sufrido condena penal —o tuviera antecedentes— por alguno de los delitos mencionados, o por delitos cuya pena mínima en la legislación argentina esté prevista en tres o más años de prisión, encuadraría en la causal impediente reglada en la norma.

Bajo los parámetros sentados precedentemente, cabe destacar que el art. 166 del CP establece que: "[s]e aplicará reclusión o prisión de cinco a quince años: ... 2. Si el robo se cometiere con armas, o en despoblado y en banda...".

En tales condiciones, y teniendo en cuenta que, como se ha señalado, en el caso el actor había sido condenado a la pena (unificada) de prisión por cinco años y tres meses por haber resultado coautor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de armas —y, asimismo, en otra causa penal por el delito de robo en grado de tentativa, en concurso real con hurto en grado de tentativa—, resulta que la decisión administrativa impugnada (esto es: la Disposición SDX N° 193.040/14, confirmada por la Disposición SDX N° 75.402/2018, contra las cuales va dirigido el recurso judicial interpuesto por la actora), resulta ajustada a derecho.

Por ello, sin perjuicio de las quejas del apelante —respecto a la sentencia de grado— en cuanto a que resulta de aplicación al caso el art. 29, inc. c), de la Ley N° 25.871, sin las modificaciones dispuestas por el Decreto N° 70/2017, en virtud de los fundamentos desarrollados precedentemente, dicha circunstancia no resulta suficiente para admitir las impugnaciones dirigidas contra la medida dispuesta por la autoridad administrativa.

En definitiva, teniendo en consideración que la finalidad del procedimiento establecido en la ley 25.871, consiste en determinar de modo claro y nítido las condiciones de admisión y permanencia de los extranjeros en el país, y siendo que —en el caso *sub examine*— la DNM se limitó a considerar que se hallaba configurado uno de los supuestos objetivos previstos como causa que la habilitan, como autoridad de aplicación, a disponer la expulsión del país (esto es la condena penal que pesa sobre el actor), no se advierte que se hubiera apartado de lo explícitamente dispuesto por la norma sustantiva aplicable al momento en que fue dispuesta la mencionada orden expulsiva.

En consecuencia de lo expuesto, resulta que, las críticas del recurrente no logran revertir el razonamiento alcanzado en la instancia previa, habida cuenta que los actos administrativos impugnados lucen una fundamentación mínima suficiente para dar sustento al temperamento adoptado.

VIII. A fin de dar tratamiento a las cuestiones relativas a la alegada inconstitucionalidad de la decisión recurrida por no fundar el rechazo de la dispensa de expulsión por razones de reunificación familiar, prevista en el artículo 29, *in fine*, de la Ley 25.871, así como el derecho a la vida familiar como límite a la potestad estatal de expulsar, cabe efectuar algunas consideraciones.

Por un lado, de manera contraria a lo manifestado por el recurrente, la cuestión ha sido analizada y debidamente fundamentada en la sentencia de grado —ver especialmente, considerando XIV—. En efecto, el señor Juez *a quo* estimó —en cuanto aquí interesa destacar— que el derecho a la reunificación familiar y la consecuente facultad de la Administración de acordar la dispensa invocada, no se deben interpretar de forma aislada, sino en armonía con la potestad del Estado de impedir el ingreso y permanencia extranjeros.

Por otro lado, y en los términos de la pretensión articulada en esta causa, cabe tener presente que la jurisprudencia ha sostenido que "...no es dable concluir en la existencia de una ilegalidad o inconstitucionalidad de la resolución cuestionada a juzgar de acuerdo con una adecuada inteligencia de la previsión contenida en la última parte del art. 29 de la ley 25.871, que solo puede ser considerada una facultad discrecional otorgada a la Dirección Nacional de Migraciones, por la que —previa actuación del Ministerio del Interior— "...podrá admitir, excepcionalmente, por razones humanitarias o de reunificación familiar, en el país en las categorías de residentes permanentes o temporarios, mediante resolución fundada en cada caso particular a los extranjeros comprendidos en el presente artículo" (Sala III, in rebus: "Granados Poma, Héctor c. EN - DNM - Resol. 104574/09 (expte. 2293077/07) s/ amparo Ley N° 16.986", del 02/11/2010 y "Gómez Martínez, Juan J. - inc. med. (14/02/2011) c. EN - DNM - Resol. 743/10 (expte. 2233178/06) s/ proceso", del 05/04/2011; en igual sentido se ha expedido esta Sala en los autos "Scorovich, Carlos Mauricio", del 08/10/2015).

Es que no puede pasarse por alto que la dispensa en cuestión reviste carácter excepcional y, en razón de

Thomson Reuters

ello, debe necesariamente ser apreciada en sentido estricto (doct. Fallos: 210:387; 211:854; 215:568; 239:251; 279:247; 305:538; 315:135 y 519; 317:94; 319:161 y 299; 321:1382; 322:2890; 324:1533; 328:772; 329:5789; 330:1183; esta Sala, "Garcete Balbuena, Edgar R. c. EN - M° Interior - DNM s/ recurso directo DNM", expte. N° 22.018/2013, sentencia del 04/04/2017"; "Banco de la Provincia de Buenos Aires c. UIF s/ Código Penal - Ley 25.246 - Dto. 290/07 Art. 25", causa N° 380/16, del 20/09/2016; y "Cuellar Berrocal, Alexander c. EN - M° Interior O.P. y V. - D.N.M. s/ recurso directo para juzgados", del 23/11/2017).

En ese orden de ideas, respecto al sentido de la dispensa prevista en el artículo 29 de la mencionada ley, cabe destacar que, de acuerdo a los términos que se han utilizado en su redacción, se advierte con meridiana claridad que resulta una facultad de la Dirección Nacional de Migraciones el otorgamiento de la dispensa supra mencionada, en cuyo caso el organismo deberá dar intervención al Ministerio del Interior, y considerar las circunstancias que presente cada caso particular (conf. esta Sala *in re* "Segura Gómez, Luis A. c. EN-M. Interior OP y VDNM s/ recurso directo DNM", del 12/12/2017).

Por cierto, cabe observar que la terminología empleada en el artículo analizado, no ha sido tachada de vaga ni mucho menos de ambigua, de modo que cabe descartar la configuración de dichos obstáculos interpretativos.

Al respecto, debe señalarse que el actor en su escrito recursivo fundó su derecho a la dispensa por reunificación familiar en la circunstancia concreta de que en el país "se encuentran la totalidad de sus vínculos familiares; su madre y su hermana mayor, ambas poseedoras de radicación permanente, y sus otras dos hermanas de nacionalidad argentina..." (ver fs. 193 vta. y fs. 195), de manera coincidente con lo alegado en su escrito inicial (cfr. puntos VI. y VII.3.b. y d., de fs. 2/12).

En este orden de ideas, resulta oportuno destacar que el art. 10 de la ley 25.871 establece que: "[e]l Estado garantizará el derecho de reunificación familiar de los inmigrantes con sus padres, cónyuges, hijos solteros menores o hijos mayores con capacidades diferentes".

Por ello, en primer lugar, corresponde precisar que los vínculos respecto a la relación con sus hermanas, se trata de supuestos de dispensa no previstos en el texto de la norma transcripta.

De todas formas, cabe concluir, los argumentos contenidos en la presentación recursiva bajo examen, relativos a que debería revocarse su expulsión con motivo del principio de reunificación familiar, no importa más que una simple discrepancia carente de vinculación con el razonamiento efectuado en la sentencia de grado y genéricas disconformidades, que no logran desvirtuar los fundamentos esgrimidos por el señor Juez de grado que lo llevaron a resolver del modo indicado (cfr. esta Sala *in re* "García Toya, Oscar A. c. EN-M. Interior resol. 1052/11-DNM s/ recurso directo DNM", del 05/09/2017).

En efecto, el actor soslaya que, aún acreditado el vínculo familiar —con su madre— e invocado con la entidad que aquel le atribuye, esa circunstancia por sí sola no genera sin más el derecho a permanecer en el territorio nacional (ver, en este sentido, Sala I, "Velito Castillo, Luis A. c. EN - DNM - Ley 25.871 - Disp. N° 1491/10 s/ proceso de conocimiento", causa N° 6076/11, del 13/11/2014).

Nótese que el último párrafo del art. 29 de la ley 25.871 establece que la DNM podrá conceder la dispensa en examen. Así, una adecuada inteligencia del texto de la norma analizada enseña que la concesión de la dispensa allí prevista solo puede ser considerada una facultad discrecional y privativa otorgada a la DNM (doct. Sala I, "Velito Castillo", cit.).

En tales condiciones, debe estarse a lo dispuesto por la norma, toda vez que las leyes deben interpretarse evitando suponer la inconsecuencia, falta de previsión u omisión involuntaria del legislador, y de ahí que cuando la ley emplea determinados términos, la regla más segura de interpretación es que no son superfluos, sino que su inclusión se ha realizado con algún propósito, por cuanto, en definitiva, el fin primordial del intérprete es dar pleno efecto a la voluntad del legislador (Fallos: 314:1849; 319:2249; 327:931; 328:2627; 329:21; 330:304; entre muchos otros).

Además, no puede pasarse por alto que la dispensa examinada ha sido concebida para situaciones abiertamente al margen de la ley —que atentan contra los objetivos esenciales cuya consecución el ordenamiento declara perseguir (arts. 3 y 125, ley 25.871)—, por lo que el legislador la ha establecido como una atribución primaria de la Administración, de uso discrecional y de carácter excepcional (Sala IV, "Hernández, Julio C. c. EN - M° Interior - Resol. N° 341/11 - DNM - Disp. N° 24.407/08 - Expte. N° 218.247/03 s/ recurso directo para juzgados", causa N° 25.622/11, del 09/06/2015; "Ojeda Hernández, Luis A. c. EN - M° Interior - Resol. N° 1546/10 - DNM - Disp. N° 184.765/09 y otros s/ recurso directo para juzgados", causa N° 6816/11, del 29/12/2016; "Contreras Trujillo, Edward R. c. EN - M° Interior - Resol. N° 1237/11 - DNM - Disp. N° 140.388/09 - Expte. N° 2412125/08 s/ recurso directo para juzgados", causa N° 47.748/11, del 04/05/2017; "Chávez Ruiz", cit.).

Thomson Reuters

Por consiguiente, no se prevé en favor del migrante un derecho subjetivo a obtener directamente y en forma automática la dispensa por razones de reunificación familiar, sino que es el órgano de aplicación quien - por expresa disposición del legislador— decide hacer uso o no de aquella, según las particularidades de cada caso (Sala IV, "Galindo Ramírez Merleny c. EN - M° Interior OP y V - DNM s/ recurso directo DNM", causa N° 34.209/17, del 07/11/2017; "Van den Bossche Peter c. EN - M° Interior - DNM - Disp. N° 8632/03 y otras - Expte. N° 207.841/01 s/ proceso de conocimiento", causa N° 21.348/11, del 23/11/2017; "Torbellino Hinostroza, Silvia c. EN - M° Interior - DNM - Resol. N° 415 - Expte. N° 208.306/09 y otro s/ recurso directo DNM", causa N° 35.325/12, del 07/12/2017).

Y si bien el hecho de que la Administración obre en ejercicio de facultades discrecionales no obsta a la revisión judicial (por cuanto no hay actividad de la Administración ajena al control de legalidad y razonabilidad, aun tratándose de una manifestación de las potestades discrecionales —doct. Fallos: 305:1489; 306:126—), esta se circunscribe a los supuestos en que se demuestre la arbitrariedad o ilegalidad de la actividad estatal, extremos que no se advierte que concurran en la especie (en igual sentido, Sala IV, "González Fernández, Soledad c. EN - M° Interior - DNM - Disp. N° 260/13 - Expte. N° 807.982/08 y otro s/ recurso directo DNM", causa N° 16.357/13, del 07/11/2017).

VIII.1. Además, entre los objetivos de la ley 25.871 no solo se encuentra el resguardo del derecho a la reunificación familiar (arts. 3°, inc. d, y 10), sino también la promoción del orden internacional y la justicia, denegando a tal efecto el ingreso o la permanencia en el territorio argentino a personas involucradas en actos reprimidos penalmente por nuestra legislación (art. 3°, incs. d y j, ley 25.871; CSJN, "Granados Poma, Héctor c. EN - DNM - Resol. N° 104.574/09 - Expte. N° 2.293.077/07 s/ amparo ley 16.986", del 28/08/2012; Sala IV, "Van den Bossche", cit.).

De tal modo —como también lo señaló el Juez *a quo*— el derecho a la reunificación familiar, no debe ser interpretado aisladamente, sino en armonía con la potestad de impedir el ingreso y permanencia de extranjeros, que —como se vio— tiene fundamento en la prerrogativa estatal de regular y condicionar la admisión de aquellos (ver, en este sentido, Sala I, "Velito Castillo", cit.; Sala IV, "Ojeda Hernández, Luis A. c. EN - M° Interior - Resol. N° 1546/10 - DNM - Disp. N° 184.765/09 y otros s/ Recurso directo para juzgados", causa N° 6816/11, del 29/12/2016).

VIII.2. Por lo demás, no puede dejar de recordarse que se presume que la actividad de la Administración guarda conformidad con el ordenamiento jurídico, presunción que subsiste en tanto no se declare lo contrario por el órgano competente. La jurisprudencia es casi unánime en reconocer tal carácter a los actos administrativos e interpreta que esta cede ante la demostración de los vicios que lo privan de validez jurídica, o vale decir, "cuando la decisión adolece de vicios formales o sustanciales o ha sido dictada sobre la base de presupuestos fácticos manifiestamente irregulares, reconocidos o fehacientemente comprobados" (conf. Gordillo, Agustín - Daniele, Mabel (Directores), "Procedimiento Administrativo. Decreto Ley N° 19.549/1972 y normas reglamentarias - Ley de Procedimientos Administrativos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Comentados y concordados", Buenos Aires, editorial Lexis Nexis, segunda edición, página 160 y esta Sala, con otra integración, *in re:* "Lan Airlines SA c. DGA - Resol. 1092/03 y Resol. 75/07 (Exp. 420.900/98)", del 30/07/2009), condición excepcional que no se configura en el *sub examine*.

VIII.3. Con arreglo a todo lo expuesto, han de desestimarse las quejas vinculadas al rechazo de la dispensa a la expulsión del territorio por razones de reunificación familiar, prevista en el art. 29 *in fine* de la ley 25.871.

IX. Desde otra perspectiva, cabe indicar que tampoco pueden prosperar las quejas concernientes a la alegada irrazonabilidad de la medida impugnada, por no haberse ponderado la duración de la estadía en el país, los vínculos familiares invocados y el modo en que afectaría a su familia la concreción de la orden expulsiva.

En primer término, debe destacarse que las afectaciones que —según el recurrente— se producirían para él y su entorno familiar a raíz de su expulsión, no resultan más que, simple y sencillamente, una derivación de su propia conducta delictual, ejecutada con discernimiento, intención y libertad (arts. 897 del Cód. Civil y 260 del Cód. Civ. y Comercial).

De otra parte en lo que concierne al arraigo, la circunstancia invocada por el actor, que vive en el país desde los tres años de edad, no resulta idónea para repeler la expulsión, toda vez que la sola prolongación de la estadía en la República Argentina, incluso por un dilatado período, no habilita sin más a la concesión de la dispensa solicitada.

Y, de igual manera, los vínculos familiares invocados por el migrante tampoco resultan hábiles para dejar sin efecto la expulsión, tal como se explicó en el Considerando precedente.

Se advierte que, en definitiva, el órgano administrativo, en uso de sus facultades legales, no hizo más que aplicar la norma migratoria, sin que se avizore rasgo

Thomson Reuters

alguno de arbitrariedad o ilegalidad en la decisión adoptada; antes bien, el organismo migratorio en el acto de denegación motivó la medida adoptada. En las condiciones descriptas, resulta claro que la Dirección Nacional de Migraciones se limitó a considerar que se hallaba configurado uno de los supuestos objetivos previstos como causas impedientes que la habilitan, como autoridad de aplicación, a declarar irregular la permanencia en el país y ordenar la expulsión de un extranjero; esto es: la existencia de condena a su respecto (esta Sala, *in re:* "Choque Quispe, Marcelina M. c. EN-M. Interior - DNM s/ recurso directo DNM", causa N° 16182/2015, del 06/02/2018, entre muchos otros).

Es por estas razones que corresponde desestimar también este tramo del recurso bajo examen.

X. A esta altura, tampoco pueden admitirse las quejas concernientes a la retención del inmigrante.

Es que el recurrente se limitó a comparar la directiva contenida en la ley 25.871 (en su texto original), y su reglamentación (decreto 616/2010), con las disposiciones del decreto 70/2017, sin especificar, de modo preciso, el perjuicio efectivamente sufrido (esta Sala, "Agudelo Sánchez, Dilan A. c. EN - M° Interior OP y V - DNM s/ recurso directo DNM", causa N° 72.917/17, del 19/04/2018).

En efecto, el actor no demostró el agravio concreto que, en el caso y de manera particularizada e individual, le produjo la aplicación del dispositivo analizado, sin que pueda predicarse a priori y con carácter general que los plazos previstos en la norma para la retención resulten descalificables per se, en forma genérica y abstracta (esta Sala, "Meza Contreras Luis Manuel c. EN - M° Interior OP y V - DNM s/ recurso directo DNM", causa N° 14.604/17, del 26/04/2018; "Ávalos Gómez, Francisco D. c. EN - M° Interior OP y V - DNM s/ recurso directo DNM", causa N° 72.661/17, del 19/04/2018).

En este orden de ideas, recuérdese que la declaración de inconstitucionalidad de una norma impone a quien la pretende la obligación de demostrar claramente de qué forma aquella contraría la Constitución Nacional, causándole un gravamen, y para ello, es menester que precise y acredite fehacientemente en el supuesto concreto el perjuicio que le genera la aplicación del dispositivo (Fallos: 316:687; 324:3345; 325:645; 327:1899; y 328:4282, entre muchos otros).

En el mismo sentido, no puede perderse de vista que la declaración de inconstitucionalidad de una norma constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia, configurando un acto de suma gravedad institucional, que debe considerarse como la última ratio del orden jurídico (Fallos: 312:72; 316:1718; 322:842; 325:1922; 326:3882, entre muchos otros). Por ello, no cabe admitirla sino cuando un acabado examen del precepto conduce a la convicción cierta de que su aplicación conculca derechos o garantías constitucionales, supuesto que, en el *sub examine*, no se encuentra mínimamente acreditado.

Para más, atento a que el recurrente no reportó haber sido retenido, el perjuicio planteado resulta hipotético y prematuro. Así, un pronunciamiento sobre la regulación de dicha cuestión, importaría una decisión sobre bases conjeturales, vedada a la justicia federal, cuando no se configura el conocido recaudo de la configuración de un caso o causa judicial (esta Sala, "Maidana, Juan C. c. EN - DNM s/ recurso directo DNM", causa N° 63.637/17, del 17/04/2018; "González Gutiérrez, Evelyn J. c. EN - M° Interior OP y V - DNM s/ recurso directo DNM", causa N° 56.717/17, del 27/03/2018; en sentido análogo, Sala IV, "Barrionuevo García, Franklin c. EN - M° Interior OP y V - DNM s/ recurso directo DNM", causa N° 51.123/17, del 27/02/2018).

A mayor abundamiento, cabe agregar que nadie tiene un derecho adquirido al mantenimiento de las leyes y reglamentaciones (esta Sala, "Maidana", cit.; "Ye Shikun c. EN - DNM s/ recurso directo DNM", causa N° 6679/18, del 28/06/2018; doc. Fallos: 340:257; 339:245; 325:2875; 325:2600; 325:1297; 325:11; 323:3412; 323:2659; 322:270; 321:2683; entre muchos otros).

En consecuencia, deben desestimarse las quejas bajo análisis.

XI. Como corolario de los desarrollos que anteceden, debe confirmarse la sentencia apelada, en cuanto convalidó las decisiones administrativas emitidas por la autoridad migratoria, por las que se dispusiera la expulsión del actor del territorio nacional, habida cuenta que no constituyen más que la objetiva aplicación de lo dispuesto en el art. 29, inc. c), de la Ley N° 25.871, sin que el recurrente haya demostrado la irrazonabilidad y arbitrariedad alegadas, así como tampoco que el tratamiento acordado resulte incompatible con las normas de protección de los derechos humanos (ver, en este sentido, CSJN, "Granados Poma"; Sala I, "Velito Castillo"; ya citados).

Máxime, tomando en consideración el acotado marco cognitivo establecido por el art. 89 de la ley N° 25.871 para recursos como el autos, ceñido al control de legalidad, debido proceso y razonabilidad de los actos atacados, por cuanto medidas como las aquí re

Thomson Reuters

visadas constituyen el ejercicio de un poder propio de la Administración y, dentro de ella, la competencia ha sido asignada a un órgano estatal altamente especializado creado al efecto, cuyos actos han de ser controlados por el Poder Judicial, sin que esto habilite a los jueces a sustituir el criterio administrativo por el suyo propio, salvo que se demuestre que ha mediado error (de hecho o de derecho), omisión, o vicio con entidad suficiente para invalidar el acto (esta Sala, "Lin Yu c. EN - DNM - Disp. N° 69.130/08 s/ recurso directo DNM", causa N° 35.631/12, del 13/11/2014). Extremos estos que, por cierto, no ha acreditado el actor, ni advierte este Tribunal que concurran en la especie.

XIII. Finalmente, las costas de esta instancia, han de ser soportadas por el actora, en tanto ha resultado vencido en autos, sin que se adviertan motivos valederos que ameriten apartarse del principio objetivo en la materia (art. 68, primer párrafo, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

Por lo expuesto, propongo: desestimar el recurso de apelación interpuesto por el actor y, en consecuencia, confirmar la sentencia apelada, en cuanto ha sido materia de agravios, con costas de esta instancia a cargo del recurrente vencido. Así voto.

Los doctores *López Castiñeira* y *Caputi* adhieren al voto precedente.

En virtud del resultado que instruye el acuerdo que antecede, de conformidad con lo dictaminado por el Sr. Fiscal General, el Tribunal resuelve: desestimar el recurso de apelación interpuesto por el actor y, en consecuencia, confirmar la sentencia apelada, en cuanto ha sido materia de agravios, con costas de esta instancia a cargo del recurrente vencido. Regístrese, notifíquese a las partes —y al Señor Fiscal General en su público despacho— y, oportunamente, devuélvase. *— Luis María Márquez. — María Claudia Caputi. — José Luis López Castiñeira.*

El rechazo a revisar una expulsión automática afecta derechos constitucionales

Martín Fernández Oteiza (*)
Demián Zayat (**)

Sumario: I. Introducción.— II. Resumen de los hechos y argumentos del fallo.— III. Afectación a la Igualdad. ¿Es constitucional una expulsión automática de cualquier extranjero que haya sido condenado penalmente?— IV. Afectación al derecho de reunificación familiar.— V. El fin de la pena y su marco constitucional.— VI. Conclusiones.

I. Introducción

En el marco de emergencia social en relación a las políticas derivadas del COVID-19, las poblaciones migrantes han estado entre las principales afectadas, tanto a nivel mundial como a nivel nacional, por quedar al margen del alcance de las herramientas básicas de contención que se han ido impulsando **(1)**.

(*) Abogado de la UBA (2001). Docente de Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal en esa casa de estudios. Máster en Sistema Penal y Problemas Sociales de la Universitat de Barcelona, Catalunya, España.

(**) Abogado de la UBA (2000). Máster en investigación socio-jurídica de la Universidad de Stanford, EE.UU. (2009). Es profesor de derecho constitucional en la UBA y la UP.

(1) Ver, p. ej., la declaración conjunta del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y del Relator Especial de los Derechos de los Migrantes sobre el impacto desproporcionado del Covid en la población migrante, del 26 de mayo de 2020, en

Thomson Reuters

Se ha "naturalizado" el desconocimiento de derechos de las personas migrantes, tanto de aquellas que tienen un arraigo cierto como las recién llegadas o en situación de migración forzosa por no poder retornar a su país en este contexto.

En ese sentido, si bien el fallo que comentaremos atiende una situación política y social previa y bien diferente a la supeditada al COVID-19, creemos importante señalar el impacto negativo de este tipo de sentencias al contribuir en la construcción de aquella "naturalización" mencionada en el párrafo precedente, y, por ende, a quebrantar el derecho a la igualdad, lo cual, entre otras cosas, contradice nuestro esquema normativo supremo y promueve la discriminación en el ámbito social (de igual modo que lo hizo en su momento la "Ley Videla" o el dictado del DNU 70/2017).

En este trabajo pretendemos abordar los ejes centrales del esquema de garantías constitucionales que, a nuestro entender, se han vulnerado en el fallo que aquí pasamos a comentar. Así, en el próximo apartado haremos una síntesis de los hechos y argumentos utilizados en la sentencia. Luego desarrollaremos los aspectos que involucran el principio de igualdad y la negativa a la revisión amplia del rechazo a la dispensa y señalaremos que esto afecta el principio mencionado. En tercer lugar, veremos que esa falta de revisión también vulnera el derecho a la reunificación familiar. Por último, analizaremos brevemente los aspectos relacionados con el fin de la pena, el principio de culpabilidad y la doble persecución penal prohibida.

II. Resumen de los hechos y argumentos del fallo

Con fecha 19 de septiembre de 2019, la sala 2ª de la CNFed. Cont. Adm. confirmó la decisión de la Dirección Nacional de Migraciones (DNM) por la que se había ordenado la expulsión del país del Sr. O. R. D. con una prohibición de reingreso por 15 años. O. R. D. había llegado a la Argentina a los tres años de edad, junto con su madre y su hermana mayor. Aquí nacieron sus hermanas menores. No tenía ni vínculos ni familiares en su país de origen, y toda su vida estaba organizada en nuestro país.

O. R. D. había sido condenado (el 23/04/2013) a la pena de cinco años de prisión por considerarlo coautor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de armas. Dicha sanción se unificó con una previa a seis meses en suspenso recaída por sentencia del 04/07/2012 por tentativa de hurto y tentativa de robo. En virtud de todo ello, se lo condenó a la pena única de cinco años y tres meses de prisión.

La resolución expresa también que el 03/11/2014 la DNM declaró irregular la permanencia del señor O. R. D., ordenó su expulsión del territorio nacional y prohibió su reingreso por el término de quince años, conforme lo previsto por el art. 63, inc. b), de la ley 25.871. Contra la mencionada disposición, interpuso recurso de reconsideración con jerárquico en subsidio, que fue rechazado por el subdirector nacional de Migraciones el 24/04/2018, quien entendió que se hallaba configurado uno de los impedimentos previstos en el mencionado art. 29 de la ley 25.871. Finalmente, el 29/05/2018, el actor (mediante la representación de la Defensoría General de la Nación) interpuso el recurso judicial que dio inicio al caso que hoy comentamos.

En la sentencia, los jueces de la sala 2ª de la CNFed. Cont. Adm. entendieron que el Estado puede fijar las políticas migratorias que entienda convenientes; por su parte, que el art. 29 de la ley 25.871, anterior a la reforma por DNU 70/2017, alcanzaba al Sr. O. R. D. debido al plazo de su condena penal, por lo que, en tanto no estaba en juego lo dispuesto por el DNU, su inconstitucionalidad no cambiaba la solución del caso. Por otra parte, concluyó que la dispensa por reunificación familiar del final de dicho artículo reviste carácter excepcional, de alcance restringido, y que resulta discrecional de la Dirección Nacional de Migraciones. Y, por último, calificó de inidónea para repeler la expulsión la circunstancia de haber llegado al país a los tres años de edad, aludiendo únicamente a que la estadía prolongada no habilita la dispensa.

En base a todo ello, el tribunal confirmó la orden de expulsión del país de O. R. D. y rechazó

www.ohchr.org/Documents/Issues/Migration/CMWSPMJointGuidanceNoteCovid-19Migrants.pdf.

Thomson Reuters

su pedido de dispensa por razones de reunificación familiar.

Finalmente, si bien no se explicita, del caso se infiere que, habiendo sido condenado O. R. D. a la pena de cinco años y tres meses de prisión por sentencia del 23/04/2013, al momento de expedirse la sala en las presentes, la sanción de privación de libertad ya se encontraba cumplida en su totalidad.

III. Afectación a la igualdad. ¿Es constitucional una expulsión automática de cualquier extranjero que haya sido condenado penalmente?

Luego de analizar los principales argumentos del fallo, podemos preguntarnos si fue justa la solución arribada. ¿Podría haberse resuelto el caso de otro modo? ¿Es correcto tratar a una persona que ingresó al país con su madre a los tres años de edad y vivió toda su vida aquí de un modo distinto que alguien que nació en el país? ¿Las elecciones de vida que hizo su madre cuando él tenía tan solo tres años de edad pueden repercutir de un modo tan drástico en su vida, que lo hace pasible de sufrir una pena accesoria de *destierro*, como entendemos que sucedió?

En este caso tenemos una persona que ingresó al país por decisión de su madre a los tres años de edad junto con su hermana mayor, y ya aquí nacieron sus dos hermanas menores. Como manifestó, no tiene vínculos familiares o afectivos en el país de origen. Podemos asumir que todos los hermanos fueron criados del mismo modo, y (*in arguendo*) podemos suponer también que tuvieron la misma educación, las mismas amistades y relaciones. Para pensar de modo más claro la problemática, supongamos que junto con una de sus hermanas menores cometieran el mismo delito y fueran condenados a la misma pena, que en ambos casos se cumpliera en su totalidad. Una vez cumplida la pena, la hermana podría seguir con su vida aquí, pero, sin embargo, a él lo mandarán a vivir a un país que no conoce, solo y lejos de sus relaciones y familia. ¿Esto implica tratar a todas las personas por igual?

La aplicación de una pena accesoria de expulsión **(2)**, de la que solo pueden ser pasibles las personas extranjeras, no puede realizarse de modo automático. El art. 14 de la Constitución establece el derecho de todos los habitantes de "de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino", y este debe cumplirse "de acuerdo a las leyes". Asimismo, el art. 16 de la CN establece el principio de que "... Todos sus habitantes son iguales ante la ley..." y, por su parte, el art. 20 establece que "Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano". Esto requiere que miremos, ya sea con desconfianza o con un escrutinio más estricto, las normas que establecen distintos derechos o sanciones para las personas en virtud de la nacionalidad.

La doctrina de las categorías sospechosas fue establecida por la CS en distintos casos, en su mayoría analizando temas vinculados con la ciudadanía y la extranjería. En los precedentes "Hooft" **(3)** y "Gottschau" **(4)**, la Corte estableció que "cuando se impugna una categoría infraconstitucional basada en el 'origen nacional' corresponde considerarla sospechosa de discriminación y portadora de una presunción de inconstitucionalidad que corresponde a la demandada levantar". Asimismo, que en tal caso "*solo* podía ser levantada por la demandada con una cuidadosa prueba sobre los fines que había intentado resguardar y sobre los medios que había utilizado al efecto. En cuanto a los primeros, deben ser sustanciales y no bastará que sean meramente convenientes. En cuanto a los segundos, será insuficiente una genérica 'adecuación' a los fines, sino que deberá juzgarse si los promueven efectivamente y, además, si no existen otras alternativas menos restrictivas para los derechos en juego que las impuestas por la regulación cuestionada".

(2) La expulsión ha sido considerada como una pena accesoria en varios precedentes, como ser el fallo de la C. Cas. Penal Bs. As., sala 1ª, "G. M., R. s/ recurso de casación", resuelto el 29/10/2009 (causa 29006), entre otros.

(3) "Hooft, Pedro C. F. c. Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", sentencia del 16/11/2004, Fallos 327:5118.

(4) CS, 08/08/2006, "Evelyn Patrizia Gottschau c. Consejo de la Magistratura", CS, Fallos 329:2986.

Thomson Reuters

En esos casos **(5)** existía una discusión sobre si se aplicaba o no el art. 20 de la CN, en tanto que algunos jueces entendían que no era una cuestión de "derechos civiles" sino políticos o aun sociales de los extranjeros **(6)**. La permanencia o no en el país es un clásico derecho civil sobre el que no habría mayor discusión.

Esto no significa que el Estado no pueda imponer restricciones o establecer situaciones donde no querrá admitir a un extranjero o expulsará a uno que haya admitido. Por el contrario, esto implica que la restricción no podrá ser realizada de modo automático, sino que en cada caso habrá que mirar si se cumple con la finalidad de la norma y es el medio menos restrictivo para ello. A su vez, habrá que tener en cuenta que no es lo mismo no admitir una persona que expulsarla, y que no es lo mismo una situación donde no existen lazos o arraigo en el país o cuando este sea muy grande. No puede existir una única solución que sea aplicada automáticamente por la autoridad de aplicación a todos los casos, ya sea que se encuentren en una frontera para ingresar por primera vez y no se los admita o hayan vivido casi toda su vida en el país, ingresando a los tres años de edad, habiendo estudiado y generado su vida en el país.

Algo similar ha dicho la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) al señalar que "... aunque el Estado indudablemente tiene el derecho y el deber de mantener el orden público a través del control del ingreso, la residencia y la expulsión de extranjeros, ese derecho debe equilibrarse en relación al perjuicio que se puede causar a los derechos de las personas involucradas en el caso particular... ". Asimismo, expresó que "... en los casos, en que la toma de decisiones implica la potencial separación de una familia, la resultante interferencia en la vida familiar puede justificarse solamente cuando es necesaria para satisfacer una necesidad apremiante de proteger el orden público y cuando los medios son proporcionales al fin. La aplicación de estos criterios por parte de varios órganos de supervisión de los derechos humanos indica que se debe buscar este equilibrio caso por caso y que las razones que justifique la interferencia en la vida familiar deben realmente ser muy serias..." **(7)**.

En el citado caso "Wayne Smith", la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, señaló que "para realizar esa evaluación, debe considerarse: la edad en que el migrante emigró al Estado recipiente; el tiempo de residencia en el país recipiente; sus vínculos familiares en el Estado recipiente; el alcance de las penurias que constituye la deportación para su familia en el Estado recipiente; sus contribuciones sociales; el alcance de sus vínculos en su país de origen; el carácter y severidad del delito o delitos cometidos; la edad en el momento que cometió el delito; el período transcurrido desde que tuvo actividad delincuencial y las pruebas de su rehabilitación con respecto a su actividad criminal" **(8)**.

Estos precedentes han sido citados por la Procuración General de la Nación al emitir dictamen en el caso "Barrios Rojas Zoyla, Cristina e. EN (DNM) res. 561/2011 [expte. 2091169/06 (805462/95)]", que está a estudio de la CS. El Máximo Tribunal tiene en este caso una importante oportunidad de clarificar el derecho a la igualdad de los extranjeros y el modo de la aplicación de la pena de expulsión.

Habrá que ver en el caso concreto si la medida de expulsión de una persona que ingresó al país traído junto a su familia a la edad de tres años promueve efectivamente los fines de la ley migratoria y el interés legítimo del Estado de promover el orden internacional y la justicia, y si no existen medidas menos restrictivas para ello. En el caso hipotético que argumentamos al inicio de este acápite, habrá que analizar si el orden internacional y la justicia se satisfacen al expulsar al hermano que cometió el delito y que ingresó al país a los tres años, mientras que eso

(5) También se dio la discusión en CS, "Mantecón Valdez", del 12/08/2008, CS, Fallos 331:1715.

(6) CS, caso "R. A. D.", sentencia del 04/09/2007, CS, Fallos 330:3853.

(7) CIDH, "Informe sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado", 28/02/2000, párr. 166; en sentido similar, Informe 8110, caso 12.562, "Wayne Smith, Hugo Armendariz, y otros c. Estados Unidos", 12/07/2010, párr. 58.

(8) CIDH, Informe 8110, caso 12.562, "Wayne Smith, Hugo Armendariz, y otros c. Estados Unidos", cit., párr. 54.

Thomson Reuters

no se lo hace con su hermana, que cometió el mismo delito, pero que nació aquí. No imaginamos qué diferencias puede haber en estos casos y, por ello, darle una solución diferente resulta contrario al principio de igualdad.

Según el esquema ideado por la ley 25.871, la dispensa viene a cumplir este papel, y es el modo en que en cada caso se analiza si la expulsión se ajusta del mejor modo posible a los objetivos de la ley. Al cumplir esta función, esta dispensa debe quedar sujeta a la revisión judicial amplia, de un modo incompatible con lo establecido por la sentencia que estamos comentando. La dispensa y, aún más, su negativa por parte de la DNM debe ser motivada, fundada y con la valoración de todos los aspectos del caso. Y esta dispensa, de acuerdo a lo establecido en el art. 84 de la ley 25.871, debe quedar sujeta a la revisión judicial de legalidad y también de razonabilidad. Los jueces deben revisar la relación proporcional entre medios y fines, y, por ende, que los medios sean lo menos restrictivo posible para esos fines. Si entienden que esta decisión no tuvo en cuenta algún aspecto del mejor modo en el que se podía interpretar, deben poder dejarla sin efecto o modificarla. Y esto no es una exigencia excepcional, sino lo que de ordinario la justicia debería realizar para cumplir con los requisitos del precedente "Fernández Arias c. Poggio", de 1960, sobre revisión judicial de la Administración, y no vulnerar lo dispuesto por el art. 109 de la CN.

IV. Afectación al derecho de reunificación familiar

Vimos que la afectación a la igualdad es un eje central de vulneración de derechos del presente caso y como clave de interpretación y ponderación de la realidad que no fue tenida en cuenta. Pasaremos ahora a los temas que de algún modo sí fueron considerados en la sentencia, pero han sido resueltos de manera incorrecta, en directa colisión con nuestro esquema de garantías.

Comenzaremos con el principio de unidad familiar, que deriva, entre otros, del art. 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), los arts. 17 y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), el art. 10 del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) y el art. 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos (1969).

En el caso, tanto en primera como en segunda instancia, los jueces recalcaron la potestad discrecional que tiene la Administración de resolver la dispensa prevista en la normativa; sin embargo, han dejado a un lado que dicha facultad no puede ser ejercida de modo irrazonable, como ha sucedido aquí.

En tal sentido, un debido control de razonabilidad ha de tener en cuenta que "El respeto del derecho a la unidad familiar exige no solo que los Estados se abstengan de realizar acciones que resulten en la separación familiar, sino también que adopten medidas para mantener la unidad familiar y reunificar a los familiares que se hayan separado. Rehusarse a permitir la reunificación familiar puede considerarse una interferencia con el derecho a la vida en familia o a la unidad familiar, especialmente cuando la familia no tiene posibilidades reales de disfrutar de ese derecho en otro sitio. Igualmente, la deportación o expulsión puede constituir una interferencia con el derecho a la unidad familiar, a menos que se justifique de acuerdo con las normas internacionales" **(9)**.

En el presente caso, más allá de la visión acotada de familia que presenta la ley 25.871, la situación del Sr. O. R. D. se encuentra alcanzada plenamente en lo expresamente enunciado, en torno a su madre.

En efecto, la ley plantea en el art. 10: "El Estado garantizará el derecho de reunificación familiar de los inmigrantes con sus padres, cónyuges, hijos solteros menores o hijos mayores con capacidades diferentes". Y más específicamente lo prevé, como se ha mencionado, en lo que hace a la dispensa en caso de expulsión según texto original (redacción previa al DNU 70/2017) en el art. 29.

(9) Punto 5 del "Resumen de conclusiones: unidad de la familia", mesa redonda de expertos organizada por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para Refugiados (ACNUR) y el Instituto de Posgrado en Estudios Internacionales de Ginebra, Ginebra, 8-9 de noviembre de 2001: www.refworld.org.es/topic,57f504723c,57f5090eb1,50acc5f52,0.html.

Thomson Reuters

Pero, más allá del alcance normativo interno, los lineamientos internacionales amplían sustancialmente el criterio, aspecto que es desconocido en la resolución que se analiza.

El concepto de familia se aplica no solo al grupo íntimo y reducido, que es la nuclear compuesta por la pareja y sus hijos. Existe un sinfín de vínculos consanguíneos entre ascendientes, descendientes y colaterales, así como los de afinidad que conforman la familia extendida o ampliada, que también es un círculo valioso para la persona **(10)**.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso "Atala Riffo" **(11)**, afirmó que "en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege solo un modelo 'tradicional' de la misma", reiterando el tribunal, que "el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio", a la vez que rechaza "una percepción limitada y estereotipada del concepto de familia que no tiene base en la Convención al no existir un modelo específico de familia".

En tal sentido, el hecho de la unificación familiar alegada y desoída por el juzgado y la Cámara no solo estaba satisfecho en relación a su madre, que fue en definitiva por quien nació su vínculo con este país, al haber ingresado con ella en una infancia muy temprana, sino también en virtud de sus hermanas argentinas. Desconociéndose por los hechos del caso si además el Sr. O. D. R. no tenía pareja, situación que estaría también alcanzada (explícitamente prevista en disposición 4880/2015 DNM).

En ese orden, el rechazo de la dispensa cuando se cumplían los parámetros requeridos para su otorgamiento exigía a la Cámara una rigurosidad que no tuvo, al avalar una expulsión sin el correspondiente test de razonabilidad y legitimidad exigido por la CS.

Tal como se expresara en el acápite precedente, el ejercicio de esa facultad administrativa debe respetar el principio básico de razonabilidad que corresponde a toda decisión de las autoridades públicas, lo que implica que el acto administrativo debe satisfacer un fin público y guardar proporcionalidad entre el medio empleado y el fin perseguido (Fallos 329:3617, "Spinosa Melo", consid. 7; 330:3853, "R. A. D.", voto del Dr. Maqueda, consid. 13).

Desde esa perspectiva, con el fin de alcanzar un balance adecuado de los intereses en juego, el examen de razonabilidad del ejercicio de esa facultad en la esfera migratoria debe ponderar, por un lado, la legitimidad y relevancia de los fines que persigue la Administración a través de la orden de expulsión, y, por otro lado, los eventuales perjuicios que la expulsión puede ocasionar en la vida de relación y en el vínculo familiar del migrante, en atención a la naturaleza y conformación de ese vínculo.

En tal sentido, cobran especial relevancia los elementos a considerar que fueran enunciados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el caso "Wayne Smith" ya enumerados en el capítulo precedente de este trabajo, donde expresamente están abarcadas las circunstancias preponderantes a las que la Cámara no tuvo en debida consideración: la unidad familiar y el tiempo de vida en el país y edad de arribo a él. Finalmente, esta es una sentencia que no ha prestado atención a ninguna de las condiciones de vulnerabilidad del Sr. O. R. D. y que, sin sustento alguno (más allá de una interpretación forzada y estrictamente formal), no ha hecho más que agravarlas en modo inaceptable, no llegando a ver la situación concreta sobre la que debía resolver.

V. El fin de la pena y su marco constitucional

Luego de referir el desconocimiento llevado a cabo por la sentencia en relación a derechos fundamentales como son la igualdad y la unidad familiar, al haber confirmado la expulsión del Sr. O. R. D., pasaremos a concluir este trabajo enunciando otras afectaciones concretas

(10) VALIDO, Ana María, "Migración internacional y derecho de familia: realidades y retos", Aldea Mundo, Rev. sobre Fronteras e Integración, 22, año 11, noviembre 2006/abril 2007.

(11) Corte IDH, caso "Atala Riffo y Niñas c. Chile", 24/02/2012.

Thomson Reuters

implicadas, derivadas de vulneraciones constitucionales ligadas a la órbita penal.

En tal sentido, el derecho penal es un esquema de garantías que procura poner freno a las violencias extremas e informales y, al decir de Luigi Ferrajoli **(12)**, minimizar la violencia punitiva (por cierto, cada vez más informal) y maximizar la tutela de derechos. En tal marco, nuestro esquema constitucional ha plasmado varias pautas básicas que en el presente caso se están desconociendo de modo tajante.

En efecto, en el caso se afectaron garantías básicas en virtud tanto de la "administrativización" o "politización" del funcionamiento del derecho (en particular, del derecho penal), en donde se ha desplazado el Poder Judicial, en lo que constituye un apartamiento a nociones básicas, como también de un desconocimiento de la realidad, tanto de la persona como de las características punitivas que representa una medida de expulsión en general, y más aún en situaciones como la presente.

Este apartamiento de lo jurídico y de lo fáctico en un fallo de estas características posiblemente sea consecuencia de repeticiones de decisiones cada vez más automatizadas, además de la permeabilidad del sistema a la construcción discriminatoria de la visión hacia las personas migrantes. Sea cual fuere la causa, y sea esta, consciente o no, existe una discriminación configurada por las siguientes vulneraciones constitucionales en lo que al ámbito penal refiere.

Fin resocializador de la pena. Tanto el art. 18 de la CN como el art. 5.6 de la CADH prevén a la reinserción social como pilar y horizonte de la finalidad y función punitivas. En tal sentido, la CS ha manifestado más de una vez que la readaptación social se constituye en un objetivo superior del sistema **(13)**. Pero no hay resocialización posible cuando a una persona que vive desde los tres años en el país se la envía a otra jurisdicción nacional, en la que solo le tocó en suerte nacer, tal situación se agrava en extremo cuando, como en el caso bajo análisis, la expulsión se da luego de que la pena se haya cumplido en su totalidad.

Ne bis in idem. La situación antedicha, es decir, pena efectivizada en su totalidad más expulsión del país, teniendo especialmente en cuenta la situación familiar y de arraigo en Argentina, y la de ajenidad, más allá de haber nacido allí, respecto del país al que se pretende enviar a la persona, implica, sin dudas, dos sanciones (si no más) en base a una misma situación fáctica, lo cual está expresamente prohibido por el art. 14, inc. 7º, PIDCP; art. 8º, CADH, y art. 18, CN.

En total conexidad con las garantías enunciadas que se han visto afectadas en el caso, está el principio de culpabilidad, entendido como relación entre la pena y el hecho cometido, es decir, como medida del reproche. En tal sentido, el principio deriva de los arts. 1°, 19 y 33, CN, y 8.2, CADH, y viene a instaurar un marco de razonabilidad entre el acto cometido y la sanción, se vincula directamente con los principios de proporcionalidad y el de lesividad. A la vez, configura una perspectiva más de vulneración al principio de igualdad desarrollado anteriormente.

Solo corresponde sanción por el hecho que se cometió, y ello se lleva a cabo con una pena que tiene una relación convencional con el tipo de delito, ella de ninguna manera puede estar circunscripta a características de la persona. De hecho, el Poder Judicial, al juzgar y condenar al Sr. O. R. D., lo hace en el marco estipulado penalmente. Pero luego, desde una veta informal penal, como es la administrativa de dictar expulsiones, tal situación se agrava, al punto de devenir inconstitucional, al añadir (como se ha dicho) una segunda sanción, y, asimismo, al infligir está solo en virtud del país de nacimiento del condenado, generando un reproche que va mucho más allá de lo que el marco penal de fondo prevé y admite, y de lo llevado a cabo por alguien que, por cierto, ni siquiera pudo elegir migrar y quien no ha tenido relación con aquel país al que pretenden enviarlo.

(12) FERRAJOLI, Luigi, "Derecho y razón. Teoría del garantismo penal", Ed. Trotta, Madrid, 1998, cap. 6: El fin y los límites del derecho penal, un utilitarismo penal reformado.

(13) Ver, p. ej., CS 19/10/1995, "Rubén Badin y otros c. Provincia de Buenos Aires", CS, Fallos 318:2002, y 03/05/2005, "Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus", Fallos 328:1164.

Impresión Reuters

VI. Conclusiones

El fallo que comentamos efectúa una interpretación formalista del papel de contralor que debe llevar adelante el Poder Judicial. Olvida que la necesaria intervención judicial en las expulsiones fue uno de los puntos centrales de las reformas introducidas por la ley 25.871 al régimen de la Ley Videla, en parte en virtud de los compromisos internacionales en el marco del caso "De la Torre" en el sistema interamericano de derechos humanos.

La asimilación de todos los supuestos de extranjeros que hace la Dirección Nacional de Migraciones no supera un test constitucional en ciertos casos como el presente, donde la persona ingresó al país a los tres años de edad, pero vivió toda su vida aquí. En esos casos, no tener en cuenta este aspecto y resolver el caso del mismo modo que si hubiese entrado hace dos días resulta inconstitucional.

Esto debió haber sido tenido en cuenta por la sala 2ª al analizar la razonabilidad de la negativa de la dispensa y no realizar una revisión únicamente de legalidad. No hacerlo lesionó tanto el derecho a la igualdad, como así también el derecho a la reunificación familiar, ya que no tuvo en cuenta que sus relaciones sociales y familiares estaban en el país. Para evitar realizar esta revisión, el tribunal aplicó una concepción de "familia" tradicional que no se ajusta a la realidad y, por otra parte, no se detuvo a considerar la situación y edad de la persona al momento de ingresar país.

Por último, el fallo agregó una pena de expulsión en contra de los objetivos de la ejecución penal, olvidando que la Constitución indica que, si la pena tiene algún fin, este debe ser resocializador. Una vez cumplida la pena privativa de libertad, esa persona debe poder reinsertarse en la sociedad y no ser desterrado de sus afectos y familia. Esta expulsión implica aplicar una segunda pena por el mismo hecho ya penado y romper el marco de razonabilidad y proporcionalidad que en nuestro esquema otorga el principio de culpabilidad. Todo eso debió haberse evitado.

Sentencias como la aquí evaluada, no solo resultan injustas en el caso concreto, sino que contribuyen a la proliferación de discursos arbitrarios que "naturalizan" el menoscabo de derechos y la discriminación hacia las personas migrantes.

Thomson Reuters

ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

Designación del Defensor del Niño. Concurso público de oposición y antecedentes. Posibilidad de acceder a los puntos asignados a cada uno de los candidatos. Interés público. Datos sensibles. Respeto de la vida privada de los postulantes. Legitimación.

Con nota de Soledad M. Demyda

1. — La solicitud efectuada por la actora se relaciona con información vinculada a cuestiones públicas —designación del/de la Defensor/a de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes mediante concurso público de antecedentes y oposición— y el acceso a los puntos asignados por la Comisión Bicameral a cada uno/a de los precandidatos/as para ocupar el cargo posee un claro interés público en la medida que, para realizar un exhaustivo control social sobre la adecuación a las pautas establecidas en el Reglamento de Procedimiento para asignar los puntajes a cada una de las etapas de evaluación, resulta necesario acceder a los mismos **[1]**.

2. — No cabe asignar a las notas obtenidas en el examen escrito por cada uno de los postulantes preseleccionados en el concurso de carácter público, la calificación de "datos sensibles" a los que alude la Ley 25.326 de Protección de los Datos Personales.

3. — No se busca indagar indiscretamente en la esfera privada que define el art. 19 de la CN sobre la situación particular de las personas físicas que se postularon para el concurso de cargos, sino antes bien persigue un interés público de singular trascendencia, como es el de obtener la información necesaria para poder controlar la transparencia del concurso público para la designación del/de la Defensor/a de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, y su adecuación a los criterios establecidos en la normativa aplicable.

4. — La legitimación para presentar solicitudes de acceso a la información pública debe ser entendida en un sentido amplio, sin necesidad de exigir un interés calificado del requirente; en efecto, se trata de información de carácter público, que no pertenece al Estado sino que es del pueblo de la Nación Argentina y, en consecuencia, la sola condición de integrante de la comunidad resulta suficiente para justificar la solicitud.

JNFed. Contenciosoadministrativo Nro. 12, 07/10/2019. - Fundación Sur Argentina c. EN - Honorable Cámara de Senadores de la Nación y otro s/ Amparo Ley 16.986.

[Cita on line: AR/JUR/61369/2019]

JURISPRUDENCIA VINCULADA

[1] En "Asociación de Derechos Civiles c. EN-PAMI s. Amparo ley 16.986", 04/12/2012, Fallos: 335:2393, AR/JUR/62133/2012, hizo lugar a una petición de acceso a la información pública, contra un ente no estatal, debido al interés público involucrado.

COSTAS

Se imponen a la demandada vencida.

10682/2019

1ª Instancia.- Buenos Aires, octubre 7 de 2019.

Considerando:

I. A fs. 2/6 se presenta el representante legal de Fundación Sur Argentina y promueve acción de amparo en los términos del art. 43 de la CN contra el Honorable Senado de la Nación y la Honorable Cámara de Diputados de la Nación —Comisión Bicameral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes con el objeto que se les ordene entregar la información pública peticionada de acuerdo a la ley 27.275, en relación a los 15 candidatos preseleccionados para la designación del/de la Defensor/a de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, consistente en: 1. Nota asignada al ítem "antecedentes"; 2. Información referida a la nota establecida en cada uno de los rubros que integran la nota final referida al ítem "antecedentes"; 3. Nota asignada al ítem "examen escrito"; 4. Nota asignada al ítem "presentación del plan de trabajo"; 5. Información referida a la nota establecida en cada uno de los rubros que integran la nota final referida al ítem "presentación del plan de trabajo"; 6. Nota asignada al ítem "audiencia pública".

Señala que los sujetos obligados no respondieron la solicitud efectuada en los términos del art. 13 de la ley 27.275, la cual ingresó por mesa de entradas con fecha 12/11/2018.

Expone que Fundación Sur Argentina es una organización s*in fine*s de lucro, legalmente constituida ante la IGJ, dedicada a la promoción y defensa de

Thomson Reuters

los derechos humanos de la infancia, y que tiene por objetivo contribuir a la efectividad de los derechos de niños, niñas y jóvenes a través de todos aquellos mecanismos que permitan al conjunto de la sociedad civil conocer, acceder, dar seguimiento y fiscalizar políticas y acciones de las distintas instituciones del Estado, responsables por el cumplimiento de dichos derechos.

Sostiene que junto con otras ONGs interpuso una acción de amparo contra el Congreso de la Nación Argentina —Honorable Senado de la Nación y la Honorable Cámara de Diputados de la Nación— a fin de que se ordene integrar y poner en funcionamiento la Comisión Bicameral encargada de la evaluación de la designación del/de la Defensor/a de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes a efectos de sustanciar el concurso público de antecedentes y oposición, así como declarar el incumplimiento por parte del Congreso Nacional de su obligación de designar al/la citado/a Defensor/a conforme lo establece el capítulo III) de la ley 26.161 y ordenar una reparación colectiva en beneficio del universo de la infancia y la adolescencia acorde a la gravedad del incumplimiento en cuestión.

Afirma que el 9 de marzo de 2017 se admitió la citada acción de amparo exhortando al Congreso de la Nación al cumplimiento de la manda legal, en los términos que surgen de la sentencia allí dictada.

Asevera que constituida la Comisión Bicameral se aprobó el Reglamento de Procedimiento de Concurso Público de Antecedentes y Oposición para la designación del/de la Defensor/a de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, el cual consiste en cuatro etapas: evaluación de antecedentes, examen escrito, análisis del plan de trabajo y evaluación del desempeño de los/as postulantes en audiencia pública.

Explica que el Anexo IV del reglamento regula en detalle el mecanismo de evaluación, disponiendo el índice de ponderación asignado a cada etapa de la siguiente manera: 10% en la evaluación de antecedentes y el plan de trabajo; 40% en el examen escrito; 15% en la presentación y defensa del plan de trabajo y 25% en el desempeño sobre pregunta realizadas por legisladores. Apunta que como resultado de todo este proceso el examen escrito tiene una considerable influencia en la ponderación final de los méritos de los/as postulantes, a la vez que resulta eliminatorio.

Indica que, luego de la celebración de las distintas etapas, el 28 de septiembre de 2018 la Comisión Bicameral llevó a cabo la instancia de examen escrito, en la que participaron 53 postulantes y de acuerdo con el Anexo IV el examen se llevó a cabo de modo de garantizar el anonimato a través de un sistema de adhesivos con códigos alfanuméricos, dándose a conocer los nombres de las 15 personas que aprobaron el examen y fueron promovidas a la etapa siguiente.

Destaca que a pesar de la importante relevancia del examen escrito y su gravitación en la ponderación final, la Comisión Bicameral no garantizó la transparencia del proceso de selección, ya que no publicó las calificaciones obtenidas en cada ítem, y en el reglamento solo reguló el derecho a tomar vista de los exámenes corregidos y sus notas exclusivamente en relación a los "postulantes".

Funda su legitimación para efectuar el presente reclamo en que toda persona tiene derecho a solicitar y recibir información pública en los términos de la ley 27.275 sin que se le exija acreditar derecho subjetivo o interés legítimo, dado que se trata de información de carácter público que no pertenece al Estado sino que es del pueblo de la Nación Argentina. Asimismo, sostiene que el Poder Legislativo y los órganos que funcionan en su ámbito son sujetos obligados (art. 7 inciso b), por lo que resulta evidente la legitimación pasiva de los demandados.

En cuanto al plazo de interposición de la acción, aduce que la solicitud de información pública ingresó con fecha 12 de noviembre de 2018 y el plazo para entregar dicha información se cumplió el 4 de diciembre de 2018, por lo que de conformidad con el art. 14 de la Ley 27.275 la demanda iniciada el 11/03/2019 resulta temporánea.

Alega que el derecho de acceso a la información pública se encuentra reconocido en la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional y que debe tenerse en cuenta el principio de máxima divulgación, que establece la presunción de que toda información es accesible y el sistema de excepciones es restringido.

Refiere que la información solicitada en la presente causa es de carácter público, relativa a garantizar la transparencia del Concurso Público de Antecedentes y Oposición para la designación del/de la Defensor/a de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

Agrega que la ley 26.061 señala el carácter "público" del proceso de selección para dicha designación, por lo que resulta indudable que la información sobre la calificación asignada a cada ítem, refiere a actos públicos, y es de interés social, no correspondiendo aplicar ninguna de las restricciones contempladas en la ley 27.275 para el acceso a la información pública.

II. Requerido el informe del art. 8° de la Ley N° 16.986 (v. fs. 35), es brindado por la Honorable Cáma-

Thomson Reuters

ra de Diputados de la Nación a fs. 68/81 y por el Honorable Senado de la Nación a fs. 91/105.

La Honorable Cámara de Diputados de la Nación plantea que la presente acción debe declararse abstracta toda vez que en la causa N° 15.581/2015 "Fundación Sur Argentina y otros c. EN Honorable Cámara de Senadores de la Nación y otro s/ amparo ley 16.986", en trámite por ante el Juzgado N° 3 del fuero, se evacuó la misma solicitud y la información allí brindada fue consentida por Fundación Sur Argentina.

Indica que allí se exhortó al Congreso Nacional al cumplimiento de la obligación de designar al Defensor de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes y se dispuso el deber de informar el cumplimiento del procedimiento legal establecido en la Ley N° 26.061.

Dice que en el marco de esas actuaciones, la HCDN informa periódicamente los avances en la mentada designación. Agrega que el 11/12/2018 el amparista solicitó se informe las calificaciones obtenidas por cada uno/a de los/as candidatos/as en las distintas etapas del concurso desagregada por cada uno de los ítems, incluido el orden de mérito alcanzado luego de todas las instancias, así como el método seguido por la Comisión para determinar puntajes en las diferentes instancias, a lo que se le respondió el 01/03/2019 que las actuaciones de la Comisión Bicameral se encuentran publicadas en el sitio web de la Cámara de Diputados, en el cual, a su vez, se actualizan las novedades vinculadas al trámite. Agrega que también se acompañó a la respuesta, un informe producido por los legisladores de la Comisión, que adjunta al presente.

Señala que el Juzgado interviniente en la mentada causa dispuso que teniendo en cuenta que la acción de amparo se había admitido exhortando al Congreso de la Nación al cumplimiento de la obligación de designar al/la Defensor/a de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, debiendo informar sobre el cumplimiento del procedimiento legal establecido en la ley 26.061, no correspondía acceder a la intimación allí solicitada por la actora.

Luego de reseñar el trámite del concurso de antecedentes y oposición que está llevando a cabo la Comisión Bicameral creada al efecto e indicar que ha finalizado la etapa de evaluación y resta que sea tratado por el pleno de ambas Cámaras (Dictamen ingresado bajo el número D-2062/2019, del 25/04/2019), plantea que, a efectos de procurar una mayor economía procesal y evitar maniobras especulativas, corresponde remitir las presentes actuaciones al Juzgado N° 3, para que tramite junto con la causa N° 15.581/2015.

En cuanto al fondo de la cuestión, sostiene que el Reglamento del concurso prevé específicamente que los exámenes sean anónimos y que la confección del cuestionario del examen así como su reserva y la evaluación resulta competencia exclusiva e indelegable de los integrantes de la Comisión Bicameral.

Agrega que se garantizó la probidad y transparencia de las correcciones con la asistencia técnica de los Defensores Provinciales de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, quienes asesoraron a la Comisión Bicameral en cuanto a las preguntas del examen y sus respectivas respuestas —junto con el Instituto Interamericano del Niño de la Organización de Estados Americanos y la CONEAU— y brindaron asesoramiento técnico a las legisladoras para la evaluación de las preguntas abiertas.

Continua diciendo que el equipo técnico de la Comisión Bicameral, en grupos de dos personas, corrigió las preguntas cerradas, cuyas respuestas han sido previamente entregadas por los asesores técnicos anteriormente mencionados.

Concluye que, existen probadas circunstancias que impiden concluir que en el caso exista ilegalidad o arbitrariedad manifiestas que habiliten la acción intentada. Añade que pretender indagar en el proceso de evaluación implica introducirse en la zona de reserva creada por la propia Ley N° 26.061 para el Poder Legislativo, en particular, el ejercicio de competencias propias de una de las comisiones bicamerales que lo componen.

Refiere que en lo relativo a la publicidad del procedimiento evaluativo, se garantizó el acceso irrestricto a todos aquellos requirentes que manifestaron interés en su participación y control, se realizaron reuniones informativas, audiencias públicas y se creó una instancia pública de examinación denominada "audiencia pública" para la exposición y defensa de los planes de trabajo.

Puntualiza que, adicionalmente, se encuentra activo el sitio web oficial de la HCDN en el cual se publicó, de manera actualizada, toda la información pública relacionada al desarrollo del concurso en cada una de sus instancias. Remarca que allí se encuentran disponibles los exámenes y sus respuestas así como la metodología empleada en su elaboración y corrección, la cual se efectuó en el mismo recinto una vez finalizado el examen.

Señala que toda vez que los resultados del examen escrito del concurso tienen una eficacia temporal prolongada que permite la aún pendiente designación del/de la Defensor/a, habilitar su publicación podría afectar el normal procedimiento del concurso.

Thomson Reuters

Afirma que en pos del resguardo y protección de los datos personales de los participantes de conformidad con la Ley N° 25.326, la Comisión Bicameral debe proteger los datos personales obtenidos durante el desarrollo del concurso, tanto en su archivo, tratamiento y difusión, para asegurar el derecho al honor y a la intimidad de todos los concursantes. Destaca que el requerimiento de la amparista no expresa de forma detallada los objetivos, la finalidad y el destino para el que utilizarán la información así como tampoco la forma o mecanismo de depósito y guarda.

III. Por su parte, el Honorable Senado de la Nación expresa que el pasado 25/04/2019 la Comisión Bicameral se reunió a los fines de tratar las consideraciones finales respecto del concurso público de oposición y antecedentes y propuesta de designación del/de la Defensor/a de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, habiendo emitido un Dictamen en el que se designó como Defensora Titular a la Dra. Marisa Adriana Graham y como Defensores Adjuntos a Juan Facundo Hernández y Marcelo Fabián Repetto, y el cual ingresó por la Mesa de Entradas de la Honorable Cámara de Diputados para su consideración en pleno de dicho cuerpo, que luego deberá remitirlo al Honorable Senado para que este haga lo propio.

En ese marco, entiende que cualquier decisión judicial que recaiga sobre el procedimiento de selección de los candidatos a ocupar el cargo en cuestión, no solo escapa a la órbita de competencia del Poder Judicial sino que deviene abstracta y por ende carente de utilidad.

Por otro lado, considera que la aquí amparista pretende reeditar cuestiones que ya fueron resueltas y consentidas en la causa "Fundación Sur Argentina y otros c. EN Honorable Cámara de Senadores de la Nación y otro s/ amparo ley 16.986", en trámite por ante el Juzgado N° 3 del fuero, en el cual la Comisión Bicameral dio a conocer el cronograma del concurso, el mecanismo de evaluación, los términos de la convocatoria, el listado de postulantes, las adhesiones e impugnaciones, el plan de trabajo que propuso cada candidato y toda otra información que no tuviese carácter de reservada conforme el Reglamento de la propia Comisión.

También denuncia la extemporaneidad de la acción intentada, por cuanto de conformidad con lo establecido por el art. 14 de la Ley N° 27.275, el plazo para interponerla vencía el 06/03/2019 y conforme surge del escrito de inicio fue presentado el 11/03/2019.

En cuanto al fondo de la cuestión, manifiesta que no advierte el agravio o daño concreto que funda la presente acción de amparo, cuando de los propios dichos de la demanda surge que Fundación Sur pudo acceder a toda la información pública disponible en su formato online, reduciéndose su queja a que no pudo acceder a los exámenes escritos, a las notas obtenidas y a los planes de trabajo presentados.

Sostiene que, tal como surge del Reglamento, esa información en particular no es pública toda vez que incluye datos personales y que hacen a la intimidad de los postulantes.

Considera que invocando una supuesta falta de transparencia, lo que pretende la actora es inmiscuirse y eventualmente cuestionar la reglamentación del método de designación del/de la Defensor/a de Niñas, Niños y Adolescentes, dictada en febrero de 2018, y que —en todo caso— debió impugnar en tiempo y forma.

Señala que tampoco la actora alega cual es el daño lesión o afectación clara, indiscutible y concreta que sufren los ciudadanos en su derecho de acceso a la información pública por el simple hecho de desconocer el contenido de cada examen en particular.

Alega la falta de legitimación de Fundación Sur al no ser titular de relación jurídica alguna que la habilite a accionar válidamente contra su mandante, no resultando suficiente la mera invocación del derecho genérico a obtener acceso a la información pública para tener automáticamente por configurada la legitimación para actuar. En ese sentido, apunta que la actora no está en condiciones de impugnar el resultado de ningún examen, ni de pedir su revisión, ni de cuestionar el criterio de corrección, ni de objetar los planes de trabajo propuestos, siendo los postulantes que se presentaron a la convocatoria los únicos que titularizaron una relación jurídica para hacer algún tipo de planteo al respecto.

Considera que la presente es una cuestión política no susceptible de revisión judicial, ya que el temperamento político-normativo que pueda adoptar —o no— la Comisión escapa al control jurisdiccional. Dice que la actora, en caso de considerar que la forma en que se llevó a cabo la selección no respeta la normativa de transparencia, debió impugnar el Reglamento que rige la actividad de la Comisión.

Señala que la Ley N° 27.275 debe ser interpretada junto con la Ley N° 25.326 cuya finalidad es la protección integral de los datos personales asentados en archivos, registros, bancos de datos u otros medios técnicos de tratamiento de datos, para garantizar el derecho al honor y a la intimidad de las personas. Por ello, concluye que la información personal y privada suministrada por los postulantes al presentarse en el concurso público, así como el examen escrito que rindieron y demás documentación cuya publicidad la

Thomson Reuters

Comisión se reservó, no puede ser considerada "información pública" en los términos invocados.

IV. Corrido el pertinente traslado a fs. 110, la parte actora lo contesta a fs. 111/120 solicitando el rechazo de los planteos formulados por las demandadas.

Remitidas las actuaciones al Juzgado N° 8 del fuero en los términos del auto de fs. 141, la Sra. Jueza titular de dicho Tribunal resolvió a fs. 142 rechazar la acumulación pretendida por el Honorable Senado de la Nación con la causa "Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia c. EN Honorable Cámara de Senadores de la Nación y otro s/ Amparo Ley 16.986" (expte. N° 89.556/2018).

Cumplimentada la vista al Ministerio Público, quien propició la admisión de la presente acción considerando que los demandados deben entregar la información peticionada por la accionante (ver dictamen de fs. 122/139), y recibida la causa "Fundación Sur Argentina y otros c. EN Honorable Cámara de Senadores de la Nación y otro s/ amparo ley 16.986" (expte. N° 15.581/2015) del Juzgado N° 3 del fuero —reservada en Secretaria— se llamaron a fs. 148 los autos para dictar Sentencia.

V. En primer término, cabe advertir que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha admitido en numerosos casos la procedencia de la acción de amparo para supuestos de acceso a la información pública (conf. CSJN, "Asociación Derechos Civiles c. EN - PAMI (Dto. 1172/2003) s/ amparo ley 16.986", del 04/12/12 (Fallos: 335:2393); "Giustiniani, Rubén H. c. YPF, SA s/ amparo por mora", del 10/11/2015, entre muchos otros).

En igual sentido se han pronunciado las distintas Salas del Fuero (conf. Sala IV, *in re:* "Asociación Derechos Civiles c. EN - JGM - Dto. 1172/03 s/ amparo ley 16.986", del 10/05/2011; Sala III, in rebus: "Stolbizer Margarita c. EN M° Justicia y DD.HH. s/ amparo ley 16.986", del 20/02/2015, y "Martínez, Silvina A. c. EN - M° Justicia - DDHH s/ amparo ley 16.986", del 18/11/2015, entre otros).

Además, debe destacarse que el art. 14 *in fine* de la Ley N° 27.275 (BO 29/09/2019) establece que el reclamo promovido en materia de acceso a la información pública, mediante acción judicial, tramitará por la vía del amparo.

Sentado lo expuesto, y siendo que la cuestión a dilucidar consiste en determinar si las demandadas han brindado la información que fuera requerida por la accionante, o en su caso, fundado la negativa en una excusa legal, no se advierten óbices formales a la procedencia de la acción.

VI. Ello aclarado, cabe tener presente que la ley 27.275, ha sido dictada con el objeto de garantizar el efectivo ejercicio del derecho de acceso a la información pública, promover la participación ciudadana y la transparencia de la gestión pública, y se funda en los siguientes principios: Presunción de publicidad; Transparencia y máxima divulgación; Informalismo; Máximo acceso; Apertura; Disociación; No discriminación; Máxima premura; Gratuidad; Control; Responsabilidad; Alcance limitado de las excepciones; In dubio pro petitor; Facilitación y Buena fe (art. 1°).

En el art. 4 se precisa que "Toda persona humana o jurídica, pública o privada, tiene derecho a solicitar y recibir información pública, no pudiendo exigirse al solicitante que motive la solicitud, que acredite derecho subjetivo o interés legítimo o que cuente con patrocinio letrado".

A la luz de tales principios, la normativa establece que, los sujetos obligados (art. 7) deben brindar la información solicitada en forma completa. Sin embargo, el sujeto requerido solo podrá negarse a brindar la información objeto de la solicitud, por acto fundado, si se verificara que la misma no existe y que no está obligado legalmente a producirla o que está incluida dentro de alguna de las excepciones previstas en el artículo 8° de dicha norma.

VII. En ese marco, cabe destacar que Fundación Sur Argentina solicitó a la Comisión Bicameral permanente del/de la Defensor/a de Niñas, Niños y Adolescentes, a través de la nota del 12/11/2018 (v. fs. 17/18), la siguiente información:

1.- Nota asignada al ítem antecedentes (conforme lo establecido en el anexo IV del reglamento de procedimiento para la designación del/de la defensor/a de los derechos de niñas, niños y adolescentes, mecanismos de evaluación, capítulo I, art. 1), de cada uno de los 15 candidatos preseleccionados por la Comisión Bicameral;

2.- Información referida a la nota establecida en cada uno de los rubros que integran la nota final referida al ítem antecedentes, como ser discriminación del valor asignado a publicaciones, gestión estatal, gestión privada, trabajo en territorio, acciones judiciales presentadas, trayectoria académica, etc.;

3.- Nota asignada al ítem examen escrito (conforme lo establecido en el anexo IV del reglamento de procedimiento para la designación del/de la defensor/a de los derechos de niñas, niños y adolescentes, mecanismos de evaluación, capítulo I, art. 1), de cada uno de los 15 candidatos preseleccionados por la Comisión Bicameral;

Thomson Reuters

4.- Nota asignada al ítem presentación del plan de trabajo (conforme lo establecido en el anexo IV del reglamento de procedimiento para la designación del/de la defensor/a de los derechos de niñas, niños y adolescentes, mecanismos de evaluación, capítulo I, art. 1), de cada uno de los 15 candidatos preseleccionados por la Comisión Bicameral;

5.- Información referida a la nota establecida en cada uno de los rubros que integran la nota final referida al ítem plan de trabajo; como ser discriminación del valor asignado a proyecto presupuestario, gestión administrativa, diseños de los mecanismos de auditoría y control, proyecto de descentralización, etc;

6.- Nota asignada al ítem audiencia pública (conforme lo establecido en el anexo IV del reglamento de procedimiento para la designación del/de la defensor/a de los derechos de niñas, niños y adolescentes, mecanismos de evaluación, capítulo I, art. 1), de cada uno de los 15 candidatos preseleccionados por la Comisión Bicameral.

Ante la falta de respuesta (la cual debió ser satisfecha como máximo el 04/12/2018, conf. art. 11 de la ley 27.275), con fecha 11/03/2009 (dos primeras horas) la actora inició la presente acción dentro de los plazos estipulados por el art. 14, último párrafo de la citada ley 27.275 (40 días hábiles desde que se deniega la petición o desde que vence el plazo para responderla, teniendo en cuenta que el 24/12/2018, 25/12/2018, 31/12/2018, 04/03/2019 y 05/03/2019 fueron inhábiles).

A fs. 68/81 la HCND sostuvo, entre otras cuestiones, que en el marco de las actuaciones N° 15581/2015, en trámite por ante el Juzgado N° 3 del fuero, viene informando periódicamente los avances en la designación del/ de la Defensor/a de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes y ante el pedido de Fundación Sur le hizo saber que las actuaciones de la Comisión Bicameral se encuentran publicadas en el sitio WEB de la HCDN, en el cual se actualizan las novedades, con el cronograma del concurso, el mecanismo de evaluación, la convocatoria, el listado de postulantes, adhesiones e impugnaciones y los planes de trabajo presentados por los postulantes. Asimismo, indicó que están disponibles los resultados del examen escrito con sus respectivos puntajes, los postulantes aprobados, como así también las respuestas correctas de cada uno de los temas de examen. Por otro lado, adjunta a las presentes actuaciones el informe producido por los legisladores que integran la Comisión Bicameral (conf. fs. 56/57).

Por su parte, la HCSN a fs. 91/105 también planteó que la Comisión Bicameral brindó información sobre el progreso del concurso en la causa que tramita por ante el Juzgado N° 3, y que se encuentra a su vez publicada en la página web de dicha comisión.

Además, ambas demandadas plantean que la información personal y privada suministrada por los postulantes al presentarse al concurso público, así como el examen escrito que rindieron y demás documentación cuya publicidad la Comisión se reservó, no puede ser considerada información pública en los términos que entiende el amparista toda vez que incluyen datos personales y que hacen a la intimidad de los postulantes.

VIII. Así las cosas, en primer término, cabe precisar que según consta en el Expte. N° 15.581/2015 —que se tiene a la vista—, ante la solicitud de las allí accionantes (entre las que se encuentra Fundación Sur) de intimar a las demandadas a informar las calificaciones por cada uno de los candidatos en las distintas etapas del concurso de antecedentes y oposición, desagregada por cada uno de los ítems considerados en ellas para definir la nota final, incluido el orden de mérito alcanzado luego de todas las instancias del proceso y detallando el método seguido por la Comisión para determinar los puntajes en las distintas instancias, el Magistrado consideró que lo peticionado excedía el objeto de la litis (v. fs. 364 del mentado amparo, que puede visualizarse mediante sistema de consultas web http://scw.pjn.gov.ar/scw/expediente.seam?cid=3235327).

Ello así, no puede interpretarse que dicho Tribunal se haya expedido sobre el pedido de acceso a información pública en los términos de la Ley N° 27.275 que se pretende en estos autos, sino que se determinó que no correspondía acceder a la intimación pretendida por cuanto las demandadas venían dando cumplimiento con la sentencia definitiva allí dictada en cuanto a informar sobre procedimiento legal pertinente para la designación del/de la Denfensor/a.

A ello se agrega lo señalado por el Sr. Fiscal Federal en el considerando III) del dictamen de fs. 122/139 en cuanto a que "...se trata de dos peticiones diferentes con dos objetos procesales diversos, ya que en autos lo que se discute es el pedido de información realizado sobre las calificaciones obtenidas por los y las postulantes, y la omisión de contestación de las demandadas al mencionado requerimiento. En cambio, en la otra causa (...) lo que se requiere es que el Congreso cumpla con su obligación de designar al defensor, y con su obligación de informar sobre el procedimiento realizado para llegar a la designación".

IX. En cuanto a la cuestión de fondo, cabe destacar que el Reglamento de Procedimiento de Concurso Público de Antecedentes y Oposición para designar al Defensor de los Derechos de Niñas, Niños y Adoles-

Thomson Reuters

centes establece en el Capítulo III los mecanismos de evaluación.

Así, el art. 10 dispone que "El proceso de evaluación de los/las postulantes se realiza a través de: 1) evaluación de antecedentes; 2) examen escrito; 3) análisis del plan de trabajo, y; 4) evaluación del desempeño de los/las postulantes en audiencia pública".

A su vez, en relación a dichas etapas, el Anexo IV. Mecanismos de Evaluación, establece en el art. 1 que "Los puntajes otorgados serán multiplicados por el índice de ponderación asignado a cada etapa. La suma de los índices de ponderación será de 100%. La calificación final del postulante surgirá de la suma del total de los puntos resultantes en cada etapa ponderada, determinándose así el orden de mérito a considerar".

En cuanto a la evaluación de antecedentes, el art. 2 dispone que los antecedentes serán calificados en una escala de 0 a 100, representando el 10% de la ponderación final, con arreglo a las siguientes pautas: a) hasta 50 puntos por la trayectoria en la defensa y promoción de los derechos de niñas, niños y adolescentes y b) hasta 50 puntos por experiencia laboral que guarde estricta relación con los requisitos de la función a cubrir.

Respecto al examen escrito prevé que se realizará a través de un sistema que resguarde el anonimato del concursante y será calificado en una escala de 0 a 100 puntos, representando el 40% de la ponderación final (art. 3). Asimismo, el art. 5 apunta que "El examen escrito es de carácter eliminatorio y se exigirá para su aprobación de la obtención de un puntaje mínimo de sesenta (60) puntos, y la respuesta de las dos (2) consignas a desarrollar. Los postulantes que alcanzan dicho puntaje, o no respondan las dos (2) preguntas a desarrollar, no puede acceder a la siguiente instancia y quedan excluidos del concurso".

El art. 8 establece que "A los fines de garantizar el anonimato del examen, la Comisión pondrá a disposición de los postulantes un adhesivo duplicado con un código alfa numérico, que estos tomarán al azar antes de ingresar al examen (...) La Comisión confeccionará una lista donde figuren los códigos de cada examen con sus respectivas notas, que deberá ser suscripta por los miembros de la Comisión".

A su vez, en el art. 9 se precisa que "La Comisión Bicameral tendrá un plazo máximo de tres (3) días hábiles para corregir los exámenes. Una vez finalizada la corrección se suprimirá el anonimato y se publicará, en la página web de la Comisión, el listado de los postulantes aprobados dentro de los cinco (5) días hábiles de su realización. La Comisión Bicameral pondrá a disposición de los postulantes los exámenes y las notas para tomar vista del mismo en un plazo máximo de dos (2) días hábiles desde su publicación".

En relación a la evaluación del plan de trabajo, el art. 10 del Anexo en cuestión dice que "Los postulantes que aprueben el examen escrito deben presentar el Plan de Trabajo (...) La falta de presentación del Plan de Trabajo en el plazo establecido, dará lugar a la exclusión del postulante del concurso". Asimismo, el plan de trabajo debe ser enviado por correo electrónico y será publicado en la página web de la Comisión (art. 11), debiendo ser evaluado en una escala de 0 a 100 puntos, representado el 10% de la ponderación final de acuerdo a las siguientes pautas: a) Descripción diagnóstica de la situación de la niñez y adolescencia en la Argentina hasta 20 puntos; b) Propuesta de estructura orgánica que debe establecerse para el funcionamiento de la Defensoría hasta 30 puntos y c) Definición de los roles y funciones del/de la Denfensor/a en relación a los puntos establecidos en el punto 3 del Anexo III hasta 50 puntos (art. 12).

A continuación, el art. 13 prevé que los postulantes que hubiesen cumplido con la presentación del plan de trabajo en tiempo y forma serán convocados a exponer y defender el mismo en audiencia pública y el art. 14 que el desempeño será evaluado por la Comisión de acuerdo a las siguientes pautas: a) Presentación y defensa del plan de trabajo, se evalúa en una escala de 0 a 100, representando el 15% de la ponderación final y b) Desempeño sobre preguntas realizadas por legisladores se evalúa en una escala de 0 a 100 puntos, representando el 25% de la ponderación final.

Finalmente, el art. 15 establece que "La Comisión Bicameral determinará la ponderación final de los postulantes, y elaborará un orden de mérito que estará a disposición de los postulantes y de quienes soliciten acceso por escrito en la secretaría administrativa de la Comisión".

X. En virtud de la reseña efectuada, y normativa transcripta precedentemente cabe señalar en primer lugar que, en el caso de autos, la información solicitada no resulta subsumible en ninguna de las excepciones establecidas por el art. 8 de la Ley N° 27.275 para eximir a los sujetos obligados de proveer la información.

Por otro lado, no surge del Reglamento de Procedimiento de Concurso Público de Antecedentes y Oposición para designar al/la Defensor/a de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes que los puntos asignados a cada una de las etapas de evaluación, así como a cada uno de los ítems previstos dentro de cada una de ellas, tengan carácter de confidenciales o reservados.

Thomson Reuters

Es dable precisar que si bien las demandadas fundan su negativa en aportar la información solicitada en lo establecido por el art. 12 del Capítulo III del Reglamento en cuanto dispone que "La confección del cuestionario del examen así como la reserva en el manejo del mismo y la evaluación es competencia exclusiva e indelegable de los integrantes de la Comisión Bicameral", lo cierto es que de dicha disposición no se desprende que los puntajes de las distintas etapas de evaluación tengan el carácter de reservados, sino que se encuentra expresamente enfocada en el examen escrito (nótese que el título del artículo es Examen Escrito Anónimo) y hace referencia a la reserva del cuestionario escrito hasta el día del examen, destacando la competencia exclusiva de la Comisión para la confección de aquel y el manejo de dicha reserva. Repárese que el art. 6 del Anexo IV prevé que en la fecha fijada para el examen "La comisión presentará dos (2) versiones de exámenes en sendos sobres cerrados de modo tal que se garantice su inviolabilidad, de similares características, no identificables, que estarán reservados en el mismo hasta el día del examen".

Asimismo, en cuanto al argumento relativo a que el Reglamento prevé el anonimato de los exámenes escritos, cabe citar lo expresado por el Sr. Fiscal Federal a fs. 139 en cuanto a que "... el carácter anónimo que la Reglamentación le asigna a los exámenes lo es para resguardar la imparcialidad con la que deben ser corregidos por el jurado, pero no para fundar la negativa en el acceso a quien los solicite con posterioridad, una vez ya calificados los postulantes".

XI. En otro orden, tampoco cabe asignar a las notas obtenidas por cada uno de los postulantes preseleccionados en el concurso de carácter público la calificación de "datos sensibles" a los que alude la Ley 25.326 de Protección de los Datos Personales.

En efecto, dicha norma define como "datos sensibles" a aquellos datos personales que revelan origen racial y étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical e información referente a la salud o a la vida sexual (art. 2).

En un sentido concordante, el más Alto Tribunal, en una causa en la cual se requería la publicidad de una lista de beneficiarios de planes sociales, señaló que, una adecuada hermenéutica de las disposiciones legales y reglamentarias en juego, conduce a afirmar sin hesitación que, en tanto el listado cuya divulgación se persigue no se refiera al origen racial y étnico de los involucrados, sus opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, su afiliación sindical o se trata de información referente a la salud o a la vida sexual, no se conculca el derecho a su intimidad ni se afecta su honor (*in re:* "CIPPEC c. EN M° Desarrollo Social dto. 1172/03 s/ amparo ley 16.986", causa N° 19.373/08, sentencia del 26/03/2014).

En el mismo precedente la Corte Suprema apuntó que una interpretación que permita la coexistencia armónica de las disposiciones del ordenamiento nacional en materia de datos personales y de acceso a la información, conduce a sostener que las disposiciones del artículo 11 de la ley 25.326, en cuanto subordinan la cesión de datos personales a la existencia de un interés legítimo, no alcanzan a aquellos supuestos relativos a información personal que forma parte de la gestión pública.

Por ello, la restricción contemplada en el precepto debe entenderse como un límite a la circulación de datos personales entre personas públicas o privadas que se dedican a su tratamiento, mas no parece posible extender sin más sus previsiones a supuestos de interés público, pues ello significaría desconocer, o cuanto menos obstaculizar, el pleno goce de un derecho humano reconocido tanto en nuestra Constitución Nacional como en los Tratados Internacionales que la República Argentina ha suscripto.

Bajo dichos lineamientos, resulta claro, entonces, que la solicitud efectuada por la actora en estas actuaciones se relaciona con información vinculada a cuestiones públicas —designación del/de la Defensor/a de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes mediante concurso público de antecedentes y oposición— y que el acceso a los puntos asignados por la Comisión Bicameral a cada uno/a de los precandidatos/ as para ocupar el cargo posee un claro interés público en la medida que, para realizar un exhaustivo control social sobre la adecuación a las pautas establecidas en el Reglamento de Procedimiento para asignar los puntajes a cada una de las etapas de evaluación, resulta necesario acceder a los mismos.

A lo que cabe añadir que, atendiendo a la naturaleza de la información que se requiere, no se busca indagar indiscretamente en la esfera privada que define el art. 19 de la CN sobre la situación particular de las personas físicas que se postularon para el concurso en cuestión, sino antes bien persigue un interés público de singular trascendencia, como es el de obtener la información necesaria para poder controlar la transparencia del concurso público para la designación del/de la Defensor/a de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, y su adecuación a los criterios establecidos en la normativa aplicable.

A todo lo expuesto se suma que en materia de acceso a la información pública existe un importante consenso normativo y jurisprudencial en cuanto a que la legitimación para presentar solicitudes de acceso debe ser entendida en un sentido amplio, sin

Thomson Reuters

necesidad de exigir un interés calificado del requirente. En efecto, se trata de información de carácter público, que no pertenece al Estado sino que es del pueblo de la Nación Argentina y, en consecuencia, la sola condición de integrante de la comunidad resulta suficiente para justificar la solicitud. De poco serviría el establecimiento de políticas de transparencia y garantías en materia de información pública si luego se dificulta el acceso a ella mediante la implementación de trabas de índole meramente formal (conf. CNCAF, Sala II *in re* "Fundación Poder Ciudadano y otros c. EN Honorable Cámara de Diputados de la Nación s/ amparo ley 16.986", Expte. N° 2445/2015, sentencia del 29/09/2015).

Ello es así ya que el acceso a la información tiene como propósito coadyuvar a que los integrantes de la sociedad ejerzan eficazmente el derecho a saber, por lo que el otorgamiento de la información no puede depender de la acreditación de un interés legítimo en esta ni de la exposición de los motivos por los que se la requiere (conf. precedente citado en el párrafo anterior).

En suma, los motivos expuestos por las demandadas para desestimar la solicitud que se le formulara no encuentran sustento normativo alguno sino que aparecen como meras excusas para obstruir el acceso a la información, no pudiendo admitirse la negativa fundada en la necesidad de resguardar la privacidad de los precandidatos ya que esta mera referencia, cuando no se vincula con datos personales sensibles cuya divulgación está vedada, desatiende el interés público que constituye el aspecto fundamental de la solicitud de información efectuada que, vale reiterar, no parece dirigida a satisfacer la curiosidad respecto de la vida privada de quienes los reciben sino, a controlar eficazmente el modo en que los funcionarios competentes desarrollan un concurso público.

XII. Por último, en relación a lo sostenido por las accionadas en cuanto a que la información pertinente esta a disposición del público en general a través de la página web de la Comisión https://hcdn.gob.ar, debe señalarse que, de su consulta, puede advertirse que se encuentran publicados los puntajes de los exámenes escritos en relación a todos los postulantes presentados, según el código alfanumérico que se les asignó por azar a cada uno de ellos al momento de efectuar el examen, con el anonimato previsto para dicha etapa. Por otro lado, puede visualizarse un listado con nombre y apellido de los 14 postulantes que aprobaron el examen escrito, pero sin el detalle del puntaje obtenido por cada uno de ellos en cada una de las etapas de evaluación.

Finalmente, de la página web citada surge el Orden de Mérito Final de los 14 precandidatos para el cargo, con el puntaje final asignado a cada uno de ellos, pero sin el detalle de los puntos que obtuvieron en cada una de las etapas de evaluación según lo establece el Reglamento pertinente.

En consecuencia, bajo las pautas que surgen de los precedentes citados, no existiendo argumentos sustanciales que justifiquen un eventual supuesto de reserva o secreto que excluya el goce del derecho reivindicado en autos y teniendo en cuenta que la información que surge de la página web consultada resulta incompleta, corresponde hacer lugar a acción intentada.

Por todo lo expuesto, oído el Sr. Fiscal Federal, quien opina que correspondería acceder a la entrega de la información peticionada por la accionante (v. dictamen de fs. 122/139), fallo: 1) Haciendo lugar a la acción de amparo interpuesta por Fundación Sur Argentina, en consecuencia deberán la Honorable Cámara de Diputados de la Nación y el Honorable Senado de la Nación, en el término de 10 días, aportar la información requerida en la demanda. 2) Imponer las costas a las demandadas, quienes resultan sustancialmente vencidas (art. 68 primera parte del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación) Teniendo en cuenta la época de los trabajos profesionales (conf. CSJN, "Establecimiento Las Marías SACIFA" del 04/09/2018), la naturaleza del asunto, lo preceptuado por el art. 48 de la ley 27.423, en cuanto fija un honorario mínimo en los procesos de amparo; atento el motivo, extensión, calidad jurídica y resultado de la labor desarrollada, es preciso remitirse a lo dispuesto en los incs. b) a g) del art. 16° de la referida Ley de Arancel. En tales condiciones, atendiendo a la etapa del pleito cumplida, corresponde regular en la suma de pesos ... ($ ...) —equivalente a ... UMA (Ac 20/2019, $ ...)—, los honorarios de la Dra. Analía Patricia Aedo por la dirección letrada de la parte actora (arts. 16, 20, 29, 48 y ccdtes. y citados de la ley 27.423 y Dto. 1077/2017). El importe del Impuesto al Valor Agregado integra las costas del juicio y deberá adicionarse a los honorarios, cuando el profesional acreedor revista la calidad de responsable inscripto en dicho tributo (conf. Sala II *in re:* "Beccar Varela, Emilio y otro c. Colegio Públ. de Abog." del 16 de julio de 1996). Para el caso de que el profesional no haya denunciado la calidad que inviste frente al IVA, el plazo para el pago del tributo sobre el honorario regulado, correrá a partir de la fecha en que lo haga. Regístrese —con copia del dictamen fiscal—, y notifíquese a las partes. Devuélvase las causa requerida ad effectum videndi al Juzgado N° 3 del fuero y, oportunamente, archívese. — *Macarena Marra Giménez.*

Thomson Reuters

La delgada línea entre lo público y lo privado en el marco del proceso de selección del defensor de derechos del niño, niña y adolescente

Soledad M. Demyda (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Antecedentes normativos.— III. La nueva acción de amparo.— IV. A modo de reflexión.

I. Introducción

En el presente artículo, la idea es poder realizar el análisis y crítica del fallo dictado por el Juzgado Contencioso Administrativo Federal nro. 9 en el marco de la acción de amparo promovida por Fundación Sur Argentina contra el Honorable Congreso de la Nación **(1)** por su accionar durante la tramitación del concurso público de oposición y antecedentes convocado y desarrollado por la Comisión Bicameral en el mes de octubre de 2017, con la finalidad de proceder a la selección y designación del Defensor/a de los Derechos del Niño, Niña y Adolescentes, figura creada por ley 26.061 en el año 2005, abordando el tema no solo desde la cuestión del procedimiento en sí mismo, sino desde el análisis de los derechos en pugna en estos tipos de proceso y el impacto en la sociedad, si tenemos en cuenta que lo que se está definiendo es la designación de una persona que va a representar nada menos que los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes (en adelante, NNyA) como grupo especialmente vulnerable.

No puedo dejar de señalar, como aporte para una mejor comprensión, que previamente el colectivo de organizaciones vinculadas a la defensa de los derechos del NNyA debió interponer una acción similar con el objetivo de lograr que se dé cumplimiento a la norma y se proceda a la creación de la Comisión Bicameral que convoque y sustancie el concurso público de oposición y antecedentes necesario para la designación del Defensor de Derechos del NNyA. La inacción del Honorable Congreso de la Nación en este tema, así como la falta de interés y decisión política, no solo para la tramitación del concurso en sí mismo, sino también para el cumplimiento de los estándares mínimos y necesarios que garanticen la imparcialidad y transparencia del proceso de selección y la designación de la persona más adecuada para el ejercicio del cargo, de conformidad con lo normado por la ley 26.061 y la ley 27.275 sobre acceso a la información pública, especialmente teniendo en cuenta que la finalidad de la figura es, fundamentalmente, la protección de los derechos de un sector social especialmente vulnerables, tal como es el colectivo de NNyA, quedó en evidencia a lo largo de ambos procesos jurisdiccionales.

(*) Abogada. Auxiliar letrada del Juzgado de Familia nro. 3 de Quilmes. Docente adjunta (i) de la materia Elementos de Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho de la UBA y docente asociada de la materia Derecho Procesal Civil y Comercial de la UCA. Integrante de la Red Mujeres para la Justicia, Asociación Civil.

(1) Fallo "Fundación Sur Argentina c. EN-Honorable Cámara de Senadores de la Nación y otro s/ amparo ley 16.986".

Thomson Reuters

Asimismo, debo destacar, como comentario previo, que el presente análisis no tiene por finalidad emitir una opinión personal o profesional sobre la nómina de los candidatos que han llegado a la etapa final del proceso o sobre la defensora titular y sus adjuntos actualmente designados, sino la realización de un crítica objetiva sobre el proceso en sí mismo y el derecho de la sociedad, en general, y de los NNyA, en particular, a acceder libremente a la información pública y el derecho a la información como modo de ejercer el contralor propio de un Estado de derecho.

II. Antecedentes normativos

La reforma constitucional de 1994 otorgó jerarquía constitucional a la Convención de Derechos del Niño (en adelante, CDN), entre otros instrumentos de derechos humanos, y estableció el punto de partida a partir del cual el Estado argentino comenzó el lento proceso de adecuación de la normativa interna a los nuevos parámetros y estándares internacionales, ello sumado a la demanda de la sociedad civil, en general, y de las organizaciones no gubernamentales comprometidas con la defensa de los derechos de los grupos vulnerables, en particular, que impulsaron un cambio en el paradigma de las políticas públicas nacionales y locales en materia de derechos humanos, que trajo como resultado, entre otras cosas, la sanción de la ley nacional 26.061 **(2)** de Protección Integral de los Derechos del Niño, Niña y Adolescente, cuyo objetivo principal es establecer el marco normativo nacional para "... la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte (...). Los derechos aquí reconocidos están asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el principio del interés superior del niño..." **(3)**.

De esta forma, la ley 26.061 intenta poner fin al vacío jurídico de más de diez **(4)** años al regular el piso mínimo normativo en materia de niñez y adolescencia aplicable en el Estado argentino, partiendo del reconocimiento de un *corpus iuris internacional* especializado en la materia y de aplicación obligatoria a todo el territorio argentino **(5)** —ello sin perjuicio de las legislaciones locales— y al instaurar y reglamentar el Sistema Integral de Promoción y Protección de los Derechos del NNyA federal, conformado por los distintos organismos nacionales, provinciales y municipales que trabajan de manera articulada y bajo la idea de una corresponsabilidad en la implementación de políticas y programas públicos **(6)**.

(2) La ley 26.061 sobre Protección Integral de los Derechos del NNyA fue sancionada el 28/09/2005, promulgada de hecho el 21/10/2005 y publicada en el BO el 26/10/2005.

(3) Ley 26.061, art. 1º.

(4) El vacío jurídico resulta de diez años si tomamos como fecha de partida la reforma constitucional del año 1994. No obstante, no puede perderse de vista que la Convención de Derechos del Niño fue aprobada por el Estado argentino mediante ley 23.849 del 27/09/1990, dando un plazo de quince años desde que la Argentina se encontraba en deuda con el colectivo integrado por los NNyA y casi treinta desde su aprobación y hasta la puesta en funcionamiento de la Defensoría de los Derechos del NNyA nacional.

(5) El concepto de corpus iuris en materia de niñez se refiere al conjunto de normas fundamentales que se encuentran vinculadas con el fin de garantizar los derechos humanos de los niños, las niñas y adolescentes. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el Comité de los Derechos del Niño han señalado reiteradamente que está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos distintos (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones), así como por las decisiones adoptadas por los órganos de derechos humanos internacionales que nacen de los diversos instrumentos constitutivos.

(6) Ley 26.061, art. 32: "... Sistema de Protección Integral de Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes está conformado por todos aquellos organismos, entidades y servicios que diseñan, planifican, coordinan, orientan, ejecutan y supervisan las políticas públicas, de gestión estatal o privadas, en el ámbito nacional, provincial y municipal, destinados a la promoción, prevención, asistencia, protección, resguardo y restablecimiento de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, y establece los medios a través de los cuales se asegura el efectivo goce de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, demás tratados de derechos humanos ratificados por el Estado argentino y el ordenamiento jurídico nacional. La política de protección integral de derechos de las niñas, niños y adolescentes debe ser implementada mediante una concertación articulada de acciones de la

Thomson Reuters

Surge un nuevo paradigma, signado por el reconocimiento de derechos existentes, su ampliación paulatina de acuerdo con la evolución cultural, lógica y cronológica de la sociedad argentina y por la creación de mecanismos e instituciones que permiten a los NNyA de manera directa e indirecta a acceder de manera eficaz, autónoma e independiente al pleno goce y ejercicio de sus derechos y garantías reconocidos por las normas locales e internacionales, tales como, por ejemplo, el derecho a ser oído en todo proceso judicial en que sus derechos e intereses se encuentren en juego atendiendo a su capacidad progresiva, el derecho de adoptar decisiones sobre su propio cuerpo en el caso de adolescentes o, también, mediante la creación de figuras tales como la del Defensor de Derechos del NNyA.

La creación —a nivel nacional— de esta nueva figura denominada Defensor de los Derechos del NNyA **(7)** como un organismo independiente e imparcial dentro de la órbita del Poder Ejecutivo Nacional, cuya misión principal es velar por la protección y promoción de los derechos del NNyA no solo ante las autoridades públicas sino también ante los particulares y asegurando la plena vigencia de sus derechos mediante la supervisión y auditoria del Sistema de Promoción y Protección de Derechos creados por la ley 26.061, constituye un avance de vital importancia que se vio dilatado por más de catorce años ante la falta de una decisión política e institucional de convocar al concurso público correspondiente para la selección del titular y sus adjuntos.

La ley 26.061 establece en su articulado que el Defensor de los Derechos del NNyA será propuesto, designado y removido por el Congreso Nacional, ámbito donde se creará una comisión bicameral integrada por diez miembros —cinco de cada Cámara que respete la proporción en la representación política—, que tendrá a su cargo la sustanciación del concurso público de antecedentes y oposición. Agrega la ley que el Defensor deberá ser designado dentro de los noventa (90) días de sancionada la ley y asumirá sus funciones ante el Honorable Senado de la Nación, prestando juramento de desempeñar fielmente su cargo **(8)**.

La sustanciación del concurso sufrió un *stand by* desde el año 2005 y hasta el mes de octubre de 2017, cuando el Honorable Congreso de la Nación, en cumplimiento de la sentencia dictada por el Juzgado Contencioso Administrativo Federal n. 3 en el marco de la acción de amparo promovida por varias organizaciones civiles especializadas en la materia, entre ellas Fundación Sur Argentina **(9)**, procedió a integrar y poner en funcionamiento la comisión bicameral correspondiente para dar inicio al proceso de selección. Este proceso, demasiado lento desde la visión de los NNyA que continuaron esperando hasta el mes de febrero de 2020, es justamente el objeto del amparo que dio origen al fallo de análisis.

III. La nueva acción de amparo

La Fundación Sur Argentina promovió una nueva acción de amparo contra el Honorable Congreso de la Nación —Comisión Bicameral de los Derechos del NNyA— a fin de obtener el acceso a toda la información pública relacionada al concurso público de oposición y antecedentes sustanciado para la designación del defensor/a de derechos del NNyA. Solicitó se ordene al demandado, de conformidad con lo establecido en el art. 13 de la ley 27.275, la entrega de la información consistente en: 1) nota asignada al ítem "antecedentes"; 2) información referida a la nota establecida en cada uno de los rubros que integran la nota final referida al ítem "antecedentes"; 3) nota asignada al ítem "examen escrito"; 4) nota asignada al ítem "presentación del plan de trabajo"; 5) información referida a la nota establecida en cada uno de los rubros que integran la nota final referida al ítem "presentación del plan de trabajo"; 6) nota asig-

Nación, las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los municipios".

(7) Ley 26.061, art. 47: "... créase la figura del Defensor de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, quien tendrá a su cargo velar por la protección y promoción de sus derechos consagrados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño y las leyes nacionales".

(8) Ley 26.061, arts. 48 y 49.

(9) Fundación Sur Argentina es una asociación civil sin fines de lucro debidamente constituida ante la IGJ que se dedicada específicamente a la promoción y defensa de los derechos humanos de niños y adolescentes.

Thomson Reuters

nada al ítem "audiencia pública", así como los criterios utilizados para la calificación de cada postulante, previo a la conformación del orden de mérito.

Argumenta en su presentación de inicio que, de conformidad con la ley 27.275 sobre acceso a la información pública, tiene derecho al conocimiento de la información no solo por el carácter público de ella, sino porque, además, resulta ser una fundación dedicada a la promoción y protección de los derechos de la infancia. Que dicha petición previamente fue solicitada por mesa de entradas del Honorable Congreso de la Nación, siendo que hasta la fecha no ha obtenido respuesta. Destaca que el hecho de no poder acceder a ella atenta contra la transparencia del proceso de selección y su carácter público, tal como fue establecido por el art. 49 de la ley 26.061, más si se tiene en cuenta que la Comisión Bicameral no publicó en forma alguna las calificaciones obtenidas por los distintos postulantes a lo largo del proceso y que del reglamento establecido para el concurso solo surge el derecho del postulante a acceder al resultado de su examen.

Por último, recalca que el derecho a acceder a la información pública se encuentra reconocido en la Constitución Nacional, en los diversos instrumentos de derechos humanos y, especialmente, en la ley 27.275, al establecer que la información de carácter público no es de propiedad exclusiva y reservada del Estado, sino que pertenece al pueblo y más aún en casos como el presente, donde el concurso en trámite se estableció bajo el concepto de "público" con la finalidad de dar transparencia a la designación del defensor de derechos del NNyA y de esta forma asegurar la elección del postulante que cumpla con los estándares establecidos por la ley y evitar las famosas designaciones "políticas" de los cargos de transcendencia institucional, remarcando que la información solicitada en modo alguno puede ser considerada como "datos sensibles", en tanto no hace referencias a cuestiones de índole privada de los postulantes, sino al proceso de evaluación y calificación de los antecedentes, exámenes y planes de trabajo de cada uno de ellos.

En las presentaciones efectuadas por las Honorables Cámaras de Diputados y Senadores del Congreso de la Nación, señalan que la acción no debe prosperar, no solo porque lo solicitado fue resuelto en el marco del amparo anterior y en el cual periódicamente presentan los informes de avances del proceso de selección, sino porque, a su vez, la información requerida en este caso se encuentra publicada y a disposición de los interesados en la página web de la Cámara de Diputados. Que, además, el reglamento del proceso de selección que oportunamente se dictó, y del cual surgen tanto las etapas del concurso como los criterios de evaluación, no fue objetado oportunamente por la Fundación Sur Argentina y que el carácter reservado y anónimo de los exámenes no solo lo es a los fines de proteger la intimidad de los postulantes, sino también para garantizar la probidad y transparencia de las correcciones.

Señalan que con la publicidad del procedimiento evaluativo se garantizó el acceso irrestricto a todos aquellos requirentes que manifestaron un interés en su participación y control, se realizaron reuniones informativas, audiencias públicas y se creó una instancia pública de examinación denominada audiencia pública para la exposición y defensa de los planes de trabajo. Que el cronograma del concurso, así como el mecanismo de evaluación, los términos de la convocatoria, el listado de postulantes, las adhesiones e impugnaciones, el plan de trabajo que propuso cada candidato y toda otra información que no tuviese carácter de reservada conforme el Reglamento de la propia Comisión fue puesta a disposición en el marco de las actuaciones anteriores iniciadas por la misma Fundación.

Por último, argumenta que, alegando una falta de transparencia, pretende inmiscuirse y eventualmente cuestionar la reglamentación del método de designación del/de la Defensor/a de Niñas, Niños y Adolescentes, dictada en febrero de 2018, y que —en todo caso— debió impugnar en tiempo y forma y que hasta altura de avance del proceso cuando la Comisión Bicameral emitido dictamen a favor de la Dra. Graham, el que fue remitido a la Cámara de Diputados para su tratamiento, cualquier decisión jurisdiccional sería inmiscuirse dentro de una cuestión política y reservada al Honorable Congreso de la Nación.

Thomson Reuters

A raíz de los argumentos esgrimidos por las partes, la jueza interviniente decidió hacer lugar a la acción e intimar a la Comisión Bicameral para que ponga a disposición la información requerida dentro del plazo de diez días.

En su decisorio, previo análisis de la normativa que reglamentó el concurso, de lo normado por la ley 27.275 de acceso público a la información y de la ley 25.326 de Protección de Datos Personales, entiende que, por un lado, la Fundación tiene derecho a acceder a la información pública **(10)** y que, por el otro, una vez corregidos los exámenes —con la reserva de identidad que garantice mínimamente la transparencia— y levantado el anonimato a los fines de dar conocer los postulantes que han superado la mencionada etapa del proceso de selección y que se encuentran en condiciones de comparecer a la audiencia pública a defender sus planes de trabajo —también públicos—, en nada puede afectar el curso normal y habitual del proceso o la intimidad de los postulantes la publicación de las notas totales y discriminadas por ítems asignados. Que no surge del reglamento dictado por la Comisión Bicameral que los puntos asignados a cada una de las etapas de evaluación, así como a cada uno de los ítems previstos dentro de cada una de ellas, tengan carácter de confidenciales o reservados y menos aún que esas notas puedan encuadrarse dentro del concepto de datos sensibles, dado que no revela origen racial y étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical o información referente a la salud o vida sexual de los postulantes, como tampoco se busca indagar sobre la vida privada de los postulantes, protegida por el art. 19 de la CN.

Por último, recalca en su fallo que "... de poco serviría el establecimiento de políticas de transparencia y garantías en materia de información pública si luego se dificulta el acceso a ella mediante la implementación de trabas de índole meramente formal (...) Ello es así ya que el acceso a la información tiene como propósito coadyuvar a que los integrantes de la sociedad ejerzan eficazmente el derecho a saber, por lo que el otorgamiento de la información no puede depender de la acreditación de un interés legítimo en esta ni de la exposición de los motivos por los que se la requiere..." **(11)** para garantizar su acceso.

IV. A modo de reflexión

Ahora bien, el análisis del presente fallo debe centrarse en lo que hace al proceso de selección de Defensor de los Derechos del NNyA en sí mismo, no a la candidata designada **(12)**. En este sentido, no puedo dejar de señalar que un concurso público destinado a cubrir un cargo de relevancia institucional y democrática no puede encontrarse sujeto a la discrecionalidad y arbitrariedad de un órgano político, en este caso, la Comisión Bicameral, sin un debido contralor de la sociedad en general y en particular de aquellas personas interesadas. El acceso a la información —en este caso puntual, a las notas de cada uno de los candidatos— permite que los interesados puedan verificar y operar como contralor del proceso, asegurando así la vigencia de las instituciones democráticas y la integridad de este.

El control y acceso de la sociedad civil a la información pública es uno de los pilares sobre los cuales se asientan, por ejemplo, los diversos informes del Comité de Expertos del Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana Contra la Corrupción al formular recomendaciones para que el Estado argentino adecue sus mecanismos internos a los estándares internacionales fijados por dicho tratado en materia de transparencia y lucha anticorrupción en el marco de la actividad estatal. Ya en el año 2017, el mencionado Comité de Expertos indicó en su informe final al Estado argentino no solo la necesidad de brindar acceso a la información pública y garantizar la participación de la ciudadanía en el contra-

(10) Ley 27.275, art. 4º: "... Toda persona humana o jurídica, pública o privada, tiene derecho a solicitar y recibir información pública, no pudiendo exigirse al solicitante que motive la solicitud, que acredite derecho subjetivo o interés legítimo o que cuente con patrocinio letrado".

(11) Conforme fallo 10682/2019, "Fundación Sur Argentina c. Honorable Cámara de Senadores de la Nación y otro s/ amparo ley 16.986".

(12) Debe tenerse en cuenta que a la fecha de publicación del presente ha prestado juramento ante el Honorable Senado de la Nación la Dra. Marisa Graham como defensora titular y por un período de cinco años, entrando en funciones el día 27/02/2020.

Thomson Reuters

lor de los actos de gobierno, sino también la obligación del Estado de lograr la agilización y transparencia de los procesos de selección de personal y funcionarios del Estado, entre otras recomendaciones **(13)**. Recomendaciones estas que no pueden pasar desapercibidas o ser desoídas en procesos tales como el analizado en el presente caso.

Quien se inscribe, participa y transita el largo camino de un concurso público de oposición y antecedentes —cualquiera sea el ámbito institucional donde se sustancie— sabe que su persona estará expuesta a un escrutinio mayor por parte de los evaluadores y de la comunidad en general. De esta forma, su participación voluntaria está habilitando a los interesados a indagar si es la persona apta e idónea para acceder al cargo al que se postula, sobre todo si se tiene en cuenta que sus acciones —de acceder al cargo— tendrán repercusión e injerencia directa en la vida cotidiana de la sociedad. Esto no quiere decir que tal autorización importa conceder vía libre para traspasar, romper o avasallar la protección de la intimidad de cada postulante o la posibilidad de divulgar datos sensibles **(14)** y no se advierte que sea lo perseguido por la Fundación Sur Argentina mediante el amparo promovido, pues en esta acción nada se solicitó respecto a los datos que revisten tales categorías, sino solo saber cuál ha sido el barómetro con el que la Comisión Bicameral evaluó y calificó a cada uno de ellos en lo referente a sus antecedentes personales, su examen escrito y su defensa del plan de trabajo para lograr el orden de mérito final. Es decir, lo que se pretendió mediante la acción promovida fue acceder a la información que nace como consecuencia del propio accionar de la Comisión Bicameral a lo largo del concurso y que, por ende, reviste el carácter de información pública emanada de un órgano del Estado.

Dar a conocer las calificaciones asignadas a cada uno de los ítems por el órgano encargado de la sustanciación del proceso en modo alguno puede afectar o lesionar el derecho a la intimidad y al honor de las personas, sino, por lo contrario, asegura que la lista de orden de mérito arribado se encuentre integrada por las personas que reúnen los conocimientos técnicos, profesionales y las aptitudes morales necesarias para el cargo y garantizar que se han cumplido los estándares mínimos de transparencia, objetividad y publicidad que un concurso como el de análisis requiere para garantizar la independencia del funcionario una vez que asuma el cargo. Permite, además, despejar dudas, fantasmas y sombras que pudiesen teñir una designación tan importante y esperada en este momento.

Ahora bien, si más allá de ello se insistiera en el carácter privada o sensible de la información que constituyen las notas asignadas a la evaluación de cada postulante, no puedo dejar de pensar que el carácter de funcionario público del cargo al que se pretende acceder mediante el proceso analizado implica que la persona designada oportunamente, dentro del marco de su actividad, deberá responder frente a los ciudadanos como una lógica derivación del principio de publicidad de los actos de gobierno, base del sistema republicano y en interés de la comunidad, siendo necesario y justo para ello que la sociedad sepa y se encuentre informada en lo que hace tanto al proceso de selección del postulante como a su plan de trabajo y condiciones profesionales.

Es verdad que muchas veces el desempeño de estos cargos lleva al límite la línea que divide la esfera de la vida privada de la vida y la función pública de quien lo ejerce, pero es una condición que viene con rol al que se pretende acceder y que seguramente pondrá en puja el derecho a la vida privada, la intimidad y el honor y el derecho de la sociedad a la información pública, debiendo en cada caso concreto conjugarse el ejercicio de ellos de manera armónica; pacífica y teniendo en cuenta que la tensión de los distintos derechos en juego —el de buscar,

(13) Informe final para Argentina del Comité de Expertos del Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción, Vigésima Octava Reunión del Comité de Expertos del 13 al 17 de marzo de 2017, Washington (aprobado en la sesión plenaria del 17 de marzo de 2017).

(14) No debe perderse de vista que los datos sensibles de una persona tampoco deberían ser considerados a la hora de la selección de determinados cargos. No obstante, muchas veces, por la envergadura del cargo al que se pretende acceder, la información sobre determinadas posturas, creencias personales o militancias políticas se convierte en información pública y son valoradas —favorable o negativamente— por quienes tienen a su cargo la designación del postulante.

Thomson Reuters

dar, recibir y difundir información y opiniones, y el derecho al honor, a la dignidad y a la intimidad de las personas— debe resolverse en el sentido de un mayor sacrificio de quienes tienen en sus manos el manejo de la cosa pública **(15)**, por lo que la publicación de las notas y evaluaciones solicitadas sería una medida esperable y aceptable por parte de la Comisión Bicameral.

En definitiva, el proceso de selección del defensor de los derechos del NNyA luego de catorce años se ha convertido un acto de interés público e institucional que reviste el carácter de importante y relevante para la comunidad en general y en especial para los NNyA, que serán los destinatarios finales de sus acciones y, por lo tanto, debe gozar de todas las previsiones que hagan a la plena transparencia y objetividad, de forma tal de asegurar que quien lo desempeñara no solo cumple con los requisitos formales establecidos por ley, sino que reúne, además, las condiciones profesionales, morales y personales necesarias para su ejercicio d de manera independiente y autónoma del poder político que lo designa. Sobre todo si se tiene en cuenta que muchas veces la defensa de los derechos de los NNyA colisionará con los intereses políticos del momento y que quien esté a cargo de la defensoría deberá poder sostener sus acciones sin miramientos y más allá de cualquier eventual presión política que pudiere sufrir.

No puedo pasar por alto que el replanteo de las pautas y procedimientos para la sustanciación de los concursos de oposición y antecedentes que tienen como finalidad la designación de un funcionario público es un debate que la sociedad argentina se debe seriamente en todos los ámbitos. Es un debate pendiente y urgente, si se quiere pensar en un Estado de derecho republicano y democrático donde las personas con las capacidades, aptitudes y condiciones necesarias acceden a los cargos de decisión para proporcionar las mejores soluciones a la comunidad que, en última instancia, representan.

(15) Conforme dictamen de Procurador General de la Nación de fecha 03/11/2005 en los autos "Recurso de hecho Oyarbide, Norberto M. c. Tauro, Marcela y otro".

Thomson Reuters

PARIDAD DE GÉNERO

Situación jurídica consolidada con anterioridad al dictado de la ley 27.712 de paridad de género. Inaplicabilidad. Diputados nacionales. Procedimientos para la ocupación de vacantes. Irretroactividad de la ley. Vulneración de la soberanía popular. Diputada suplente. Derecho adquirido. Expectativa de ocupación de una banca. Finalidad de la ley 27.412. Protección de la mujer. Disidencia parcial.

Con nota de Natalia Gherardi

1. — Es clara la inaplicabilidad al caso de la ley 27.412 de paridad de género a una lista que fue conformada bajo otro régimen de cupo o cuota femenina —ley 24.012—, más allá de que ambos regímenes apunten a una finalidad en común, la mayor participación política de la mujer, ello es así, pues cada normativa al momento de constituir una lista contempla un diferente orden en cuanto a los candidatos por género.

2. — Dado que la situación jurídica quedó consolidada con la lista de diputados titulares y su correspondiente orden de sucesión por los suplentes electos en los comicios del 22 de octubre de 2017, de conformidad con la ley vigente conocida en ese tiempo por la ciudadanía en su conjunto, pretender aplicar la ley nueva —que no indicó de manera expresa su aplicación retroactiva— implica extraer de actos o hechos ya realizados jurídicamente, consecuencias diferentes de las que contemplara la aplicación de la ley antigua.

3. — La ley de cupo 24.012 fijó quienes, en condiciones generales, debían ocupar las vacantes en caso de producirse, sin importar su género, dado que el orden establecido no era en forma alternada un hombre y una mujer, como si lo establece la ley de paridad 27.412. De ahí, que sea razonable que una vez lograda la paridad el nuevo régimen establezca para el caso de sustitución de un legislador uno de igual género.

4. — El principio de la no retroactividad de las leyes, tal como está consignado por nuestra legislación por vía de su incorporación en el Código Civil y Comercial de la Nación —art. 7— constituye un criterio de interpretación para el juez, pero no rige para el legislador, el cual puede dejarlo de lado con relación a ciertas materias que en su opinión deban quedar al margen de ese principio.

5. — Disponer la aplicación de la ley 27.412, importa emplear retroactivamente la norma en cuestión, vulnerando así los principios de soberanía popular, seguridad jurídica, legalidad procesal, legalidad y los derechos políticos electorales de la ciudadanía y de los diputados electos en los comicios de octubre de 2017, consagrados por la Constitución Nacional.

6. — La condición de primera diputada suplente sí puede encuadrar como un derecho adquirido bajo la vigencia de la ley 24.012, en atención a que su condición se encuentra plenamente consolidada, al haberse definido el resultado de la elección, recayendo la expectativa únicamente en la ocupación efectiva o no de la banca de producirse una vacante.

7. — La aplicación literal y directa de la pauta de sustitución por personas del mismo género conduce —en el caso— a una solución contradictoria con la finalidad de la ley 27.412, que no es otra que la protección de la mujer en cuanto a las oportunidades efectivas de acceder a cargos públicos electivos, e importaría resguardar a otro grupo —el de hombres— que no es el que tradicionalmente se ha encontrado en una condición real de inferioridad y que no ha sido el que ha guiado al legislador al momento de su sanción. (Del voto del Dr. Corcuera).

8. — El hecho de que se hubiera llevado adelante la elección, sus etapas previas y el escrutinio, bajo un determinado régimen normativo, no obsta a que con la dimisión de uno de los diputados electos se configure una situación jurídica diferente, que se rige por la legislación vigente al tiempo de su acontecimiento. (Del voto en disidencia parcial del Dr. Corcuera).

9. — No puede entenderse que exista lesión al derecho de un candidato suplente por la mera expectativa que tendría frente a la eventual renuncia de un candidato titular. (Del voto en disidencia parcial del Dr. Corcuera).

CNElectoral, 11/02/2020. - Cáceres, Adriana Cintia s/ amparo – Reemplazo del señor Diputado Nacional Guillermo Tristán Montenegro Art. 164 del C.E.N.

[Cita on line: AR/JUR/11227/2020]

Expte. N° CNE 9467/2019/CA1

2ª Instancia.- Buenos Aires, febrero 11 de 2020.

Thomson Reuters

Considerando:

1°) Que contra la decisión del señor juez federal de primera instancia que resuelve —en cuanto aquí interesa— "[d]isponer que la vacante producida en la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, por la renuncia del diputado Guillermo Tristán Montenegro, debe ser ocupada por la Diputada Suplente en primer término, ciudadana Adriana Cintia Cáceres" (cf. fs. 107), Marcelo Osmar del Sol —Diputado Suplente en segundo término— apela y expresa agravios a fs. 189/198.

Manifiesta que "se agravia en virtud [de] que el Sr. Juez no aplica a la presente polémica la clara letra del art. 3 de la ley 27.412 que reglamenta [...] casos como el presente" (cf. fs. 191).

Afirma que "[l]a situación jurídica que dio lugar a la presente controversia, tuvo su génesis con la renuncia del Diputado Nacional Guillermo Tristán Montenegro a su banca [...] el día 02/12/2019, la que surtió efectos a partir del 04/12/2019; es decir cuando ya se encontraba vigente la Ley de Paridad de Género N° 27.412 (Publicada en el Boletín Oficial del 15/12/2017 y vigente desde el 24/12/2017 [...])" (cf. fs. cit.).

Asimismo, expresa que el magistrado de grado "desatiende la doctrina jurisprudencial sentada con anterioridad en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la misma también ha sido sostenida por el Sr. Fiscal Federal Electoral de esa Ciudad, Dr. Jorge Di Lello, cuando al dictaminar en el Expte. N° CNE 1872/2019, expresó que debe aplicarse la ley 27.412 desde su entrada en vigencia '...aún a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes' (art. 7 Cód. Civil)" (cf. fs. 191 vta.).

Entiende que "la interpretación jurídica de una ley nacional debe ser uniforme, caso contrario, su interpretación y modo de aplicación estaría condicionado al lugar geográfico donde se encuentre el justiciable, dando ello posibilidad a la existencia de tantas interpretaciones como magistrados avocados a su interpretación existan, vulnerando así la garantía de raigambre constitucional de igualdad ante la ley (arts. 16 y 75 inc. 22 CN)" (cf. fs. 192 vta./193).

Considera que "la vacante del escaño que ocupaba el Diputado Montenegro es la consecuencia inmediata del acto de renuncia, por ello debe de aplicarse la ley vigente al momento de producirse el acto (la renuncia), ello es así conforme reza el art. 7 del Cód. Civ. y Com. de la Nación: 'A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes'" (cf. fs. 194 vta./195).

Sostiene que "[l]os ciudadanos deben respetar las normas 'y la progresividad que los legisladores les dan a estas'" (cf. fs. 195 vta./196).

Destaca que "con la aplicación de ley 27.412 no se estaría privando a Cáceres de acceder a la banca 'por ser mujer', simplemente se estaría aplicando la normativa vigente ante una situación que nos ocupa (renuncia de un Diputado), normas que todos los ciudadanos debemos acatar porque fueron los legisladores que plasmaron en la letra de la ley la voluntad del pueblo" (cf. fs. 196/vta.).

A fs. 203/217, Adriana Cáceres, por su propio derecho y en calidad de Diputada Suplente en primer término, contesta los agravios.

Manifiesta que "[e]s una realidad, que aún con la ley de cupo y, ahora, ley de paridad, el porcentaje de mujeres en la H. Cámara de Diputados estaría entre 38,5% o 39% [...] de mujeres. O sea, que para llegar a la 'igualdad real' aún resta que ingresen más de un 10% de mujeres. Por lo que, la regla general de la irretroactividad de la ley en este caso, favorece al cumplimiento de la intención de ambas leyes - cupo y paridad" (cf. fs. 208).

Afirma que "[p]or el contrario, sostener que hay que violentar el Cód. Civil para que asuma un hombre en detrimento de una mujer —minoría en el Congreso— es violentar también el art. 37 de la Constitución Nacional: favorece la desigualdad entre ambos" (cf. fs. cit.).

Alega que "el criterio ante las renuncias a una banca es: a) si ingresó por lista 2019, el reemplazo es género por género. b) si el renunciante ingresó por lista 2017 se diferencia en: i) renuncia un hombre, corrimiento de lista; ii) si renuncia una mujer, le corresponde a la mujer que sigue en el orden de lista (causa Galmarini). Esto así, porque se considera a las mujeres un sector o colectivo desventajado o minoría vulnerable (sin importar si su número es mayor o menor) que el orden jurídico intenta promocionar a favor de una sociedad más justa" (cf. fs. 210/211).

Sostiene que "[e]n términos del Cód. Civ. y Comercial, el párrafo segundo del art. 7 no deja resquicio de duda: la ley no tiene efecto retroactivo salvo disposición en contrario y, de haberla, que no afecte derechos amparados por garantías constitucionales. En este caso, no hay disposición en contrario en la ley y en el hipotético caso en que supongamos que la hubiere, afectaría derechos amparados por garantías constitucionales. Por ejemplo, las del art. 37 2do párrafo y el art. 75 inc. 23 CN, entre otras" (cf. fs. 211).

Thomson Reuters

Advierte que "la 'situación jurídica' que trasunta la condición de diputado electo y su mecanismo de reemplazo quedó consolidada [...] en el año 2017 en el momento que la Junta Nacional Electoral publica su Acta N° 35 con los candidatos electos y su orden de sucesión. Y esto, por respeto a los votantes que decidieron su voto de conformidad con la ley vigente y nunca podrían evaluar la consecuencia de su opción ante una norma desconocida por inexistente. La renuncia acaecida en 2019 no es técnicamente una 'consecuencia' de la elección, sino la manifestación de un supuesto de hecho ya contemplado —y clausurado— en el plexo jurídico del año 2017, previo advenimiento de la ley 27.412. La lista de candidatos proclamada como consecuencia de la elección del año 2017 hizo nacer el derecho político de acceso al cargo para todos sus integrantes" (cf. fs. 212).

Concluye que "resulta contradictorio con la voluntad del legislador aplicar retroactivamente una ley al solo efecto de privar a una mujer de una banca, cuando el objetivo de la ley de paridad es impulsar que en el Congreso se alcance el 50% de participación femenina" (cf. fs. 214).

Asimismo, contesta los agravios Raúl Enrique Martín Garo, apoderado de la H. Cámara de Diputados de la Nación a fs. 226/231.

Manifiesta que "en el estado actual de la situación suscitada en estos autos, donde existe un conflicto entre integrantes de la lista involucrada que invocan derechos adversos, [...] resulta imperioso que sea la Justicia con especialización en materia electoral, la que determine el candidato o la candidata que debe asumir en reemplazo del diputado renunciante, hasta tanto se aplique plenamente la Ley 27.412 que establece con carácter taxativo la solución que corresponde en ese supuesto" (cf. fs. 228 vta.).

A fs. 232/246 vta. se presentan Natalia Gherardi —apoderada del Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (ELA)—, Mabel Bianco —Presidenta de la Fundación para Estudio e Investigación de la Mujer (FEIM), Mariela Belski —apoderada de la Asociación Civil Pro Amnistía, Monique Altschul —Directora Ejecutiva de la Fundación Mujeres en Igualdad (MEI), Nélida Minyersky, Diana Helena Maffia, Dora Barrancos, María Inés Tula, Laura Pautassi, Norma Allegrone, María Luisa Storani —Parlamentaria del Mercosur—, Claudia Fernanda Gil Lozano —Parlamentaria del Mercosur—, Fabiana Tuñez, Mara Brawer —Diputada Nacional por el Frente de Todos—, Silvia Gabriela Lospennato —Diputada Nacional por Cambiemos—, Sofía Brambilla —Diputada Nacional por Cambiemos—, y Carolina Gaillard —Diputada Nacional por el Frente de Todos, Entre Ríos—, en calidad de "Amigos del Tribunal" (amicus curiae), de conformidad con la Acordada CNE N° 85/07.

A fs. 249/252 emite dictamen el señor fiscal actuante en la instancia quien considera que debe confirmarse la sentencia apelada.

2°) Que, ante todo, corresponde recordar la eminente función institucional acordada a esta Cámara por la ley de su creación (N° 19.108 y modif.), como órgano responsable de uniformar la interpretación de la legislación electoral, en tanto asignó a sus sentencias carácter obligatorio para las juntas electorales nacionales y los juzgados de primera instancia (cf. art. 6° ley 19.108 y modif. y art. 51 del Código Electoral Nacional).

Al respecto, se ha explicado que la legitimidad del sistema democrático se sustenta en la necesidad de reglas claras e interpretaciones uniformes por parte de los diferentes jueces de grado, en razón de lo cual los fallos de esta Cámara "constituyen los antecedentes a ser considerados como principios rectores en el comportamiento electoral. Por ello, y dada la importancia del objeto de la materia es que el legislador atribuyó a sus resoluciones fuerza de fallos plenarios" (Fallos: CNE 3100/03; Expte. N° CNE 1001151/2013/1, sentencia del 11 de septiembre de 2014 y Expte. N° CNE 5685/2014/1/CA1, sentencia del 2 de mayo de 2017).

Asimismo, "razones de economía procesal, certeza, celeridad y seguridad jurídica aconsejan la conveniencia de tender a la uniformidad de la jurisprudencia, en el entendimiento que de este modo se contribuye a 'afianzar la justicia' uno de los objetivos perseguidos por nuestra Constitución Nacional. Por otra parte, generaría confusión convalidar la existencia de pronunciamientos disímiles, ante el planteo de casos similares, solo por las diferentes interpretaciones que de la ley pudieran llevar a cabo jueces de distintas jurisdicciones" (cf. Fallos: cit.).

En ese mismo orden de ideas, corresponde señalar el valor de los fallos plenarios en orden a la unificación de la jurisprudencia como mecanismo regulador del principio constitucional de igualdad ante la ley, pues merced a su obligatoriedad, aquella se traduce en igualdad frente a la jurisdicción, expresada en la uniforme aplicación de la ley en casos semejantes (cf. Fassi-Yañez, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1989, cit. en CCCF, Sala I, sentencia del 06/12/2007, en "Contrera, Manuel M.", Causa 40.947, Reg. 1498 J 9-S, 18, voto del juez Eduardo Farah)".

3°) Que, en razón de ello, la utilidad y necesidad de un tribunal cuya finalidad primaria sea la de evitar el

Thomson Reuters

dictado de sentencias contradictorias —con su consecuente escándalo jurídico— reviste singular significación en la materia electoral, de la que esta Cámara es autoridad superior (cf. artículo 5°, ley N° 19.108 y arg. de Fallos: CNE N° 1881/95; 1912/95; 1921/95, entre otros) donde el valor "seguridad jurídica" adquiere una preponderancia determinante (cf. Fallos: CNE N° 1882/95; 1883/95; 1912/95; 1921/95; 3100/03; 4387/10; 4685/11, entre otros).

En efecto, invariablemente se ha establecido que "así como el derecho electoral tiende a garantizar la efectiva vigencia del principio democrático de la representatividad popular [...] también tiene como finalidad conducir reglamentadamente el conflicto que toda competencia por el poder supone, a través de medios pacíficos y ordenados según el imperio de las leyes. En este aspecto, la normativa electoral busca dar certeza y poner fin a las disputas mediante la rápida definición de situaciones jurídicas conflictivas" (cf. arg. Fallos: 314:1784 y Fallos: CNE N° 1180/91; 1881/95; 1882/95; 1883/95; 1912/95; 1921/95; 2572/99; 2579/99; 2580/99; 2633/99; 2681/99; 2785/00; 3100/03, entre otros).

4°) Que, ahora bien, la cuestión sustancial del tema decidendum consiste en determinar si la aplicación al caso del artículo 164 del Código Electoral Nacional modificado por la ley 27.412 de paridad en la representación política, en cuanto prevé una nueva modalidad para la sustitución o reemplazo de los Diputados Nacionales, vulnera los principios de representación y soberanía popular (arts. 1, 22 y 33 CN), a más de los derechos político-electorales de los legisladores elegidos por voluntad popular en los comicios del 22 de octubre de 2017, es decir, previo a la sanción y entrada en vigencia de la referida ley.

Al respecto, distinguida doctrina ha destacado que "[d]esde el punto de vista racional, no se concibe que una ley sea obligatoria antes de existir. Si las leyes pudieran ser retroactivamente aplicadas, eso importaría que sus mandatos, ordenes o prohibiciones, se aplicarían a un tiempo anterior a su sanción, lo cual no es admisible; [...] por otra parte, la sociedad está interesada en la conservación del orden social, para lo cual es necesario que exista cierta seguridad y estabilidad en las transacciones de los individuos y que el estado de las personas y sus fortunas estén al abrigo de un cambio de legislación" (cf. Salvat, Raymundo M., Tratado de Derecho Civil Argentino, Parte General, Tipográfica editora argentina, Buenos Aires, 1954, p. 182).

5°) Que, en ese sentido, corresponde señalar que el principio de la no retroactividad de las leyes, tal como está consignado por nuestra legislación por vía de su incorporación en el Cód. Civ. y Com. de la Nación (art. 7°) constituye un criterio de interpretación para el juez, pero no rige para el legislador, el cual puede dejarlo de lado con relación a ciertas materias que en su opinión deban quedar al margen de ese principio (Conf. Llambías, Tratado de Derecho Civil, 12ª ed., T. I, p. 133).

Repárese que, conforme lo dispone el artículo 7° del citado Código, "[a] partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales...."

Ahora bien, la mentada norma —como se dijo— es una "regla [que] está dirigida al juez y le indica qué ley debe aplicar al resolver un caso, y establece que debe aplicar la ley de modo inmediato y que no tiene efecto retroactivo, con las excepciones previstas" (cf. Lorenzetti, Ricardo Luis, Código Civil y Comercial de la Nación comentado, Ed. Rubinzal - Culzoni, Santa fe, 2014, T. I., p. 45). Así, "[l]a excepción es que una ley lo establezca expresamente, pero en ese caso, no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales (cf. Lorezetti, ob. cit., p. 46).

En relación con ello, "es necesario decir que se ha dejado de lado la noción de derechos adquiridos, muy utilizada durante muchos años. [...] Esta categoría fue abandonada en el Código derogado y sustituida por otra noción más actual, que es la de garantías constitucionales. Ello es obvio dentro de un sistema de fuentes completo como el que prevén los artículos 1° y 2° de este Código y la alusión permanente al 'ordenamiento jurídico', pero se ha decidido mantener el vocablo para evitar interpretaciones que puedan llevar a la idea de que las garantías no están protegidas o que se retorna a la noción de derecho adquirido" (cf. Lorenzetti, ob. cit., p. 49).

En síntesis, la "doctrina acuerda que conforme a nuestro régimen constitucional los principios básicos que se refieren a las leyes en cuanto al tiempo son tres: a) en principio las leyes rigen para el futuro, o lo que es lo mismo, no tienen efecto retroactivo; b) el Congreso puede, sin embargo, dictar leyes con tal efecto mediante declaración expresa; c) en este último caso, no obstante, la retroactividad no puede vulnerar los derechos amparados por la Constitución (Alonso y Rizicman)" (cf. Rivera, Julio Cesar y Medina, Graciela, ob. cit., p. 78).

Por tanto, la referida norma siguiendo el Código derogado, establece la aplicación inmediata de la ley a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes; pero las que se constituyeron o se extinguieron cumpliendo los requisitos de la ley

Thomson Reuters

anterior no son alcanzadas por este efecto inmediato, quedando reguladas por el régimen anterior (cf. Lorenzetti, ob. cit., p. 46-47).

6°) Que sobre tales premisas, corresponde señalar que, en primer lugar, la ley 27.412 sancionada en diciembre de 2017 no determina ningún plazo de inicio de su vigencia resultando de aplicación lo dispuesto en el artículo 5° del Cód. Civ. y Com. de la Nación que reza que "las leyes rigen después del octavo día de su publicación oficial, o desde el día que ellas determinen", es decir que, como bien manifiesta el *a quo*, la norma en cuestión "empezó a regir el 24 de diciembre del año 2017 luego de que se hubieren realizado las elecciones para diputados nacionales cuya vacante debe cubrirse" (cf. fs. 99).

En segundo lugar, la ley de referencia tampoco indica de manera expresa su aplicación retroactiva, por lo que cabe aplicar el principio general de la irretroactividad de la ley consagrado en el mentado artículo 7° del Cód. Civ. y Com. de la Nación.

Así, como explica Moisset de Espanés "la creación, modificación o extinción de una situación jurídica es consecuencia de un hecho jurídico que se agota en el momento en que se producen dichos hechos, por lo que pretender juzgar la creación, modificación o extinción de una relación jurídica con arreglo a la nueva ley es darle un efecto retroactivo prohibido categóricamente por el segundo párrafo del art. 3° —léase artículo 7° del nuevo Código— que ha consagrado de manera expresa el principio de la irretroactividad" (cf. Junyent Bas, F., ob. cit.).

7°) Que, en ese orden de consideraciones, en el *sub examine*, la situación jurídica quedó consolidada con la lista de diputados titulares y su correspondiente orden de sucesión por los suplentes electos en los comicios del 22 de octubre de 2017, de conformidad con la ley vigente conocida en ese tiempo por la ciudadanía en su conjunto.

En tal sentido, pretender aplicar la ley nueva "implica extraer de actos o hechos ya realizados jurídicamente, consecuencias diferentes de las que contemplara la aplicación de la ley antigua. Es decir que los hechos pasados que han agotado la virtualidad que les es propia, no pueden ser alcanzados por la nueva ley, conforme a la noción de 'consumo jurídico', y si se los afectara se incurriría en retroactividad" (cf. Llambías, Jorge J., Código Civil anotado, Tomo I, Abeledo-Perrot, buenos Aires, ps. 17/18).

De esta manera, es clara la inaplicabilidad al caso de la ley de paridad (ley N° 27.412) a una lista que fue conformada bajo otro régimen de cupo o cuota femenina (ley N° 24.012), más allá de que ambos regímenes apunten a una finalidad en común, la mayor participación política de la mujer.

Ello es así, pues cada normativa al momento de constituir una lista contempla un diferente orden en cuanto a los candidatos por género. Esto es, la ley de cupo N° 24.012 fijó quienes, en condiciones generales, debían ocupar las vacantes en caso de producirse, sin importar su género, dado que el orden establecido no era en forma alternada un hombre y una mujer, como si lo establece la ley de paridad N° 27.412. De ahí, que sea razonable que una vez lograda la paridad el nuevo régimen establezca para el caso de sustitución de un legislador uno de igual género.

En igual orden de consideraciones, se expresa el magistrado de primera instancia quien hace un relato claro y preciso entorno a la diferencia entre ambos regímenes y la consecuencia que se derivaría de la aplicación de la ley de paridad a una lista que ya fue conformada bajo las directrices de la ley de cupo femenino o cuota de género N° 24.012. De este modo manifiesta que "[l]a aplicación del nuevo art. 164, diseñado en miras de un nuevo orden de las listas (50% e intercaladas), a una lista de candidatos establecida conforme el viejo orden fijado en la ley 24.012 (30 % con chances de resultar electas), supone una fractura del orden lógico y una aplicación parcializada del régimen" (cf. fs. 101).

Por tanto, todo apunta a afirmar que entre las pautas para cubrir una vacante y la conformación de las listas de candidatos hay un estrecho vínculo que debe ser respetado bajo un claro criterio de razonabilidad.

En efecto, sostiene que, "la cantidad de bancas masculinas obedece a un cierto número de mujeres que deben figurar necesariamente en la lista y con posibilidades de ser electas para resultar válidas conforme a la ley 24.012 y sus decretos reglamentarios. Esa condición de validez de las listas establecida en dicha normativa es una situación jurídica consumada. Hoy ya no puede alterarse su composición y su orden sin desmedro de ciertos derechos y garantías resguardados por la Constitución Nacional. [...] Esa situación jurídica se consolidó al autorizarse las precandidaturas, al seleccionarse a los candidatos a través de las elecciones abiertas, simultáneas y obligatorias; y al generar su voto el electorado en las elecciones generales" (cf. fs. 102).

De ahí que concluya que "no se trata de un supuesto de aplicación inmediata de la ley en el tiempo, referida a consecuencias no consumadas; sino de la aplicación retroactiva, la que tampoco resulta viable dado que no está prevista por la ley 27.412 y, a todo evento, afectaría derechos y garantías consagrados en la Constitución Nacional" (cf. fs. 102 vta.).

Thomson Reuters

Refuerza lo expuesto, lo señalado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al decir que la situación jurídica agotada o concluida bajo el régimen anterior, por el principio de irretroactividad obsta la aplicación de las nuevas disposiciones (cf. Fallos: 341:180 y 341:289).

8°) Que, asimismo, la modificación de la ley 27.412 importó la alteración del régimen jurídico aplicable de sustitución en caso de renuncia de los legisladores.

Es decir, aquella modifica las condiciones o requisitos que deben conjugarse como "supuestos de hecho" para la constitución de una relación o situación jurídica. No es aclaratoria, sino modificatoria del supuesto de hecho (cf. doctrina Fallos: CNE 4457/11, voto Dr. Munné).

Así se ha dicho que cuando "el legislador ha ido más allá, llegando hasta modificar, ampliar o restringir las disposiciones de la ley vigente y el campo de su aplicación, la nueva ley debe más bien considerarse como tal, no pudiendo, por consiguiente, aplicarse retroactivamente" (cf. Salvat, Raymundo M., Tratado de Derecho Civil Argentino, Parte General, Tipográfica editora argentina, Buenos Aires, 1954, p. 191).

Cabe recordar aquí que se explicó que "[p]or lo general, las relaciones y situaciones jurídicas no se realizan en un solo instante; se desarrollan en un cierto tiempo, de modo que la ley nueva puede intervenir en un momento de ese desenvolvimiento: si esa ley afecta a las partes anteriores, tiene efectos retroactivos; si, por el contrario, solo se refiere a las partes posteriores, tiene efectos futuros" (Borda, G. A., "Tratado de Derecho Civil", 13ª ed., Tomo I, LA LEY, Buenos Aires, 2008, p. 173).

Así, nuestro más Alto Tribunal tiene dicho que "la proyección de un nuevo ordenamiento normativo hacia el pasado no resulta posible si por esta vía se altera el alcance jurídico de las consecuencias de los hechos realizados en su momento bajo un determinado dispositivo legal" (cf. Fallos: 314:481 citado en Rivera, Julio César y Medina, Graciela, Código Civil y Comercial de la Nación comentado, Tomo I, LA LEY, 2015, p. 79).

9°) Que, es sabido que "todo cambio legislativo trae aparejada una colisión de leyes en el tiempo, y en un plano más profundo, enfrenta dos valores jurídicos de los cuales no puede prescindir ningún ordenamiento jurídico: ellos son la seguridad y la justicia" (cf. Llambías, Jorge J., Código Civil anotado, Tomo I, Abeledo-Perrot, buenos Aires, p. 15).

Así, "la conciliación de los valores antes mencionados se han cristalizado desde hace siglos en el principio que en mayor o menor medida recogen todas las legislaciones, según el cual las leyes disponen para lo futuro" (cf. LLambías, Jorge J., ob. cit., p. 17).

Por tanto, es dable señalar que el principio de irretroactividad de las leyes está íntimamente vinculado con la seguridad jurídica. Saber a qué atenerse y poder actuar consecuentemente, supone tener conocimiento de los efectos y consecuencias jurídicas de una determinada conducta (cf. doctrina Fallos: CNE 4457/11, voto Dr. Munné).

10) Que, el concepto de "seguridad jurídica" está expreso en numerosos antecedentes constitucionales como el Decreto de Seguridad Individual del 23 de noviembre de 1811, el Estatuto Provisional de 1815, el Reglamento Provisorio del Congreso Constituyente de Tucumán del 3 de diciembre de 1817, la Constitución de 1819 y la Constitución de 1826 (Linares Quintana, Segundo V., "Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional", T° VI, p. 26, ap. 4607, 8ª edición).

Si bien nuestra Constitución Nacional no la menciona expresamente en su parte dogmática, está implícita en el artículo 33 y directamente relacionada con las disposiciones de los artículos 14, 17 y 18.

Ya Montesquieu resaltaba su importancia al sostener que "...la libertad política consiste en la seguridad..." (cf. "El Espíritu de las leyes", libro XII, capítulo II, p. 234). Por su parte, Domingo F. Sarmiento expresó que "...la Constitución no se ha hecho únicamente para dar libertad a los pueblos; se ha hecho también para darles seguridad, porque se ha comprendido que sin seguridad no puede haber libertad" ("Obras Completas", T° 20, p. 104).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación a lo largo de su historia jurisprudencial, ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el tema, reconociendo la importancia del principio de la "estabilidad" de las sentencias y decisiones judiciales finales (Fallos: 235:501; 252:265; 250:750), así como de la propia seguridad jurídica, a la cual ha reconocido "jerarquía constitucional" (Fallos: 242:501; 252:134), habiéndose declarado que esa seguridad jurídica es "...una de las bases principales de sustentación de nuestro ordenamiento y cuya tutela innegable compete a los jueces" (Fallos: 242:501).

Ello nos conduce a concluir que si bien la nueva ley puede modificar los efectos futuros de hechos o actos anteriores sin ser retroactiva, no puede actuar sobre el pasado, sea para apreciar las condiciones de legalidad del acto, sea para suprimir o modificar sus efectos ya producidos (cf. doctrina Fallos: CNE 4457/11, voto Dr. Munné).

Thomson Reuters

En similar sentido, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, expresó en sentencia del día veintinueve de abril de dos mil once que "el principio de irretroactividad de las leyes es directamente consecuencia de la seguridad jurídica, que exige que las situaciones o derechos nacidos al amparo de un ordenamiento jurídico positivo no sean modificados por una norma posterior; en consecuencia, la violación de dicho principio constituye, además, violación a la seguridad jurídica. Asimismo, manifestaron que —en técnica legislativa— la seguridad jurídica exige que las normas y las situaciones que en ellas se contemplan gocen de cierta estabilidad y sean modificables solo en la forma prevista en las leyes. Por el contrario, la inseguridad jurídica proviene de la mala técnica legislativa, de la inadecuada actuación de los poderes públicos y de la injustificada inestabilidad de las instituciones jurídicas" (cf. https://www.tse.gob.sv/laip_tse/documentos/Amparos/11-2005-Inc.pdf).

11) Que, en consecuencia, habiendo quedado sometido a decisión un caso concreto de competencia y derecho electoral, el pronunciamiento del Tribunal resulta absolutamente esencial para salvaguardar un interés concreto y actual que arraiga en el principio de soberanía popular.

Debe recordarse aquí la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, según la cual "la pretensión esgrimida en el ámbito electoral, sin tener naturaleza distinta de la que se formula en cualquier otro proceso, goza —por su propia índole— de peculiaridades que exigen un cumplimiento estricto de lo que se podría denominar el "debido proceso electoral", como una garantía innominada de la representación política o de los derechos electorales que sirven de fundamento jurídico de la democracia representativa" (cf. sentencia del 4 de noviembre de 2003, *in re* "Bussi, Antonio D. c. Estado Nacional (Congreso de la Nación - Cámara de Diputados) s/ incorporación a la Cámara de Diputados").

12) Que el Tribunal ha considerado, aunque bajo otras condiciones y legislaciones, que "al institucionalizar los partidos políticos como órganos a los que se les encomienda un cometido indispensable para la vida constitucional de la Nación, el Estado debe velar para que esa función se lleve a cabo respetando los derechos sustanciales del ciudadano elector, que emanan de la soberanía del pueblo y que tiene su instrumento en el sufragio, mediante el cual se aspira a que el pueblo se dé a si mismo su gobierno" (cf. Fallos CNE N° 10/63).

En este aspecto, no se debe soslayar que si bien en nuestro ordenamiento las leyes pueden tener efecto retroactivo, lo es bajo condición obvia e inexcusable de que tal retroactividad no afecte garantías constitucionales (cf. Fallos: 320:31; 1542; 2157; 2260; 2599; 4275), como es el derecho de elegir y ser elegido, en comicios realizados con respeto a las normas vigentes (art. 37, Constitución Nacional, cf. doctrina Fallos: CNE 3729/06).

En tales condiciones, disponer —en el caso— la aplicación de la ley 27.412, importa emplear retroactivamente la norma en cuestión, vulnerando así los principios de soberanía popular, seguridad jurídica, legalidad procesal, legalidad y los derechos políticos electorales de la ciudadanía y de los diputados electos en los comicios de octubre de 2017, consagrados por la Constitución Nacional (cf. artículos 1, 22, 33, 18, 19, 37 y 38 respectivamente).

13) Que, en ese sentido, dable es destacar el lugar eminente que los derechos de participación política tienen en la articulación de la democracia representativa, cuya esencia radica, precisamente, en el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos y elegir libremente a sus gobernantes (cf. Fallos: CNE 4887/12).

En reiteradas oportunidades ha dicho el Tribunal, en tal orden de consideraciones, que "[l]a raíz de todo sistema democrático es el sufragio [...] [sin cuyo reconocimiento] no hay pueblo ni instituciones populares" (cf. Fallos: CNE cit. y 4026/08 y su cita de Esteban Echeverría, "Dogma socialista", Librería La Facultad, 1915, Buenos Aires, p. 56).

En el plano del derecho positivo, la Constitución Nacional "garantiza el pleno ejercicio de los derechos políticos, con arreglo al principio de la soberanía popular y de las leyes que se dicten en consecuencia. El sufragio es universal, igual, secreto y obligatorio" (cf. artículo 37).

Por su parte, nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que el derecho al sufragio, además de un derecho de naturaleza política, es una función constitucional y su ejercicio un poder de la comunidad nacional, es decir, una competencia constitucional dentro de los límites y bajo las condiciones que la misma Constitución ha determinado (cf. Fallos: 312:2191, cons. 7°, del voto de la mayoría, con cita de R. Carré de Malberg, Teoría General del Estado, versión española, Fondo de Cultura Económica, México, 1948, ps. 1144 y ss. y Fallos: 325:524).

Asimismo, toda vez que "el pueblo, como titular de la soberanía, es la fuente originaria de todos los poderes[, los cuales] [...] cumplen funciones confiadas a órganos elegidos por medio del sufragio e investidos de autoridad en virtud de la representación que se les atribuye[,] [...] el sufragio adquier[e] carácter funcional, ejercido en interés no del ciudadano individual-

Thomson Reuters

mente considerado sino de la comunidad política, a través del cuerpo electoral (Fallos: 310:819, considerando 10)" (cf. Fallos: 325:524, voto de los jueces Fayt y Petracchi).

14) Que en diversas oportunidades se ha explicado que los ciudadanos tienen —a través del sufragio, que representa la base de la organización del poder— el derecho de formar parte del cuerpo electoral y, de ese modo, constituir directa o indirectamente a las autoridades de la Nación (cf. Fallos: 319:1645 y 2700 —disidencia del juez Fayt— y 325:524).

Por ello, la instancia de oficialización judicial de los candidatos reviste especial trascendencia dentro del proceso electoral, pues el sistema está articulado teniendo como finalidad última y suprema resguardar la manifestación segura e indubitable de la voluntad del elector (cf. Fallos: CNE 2321/97 y 3196/03, entre otros), confiriéndole certeza tanto a él como a los propios candidatos (cf. Fallos: CNE 467/87 y 468/87).

15) Que la representación política es, en clásica definición, una relación social por la que la acción de un partícipe se imputa a los demás (cf. Weber, Max, Economía y Sociedad, 3ª reimpresión, México, 1977, T. III, p. 46).

La ley fundamental determina quiénes y bajo qué condiciones tienen derecho a gobernar. Su investidura proviene de la Constitución y de las leyes que confieren legitimidad a sus actos en virtud de la forma en que han sido designados y las funciones que desempeñan. La legitimidad se refiere, por esencia, a la investidura. La representación, por consiguiente, es la situación objetiva por la que la acción de los gobernantes se imputa a los gobernados (cf. Fayt, Carlos S., "Sufragio y Representación Política", Bibliográfica Omeba, Bs. As., 1963, p. 91).

En nuestra forma de gobierno el carácter representativo de las autoridades depende de que su designación haya tenido o no origen en las elecciones (Fallos: 312:2192 y 319:1645, entre otros). Se ha definido, así, a la democracia como el "régimen en el cual los gobernantes son escogidos por los gobernados, por medio de elecciones sinceras y libres" (Maurice Duverger, "Los partidos políticos", Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1957, p. 376).

En afín orden de ideas, ha destacado el Tribunal que los procesos electorales dan vigencia efectiva a los artículos 1°, 22, 33, 37, 46 y 81 de la Constitución Nacional (cf. Fallos: CNE 751/89, 2648/99, 2649/99 y 3451/05), y que el pronunciamiento del poder electoral del pueblo es lo que proporciona legitimidad a los gobernantes (cf. Fallos: CNE 751/89, 2378/98, 2401/98, 2648/99 y 2649/99).

16) Que, sentado ello, no puede soslayarse el estrecho vínculo que existe, entonces, entre el mencionado principio de la soberanía popular y el régimen representativo, pues "[e]l pueblo participa en el poder a través de la representación" (cf. Linares Quintana, Segundo V. "Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional argentino y comparado", Tomo 8, Editorial Plus Ultra, 1988, p. 53).

Al respecto, resulta imprescindible advertir que se ha señalado que "fue la técnica de la representación la que hizo posible la institución del Parlamento como un detentador del poder separado independiente del gobierno" (cf. Karl Loewenstein, "Teoría de la Constitución", Ed. Ariel, Barcelona, 1976, página 60).

17) Que, en tal sentido, —a diferencia de lo que ocurre en el derecho civil— "en el ámbito de las relaciones políticas [...] [e]n el curso de la Revolución Francesa [...] [e]l mandato imperativo fue desplazado por la representación libre, reemplazándose la relación mandante-mandatario, por una relación gobernado-gobernante" (voto del juez Fayt, Fallos: 317:711). Así, "la noción de 'representación política' involucra inevitablemente en su definición, la libertad del representante. En los límites de esa idea, el concepto de 'libertad' es, primero y ante todo, la ausencia de restricciones. [...] Por ese motivo, puede decirse que si se afecta la libertad del representante se lesiona la sustancia de la representación política. [...] En otros términos, corresponde afirmar que en nuestro sistema institucional, el concepto de representación política solo se halla plenamente vigente cuando, definidas las fronteras del debate, el representante es libre de toda restricción" (cf. Fallo cit.).

Por tanto, las condiciones del mandato están circunscriptas por un período de tiempo, determinado constitucionalmente y libre de toda injerencia externa que pueda conducir a un cambio de reglas sobre el mismo.

18) Que, asimismo y como se dijo, no solo se encuentran vulnerados los derechos políticos y electorales de los ciudadanos que votaron oportunamente por una determinada oferta electoral, sino también se encuentran afectados los derechos de los diputados que conforman la lista consolidada como resultado de los comicios del 22 de octubre de 2017. Específicamente, en lo que respecta a estos autos, el derecho de la candidata a Diputada Suplente en primer término, señora Adriana C. Cáceres.

Ello es así pues, si bien —como explica el *a quo*— "el supuesto puede ser visto como un derecho en expectativa, en atención a que el cargo de legislador solo se efectivizará si se cumple una condición suspensiva (vacante de un legislador titular), que puede o no ocu-

Thomson Reuters

rrir; y dentro de un [determinado] plazo [...] (duración del mandato de los legisladores electos en el 2017), lo cierto es que su condición de primera suplente sí puede encuadrar como un derecho adquirido bajo la vigencia de la ley 24.012, en atención a que su condición [...] se encuentra plenamente consolidada, al haberse definido el resultado de la elección, recayendo la expectativa únicamente en la ocupación efectiva o no de la banca de producirse una vacante" (cf. fs. 105).

19) Que en nada altera la conclusión que antecede el hecho de que la renuncia de los legisladores se hubiera realizado durante la vigencia de la ley 27.412; pues el aludido principio de legalidad impone inexorablemente la necesidad de que la ley estipule previamente una obligación o una prohibición para que pueda luego considerarse que alguien ha incurrido en falta por haber obrado u omitido obrar en sentido diverso al establecido, circunstancia que se desprende también del ya mencionado artículo 7° del Cód. Civ. y Com. de la Nación en cuanto establece que la ley no puede aplicarse retroactivamente (cf. doctrina Fallos: 327:2258).

De esta manera, "[e]l principio de irretroactividad [de las leyes] tiene fundamentos evidentes. El sujeto traza su propia norma individual de conducta conforme a lo que prescribe la norma general vigente. Ateniéndose a ella actúa, negocia, calcula costos y beneficios, organiza su vida, [toma decisiones]. Es por lo común injusto que si posteriormente se modifica esa norma general, se le modifique también ¿a posteriori' su norma individual, declarando prohibido lo que él hizo lícitamente, o imputándole un deber jurídico que no era tal al tiempo de su proceder. Tal vez ese cambio lo beneficie, cuando la nueva ley prescribe una ventaja a su favor, pero perjudicara entonces al otro sujeto de la relación jurídica" (cf. Arauz Castex, Manuel, Derecho Civil, Parte General, Tomo I, Buenos Aires, 1974, p. 145).

Tanto Rivera como Moisset de Espanés destacan que "en el conflicto de leyes en el tiempo está en juego, por un lado, la necesidad de progresar en el ordenamiento jurídico y, por el otro, impedir que las nuevas leyes afecten situaciones jurídicas constituidas, reglamentando el pasado, ya que la inestabilidad que ello acarrearía haría imposible la vida en sociedad" (cf. Junyent Bas, Francisco, El derecho transitorio. A propósito del artículo 7 del Código Civil y Comercial, LA LEY 2015-B, 1095).

Se ha explicado, al respecto, que "ningún órgano del Estado puede adoptar una decisión individual [...] sino dentro de los límites determinados por una ley material anterior" (Duguit, León, cit. en Linares Quintana, Segundo V., Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional, Tomo 4, Plus Ultra, Bs. As., 1978, p. 244), pues —se añadió una sociedad que no reconoce ese principio "no vive verdaderamente bajo un régimen de Estado de Derecho" (ibíd.; en igual sentido, Sánchez Viamonte, Carlos, Manual de Derecho Constitucional, Kapelusz, Bs. As., 1944, p. 98).

Por tanto, este Tribunal entiende que, a los fines de salvaguardar la decisión de la soberanía popular y los derechos de participación política de los legisladores involucrados, la vacante producida en la H. Cámara de Diputados de la Nación por la renuncia del Diputado Guillermo T. Montenegro debe ser ocupada por la Diputada Suplente en primer término, señora Adriana C. Cáceres, bajo los términos de la normativa vigente al tiempo de la elección.

20) Que, por último, como se vio, el objeto central de la cuestión se refiere exclusivamente a un tema de temporalidad de la ley a aplicar, sin perjuicio de las cuestiones de género que puedan relacionarse con la decisión final que surja de las consideraciones impresas en el *sub examine*.

En ese sentido, es que corresponde aclarar que todo lo dicho hasta aquí no es en desmedro de la ley de paridad N° 27.412 y de su finalidad, sino en resguardo de la seguridad jurídica que debe primar en todo ordenamiento jurídico.

Al respecto, la postura de este Tribunal está claramente definida a favor de la participación igualitaria y sin discriminaciones fundadas en meros prejuicios entre varones y mujeres, contenidos en la Constitución Nacional (art. 16, 37, 75 inc. 23) y en los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional (art. 75. Inc. 22), tal como se ha explicitado en un sinnúmero de pronunciamientos que sobre el tema ha dictado como garante del cumplimiento de las medidas que procuran la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios(cf. Fallos: CNE 1568/93; 5026/13; Expte. N° CNE 6713/2016/CA1, sentencia del 20 de abril de 2017; Expte. N° CNE 6459/2019/CA1, sentencia del 24 de octubre de 2019, entre muchos otros).

Las prescripciones allí establecidas, se enmarcan en una concepción progresiva de los derechos fundamentales que no solo requieren del Estado una posición de mero garante neutral o abstencionista, sino que le encomienda remover los obstáculos para hacer verdaderamente efectiva la realización de tales derechos como a la participación de las mujeres, que han sido postergadas históricamente, en la arena pública.

La progresividad supone un accionar hacia adelante, una búsqueda afirmativa de la igualdad real por encima de la igualdad formal; sin afectar el principio de legalidad que resulta esencial e insustituible en el

Thomson Reuters

Estado Social y Democrático de Derecho. De modo que, en ningún supuesto, más allá de las buenas intenciones perseguidas por la ley, podría vulnerarse la arquitectura jurídica que la sustenta.

En ese marco y no en otro es que debe interpretarse el concepto de "igualdad real de oportunidades" que la Constitución Nacional manda asegurar mediante la implementación de "acciones positivas" en los textos de los artículos 37 y 75 inc. 23 de la Constitución Nacional. En efecto, como se dijo, el segundo párrafo del mencionado artículo 37 garantiza la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios mediante acciones positivas en la regulación de las agrupaciones políticas y en el régimen electoral (cf. Expte. N° CNE 6713/2016/CA1, sentencia del 20 de abril de 2017).

Por otra parte, "tanto los textos de Derecho internacional general —entre los que destaca la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer [CEDAW], de 18 de diciembre de 1979 [...] en la que los Estados partes se comprometen a garantizar a las mujeres 'en igualdad de condiciones con los hombres, el derecho a participar en la formulación de las políticas gubernamentales y en la ejecución de estas, y ocupar cargos públicos y ejercer todas las funciones públicas en todos los planos gubernamentales' [art. 7 b)]—, como los gestados en el seno del Consejo de Europa en torno al Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, de 4 de noviembre de 1950 [...], ponen de relieve que la búsqueda de la igualdad formal y material entre mujeres y hombres constituye una piedra angular del Derecho internacional de los derechos humanos" (cf. STC 52/08, del 29 de febrero y Declaración 1/2004, de 13 de diciembre).

Por tanto, se impone considerar que la participación y representación política de las mujeres en condiciones de equidad constituye "una meta ineludible de las democracias" (cf. Hernández Monzoy, Andira "Equidad de género y democracia interna de los partidos políticos. Políticas partidarias para la inclusión política de las mujeres en América Latina", TEPJF, México, 2011, p. 33, cit. en Expte. N° CNE 6459/2019/CA1, sentencia del 24 de octubre de 2019).

Esta meta, "que parte de la observación de la presencia minoritaria de las mujeres en cargos legislativos y ejecutivos alrededor del mundo, se ha traducido —en la práctica— en esfuerzos de los gobiernos por incorporar más mujeres en puestos de toma de decisión" (cf. cit.).

En ese entendimiento, esta Cámara, como se vio, ha asumido un rol activo en la tutela de la igualdad de género hacia el interior de los partidos políticos, del mismo modo en que lo ha hecho para los cargos públicos electivos.

En mérito de lo expuesto, oído el señor fiscal actuante en la instancia, la Cámara Nacional Electoral Resuelve: 1°) Confirmar la sentencia apelada, y 2°) Poner en conocimiento de lo aquí resuelto a la H. Cámara de Diputados de la Nación a los fines que correspondan. Regístrese, notifíquese, comuníquese y, oportunamente, vuelvan los autos al juzgado de origen.

Voto del doctor Corcuera

Considerando:

1°) Que a fs. 8/17 vta. se presenta Adriana Cintia Cáceres, por su propio derecho, e interpone acción de amparo "con el objeto de que [se] disponga [...] [su] asunción como Diputada de la Nación en razón de la vacancia por renuncia a su banca del diputado nacional Guillermo Tristán Montenegro" (cf. fs. 8).

Sostiene que "con la elección de 2017, su resultado y la proclamación de candidatos, nació [...] [su] derecho político a sustituir a cualquier legislador que, en virtud de lo normado por el art. 164 CEN vigente en ese momento, dejara su banca" (cf. fs. 11 vta.) y que, "aun cuando [...] se sostuviera [...] que resulta de aplicación la ley 27.412 [...] la interpretación que [cabe] [...] acord[arle] a dicha norma y a su decreto reglamentario [...] [debe ser] garantizando el derecho de la mujer protegido especialmente" (cf. fs. 12 vta.).

Asimismo, Marcelo Osmar del Sol, invocando su carácter de Diputado Nacional suplente en segundo lugar, promueve acción declarativa de certeza en los términos del artículo 322 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación "con la finalidad de hacer cesar el estado de incertidumbre creado por [...] la posibilidad [de] que la [...] Cámara de Diputados de la Nación considere tomar juramento y admitir como miembro de ese cuerpo a la Sra. [...] Cáceres en reemplazo del Diputado [...] Montenegro" (cf. fs. 116) y solicita que se disponga "que [...] [es él quien] debe asumir" (cf. fs. 121).

A fs. 87/107 el señor juez federal subrogante decide —en lo que aquí interesa— "que la vacante producida en la [...] Cámara de Diputados de la Nación, por la renuncia del diputado Guillermo Tristán Montenegro, debe ser ocupada por la Diputada Suplente en primer término, ciudadana Adriana Cintia Cáceres" (cf. fs. 107) "por aplicación del art[ículo] 164 del Código Nacional Electoral vigente al tiempo de la elección" (cf. fs. 106 vta.).

Thomson Reuters

Para así decidir, sostiene, "que en el presente caso se trata de una situación jurídica ya consolidada que debe regirse por la ley vigente al tiempo de su constitución [...] pues en el caso se aprobó y oficializó la lista de candidatos bajo el anterior régimen normativo, con un determinado orden entre los postulantes, se votó y se determinó el resultado del escrutinio, estableciendo que la Sra. [...] Cáceres quedara como primera suplente y el Sr. [...] Del Sol como segundo" (cf. fs. 100).

Considera que "[l]a aplicación del nuevo art. 164 [modificado en virtud de la ley 27.412] [...] a una lista de candidatos establecida conforme el viejo orden fijado en la ley 24.012 [...] supone una fractura del orden lógico y una aplicación parcializada del régimen" (cf. fs. 101), por lo que "se estaría aplicando la nueva ley en forma retroactiva" (cf. fs. 102).

Contra esta decisión, Marcelo Osmar del Sol apela a fs. 182/vta. y expresa agravios a fs. 189/198.

Cuestiona "[l]a no aplicación de la [l]ey de género 27.412" (cf. fs. 191) y alega que "[l]a situación jurídica que dio lugar a la [...] controversia, tuvo su génesis con la renuncia del Diputado Nacional [...] Montenegro [...] la que surtió efectos [...] cuando ya se encontraba vigente la [l]ey de [p]aridad de [g]énero" (cf. fs. cit.) por lo que —según afirma— "debe sustituirlo el próximo candidato masculino que figure en la lista" (cf. fs. 191 vta.).

Entiende, finalmente, que "con la ley 27.412 [...] el legislador buscó [...] la igualdad [...] entre varones y mujeres [...], pero no la 'hegemonía' del género femenino" (cf. fs. 194 vta.).

A fs. 203/217 y fs. 226/231 contestan el traslado Adriana Cintia Cáceres y Raúl Enrique Martín Garro —en su carácter de apoderado de la Cámara de Diputados de la Nación—, respectivamente.

A fs. 232/246 vta. el Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (ELA), la Fundación para Estudio e Investigación de la Mujer (FEIM), la

Asociación Civil Pro Amnistía, la Fundación Mujeres en Igualdad (MEI), Nélida Minyersky, Diana Helena Maffía, Dora Barrancos, María Inés Tula, Laura Pautassi, Norma Allegrone, María Luisa Storani, Claudia Fernanda Gil Lozano, Fabiana Tuñez, Mara Brawer, Silvia Gabriela Lospennato, Sofía Brambilla y Carolina Gaillard se presentan como amicus curiae.

A fs. 249/252 vta. emite dictamen el señor fiscal actuante en la instancia, quien considera que "debe confirmar[se] a la Sra. Adriana Cintia Cáceres en la vacante producida por la renuncia del Diputado Guillermo Tristán Montenegro" (cf. fs. 252).

Entiende que si bien debe "dar[se] estricto cumplimiento con lo previsto por la ley N° 27.412" (cf. fs. 250), "la cuestión que se plantea en autos no puede quedar atada a una interpretación automática y aislada del art. 164 del Código Nacional Electoral" (cf. fs. 251), sino que "[l]a correcta es [aquélla] [...] que tiende a lograr terminar con la inequidad imperante en el Congreso de la Nación en materia de género" (cf. fs. 251 vta.).

2°) Que la cuestión planteada en el *sub examine* se ciñe a determinar quién debe asumir la banca en la Cámara de Diputados de la Nación en reemplazo del señor Guillermo Tristán Montenegro. Ello, teniendo en consideración que, a fines del año 2017, se modificó la legislación electoral al sancionarse la ley de paridad de género en ámbitos de representación política —N° 27.412— surgiendo así, entre otras, una nueva redacción para el artículo 164 del Código Electoral Nacional.

Por tal motivo, y en forma previa a decidir el fondo de la cuestión traída a conocimiento de este Tribunal, resulta indispensable dilucidar cuál es la legislación aplicable al caso, atendiendo a las particulares circunstancias que acontecen en el presente, las cuales se suscitan durante la vigencia de dos regímenes diferentes. Vale remarcar que al introducir la mencionada reforma, el legislador no ha previsto normas de derecho transitorio que establezcan el modo en que debe procederse en supuestos como el de autos, en tanto no existe disposición alguna en el articulado de la nueva ley (27.412) que fije reglas o principios para la aplicación sucesiva de ambas regulaciones. Por esta razón, y ante tal vacío —al no contar con una solución permanente— resulta tarea del Poder Judicial forjar el criterio y resolver los conflictos que se presenten en cada caso.

3°) Que en tal sentido, es menester resaltar que mediante el Acta N° 35 del pasado 15 de noviembre de 2017 (cf. fs. 2/4 vta.), la Junta Electoral Nacional de la provincia de Buenos Aires decidió —en lo que aquí interesa— "[p]roclamar como Diputados Nacionales electos por la [p]rovincia de Buenos Aires [...] [p]or la lista de la [a]lianza 'Cambiemos Buenos Aires' como [...] diputados titulares a [...] Montenegro, Guillermo Tristán [en tercer lugar,] [...] y como diputados suplentes a [...] Cáceres, Adriana Cintia [en primer lugar, y a] [...] Del Sol, Marcelo Osmar [en segundo puesto]" (cf. fs. 3/vta.).

Ahora bien, de las constancias obrantes en la causa se desprende que el pasado 29 de noviembre de 2019 el señor Montenegro "present[ó su] renuncia al cargo

Thomson Reuters

de Diputado Nacional a partir del día 4 de diciembre de 2019 por haber sido electo en los comicios del día 27 de octubre del 2019 como Intendente del partido General Pueyrredón de la provincia de Buenos Aires" (cf. fs. 42), circunstancia que motivó las presentaciones de ambos diputados suplentes (cf. fs. 8/17 vta. y fs. 116/121 vta.).

4°) Que si bien la elección en virtud de la cual fue electo el señor Montenegro se desarrolló bajo las previsiones de la legislación electoral sin las modificaciones introducidas por la ley 27.412, no puede pasarse por alto que la renuncia de aquel se produjo durante la vigencia de esta última, la cual fue sancionada el día 22 de noviembre de 2017 y publicada en el Boletín Oficial el 15 de diciembre de ese año, entrando en vigor —al no especificar sobre tal punto en su articulado (cf. art. 5° del Cód. Civ. y Com. de la Nación)— el 24 de diciembre.

5°) Que, en este orden de consideraciones cabe destacar que el Cód. Civ. y Com. de la Nación prevé, por un lado, que "[l]as leyes rigen después del octavo día de su publicación oficial, o desde el día que ellas determinen" (cf. art. 5°) y, por otra parte —en lo que aquí importa— que "[a] partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales" (cf. art. 7°).

En tal sentido, se ha señalado que "[e]l régimen [descripto] [...] conserva como regla general el sistema adoptado por el anterior Cód. Civil después de la reforma de la ley 17.711, consistente en la aplicación inmediata de la nueva ley, tanto a las relaciones y situaciones jurídicas que nazcan con posterioridad a ella como a las consecuencias de aquellas existentes al tiempo de entrada en vigor del nuevo texto" (cf. Solá, Ernesto, en Rivera, Julio César y Medina, Graciela —directores—, "Cód. Civ. y Com. de la Nación comentado", Tomo I, LA LEY, Buenos Aires, 2015, ps. 77/78).

Así, se ha remarcado que "[l]a ley entra en vigencia a partir de la fecha que establecen (art. 5°)[;] [e]sa ley describe un supuesto de hecho y quedan subsumidos en ella todas las relaciones jurídicas futuras[;] [l]as que están en curso pueden verse afectadas y entonces hay que establecer reglas de aplicación[;] [l]a regla general es la aplicación inmediata a las consecuencias de relaciones y situaciones jurídicas existentes [...] [; y] la ley no puede tener efectos retroactivos [a] [...] excepción [...] [de] que una ley lo establezca expresamente, pero en ese caso no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales" (cf. Lorenzetti, Ricardo Luis, "Código Civil y Comercial de la Nación comentado", Tomo I, Rubilzan - Culzoni Editores, Santa Fe, 2014, p. 46).

6°) Que, por lo demás, se ha puesto de resalto que "[s]e ha visto [...] que las leyes tienen una entrada en vigencia determinada a partir de las cuales quedan derogadas o modificadas las anteriores: el deslinde entre ambas es nítido y se aplica el art. 5°. La nueva ley reemplaza desde su entrada en vigencia la 'fuerza abstracta' de la ley anterior. Una cuestión distinta es la de determinar el 'efecto material', es decir, la aplicación de una u otra ley a una determinada situación jurídica. Hay supuestos que, al menos en principio, no presentan dificultades especiales. Así [ocurre con] [...] la situación jurídica [que] nace cuando ya está vigente la nueva ley, en que resulta claro que alcanza su efecto material, estando regida por ella en todos los aspectos" (cf. Tobías José W., en Alterini, Jorge H. —director general—; "Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético", Tomo I, LA LEY, Buenos Aires, 2015, p. 43).

7°) Que, en síntesis, "[e]l precepto sienta la regla primaria que a partir de su entrada en vigencia las leyes deben aplicarse con la máxima extensión posible. [...] La aplicación inmediata de la nueva ley garantiza el mayor ámbito de vigencia posible desde que ella significa un progreso sobre el estado de derecho anterior. El ejercicio de nuestros derechos actuales dura y existe tanto como la ley que nos rige, por lo tanto ellos deben seguir el efecto de todo cambio legislativo" (cf. Dell' Orefice, Carolina y Prat, Hernán V. en Alegría, Héctor —director—, "En debate. Código Civil y Comercial", Tomo I, LA LEY, Buenos Aires, 2017, p. 345).

Ello, teniendo en consideración que "[l]a aplicación inmediata de una norma es aquella que se hace a los hechos, relaciones y situaciones que ocurren mientras tiene vigencia, es decir, entre el momento en que entra en vigencia y aquel en que es derogada o modificada" (cf. Taraborelli, José N., "Aplicación de la ley en el tiempo según el nuevo Código", LA LEY, 2015-E, 631).

En tales condiciones, y como ha quedado expuesto, los artículos antes citados resultan "una regla dirigida al juez para proteger la seguridad jurídica [...] y le indica[n] qué ley debe aplicar al resolver un caso, y establece[n] que debe aplicar la ley de modo inmediato" (cf. Lorenzetti, ob. cit., p. 45); "[d]e manera que la regla es la aplicación inmediata" (cf. Ib. Ídem, p. 47).

8°) Que, en tal sentido, y contrariamente a lo sostenido por el *a quo* en cuanto entiende que "se trata de una situación jurídica ya consolidada que debe regirse por la ley vigente al tiempo de su constitución [...] pues en el caso se aprobó y oficializó la lista de can-

Thomson Reuters

didatos bajo el anterior régimen normativo, con un [...] orden entre los postulantes, se votó y se [definió] [...] el resultado del escrutinio" (cf. fs. 100), lo cierto es que el evento jurídico determinante a los efectos de la definición de la norma aplicable al caso es la renuncia del Diputado Nacional Guillermo Tristán Montenegro, circunstancia que —por cierto— suscitó el supuesto de autos.

El hecho de que se hubiera llevado adelante la elección, sus etapas previas y el escrutinio, bajo un determinado régimen normativo, no obsta a que con la dimisión de uno de los diputados electos se configure una situación jurídica diferente, que se rige por la legislación vigente al tiempo de su acontecimiento.

Por ello, y en tanto resulta "claro que las nuevas leyes han de regir las relaciones y situaciones jurídicas que nazcan con posterioridad a su entrada en vigencia" (cf. Rivera, Julio César y Crovi, Luis Daniel en Rivera, Julio Cesar y Medina, Graciela —directores—, "Derecho civil y comercial. Parte general", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2017, p. 127), la legislación aplicable en lo que al mecanismo de sustitución respecta en este caso —en el que, como ha quedado expuesto en los considerandos que anteceden la elección se celebró bajo las previsiones de un régimen y la renuncia que da lugar a la vacancia se produjo durante la vigencia de uno diferente— es el del Código Electoral Nacional con las modificaciones introducidas por la ley 27.412.

9°) Que, en el *sub examine*, no puede invocarse la supuesta aplicación retroactiva de la ley (cf. fs. 102) para justificar el apartamiento de la normativa vigente.

Ya se ha señalado al respecto, que "la irretroactividad de la ley [...] no se contrapone a su efecto inmediato. En efecto, [...] la aplicación inmediata no es retroactiva, porque significa aplicación de las nuevas normas para el futuro, y con posterioridad a su vigencia; el efecto inmediato encuentra sus límites, precisamente, en el principio de la irretroactividad" (cf. Heredia, Pablo D. en Alegría, Héctor —director—, ob. cit., Tomo I, p. 309).

En tal mérito y, como se vio, siendo la renuncia —y no la elección del año 2017— el hecho que da lugar al presente caso, no puede entenderse que se trate de la aplicación de la ley 27.412 hacia el pasado, sino del encuadramiento del suceso en cuestión dentro del marco jurídico vigente al tiempo de su acaecimiento.

En este orden de consideraciones, cabe recordar, además, la constante y reiterada jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal según la cual no existe un derecho adquirido al mantenimiento de las leyes o reglamentos ni a su inalterabilidad (cf. Fallos: 308:1361; 327:2293; 339:245 y 340:257, entre muchos otros) y, se ha explicado, que la modificación de las leyes por otras posteriores no da lugar a cuestión constitucional alguna (Fallos: 259:377; 299:93 y 338:757, entre muchos otros).

10) Que, por otra parte, tampoco puede considerarse —como entiende el magistrado de grado— que la "aplicación [...] de la ley [...] 27.412 [...] afect[e] derechos y garantías consagrados en la Constitución Nacional" (cf. fs. 102 vta.) "lesiona[ndo] el derecho del candidato que ha quedado como primer suplente" (cf. fs. 105).

En efecto, la sola circunstancia de haber formado parte de una lista no le otorga derechos en el sentido sostenido por el *a quo*, pues lo cierto es que en la medida en que el cargo ocupado por el titular no quede vacante, el suplente no asume función alguna; de manera que —desde este ángulo— no se advierte que la aplicación de la norma vigente le ocasione agravio alguno a sus derechos o garantías consagradas constitucionalmente.

Por lo demás, vale recordar que nuestro Máximo Tribunal ha señalado con particular énfasis, que "si bajo la vigencia de una ley el particular ha cumplido todos los actos y condiciones sustanciales y los requisitos formales previstos en esa ley para ser titular de un determinado derecho, debe considerarse que hay derecho adquirido, porque la situación jurídica general creada por esa ley se transforma en una situación jurídica concreta e individual en cabeza del sujeto que, como tal, se hace inalterable" (conf. doctrina de Fallos: 298:472 y 317:1462, entre otros).

Sin embargo, en el *sub examine*, no puede entenderse que el solo hecho de ser suplente hubiera importado adquirir, en los términos antedichos, un derecho que se vea menguado, como sostiene el magistrado.

Solo a mayor abundamiento, cabe destacar que "[e]n general se acepta que si [...] en el instante en que la nueva norma legal comenzó a regir el derecho aún no había sido adquirido individualmente, pero estaba in fieri, por nacer, no podrá ya adquirirlo el individuo sino con arreglo al principio imperativo de la nueva ley. El fundamento de la doctrina del derecho adquirido es que el legislador es omnipotente, dentro de los límites constitucionales. Puede suprimir o transformar las instituciones jurídicas existentes; puede, sin introducir innovaciones substanciales en dichas instituciones, modificar las reglas que rigen los derechos que derivan de las mismas; puede someter a nuevas condiciones la conservación y la eficacia del derecho" (cf. Linares Quintana, Segundo V., "Tratado

Thomson Reuters

de la ciencia del derecho constitucional", Tomo 6, Editorial Plus Ultra, segunda edición, Buenos Aires, 1980, ps. 36/37).

11) Que, por otra parte, tampoco puede entenderse que exista lesión al derecho de un candidato suplente por la mera expectativa que tendría frente a la eventual renuncia de un candidato titular.

A tal efecto, cabe recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado "que la Constitución Nacional no impone una versión reglamentaria única en materia de validez intertemporal de las leyes, por lo que el legislador puede establecer o resolver que la ley nueva modifique un mero interés, una simple facultad o un derecho en expectativa ya existente" (cf. doctrina de Fallos: 330:855 y sus citas).

12) Que, finalmente, no puede considerarse que los derechos de los ciudadanos de la provincia de Buenos Aires que se expresaron a través del sufragio en los comicios del año 2017 se vean afectados por la aplicación de una norma que se encuentra vigente.

En efecto, no se advierte que su derecho a elegir le fuera desconocido o vulnerado en forma alguna por el nuevo régimen ni que la ley restrinja o cercene algún derecho electoral del que pudieran ser titulares en virtud de la normativa anterior; así como tampoco que se genere agravio alguno con relación al resultado de la elección en sí misma, en tanto el candidato que surja como reemplazante del señor Montenegro habrá participado en las mencionadas elecciones a través de la alianza que también postuló a este último, y será parte de los Diputados suplentes que la Junta Electoral de la provincia ha proclamado por esa misma agrupación.

13) Que no obstante lo dicho acerca de la eficacia temporal del régimen jurídico modificado por la ley de paridad de género en ámbitos de representación política (27.412), corresponde adelantar que ello no conduce a la solución que propone el apelante en este singular caso —caracterizado, como ya se dijo, por la transición desde el sistema legal bajo el cual fueron postulados (en la elección de 2017) el diputado nacional renunciante y las personas propuestas como suplentes— pues a los fines de decidir el modo en que debe procederse al reemplazo del Diputado Nacional Guillermo T. Montenegro, no puede desatenderse la esencial teleología de la citada ley de paridad, tal como lo hizo este Tribunal el pasado 24 de octubre en el Expte. N° CNE 6459/2019/CA1 "Juntos por el Cambio s/ oficialización de candidaturas. Elección general - comicios 27 de octubre de 2019".

En este sentido, vale resaltar que nuestro Máximo Tribunal tiene dicho que "[e]n el marco que plantea la Constitución de 1994, la igualdad debe ahora ser entendida no solo desde el punto de vista del principio de no discriminación, sino también desde una perspectiva estructural que tiene en cuenta al individuo en tanto integrante de un grupo. El análisis propuesto considera el contexto social en el que se aplican las disposiciones, las políticas públicas y las prácticas que de ellas se derivan, y de qué modo impactan en los grupos desventajados, si es que efectivamente lo hacen" (cf. Fallos: 340:1795).

En particular, y con respecto a la observancia de las disposiciones que tutelan la igualdad de género en el ejercicio de los derechos políticos, resulta oportuno recordar que la "igualdad real de oportunidades" que el artículo 37 de la Constitución Nacional procura garantizar mediante la implementación de acciones afirmativas (cf. artículo 75 inciso 23) implica un accionar progresivo por parte del Estado tendiente a remover los obstáculos a una mayor participación (cf. Exptes. N° CNE 6713/2016/CA1, sentencia del 20 de abril de 2017 y 6459/2019/CA1, sentencia del 24 de octubre de 2019).

En igual orden de consideraciones, la disposición transitoria segunda de la ley fundamental destaca con claridad que "[l]as acciones positivas a que alude el artículo 37 en su último párrafo no podrán ser inferiores a las vigentes al tiempo de sancionarse esta Constitución y durarán lo que la ley determine".

14) Que, al respecto, corresponde señalar que las acciones afirmativas establecen un trato formalmente desigual orientado a lograr una igualdad material. Tanto en el derecho de los Estados Unidos —en el que ha tenido mayor aplicación la doctrina de las "acciones afirmativas" o "discriminación inversa"— cuanto en el derecho comunitario europeo se ha establecido que las acciones afirmativas deben interpretarse examinando con precisión las circunstancias de cada caso (caso Prontiero c. Richardson (411 US 677), sentencia del 17 de octubre de 1995 en el caso C-450/93 "Kalanke c. FreieHansestadt Bremen" y sentencia del 11 de noviembre de 1997, en el caso C-409/95 "Marschall c. LandNordhein-Westfalen") (cf. Fallo CNE 3005/02 y Exptes. N° CNE 6713/2016/CA1 y 6459/2019/CA1 cit.).

En efecto, nuestro país ha seguido los principios consagrados en el orden internacional que en materia electoral y de partidos políticos se pronuncian claramente en favor de una participación igualitaria y sin discriminaciones fundadas en meros prejuicios entre varones y mujeres, contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención contra toda forma de Discriminación de la Mujer (cf. Exptes. N° 6713/2016/CA1 y 6459/2019/CA1 cit.).

Thomson Reuters

Tales prescripciones se enmarcan —como se señaló— en una concepción progresiva de los derechos fundamentales que no solo requieren del Estado una posición de mero garante neutral o abstencionista, sino que le encomienda remover los obstáculos para hacer verdaderamente efectiva la realización de tales derechos, en el caso, a la participación política (cf. Exptes. N° v cit.).

En efecto, los hechos plasmados en el *sub examine* imponen considerar que la participación y representación política de las mujeres en condiciones de equidad constituye "una meta ineludible de las democracias" (cf. Hernández Monzoy, Andira "Equidad de género y democracia interna de los partidos políticos. Políticas partidarias para la inclusión política de las mujeres en América Latina", TEPJF, México, 2011, p. 33).

Esta meta, "que parte de la observación de la presencia minoritaria de las mujeres en cargos legislativos y ejecutivos alrededor del mundo, se ha traducido —en la práctica— en esfuerzos de los gobiernos por incorporar más mujeres en puestos de toma de decisión" (cf. Ib. Ídem.).

En ese entendimiento, esta Cámara ha asumido un rol activo en la tutela de la igualdad de género hacia el interior de los partidos políticos, del mismo modo en que lo ha hecho para los cargos públicos electivos.

En sintonía con lo precedentemente expuesto, no puede descartarse que medidas como las hasta aquí descriptas —enfocadas en el grupo específico de las mujeres—, puedan orientarse a otros casos o supuestos de género; las cuales, de presentarse en un futuro, podrán ser objeto de análisis en su debida oportunidad en el marco del caso concreto.

15) Que la legislación vigente, en el caso la ley N° 27.412, establece la paridad de género en ámbitos de representación política, conforme también existen ejemplos en el derecho comparado.

En tal sentido, corresponde señalar que —a diferencia de otras fórmulas de equilibrio paritarias que podrían haberse adoptado, en donde no sean establecidas como un tipo de acción afirmativa— nuestro poder legislativo reguló la paridad de forma tal que la mencionada ley solo puede ser entendida como una medida más de acción positiva para tratar de equilibrar la situación de un grupo de la sociedad históricamente postergado en materia de participación política, las mujeres.

16) Que las normas mencionadas en los considerandos que anteceden tienen su razón de ser en la necesidad de equiparar la desigualdad que históricamente han sobrellevado las mujeres en cuanto a la diferencia de oportunidades políticas, mediante un trato preferencial que nuestro ordenamiento legal reguló (cf. doctrina de Expte. N° CNE 5385/2017/1/CA1, sentencia del 13 de julio de 2017, disidencia).

En este aspecto, se ha dicho que "[r]esulta constitucional favorecer a determinadas personas de ciertos grupos sociales en mayor proporción que a otras si mediante esa discriminación se procura compensar y equilibrar la marginación o el relegamiento desigualitarios que recaen sobre aquellas personas que con la discriminación inversa se benefician. [...] Un ejemplo [...] está dado por la ley que fijó el cupo o porcentaje mínimo de mujeres que los partidos deben incluir en las listas" (cf. Bidart Campos, Germán J., "Manual de la Constitución Reformada", EDIAR, Buenos Aires, 1996, Tomo I, p. 535).

17) Que en el *sub examine* ante la renuncia del Diputado Nacional titular de la alianza Cambiemos Buenos Aires, el Código Electoral Nacional vigente dispone —en lo que aquí interesa— que "[e]n caso de [...] renuncia [...] de un/a Diputado/a Nacional lo/a sustituirán los/as candidatos/as de su mismo sexo que figuren en la lista como candidatos/as titulares según el orden establecido. Una vez que esta se hubiere agotado ocuparán los cargos vacantes los/as suplentes que sigan de conformidad con la prelación consignada en la lista respectiva y el criterio establecido en el párrafo anterior" (cf. art. 164).

Ahora bien, una lectura lisa y llana de la norma, prevé —como se ve— que el reemplazo se realice únicamente atendiendo al género.

Sin embargo, la aplicación literal y directa de la pauta de sustitución por personas del mismo género conduce en este singular caso —tal como ocurrió en el Expte. N° CNE 6459/2019/CA1 antes citado— a una solución contradictoria con la finalidad de la propia ley, que no es otra que la protección de la mujer en cuanto a las oportunidades efectivas de acceder a cargos públicos electivos, e importaría resguardar a otro grupo (el de hombres) que no es el que tradicionalmente se ha encontrado en una condición real de inferioridad y que no ha sido el que ha guiado al legislador al momento de su sanción.

Ello es así, en atención a la etapa de transición antes señalada (consids. 2° y 13), pues bajo el régimen anterior —que exigía un porcentaje inferior de mujeres en las listas (30%) y disponía el corrimiento directo para los reemplazos— la incorporación al cargo, por sustitución del diputado renunciante en el caso, correspondía a la señora Adriana Cáceres. De manera que si se diera prioridad al candidato varón que le seguía en la lista, la aplicación directa de la ley

Thomson Reuters

27.412, sancionada en tutela de las mujeres, implicaría en los hechos una acción afirmativa en favor de los hombres.

Por ello, no resulta una hermenéutica aceptable privar del trato preferencial que le corresponde al grupo protegido por el régimen legal vigente, pues de lo contrario, la aplicación literal del reemplazo por género a una lista que no fue conformada con la fórmula de paridad que prevé el nuevo sistema (50% mujeres y 50% varones) supondría la paradoja de que una norma sancionada en su favor se aplicara en su perjuicio (cf. doctrina de Expte. N° CNE 5385/2019/1/CA1 cit., disidencia).

18) Que, dadas las especiales circunstancias antes descriptas del presente caso, nos encontramos ante lo que la Corte Suprema ha denominado como "una hipótesis de aplicación irrazonable de una norma en un caso concreto. Es decir, una situación en la que el inconveniente se presenta en la aplicación práctica de la norma que es contraria a su contenido. Un caso contra legem, en el que no se implementa lo que la norma prevé" (cf. Fallos: 340:1795) y, por tal motivo, ha explicado que "no estaría justificada su declaración de inconstitucionalidad, en tanto la norma no es inválida, sino que lo que resulta objetable es la aplicación ilegal que de ella se efectúa (conf. doctrina de Fallos: 317:44 y 'Asociación de Testigos de Jehováu', Fallos: 328:2966)" (cf. Fallos: cit. y Expte. N° CNE 6459/2019/CA1 cit.).

En efecto, teniendo en cuenta la concepción progresiva del accionar del Estado en materia de igualdad de género (cf. consid. 13), y que —en tal orientación— la ley 27.412 instituye una acción afirmativa para la participación política de la mujer (cf. consid. 15) que procura una tutela más beneficiosa que la del régimen anterior, sería un contrasentido, en este singular caso, que —por ausencia de una previsión especial para la transición (cf. consid. 2°)— la candidata mujer a quien correspondía cubrir el reemplazo del diputado renunciante sea postergada, precisamente, en razón de su género femenino. Ello importaría, como se dijo, burlar el espíritu y la finalidad de las normas que rigen la participación femenina en los ámbitos de representación política (cf. doctrina de Expte. N° CNE 5385/2017/1/CA1 cit., disidencia).

19) Que, por otra parte, cabe destacar que solo una lectura aislada y parcializada de la norma podría dar sustento a una aplicación como la pretendida por el recurrente.

En efecto, no otra conclusión puede resultar de la interpretación armónica y sistemática de las normas aplicables. En ese entendimiento, se ha dicho reiteradamente que supuestos como el que aquí se presenta tornan indispensable buscar una pauta interpretativa que permita conciliar las distintas disposiciones en juego, correlacionándolas y considerándolas como partes de un todo coherente y armónico (cf. Fallos: 313:1293; 320:783 y 324:4367), y atendiendo —además— al objetivo perseguido por el legislador (cf. Fallos: 312:2192 —voto del juez Petracchi— y 320:875).

Es oportuno recordar que la regla de interpretación de las leyes es dar pleno efecto a la intención del legislador, contemplando la totalidad de sus preceptos (cf. Fallos: 310:500; 323:1406; 326:1339 y 327:388).

En efecto, del debate parlamentario que precedió la sanción de la ley N° 27.412 —modificatoria del Código Electoral Nacional— se desprende que mediante esta se ha buscado "poner en ejecución uno de los mandatos más claros de la Constitución Nacional reformada en el año 94, que tiene la manda clara de acciones concretas para garantizar la igualdad de oportunidades de hombres y mujeres, en este caso en el Poder Legislativo" (cf. Senado de la Nación, 6ª sesión ordinaria, 19 de octubre de 2016, intervención de la senadora Odarda) "como un primer paso en la búsqueda de la ampliación de los derechos que están pendientes" (cf. ob. cit., intervención del senador Naidenoff).

Así, se ha remarcado que "[l]as conquistas de [los] [...] derechos [de las mujeres] requirieron un esfuerzo constante, a punto tal que todavía [se] s[igue] trabajando para alcanzar la plenitud de [aquéllos] [...] que solo formalmente el sistema reconoce a las mujeres" (cf. ob. cit., intervención de la Senadora Durango), y que "es una ley especial para reconocer el 50% para las mujeres" (cf. ob. cit., intervención de la Senadora Negre de Alonso).

Por otra parte, se destacó que esta ley resultaba indispensable "para garantizar la posibilidad concreta y real de que [...] [se] haga[] realidad efectiva el cumplimiento de un derecho humano" (cf. Inserción solicitada por la Senadora González en la sesión cit.) y que "[e]l espíritu de esta sanción debe centrarse en el artículo 37 de [la] [...] Constitución Nacional" (cf. Diputados de la Nación, Inserción solicitada por la Diputada Mendoza en 14ª sesión, del 22 de noviembre de 2017).

20) Que, como se ve, la circunstancia de haber considerado una previsión que atienda al género a los efectos de la sustitución, fue precisamente para lograr su efectiva incorporación en el Congreso de la Nación y evitar que el cumplimiento de las disposiciones que contemplan la participación de las mujeres se convierta en la observancia de un requisito netamente formal y, así, en letra muerta luego de transcurrida la elección.

Thomson Reuters

21) Que, finalmente, resulta oportuno poner de resalto que adoptar otra solución conllevaría a reducir el porcentaje de representación de mujeres que actualmente posee la Cámara de Diputados de la Nación, la cual —según surge de la información proporcionada por la Dirección de Información Parlamentaria al día 4 de diciembre de 2019—, cuenta con 99 integrantes del sexo femenino y 155 del masculino (habiendo tres bancas vacantes), lo que equivale al 39% para las primeras y 61% para los últimos (cf. fs. 69).

22) Que en virtud de lo hasta aquí expuesto, corresponde concluir que la banca que ha quedado vacante con motivo de la renuncia del Diputado Nacional Guillermo Tristán Montenegro, debe ser ocupada por la primera suplente del género femenino que le sigue en el orden de la lista, en este caso, la señora Adriana Cintia Cáceres.

En mérito de lo expuesto, oído el señor fiscal actuante en la instancia, la Cámara Nacional Electoral resuelve: 1°) Confirmar la resolución apelada, en los términos de los considerandos 8°) y 22) por los fundamentos de la presente y, 2°) Poner en conocimiento de la Cámara de Diputados de la Nación el contenido de la presente. Regístrese, notifíquese, ofíciese a la Cámara de Diputados de la Nación, comuníquese y, oportunamente, vuelvan los autos al juzgado de origen. — *Alberto R. Dalla Vía*. — *Guillermo A. Antelo*. — *Santiago H. Corcuera* (por su voto).

Paridad en el Congreso y falta de argumentos en la justicia

Natalia Gherardi (*)

"Por una igualdad sustantiva, sin discriminación, libre de violencias de género y por nosotras, las mujeres", dijo Liliana Schwindt al jurar como diputada en una sesión largamente esperada. "Por las mujeres y gracias a ellas", remarcó a continuación Adriana Cáceres. Con explícitas referencias a las disputas judiciales que las tuvieron como protagonistas, el jueves 27 de febrero de 2020 la Cámara de Diputados tomó juramento a Liliana Schwindt y a Adriana Cáceres, que asumieron sus bancas después de reclamar su derecho a representar a la ciudadanía bonaerense como diputadas de la Nación. Ambas dirigentes plantearon judicialmente su derecho a asumir las bancas en reemplazo de colegas con quienes habían compartido las listas oficializadas en las elecciones legislativas de 2017, quienes renunciaron para asumir otras responsabilidades.

Los resultados electorales de octubre de 2019 configuraron un nuevo escenario político. Con la nueva gestión en el gobierno nacional y en los gobiernos provinciales y locales, muchas personas con mandatos vigentes en la Cámara de Diputados y en el Senado de la Nación dejarían sus lugares para asumir otros cargos. Ese fue el caso del diputado Felipe Solá, que asumió como canciller de la Nación y el caso de Guillermo Montenegro, que asumió la intendencia de Mar del Plata. Sus reemplazos, a diferencia de lo que sucedió entre integrantes de las listas de otras jurisdicciones **(1)**, no se acor-

(*) Abogada (UBA, 1994). Máster en Derecho (London School of Economics and Political Science, 2000). Directora ejecutiva de ELA - Equipo Latinoamericano de Justicia y Género, una organización de la sociedad civil localizada en Buenos Aires que trabaja por la igualdad de género a través del acceso a la justicia y las políticas públicas. Docente universitaria (UBA, UNLa, UNLP). Consultora de CEPAL, ONU Mujeres, PNUD, CIM - OEA.

(1) Fueron numerosos los reemplazos que se resolvieron: Romina Uhrig asumió en reemplazo del diputado Fernando Espinoza; Ana Carolina Gaillard lo hizo en reemplazo del diputado Juan José Bahillo; Inés Yutrovic asumió en sustitución del diputado Martín Pérez (en este caso no restaban varones en la lista y se evitó el llamado a elecciones —que hubieran sido necesarias en caso de adoptar otra postura que no fuera corrimiento—, demostrando otra dificultad que tiene la aplicación retroactiva

Thomson Reuters

daron en el marco de las diversas fuerzas políticas que integraban, sino que fueron objeto de una contienda judicial primero en la justicia bonaerense y que fue definitivamente resuelta por la Cámara Nacional Electoral. En efecto, la disputa se presentó, ya que se propuso en reemplazo de los renunciantes que las bancas fueran ocupadas por varones, desplazando a las mujeres que seguían en el orden de las listas electorales que participaron de la contienda electoral bajo las normas vigentes a 2017. Para eso, argumentaron, debía aplicarse el criterio de reemplazo previsto en la ley de paridad (aprobada con posterioridad), que establece el reemplazo por una persona del mismo sexo.

La sentencia que se comenta permitió que, luego de dos meses de disputa judicial, Cáceres y Schwindt asumieran sus bancas en el Congreso Nacional. Los mismos argumentos presentados en el marco de los autos "Cáceres, Adriana Cintia s/ amparo - Reemplazo del señor diputado nacional Guillermo Tristán Montenegro art. 164 del CEN" (expte. nro CNE 9467/2019/CA1) fueron considerados aplicables para el caso de "Schwindt, María Liliana y otro s/ formula petición - Declaración de certeza - reemplazo por vacancia diputados nacionales art. 164 del CEN" (expte. nro. 9527). Sin embargo, a pesar del resultado favorable para las actoras, los argumentos utilizados por dos de los jueces que integraron la Cámara Nacional Electoral y que dieron el voto mayoritario a favor de las diputadas (Alberto Dalla Vía y Guillermo Antelo) **(2)**, no son suficientes para garantizar la igualdad de género ni la correcta interpretación de las normas, ya que debería aplicarse la interpretación que mejor satisface el objetivo de las normas de acción afirmativa, que es promover la igualdad sustantiva en los órganos de representación política.

En apoyo de ambas causas, un grupo de organizaciones de la sociedad civil, referentes académicas, sociales y políticas comprometidas con la igualdad de género y la igualdad en la participación política presentamos sendos escritos de *amicus curiae* para aportar argumentos en un debate que se ha instalado en distintas jurisdicciones, que adquirió alta repercusión pública y en el que se generaron posturas enfrentadas no siempre razonables ni adecuadas a la realidad del problema. Lo que está en juego es la correcta aplicación de las herramientas diseñadas para la promoción de la igualdad de las mujeres y de los hombres en el ámbito institucional, político y electoral.

Los escritos de *amicus curiae* fueron firmados por las organizaciones ELA - Equipo Latinoamericano de Justicia y Género, la Fundación para Estudio e Investigación de la Mujer (FEIM), Amnistía Internacional Argentina, la Fundación Mujeres en Igualdad (MEI) y las siguientes referentes y expertas: María Inés Tula, Laura Pautassi, Nelly Minyersky, Diana Maffía, Dora Barrancos, Norma Allegrone, María Luisa Storani, Claudia Fernanda Gil Lozano, Fabiana Túñez, Silvia Lospennato, Mara Brawer, Sofia Brambilla y Carolina Gaillard. Este comentario comparte los argumentos presentados ante la Cámara Nacional Electoral con el objetivo de aportar otras miradas a la lectura de la sentencia que se publica.

Al momento de la proclamación de los diputados y diputadas electos en 2017, el texto vigente del art. 164 del CNElectoral establecía para los eventuales reemplazos que "lo sustituirán quienes figuren en la lista como candidatos titulares según el orden establecido". En los dos casos analizados, el reemplazo corresponde a la siguiente titular, una mujer: Adriana Cáceres (en el reemplazo de Guillermo Montenegro) y Liliana Schwindt (en reemplazo de Felipe Solá).

Posteriormente, ya culminada la elección 2017 y proclamados los electos titulares y suplentes, se sancionó la ley 27.412, con la finalidad de ampliar la participación y de mejorar las posibilidades reales de acceso a la representación de las mujeres en el Congreso de la Nación. Así, se propuso aumentar el mínimo obligatorio de un 30% de mujeres en las listas garantizado en la ley 24.012 a la paridad, que implica contar con el 50% de mujeres en las listas y en la propia integración de las Cámaras. Para ello, entre otras normas, se modificó al art. 164 del CNElectoral

de una norma electoral) y Claudia Márquez reemplazó al diputado Martín Llaryora.

(2) No es menor señalar que la Cámara Nacional Electoral no se encuentra conformada en su totalidad, sino que hay un lugar vacante, con un concurso sustanciado y en el que el primer lugar en orden de mérito corresponde a la Dra. Alejandra Lázzaro.

Thomson Reuters

aplicable a los casos de muerte, renuncia, separación, inhabilidad o incapacidad permanente, garantizando que ante un recambio se respete el género de la persona que se deba reemplazar.

Esta previsión intentó evitar una conducta que se había observado en varias oportunidades durante la vigencia de la ley 24.012. La práctica consistía en incorporar a mujeres en lugares que la ley exigía —como mínimo—, pero con el claro propósito de que nunca asuman o sean posteriormente reemplazadas por colegas varones. El caso más público fue en 2011, cuando Raúl Castells pretendió llegar al Congreso sosteniendo que la electa Ramona Pucheta había sido incluida en la lista con el compromiso de renunciar para que él pudiera acceder a ese escaño. Castells explicó así su situación: "La justicia electoral nos objetó que yo iba en segundo lugar y pedía que fuese una mujer, entonces se convino con una dirigente de nuestro movimiento, Ramona Pucheta, que fuese en ese lugar así podíamos oficializar la lista" **(3)**. La señora Pucheta no renunció, asumió la banca y luego denunció a Castells y a Nina Pelozo por "injurias y amenazas" para procurar su renuncia. Esta situación se repitió de manera más reciente en el orden municipal en la localidad de San Genaro (provincia de Santa Fe). En noviembre de 2019, tres mujeres renunciaron a su cargo de concejales electas para agotar así las instancias de sucesión en la lista y que pudiera asumir el varón **(4)**.

Distintos estudios sobre mujeres y partidos políticos en Argentina, tanto a nivel nacional como subnacional, muestran las dinámicas existentes al interior de los partidos políticos, que constituyen una variable central para comprender y explicar las especificidades de los procesos de selección de candidaturas junto con los obstáculos que intervienen cuando las mujeres son candidatas **(5)**. Las experiencias de discriminación y también de violencia (como acabamos de ejemplificar) no son ajenas a los procesos que terminan en la conformación de las listas. Así, la eficacia de la implementación de los marcos normativos tendientes a favorecer una mayor participación de las mujeres colisiona con una cultura partidaria en la que persiste una rígida mirada patriarcal.

La legislación, entonces, para impedir estas maniobras, introdujo no solo la obligación de la alternancia, donde se intercala una mujer y un hombre secuencialmente con paridad porcentual, sino que, una vez que la banca le correspondiera a una mujer, no pudiera esta —renuncia mediante— ser asumida y ejercida la función legislativa por un hombre. Claramente, es una medida de protección dirigida a las mujeres como grupo social históricamente desaventajado, cuya finalidad es mantener el número de mujeres ingresantes en el órgano de representación.

Sin embargo, su aplicación ha traído cierta confusión al realizar una errónea interpretación de la legislación en la materia que motiva esta presentación. Algunas voces reclaman en la nueva redacción del art. 164 del CNElectoral (concebido como una garantía para las integrantes del grupo cuya participación ha sido repetida veces vulnerado) un derecho de aplicación retroactiva a favor de los hombres. Puede parecer una obviedad, pero vale la pena recordarlo: ¡los candidatos varones no tienen (y nunca han necesitado) normas que les otorguen "acciones positivas" a su favor!

---

(3) Al respecto véase: www.perfil.com/noticias/politica/el-pacto-que-le-permite-a-castells-ser-diputado-20111025-0038.phtml.

(4) Léase la repercusión mediática que tuvo este caso en: www.pagina12.com.ar/229412-mujeres-con-banca-propia y www.politicadesantafe.com/la-paridad-de-genero-en-jaque-luego-de-una-renuncia-al-concejo-de-san-genaro/.

(5) Archenti, Nélida - TULA, María I. (eds.), Mujeres y política en América Latina: sistemas electorales y cuotas de género, Heliasta, Buenos Aires, 2008; ARCHENTI, Nélida - TULA, María I. (eds.), La representación imperfecta. Logros y desafíos de las mujeres políticas, EUDEBA, Buenos Aires, 2014; BORNER, Jutta - CAMINOTTI, Mariana - MARX, Jutta - RODRÍGUEZ GUSTÁ, Ana L., Ideas, presencia y jerarquías políticas. Claroscuros de la igualdad de género en el Congreso Nacional de la Argentina., Prometeo Libros Buenos Aires, 2009; CAMINOTTI, Mariana, "Ideas, legados y estrategias políticas en la reforma de las reglas de selección de candidatos: la ley de cuotas pionera de Argentina", Revista Uruguaya de Ciencia Política, vol. 23, nro. 2, ps. 65/86, Montevideo, Instituto de Ciencia Política de la Universidad de La República; GHERARDI, Natalia - MARTELOTTE, Lucía, "Las mujeres en la política: violencia contra las mujeres en lugares de poder", en MAFFÍA, Diana - GÓMEZ, Patricia (comps.), Miradas feministas sobre los derechos, Jusbaires, 2019.

Thomson Reuters

La competencia política y el acceso a los cargos de decisión en el ámbito representativo deben ser analizados con una perspectiva de género, visibilizando cómo las relaciones desiguales de poder impactan y tienen efectos diferenciales según se trate de varones o de mujeres. En este caso particular, corresponde analizar e interpretar las normas aplicables en función del impacto que genera su aplicación. Por eso, teniendo en cuenta tales efectos diferenciales, en el primer año de aplicación de la ley de paridad a nivel nacional junto con la renovación por mitades de la Cámara de Diputados de la Nación, no puede ni debe interpretarse que los órganos de representación ya se configuran como paritarios por el solo hecho de contar con una ley de paridad y haberse aplicado solo una vez en ocasión de la renovación parcial del cuerpo. En otras palabras, no puede exigirse en los reemplazos de las bancas logradas en el marco de la ley de cupo (vigente en las elecciones legislativas de 2017) una salida paritaria a favor de los varones, cuando aún no se ha efectuado la renovación de todo el cuerpo bajo esta norma y la Cámara de Diputados aún no posee un 50% de mujeres en sus bancas.

Tal vez podría pensarse una solución distinta si efectivamente se hubiere superado el 50% de representación femenina en la Cámara, alcanzándose una paridad en su composición, como es el propósito de la ley actual. O aun si la lista evaluada en el caso concreto hubiera propuesto una composición paritaria. Pero ese no fue el caso de ningún de los dos reemplazos evaluados por la Cámara Nacional Electoral. Por el contrario, aún hay muchos obstáculos por superar para llegar efectivamente a la paridad. Entre tales obstáculos, todavía se identifican prácticas que constituyen verdaderas formas de violencia contra las mujeres en la política.

La recomendación general 19 del Comité de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres (CEDAW, por su siglas en inglés) sostiene que la violencia ejercida contra las mujeres es una forma de discriminación que inhibe gravemente la capacidad de la mujer de gozar de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre **(6)** y que "El derecho de las mujeres a una vida libre de violencia por razón de género es indivisible e interdependiente respecto de otros derechos humanos, a saber: ...la libertad de participación..." **(7)**.

En la reciente modificación de la ley 26.485 de Protección Integral de las Mujeres contra Todas las Formas de Violencia en sus relaciones interpersonales (en adelante, la "Ley de Protección Integral" o "ley 25.485"), reformada por ley 27.533 (publicada en el BO el 20/12/2019), se incorporó esta figura.

La Ley de Protección Integral define a la violencia política contra las mujeres en los siguientes términos: "Se entiende por violencia contra las mujeres toda conducta, por acción u omisión, basada en razones de género, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, participación política, como así también su seguridad personal" (art. 4, ley 26.485). En esa línea, entre los tipos de violencia que menciona la ley queda comprendida la *violencia política*, definida como "la que se dirige a menoscabar, anular, impedir, obstaculizar o restringir la participación política de la mujer, vulnerando su derecho a la vida política libre de violencias y/o el derecho a participar en los asuntos públicos y políticos en condiciones de igualdad con los varones" (art. 5, inc. 6, de la ley 26.485). Por lo tanto, resulta claro que violencia política puede configurarse tanto en un contexto electoral como en cualquier otro momento.

La reforma de la legislación argentina se encuentra en línea con el reconocimiento de este concepto en la región. La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (conocida como Convención de Belém do Pará) en su art. 4 consagra el derecho de las mujeres al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas

(6) La recomendación general 19 fue reafirmada y ampliada por la más reciente recomendación general 35, aprobada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en julio de 2017 (CEDAW/C/GC/35), disponible en www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2017/11405.pdf.

(7) CEDAW, recomendación general 35, párr. 15.

Thomson Reuters

por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos, que comprenden, entre otros, el derecho a tener igualdad de acceso a las funciones públicas de su país y a participar en los asuntos públicos, incluyendo la toma de decisiones, así como el derecho a la libertad de asociación. Y que señala explícitamente en su art. 5 que la violencia contra las mujeres impide y anula el ejercicio de esos derechos, por lo cual establece la obligación de los Estados de adoptar políticas y medidas específicas para prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia cuyo incumplimiento puede implicar la responsabilidad internacional del Estado (arts. 5, 7 y 8).

En consonancia con la Convención de Belém Do Pará, la Ley Modelo Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en la Vida Política (Comisión Interamericana de la Mujer - OEA) establece la responsabilidad de los órganos electorales de promover, garantizar y proteger los derechos políticos de las mujeres y de resolver los casos de violencia contra las mujeres en la vida política, en el marco de sus competencias. Esta Ley Modelo ha sido adoptada por el Comité de Expertas (CEVI) que conforman el Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESECVI) con el propósito de armonizar la Convención de Belém do Pará con los marcos jurídicos nacionales en materia de violencia contra las mujeres en la vida política.

La violencia política por razones de género tiene características particulares. Como señalan estudios recientes **(8)**, para calificar como violencia política contra las mujeres es necesario que los actos cumplan con dos condiciones: por un lado, que se trate de acciones que estén dirigidas hacia mujeres por el hecho de serlo o que la conducta las afecte de manera desproporcionada; y, por otro lado, que su objetivo o resultado sea impedir total o parcialmente a las mujeres gozar de sus derechos políticos. En esta misma línea, KROOK y RESTREPO **(9)** sostienen que la violencia contra las mujeres en la política es un fenómeno independiente de la violencia contra los políticos y la violencia en la sociedad en general. Aunque estos dos fenómenos pueden, sin duda, estar dirigidos hacia las mujeres, la violencia contra las mujeres en política tiene la motivación específica de buscar restringir la participación política de las mujeres como mujeres. Así, es una forma distinta de la violencia, porque afecta no solo a la víctima individual, sino que busca entregar un mensaje ejemplificador, al comunicar a las mujeres y a la sociedad que las mujeres, como grupo, no deberían participar en política.

En los casos que se presentaron a decisión de la Cámara Nacional Electoral, se verificaron situaciones de violencia política con el objetivo de obstaculizar e impedir su acceso a la banca de diputada a la cual tenían derecho por su lugar en la lista. Las diputadas debían acceder a la banca por aplicación del corrimiento, tal y como se hizo en los reemplazos de la gran mayoría de los diputados y diputadas que juraron en la sesión del jueves 19 de diciembre de 2019. La situación planteada fue una vulneración de su derecho a la participación política en condiciones de igualdad con los varones en una situación que afecta al colectivo de mujeres de manera desproporcionada, porque la aplicación minimalista de las normas de cupo vigentes hasta 2017 han mostrado el impacto negativo en las posibilidades de representación del colectivo de mujeres.

Pero, además, la gravedad de la situación se profundiza cuando se constata que se trata de una conducta reiterada, como fue el caso de la Sra. Liliana Schwindt. En efecto: de las cuatro bancas logradas por la agrupación 1PAÍS en 2017, se generó en diciembre de 2019 la necesidad de reemplazar a dos hombres (los Sres. Solá y Arroyo). En ambas oportunidades, en lugar de recurrir a la primera persona en el lugar de reemplazos (la Sra. Schwindt, en el lugar 5 de la lista), se pretendió saltearla para dar lugar al reemplazo por otros dos varones (en los lugares 6 y 7 en la lista). Una de esas vulneraciones de derecho fue concretada con la jura del Sr. Jorge

(8) GHERARDI, Natalia - MARTELOTTE, Lucía, "Las mujeres en la política: violencia contra las mujeres en lugares de poder", en MAFFÍA, Diana - GÓMEZ, Patricia (comps.), Miradas feministas..., cit.

(9) KROOK, Mona - RESTREPO, Juliana , "Violencia contra las mujeres en política. En defensa de un concepto", Política y Gobierno, vol. XXIII, nro. 2, 2016, Ciudad de México, División de Estudios Políticos del Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE) (en línea) www.mlkrook.org/pdf/pyg_2_esp_2016.pdf.

Thomson Reuters

Sarghini. La segunda es la que se discutió en el procedimiento sometido a la decisión de la Cámara Nacional Electoral y resuelta a favor de la actora en la sentencia del 11 de febrero.

Si bien en el caso de la Sra. Schwindt no hubo una consideración específica de la situación de hecho planteada, el caso quedó resuelto por referencia a los argumentos de la Cámara en el caso "Cáceres". De no haberse reparado esa vulneración de derechos, se hubiera convalidado una forma flagrante de violencia política, ya que, por razones de género, se "atenta contra la normativa vigente en materia de representación política de las mujeres", "desalentando o menoscabando el ejercicio político o la actividad política de las mujeres" (conforme el art. 6, inc. h, de la ley 26.495).

En definitiva, la norma aplicable a los casos comentados es el art. 164 del CNElectoral, según texto vigente a octubre de 2017, cuando tuvieron lugar las elecciones que determinaron la elección del diputado cuyo reemplazo se debate y de la candidata a diputada siguiente en la lista. Su reforma posterior nunca puede aplicarse retroactivamente a un caso concreto, afectando los derechos de la candidata que legítimamente tiene el derecho de ocupar esa banca, violando principios consagrados en la Constitución Nacional y normas convencionales, sin atender a la finalidad del legislador al sancionar las leyes cuya aplicación se analiza: el derecho a la igualdad real de participación de las mujeres en la arena política y su acceso a la representación.

Tanto la ley de cupo establecida por ley 24.012 (aprobada en 1991) como la norma de paridad incorporada por la ley 27.412 (aprobada en 2017) persiguen la misma finalidad: garantizar el ejercicio de los derechos a las mujeres en tanto grupo desaventajado. No se trata, en este caso, de una minoría electoral, sino de una minoría cultural, social y política que ha sido históricamente desplazada. Y si bien en una primera lectura rápida pareciera beneficiar a las mujeres, su objetivo final es el beneficio general de la sociedad, porque pretende alcanzar la igualdad como meta en una democracia; implica mayor justicia en cuanto promueve y valora la ampliación de sectores históricamente postergados y promueve una representación política más diversa, al incluir en la agenda parlamentaria una mayor pluralidad temática con cuestiones antes omitidas en el debate parlamentario **(10)**.

Es claro: la paridad garantiza mejores condiciones de competencia de las mujeres en las listas, para aumentar así sus posibilidades de acceso al órgano de representación. Y, por esta razón, la ley de paridad —hasta tanto no sea alcanzada en las bancas— no debe ser interpretada para beneficiar a los varones, quienes nunca han necesitado de acciones afirmativas para hacer valer sus derechos políticos.

Sin embargo, los argumentos que sostienen el voto de dos de los integrantes del tribunal (Alberto DALLA VÍA y Guillermo ANTELO), si bien apoyaron el reclamo de Cáceres y Schwindt, carecen de perspectiva de género y se apartan tanto de los fundamentos presentados en el *amicus curiae* como los del fiscal Di Lello en su dictamen. Sostuvo el dictamen fiscal que "la cuestión que se plantea... no puede quedar atada a una interpretación automática y aislada del art. 164 del Cód. Electoral, sino que la correcta es aquella... que tienda a lograr terminar con la inequidad imperante en el Congreso de la Nación en materia de género". Este criterio no fue seguido por la Cámara Nacional Electoral, sino todo lo contrario: consideró que la controversia se refería solo a la temporalidad de la aplicación de las normas, como si el objetivo central que se perseguía fuera irrelevante, es decir, cómo cumplir y hacer efectiva la paridad en tanto herramienta de acción afirmativa.

(10) Así lo han demostrado varios trabajos de investigación. Entre 1989 y 2007, FRANCESCHET - PISCOPO encuentran que las mujeres presentan proyectos con temáticas propias de las mujeres. Las legisladoras presentaron: 79% de los proyectos sobre cuotas de género, 80% de iniciativas sobre despenalización/legalización del aborto, acceso a la contracepción y derechos reproductivos y 69% sobre violencia de género. En FRANCESCHET, Susan - PISCOPO, Jennifer "Gender Quotas and Women's Substantive Representation. Lessons from Argentina", Politics & Gender, vol. 4, nro. 3, 2008, ps. 393/425, Cambridge University Press, Women and Politics Research Section of the American Political Science Association. Entre 1994 y 2003, ARCHENTI - JOHNSON muestran que 87 de las 177 diputadas nacionales que ocuparon su banca al menos por un año presentaron proyectos sobre temas de género. En ARCHENTI, Nélida - JOHNSON, Niki, "Engendering the legislative agenda with and without the quota. A comparative study of Argentina and Uruguay", Sociología Problemas e Prácticas 52, 2006.

Thomson Reuters

Un nuevo caso sometido a la decisión de la Cámara Nacional Electoral, ante la renuncia de la diputada Elisa Carrió, le otorgaba a la justicia la posibilidad de aclarar el punto: si la banca le correspondía al hombre (José Patiño, quien seguía en orden de lista) o a la mujer (Patricia Holzman, quien apelaba al argumento de apoyar la concreción de la paridad en los reemplazos). El dictamen del fiscal Di Lello en ese caso, nuevamente, sostiene la que consideramos es la solución correcta: "...Esta Fiscalía, sin caer en contradicciones, mantiene el criterio sostenido en casos análogos al presente, pues entiende que su respuesta debe estar dirigida a lograr el equilibrio entre hombres y mujeres en la composición de la Cámara de Diputados de la Nación, en orden a los principios consagrados por la Constitución Nacional y la legislación vigente en la materia, que busca reparar las desigualdades existentes, recurriendo a interpretaciones con una perspectiva de género". Sin embargo, en una decisión reprochable, la Cámara Nacional Electoral resolvió en el día de la fecha que "la cuestión planteada... es sustancialmente análoga" a la resuelta en el caso "Cáceres", y, por lo tanto, "la banca vacante por renuncia de la diputada Carrió deberá ser cubierta por corrimiento del orden de la lista de candidatos participantes en los comicios", es decir, por el Sr. José Luis Patiño.

Como sostuvimos en nuestra presentación de *amicus curiae*, para lograr sociedades e instituciones más inclusivas no solo se debe asumir el compromiso de promover la igualdad de género, sino también la responsabilidad de forjar las garantías que permitan su concreción. Esta es una tarea que le compete a la justicia.

Se hizo justicia con Liliana Schwindt y con Adriana Cáceres. Con Holzman la justicia electoral retrocedió al dejar pasar la oportunidad de avanzar hacia la igualdad de género, apoyando sus decisiones con los argumentos correctos, enfocados en garantizar los mecanismos para alcanzar la igualdad de género, en lugar de ignorarla abiertamente.

Thomson Reuters

FERTILIZACIÓN *POST MORTEM*

Utilización de semen criopreservado. Autorización judicial. Contrato de crioconservación de esperma. Derechos personalísimos del causante. Ausencia de consentimiento. Denegación.

Con nota de Paloma González Durán

1. — De la transcripción de las cláusulas del contrato de "Criopreservación de semen" suscripto por el causante no hay nada que indique la existencia de un consentimiento informado expreso siquiera para realizar una TRHA en general, menos aún para recurrir a una fertilización post mortem, utilizando su material genético criopreservado; por ello, autorizar la fertilización con dicho material, afectaría los derechos personalísimos del difunto, entendidos como aquellos que están íntimamente ligados con la persona y que son, por naturaleza, inherentes a ella y su dignidad a la vez que intrasmisibles **[1]**.

2. — De los arts. 560 y 561 del Código Civil y Comercial, se infiere la importancia del "consentimiento previo e informado" en las técnicas de reproducción humana asistida por actos entre vivos, por lo que, con mayor razón, deberá exigirse dicho consentimiento en el caso de que el material genético sea utilizado post mortem debiendo, por las consecuencias jurídicas y familiares que ello trae aparejado, extremarse las medidas a fin de acreditar que el consentimiento se manifestó en forma clara, libre y deliberada.

3. — Se logrará un consentimiento válido si el mismo ha sido efectuado de manera voluntaria por el paciente, queriendo esto decir que no debe haber mediado en el proceso para la consecución del mismo amenaza o coerción, influencia indebida o persuasiones.

4. — La fertilización post mortem realizada por medio de la técnica de reproducción humana asistida es un supuesto especial, por cuanto dicha técnica se realiza con posterioridad de la muerte de uno de los miembros de la pareja o matrimonio.

5. — Desde el punto de vista jurídico no existe en nuestro país una disposición legal que regule la fertilización *post mortem*, motivo por el cual se puede decir que se está ante una laguna del derecho en una temática que es de gran importancia; aunque sí se encontraba regulado en el art. 563 del Anteproyecto del Código Civil y Comercial, solo en cuanto a los embriones.

JNCiv. Nro. 7, 05/02/2020. - C., E. s/ autorización.

[Cita on line: AR/JUR/158/2020]

CONTEXTO DOCTRINARIO DEL FALLO

[1] VIGO, Fiorella, "El tiempo pasa, pisa y pesa. Fecundación post mortem en las técnicas de reproducción humana asistida", RDF: 2016-IV, 187, AR/DOC/4565/2016.

14133/2018

1ª Instancia.- Buenos Aires, febrero 5 de 2020.

Vistos:

I. A fojas 8/10 se presenta por propio derecho la Sra. E. C. ante el fallecimiento de quien fuera en vida su cónyuge M. L. T., solicitando autorización judicial para la utilización de semen criopreservado de aquel en un tratamiento de fertilización asistida post mortem. Manifiesta que dicho material genético se encuentra en poder del Centro de Medicina Reproductiva Pregna, con domicilio en la calle ... de esta Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Relata que el médico de cabecera del Sr. T., al indicarle efectuarse el tratamiento de quimioterapia a causa de un cáncer detectado, le anticipó que tal práctica era sumamente invasiva y que podía afectar su capacidad reproductiva. Que por tal motivo, la aquí peticionante y el Sr. T., decidieron proceder a la criopreservación de semen de aquel, procedimiento que fue realizado en el Instituto Pregna.

Agrega la inexistencia de descendientes de su matrimonio y que ante el deceso del Sr. T. y habida cuenta el deseo de aquel como el propio de tener un hijo, concurre a dicho instituto a los fines de continuar y finalizar el tratamiento ya iniciado; es allí donde se le informó que es necesario —a tales efectos— contar con autorización judicial en reemplazo de la voluntad de quien fuera en vida su cónyuge.

Seguidamente se explaya sobre definiciones y precisiones médicas y jurídicas respecto de las técnicas de reproducción humana asistida, el derecho y la jurisprudencia nacional en la que se funda.

Acompaña documental y ofrece prueba que es ampliada a fs. 52.

II. A fs. 16 obra la partida de matrimonio de los cónyuges M. L. T. y E. C. y a fs. 17 la partida de defunción del Sr. M. L. T.

Thomson Reuters

A fs. 26/27 y 31/33 obra historia clínica del Instituto Pregna, la que da cuenta de los estudios efectuados al Sr. M. L. T.

A fs. 37/39 se adjunta el contrato que celebró el Sr. M. T., DNI ..., de fechas 30 de Diciembre de 2013 y 03 de enero de 2014 con Pregna Medicina Reproductiva, mediante el cual esta última se obliga a la criopreservar y almacenar las muestras de semen de aquel, quedando facultado el contratante a determinar el futuro de las muestras de semen congelado.

En cuanto al plazo de vigencia de dicho consentimiento, el mismo es de un año, a partir de la fecha de la entrega de la muestra y su congelamiento, pudiendo ser renovado de mutuo acuerdo por escrito.

Las cláusulas del instrumento se encuentran predispuestas por Pregna Medicina Reproductiva, por lo que, por su redacción, se asimila el mismo a un "contrato de adhesión".

A fs. 47 y 49 se presentan A. R. T. y R. T., hermanos del Sr. M. L. T., en calidad de testigos quienes ratifican la declaración prestada a fs. 46 y 48, en los términos previstos por los arts. 440 1ª parte, 441 y 443 del Cód. Proc. Civ. y Comercial.

De sus coincidentes declaraciones surge que, habiendo M. tomado conocimiento de la gravedad de su enfermedad, le preguntó al oncólogo si después del tratamiento podría tener hijos, este le aconsejó someterse al procedimiento de criopreservación de esperma, puesto que la quimioterapia podía afectar la capacidad reproductiva. Por tal razón, M. y su esposa, decidieron practicar el procedimiento indicado ya que ambos tenían un deseo enorme de tener un hijo, pero la enfermedad de aquel, apuró los acontecimientos.

A fs. 52 obra acta que da cuenta de la audiencia celebrada entre la Sra. E. C. y su letrado patrocinante, el Dr. Ricardo Daniel Leone Campos con la suscripta, en presencia de la Lic. Patricia Strcikland, trabajadora social del Servicio Social del Juzgado. De la misma surge que después de mantener una amplia entrevista, la accionante ratifica lo expuesto en la demanda y la petición allí realizada. Asimismo, hace saber que se encuentra pagando mensualmente el abono a fin de mantener la criopresevación de gametos. Tal circunstancia fue documentada a fs. 53/59, ver contestación de oficio de Pregna Medicina Reproductiva, adjuntando los comprobantes de pago correspondientes a los períodos 2017-2018, enero a abril de 2019 y mayo a julio de 2019.

Del cotejo del expediente surge a fs. 60, que se recibieron los autos caratulados "T. M. L. s/ sucesión" (N° 14.689/2017) del Juzgado Nacional en lo Civil N° 93.

En dicho Expediente, con fecha 2 de febrero de 2018, se dictó declaratoria de herederos disponiendo que por fallecimiento de M. L. T., le suceden en el carácter de únicos y universales herederos sus padres L. T. V. y E. R. L. y su cónyuge E. C.

Asimismo, surge de aquel, que el acervo hereditario estaba constituido por un plazo fijo en pesos en el Banco Patagonia (ver fs. 7), disponiendo el juzgado interviniente que los dichos fondos fueran depositados en una cuenta en dólares que se abrió en el Banco Nación —Sucursal Tribunales— por un importe de dólares estadounidenses un mil trescientos cincuenta siete dólares con un centavo (U$S 1.357,01.-), (ver fs. 38 vta. y 54), suma que, posteriormente, fue entregada en su totalidad a la Sra. E. C. (ver fs. 66/68) con conformidad de los herederos, padres del causante (ver fs. 35).

A fojas 40/43 obra el dictamen de la Sra. Fiscal quien concluye, después de exponer los fundamentos —a los que me remito en honor a la brevedad—, que la autorización solicitada debe ser rechazada.

III. En dicho contexto procesal y valorando la prueba documental y testimonial aportada por la peticionante, como asimismo la prueba informativa producida en autos y la entrevista personal que mantuvo la suscripta con la Sra. C., corresponde examinar la acción incoada, teniendo en consideración a sus efectos el instrumento denominado "Contrato de crioconservación de esperma" celebrado entre quien fuera en vida el Sr. M. L. T. y Pregna Medicina Reproductiva.

El presente caso debe ser resuelto mediante una decisión razonablemente fundada que conjugue adecuadamente las disposiciones del Cód. Civ. y Comercial, con los principios axiológicos que se desprenden de las normas de superior jerarquía y respetando el orden que surge del sistema de fuentes interno: Constitución Nacional, tratados de derechos humanos internacionales de rango inferior ratificados por el Estado argentino; los usos y costumbres cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarias a derecho (art. 1, 2, 3 del Cód. Civ. y Comercial).

Para comenzar el análisis, lo importante aquí es destacar que, cuando se trata de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA) según nuestra legislación "la determinación de la filiación se deriva del consentimiento previo, informado y libre, prestado de conformidad con lo dispuesto en este Cód. Civ. y Comercial (Cód. Civ. y Comercial) y en la ley espe-

Thomson Reuters

cial" (art. 575 y concordantes), por lo que el análisis de este punto merecerá especial atención tanto en la filiación por TRHA inter-vivos como luego del fallecimiento.

Por ello, en el *sub lite*, la cuestión a decidir se circunscribe a determinar si estando en vida, M. L. T. prestó su consentimiento libre e informado para que, luego de su fallecimiento, E. C. iniciara un tratamiento de fertilización asistida y pudiera utilizar los gametos —de aquel— criopreservados y almacenados en el Instituto Pregna desde el 30 de diciembre de 2013; y en razón de ello, si se configuran los presupuestos para autorizar la FPM.

IV. Preliminarmente cabe destacar que el supuesto de la FPM se presenta cuando una mujer fecunda su óvulo con semen de una persona fallecida.

La fertilización post mortem realizada por medio de la técnica de reproducción humana asistida (TRHA), es un supuesto especial, por cuanto dicha técnica se realiza con posterioridad de la muerte de uno de los miembros de la pareja o matrimonio.

En la práctica la FPM puede darse en distintas modalidades, por ejemplo puede configurarse el supuesto —que no es el caso de autos— que la técnica de reproducción humana asistida se realice con embriones criopreservados de la pareja o matrimonio, es decir, en casos en que la persona fallece con posterioridad a haber iniciado o planeado recurrir a las TRHA.

También puede darse el caso que el embrión sea generado post mortem con gametos criopreservado del fallecido u obtenido incluso recurriendo a una extracción compulsiva de semen de la persona fallecida; no así de ovocitos, por la complejidad en la producción, extracción y conservación.

La FPM puede definirse como aquella TRHA que se lleva adelante luego del fallecimiento de uno de los integrantes de la pareja y que incluye tanto la fecundación de óvulos —con semen criopreservado y/o extraído con posterioridad al fallecimiento—, como la trasferencia embrionaria de manera indistinta. A su vez, se utiliza el término fertilización en vez de filiación, por entender que la filiación póstuma puede acaecer con prescindencia de las TRHA, existiendo la primera aún antes del Cód. Civ. y Comercial (Cód. Civ. y Comercial). Así por ejemplo los arts. 213 y 243 Cód. Civil preveían la presunción de filiación matrimonial en casos en que el marido hubiese fallecido con anterioridad al nacimiento mientras que el art. 254 Cód. Civil daba lugar a la acción de reclamación de estado incluso después del deceso del supuesto padre. Por su parte, los arts. 566 y 568 Cód. Civ. y Comercial operan en similar sentido para la determinación de la filiación matrimonial, y los arts. 580 y 582 Cód. Civ. y Comercial para acciones de reclamación de filiación en supuestos de previo fallecimiento del pretenso progenitor.

En este sentido, la diferencia entre las FPM y las demás TRHA radica en el factor tiempo: la técnica (sea a través de la fertilización del óvulo o a través de la trasferencia embrionaria) se lleva a cabo luego de que una persona ha fallecido, extremo ahora posible gracias al desarrollo de la ciencia).

En torno a las clases de FPM, es posible encontrar una visión más restringida y otra más amplia.

Desde una primera óptica, las clases de FPM pueden presentarse de las siguientes formas: a) Una mujer se insemina artificialmente con material genético del cónyuge o del conviviente fallecido durante el proceso de concretización de las TRHA. b) Una mujer se implanta un embrión crioconservado generado mediante las TRHA. c) Una mujer solicita la extracción de material genético del cónyuge o del conviviente repentinamente fallecido a efectos de utilizar dicho material genético para su posterior fecundación.

Una visión más amplia —que comparto plenamente— no se reduce exclusivamente a supuestos de parejas heterosexuales donde fallece el hombre y la mujer es el sujeto receptor del material genético del cónyuge o conviviente o de un embrión conformado con dicho material y el material genético de la misma, sino que, también considera incluidas a parejas heterosexuales donde fallece la mujer cónyuge o conviviente (mediante el acceso a la gestación por sustitución por medio de embriones generados con material genético de la fallecida y sus gametos), a parejas de la diversidad compuestas por mujeres donde fallece una de ellas (mediante embriones generados con material genético de la fallecida y un donante) y a parejas de la diversidad compuestas por hombres donde fallece uno de ellos —mediante el acceso a la gestación por sustitución por medio de embriones generados con material genético del fallecido y una donante—. (Pérez, Agustina, "Argumentos y contraargumentos en torno a la fertilización post mórtem ¿Qué tiene la maternidad/paternidad póstuma que incomoda tanto?", Revista de Derecho Privado y Comunitario, Derecho Familia I, Rubinzal-Culzoni Editores, 2016, p. 181).

Por lo dicho, en los casos descriptos precedentemente, se está en presencia de supuestos de fecundación post mortem, frente a dicha circunstancia fáctica y que desde el punto de vista de la ciencia puede ser llevada a cabo, cabe preguntarse qué requisitos deben configurarse para que sea permitida en el ámbito jurídico y más precisamente en el caso que nos ocupa

Thomson Reuters

para que sea autorizada por vía judicial; cuáles son las condiciones mínimas que deben darse para, —respetando los derechos personalísimos de todas las partes involucradas, principalmente los de la persona fallecida— realizar una inseminación póstuma garantizando todos los derechos (filiales y hereditarios) del niño que pudiera resultar de dicha práctica.

Existen diversos interrogantes en torno a esta técnica. Por ejemplo, si es posible la extracción compulsiva de gametos. ¿Esto pertenece (o no) al ámbito privado? ¿Constituye un derecho personalísimo la decisión de tener o no hijos? ¿Existe un derecho a reproducirse póstumamente? También preguntas como ¿cuánto tiempo puede estar criopreservado el material genético o los embriones? ¿Qué derechos (si es que los hay) tienen las personas cuyas parejas han fallecido para ejercer la posibilidad de recurrir a la FPM? Qué derechos corresponden al niño que pudiera nacer de dicha práctica? ¿Tendrá derechos filiatorios y/o hereditarios? Y si así fuese, ¿hasta cuándo deberían esperar las personas interesadas en la sucesión del causante?

Estos son algunos de los interrogantes que surgen a la hora de conceptualizar la FPM. Así, "fácil se observa" dice Herrera "que la FPM no solo constituye un conflicto actual, sino que, además, despierta el interés mediático y bioético de ordenamientos jurídicos muy diversos". (Herrera, Marisa; "Filiación post mortem y voces jurisprudenciales comparadas pseudo progresistas. Los problemas de los consentimientos informados prestados desde y para el más allá", InDret, Revista para el Análisis del Derecho, N° 1, 2017, Disponible en: http://www.indret.com/pdf/1280.pdf (06/03/2017)).

Cabe señalar que desde el punto de vista jurídico no existe en nuestro país, una disposición legal que regule la fecundación post mortem, motivo por el cual se puede decir que se está ante una laguna del derecho en una temática que es de gran importancia y que mal que le pese a los legisladores existe en el mundo real; razón por la cual —a mi criterio— resulta imprescindible que la FPM sea expresamente regulada, estableciendo los requisitos que la legislación considere pertinentes, siendo respetuosa de los derechos de todos los involucrados.

Como lo expresé precedentemente, el vacío legal conlleva a suplir la falta, apelando a la interpretación judicial de los casos específicos, dándole total discrecionalidad al juez a la hora de fallar, armonizándolo —en el mejor de los casos— con el art. 19 Constitución Nacional (CN). (Ver Flores Salgado, Lucerito Ludmila "Reflexión ético jurídica sobre las técnicas de reproducción humana asistida" IUS: Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, Instituto de ciencias Jurídicas de Puebla. México, otoño/invierno 2007, p. 104; Guzmán Avalos, Aníbal "La subrogación de la maternidad", IUS: Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla. México, otoño/invierno 2007, Pág. 120 a 121).

Más adelante pasaré revista al desarrollo jurisprudencial local, dando cuenta de las tensiones que surgen ante la ausencia de una norma específica en la materia y ante la inobservancia de reglas generales para las TRHA.

V. La regulación de la FPM en el derecho comparado.

Existen distintos criterios en el derecho comparado respecto a la fecundación post mortem en las que se han adoptado posturas disímiles al respecto, entre las que podemos mencionar: a) su permisión expresa y la regulación de las condiciones de su realización y sus efectos (p.ej.: España, Bélgica, Reino Unido, Países Bajos, Israel, Grecia, Portugal, Canadá, EE.UU., donde depende de cada Estado. P. ej. entre ellos: Alabama, Delaware, Illinois, Maine, New México, North Dakota, Oklahoma, Texas, Utah, Washington y Wyoming han promulgado dentro de sus territorios la Uniform Parentage Act —Ley de Parentesco Unificado, o UPA por sus siglas en inglés—. Otros estados incluso contemplan la vocación hereditaria del futuro niño como por ejemplo California, Luisiana, Virginia y Florida. Así, California en su Probate Code —Código Testamentario— sección 249.5—; Australia, Uruguay, Brasil) y b) su prohibición expresa (p.ej.: Francia, Alemania, Italia, Suecia,); c) o simplemente no están reguladas, como el caso de Rusia (No regula, aunque hay precedente jurisprudencial), México, Venezuela, Perú, Chile y la República Argentina.

Aquellos ordenamientos que admiten la FPM, regulan en líneas generales sobre la base de dos aristas centrales:

a) el tiempo, estableciendo un límite máximo para su realización (en general casi todas las regulaciones en torno a la FPM prevén la existencia de un plazo determinado. Ello garantiza seguridad jurídica a todas las partes involucradas: mujer, herederos y niño que pudiera nacer). Aunque, respecto del plazo en el cual se puede ejercer el derecho a la FPM es posible distinguir entre: i) existencia de un plazo (que como mínimo es de un año pero que puede ser mayor), ii) inexistencia de un plazo (donde cabe diferenciar entre inexistencia de plazo sin efectos hereditarios o con efectos hereditarios) y iii) combinación de existencia de plazo e inexistencia de plazo (el primero con efectos hereditarios y una vez transcurrido el mismo sin efectos hereditarios). En este punto, algunos autores como Gil Domínguez, han considerado que la exis-

Thomson Reuters

tencia de un plazo de un año es demasiado exiguo en relación con el necesario duelo que se debe atravesar una persona por la pérdida de un ser querido y la adopción de una decisión que reconfigura su plan de vida original. (Gil Domínguez, Andrés, Filiación post mortem y técnicas de reproducción humana asistida. El amor después de la muerte. LA LEY 03/08/2016, 03/08/2016, 8 - LA LEY 2016-D, 542);

b) el consentimiento previo de la persona fallecida (autonomía de la voluntad). Se observa que dentro de los países que regulan la FPM todos ellos especifican la necesidad de contar con un consentimiento informado previo. En este sentido, resulta evidente la importancia que tiene en los distintos países, asegurar claramente las condiciones de ejercicio y continuación de la voluntad procreacional, del proyecto parental y el plan de vida, respetando así los derechos personalísimos de la persona fallecida. En este sentido, es importante señalar que Argentina también preveía la necesidad de contar con un consentimiento informado expreso para tal fin.

Así con distintos alcances, la FPM en el derecho comparado, se diseña sobre la base de los siguientes aspectos: a) presencia o ausencia de consentimiento del causante expresado en vida para la fertilización o fecundación (España, por ejemplo requiere del consentimiento expreso y es la única ley que admite también el consentimiento presunto); b) eficacia del consentimiento tras el fallecimiento; c) posibilidad de transferir solo embriones crioconservados o también material genético.

En cuanto al niño que pudiera nacer hace falta también considerar dos puntos centrales al momento de legislar sobre la FPM: los derechos filiales y hereditarios.

En este sentido, tanto en la norma proyectada en este país como en los demás que regulan la FPM no hay una mención expresa a ellos en el mismo artículo donde se autoriza la técnica. Sin embargo, tal situación no le resta importancia al punto de considerar dichos extremos en una legislación respetuosa de los derechos del niño a poder gozar de los mismos derechos que le corresponderían de haber nacido con sus dos progenitores vivos. Cumpliéndose los requisitos legales, la FPM puede desplegar efectos en materia de derechos filiatorios y sucesorios del nacido/a (p.ej., art. 9°, ley española 14/2006).

VI. En nuestro sistema legal si bien la fecundación post mortem no se encuentra regulada en el Cód. Civ. y Comercial, ni en una ley especial, (y sin desconocer las propuestas de ley especial presentadas en 2013 y 2017 en Diputados, cuyo objetivo era y es "regular el alcance, los derechos y las relaciones jurídicas derivadas del uso de las técnicas de reproducción humana médicamente asistida y la protección del embrión no implantado" Artículo 1 de los proyectos de ley 581-aunque esta primera versión no pretendía regular sobre la FPM- y 4058-D-14 y 0091-D-2017) no puedo dejar de mencionar que en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial, se la regulaba en el artículo 563, que en el momento del debate parlamentario su redacción fue eliminada del Código efectivamente sancionado (ley 26.994).

El artículo antes mencionado establecía: "En caso de muerte del o la cónyuge o conviviente de la mujer que da a luz, no hay vínculo filial entre la persona nacida (del uso de las técnicas de reproducción humana asistida y la persona fallecida si la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella no se había producido antes del fallecimiento. No rige lo dispuesto en el párrafo anterior si se cumple con los siguientes requisitos: a) la persona consiente en el documento previsto en el art. 560 o en un testamento que los embriones producidos con sus gametos sean transferidos en la mujer después de su fallecimiento, b) la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella se produce dentro del año siguiente al deceso".

En los Fundamentos del Anteproyecto se explicitaba que la necesidad de regulación correspondía a proteger, de alguna manera, "la especial situación que se presenta cuando uno de los integrantes de la pareja fallece durante el proceso que estas técnicas implican" (Ver Fundamentos del Anteproyecto de Cód. Civ. y Com. de la Nación, p. 77. Disponible en: http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf). Esta redacción fue mantenida también en el Proyecto.

Finalmente, esta figura que proporcionaba cierta seguridad jurídica a todos los actores intervinientes: cónyuge supérstite, difunto, herederos y el niño que pudiera llegar a nacer —con ciertas críticas, en especial en lo relativo al embrión y no así los casos más comunes de gametos del fallecido—, no prosperó y fue eliminada de la versión final del proyecto. El dictamen final de la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación del 20/11/ 2013 daba por eliminada la FPM. (Ver al respecto Congreso Nacional, Cámara de Senadores, sesiones ordinarias de 2013, orden del día n° 892. Impreso el día 20 de noviembre de 2013. (Disponible en: http://ccycn.congreso.gob.ar/orden_del_dia_892/892-013_normal.pdf. Ver Congreso Nacional, Cámara de Senadores, sesiones ordinarias de 2013, orden del día n° 892. Impreso el día 20 de noviembre de 2013. http://ccycn.congreso.gob.ar/orden_del_dia_892/)

Thomson Reuters

Es importante resaltar que ambas versiones permitían únicamente la utilización de embriones, dejando de lado la posible utilización de gametos como así también la extracción compulsiva.

Ello, de base, contradice la postura de la CIDH. Sucede que circunscribir la FPM a los casos en que exista solo embriones (conformados con el material genético de la pareja en el caso de que se trate de dos personas de diferente sexo, o con alguno de las personas que tienen la voluntad de ser padres o apelándose a un material de tercero), implicaría defender la postura contraria a la que es seguida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en: Artavia Murillo y otros contra Costa Rica del 28/11/2012 y además, contradecía el propio texto que se proponía en el Anteproyecto en el art. 19 en su redacción original.

Por otra parte, es dable destacar que esta regulación se conjugaba con el art. 2279 del libro quinto sobre la transmisión de derechos por causa de muerte: "Personas que pueden suceder. Pueden suceder al causante: a) las personas humanas existentes al momento de su muerte; b) las concebidas en ese momento que nazcan con vida; c) las nacidas después de su muerte mediante técnicas de reproducción humana asistida, con los requisitos previstos en el artículo 561; d) las personas jurídicas existentes al tiempo de su muerte y las fundaciones creadas por su testamento".

Este último artículo permanece en el Cód. Civ. y Comercial con idénticos alcances, situación que hace dudar acerca de la procedencia —y sus condiciones— de la FPM. (Técnicas de Reproducción Humana Asistida Tomo II. Obra Colectiva. Directora Marisa Herrera, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, Agosto 2018 Cap. VII Fertilización Posmortem: Una forma novedosa de Familia? Sobre su regulación y Experiencias por Inés Bescós Vera y Agustina Pérez, p. 149 y ss.).

De la combinación anterior, puede observarse que la regla general, era la prohibición de la FPM y la excepción su permisión o realización bajo ciertas condiciones que proporcionen seguridad jurídica a todas las partes involucradas. En este sentido, la regulación propuesta del Anteproyecto reforzaba el principio fundamental y la base de las TRHA que es la autonomía de la voluntad reflejada a través del consentimiento. Así, según los Fundamentos del Anteproyecto el consentimiento es el "elemento central y fundante para la determinación de la filiación cuando se ha producido por técnicas de reproducción humana asistida"; que a su vez, según establecía el Anteproyecto del Cód. Civ. y Comercial, debía ser específico para la inseminación post mortem y en beneficio de una mujer concreta; expreso, pues no debería inferirse que por encontrarse la pareja inmersa en un tratamiento el deseo continúa aún después de fallecido; expresado en forma escrita; formal, mediante testamento o documento privado en la clínica firmado a tal efecto (Rodríguez Guitián, Alma María; "Reproducción artificial post mortem". En XII Congreso Nacional y II Latinoamericano de Sociología Jurídica "Problemas Sociales de Latinoamérica. Desafíos al campo Jurídico", 2011, Comisión de trabajo: Familias, infancias y adolescencias: las respuestas del campo jurídico, p. 3, dice "no es cualquier documento privado, se circunscribe al formulario para dar el consentimiento informado que hay en las clínicas que llevan a cabo tales técnicas de reproducción asistida y al documento de instrucciones previas. A ello ha de añadirse que, al ser excepcional la admisión de la fecundación post mortem por las circunstancias en que va a llevarse a cabo el nacimiento de un futuro ser —esto es, solo se permite cuando concurren determinados requisitos—, pienso que han de exigirse las mayores garantías a la hora de emitir el consentimiento").; y de carácter personalísimo en el sentido de que no debería ser admisible, a ninguna otra persona, asumir ni suplir dicho consentimiento en nombre del difunto (ni siquiera un juez/a).

Además, el art. 563 del Anteproyecto determinaba un plazo máximo de un año para la implantación (no para la transferencia, según palabras textuales del articulado propuesto). Ello, probablemente, en tanto "el éxito no depende en exclusiva de la pericia médica, sino también del estado físico y psíquico en que se encuentre la viuda, de su predisposición al éxito" (Pérez Gallardo, Leonardo B., "Inseminación artificial y transferencia de preembriones post mortem: procreación y nacimiento más allá de los límites de la existencia humana", IUS: Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla. México, otoño/invierno 2007, p. 153) y a su vez "no pone en apuro a la viuda ni va en desmedro de los derechos de los pretensos herederos". (Pérez Gallardo, Leonardo B., "Inseminación artificial..." op. cit., p. 153).

Por otro lado, la norma proyectada proporcionaba reglas claras para establecer el vínculo filial con el difunto, ello en pos de proteger los derechos hereditarios propios del niño que pudiera nacer y de terceros. De esta manera "no queda excesivamente abierta en el tiempo la sucesión hereditaria, de modo que no se menoscaban los derechos de los terceros, sean o no hijos del causante, y a la vez el futuro niño, una vez que nazca, puede disfrutar de derechos sucesorios". (Rodríguez Guitián, Alma María; op. cit. p. 9).

Se dejaban cubiertas así todas las posibilidades a fin de otorgarle al niño todos los derechos que le corresponden, tanto los filiatorios como los sucesorios, como así también los del difunto, quien debería haber

Thomson Reuters

dejado consentimiento expreso, no siendo suficiente para el articulado el consentimiento presunto.

Sin embargo, la regulación propuesta establecía ciertas limitaciones, y no todos las combinaciones posibles dentro de la pluralidad de confirmaciones familiares, estaban previstas.

Supongamos por vía de hipótesis que se hubiere aprobado el artículo 563 del Anteproyecto transcripto más arriba, no cabe duda que el presente caso no hubiere encuadrado en las disposiciones legales por cuanto la mencionada norma se refería a "embriones", y no gametos (sean extraídos en vida o post mortem).

En definitiva, la regulación de la FPM mencionada resultaba restrictiva ya que solo la permitía ante la existencia de embriones in vitro.

Desde dicha perspectiva, reitero que existe en nuestra legislación un vacío legal, por lo que los jueces por medio de sus sentencias deben decidir si hacen lugar o no a la "fecundación post mortem" o "FPM", teniendo para ello en cuenta las particularidades de cada caso concreto, circunstancia esta que crea inseguridad jurídica.

VII. La doctrina frente a la FPM.

a) Entre algunos de los argumentos doctrinarios a favor de la FPM, —a los que adhiero— se resalta la voluntad procreacional y el respeto por el proyecto parental, la importancia del consentimiento, el principio de realidad y la necesidad de regular otros aspectos de la práctica como los hereditarios y filiatorios, la seguridad jurídica, entre otros.

El principio de realidad o lo que es lo mismo, la necesidad de regular este tipo de TRHA, porque es una situación que se puede dar (y de hecho como muestra la jurisprudencia se ha dado como veremos más adelante) y merece una regulación para garantizar los derechos de todas las partes involucradas y asegurar un piso mínimo. De la Torre y Uman cuando sostienen que el avance de las TRHA y, dentro de ella de la fertilización post mortem, ponen de manifiesto la inminente necesidad de reformar nuestra legislación vigente para responder a las nuevas problemáticas que acompañan estos avances científicos e intentar salvar los innumerables conflictos de derechos que pueden surgir como consecuencia de su creciente uso. (De la Torre, Natalia y Uman, Nadia, Fecundación post mórtem, consentimiento presunto del marido y principio de legalidad, en RDF 2012 III-122).

Gil Domínguez advierte "(...) y esto es vital para todos los operadores del sistema judicial— que al no existir ninguna regulación específica, la aplicación e interpretación del art. 19 de la Constitución Nacional, posibilita todas las clases de FPM sin restricción alguna. La norma constitucional habilita la FPM respecto de: a) parejas heterosexuales donde fallece el hombre; b) parejas heterosexuales donde fallece la mujer; c) parejas de la diversidad compuestas por mujeres donde fallece una de ellas y d) parejas de la diversidad compuestas por hombres donde fallece uno de ellos" (Gil Domínguez, Andrés; "Filiación post mortem y técnicas de reproducción humana asistida, ob cit).

Voluntad procreacional: Otro argumento que suelen utilizar aquellos que se encuentran a favor de la FPM, es la necesidad de respetar la voluntad procreacional del causante. Es importante destacar que este es el elemento fundante de las TRHA y la causa fuente en la determinación de la filiación, por lo que los argumentos en este sentido se corresponden en su totalidad con el espíritu del Cód. Civ. y Comercial. A su vez, constituye el único elemento capaz de respetar los derechos personalísimos del causante, por lo que merece especial consideración cuando se trata de proseguir con el proyecto parental después del deceso de uno de los integrantes de la pareja. De allí que el proyecto de Cód. Civ. y Comercial preveía que este estuviese documentado con ciertas formalidades y que específicamente contuviese la posibilidad de proseguir con el plan en caso de fallecimiento.

Así Krasnow, considera que: "...sólo nacerá el vínculo filial si el causante en vida manifestara su voluntad de que los embriones fecundados con sus gametos sean transferidos a su pareja después de su muerte" (Krasnow, Adriana, La filiación en el hoy y en el mañana) en RDF 56-155-2012), o lo que es lo mismo art. 563 proyectado, la norma tiene claramente por objeto la preservación de la voluntad del cónyuge o conviviente fallecido. (Krasnow, Adriana La filiación ya sus fuentes en el Proyecto de reforma del Código Civil y Comercial de la Nación, en LA LEY DFyP, 07710713 p. 18).

Herrera y Lamm sostienen que: "no se debe perder de vista que la amplitud con la cual el art. 14 bis de la CN alude a la protección integral de la familia no se duda que involucra a la familia monoparental. ... Es mejor, a priori y en abstracto, que un niño no nazca cuando una persona prestó su consentimiento informado y libre (voluntad procreacional) y al tiempo fallece? (Herrera, Marisa y Lammm; Eleonora, Una trilogía sobre las bases constitucionales del derecho filial en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil. TRHA. Segunda Parte en MJ-DOC-5752-AR, MJD5752, 2012)

Interés Superior del Niño: La solución proyectada buscaba conjugar el interés superior del niño habido de tal fecundación, el reconocimiento de su derecho a

Thomson Reuters

la identidad y el respeto de la voluntad procreacional del cónyuge o conviviente frente a los intereses —en general económicos— que pudieren movilizar a los sucesores del causante (Famá, María V., Acceso a la Filiación en España a través de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, en Supl. JA, 30/01/2013, p. 3, JA, 2013-I).

Ciruzzi, combinado dos argumentos establece que: en cuanto a la filiación post mortem, creemos que la implantación de los gametos del fallecido solo debería ser aceptada, en caso que él mismo hubiera dejado manifestada su voluntad expresa en tal sentido y tal medida respondiera al mejor interés del niño. (Ciruzzi, María S., Las técnicas de Reproducción Humana Asistida en el Anteproyecto de Reforma al Código Civil: un enfoque bioético en MJ-DOC-5923-AR, MJD5923, 2012)

Derecho sucesorio: Otro argumento detectado entre los doctrinarios que se posicionan a favor de la FPM es el de salvaguardar la vocación hereditaria del niño nacido a través de FPM. Los derechos patrimoniales, tanto del niño que pudiese nacer de las FPM como de los herederos existentes al momento del deceso del difunto, también son relevantes a la hora de considerar la admisión o no de la FPM.

En este sentido, Lloveras y Orlandi comentan que "la vocación hereditaria del hijo post mortem en las condiciones señaladas en el Proyecto, se basa en la personalidad del hijo en cuestión, porque no es justo privarlo de sus derechos hereditarios, discriminándolo en el conjunto de los hijos del mismo padre. La propuesta del Proyecto se ubica en una tesitura de justicia impuesta por una realidad innegable y que respeta el principio constitucional de igualdad" (Lloveras, Nora y Orlandi, Olga E.; "La sucesión intestada en el Anteproyecto de Código Civil", SJA 2012/08/15-63; JA, 2012-III-1375, Abeledo-Perrot).

b) Algunos argumentos en contra de la práctica:

El argumento por antonomasia en contra de la FPM es que esta genera niños huérfanos. Morea considera que "se crea un niño programado huérfano de antemano, imponiéndole un padre de ultratumba, lo cual constituye una aplicación desviada de la finalidad propia de estas técnicas y además tiende a satisfacer un deseo egoísta del hombre que se quiere perpetuar, o de la mujer que quiere revivir la imagen del marido o compañero desaparecido, en perjuicio del interés del niño. En definitiva, la fecundación post mortem conculca de antemano el derecho a la biparentalidad del niño" (Morea, Adrián; "Consideraciones críticas al Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación del año 2012 en los aspectos relativos al estatuto jurídico del embrión", LA LEY DJ, 28/11/2012, 95).

Mientras tanto, Berbere Delgado sentencia que "la FPM conlleva 'en principio a una orfandad congénita' incluso 'a una innecesaria situación de orfandad parental forzada por manipulaciones científicas" (Berbere Delgado, Jorge Carlos; "Fecundación post mortem. ¿Hacia una forzada orfandad parental?", LA LEY DFyP 2012 (octubre), 01/10/2012, 65) y Laferriere finaliza esgrimiendo que "nuevamente en este caso, se vuelve a adoptar la opción que mayor vulneración produce en los derechos del niño. En efecto, se permite engendrar un hijo deliberadamente privado de su padre". (Laferriere, Jorge N.; "Filiación y técnicas de fecundación artificial en el proyecto de Código Civil", El Dial DC18C8, 2012).

También es posible encontrar autores que están parcialmente en contra, es decir, que como regla general están en contra de la autorización de la FPM aunque no obstante la aceptan parcialmente en caso de tratarse de embriones ya generados por considerarlos persona..... Entre ellos se encuentran Ferrer, Córdoba, Valdez Díaz, Zabaleta, Sambrizzi, Pucheta, Terrón y Galli Fiant.

Hay autores que consideran que la FPM atenta contra los derechos del niño (entre ellos el derecho a la identidad) y el interés superior del niño. Así, Sambrizzi considera que "en la fertilización posterior al fallecimiento, se coloca al hijo en forma voluntaria en un hogar disgregado, agrediendo de tal manera su superior interés" (Sambrizzi, Eduardo A.; "Apuntes varios sobre el derecho de familia en el Anteproyecto de Reformas de los Códigos Civil y de Comercio", MJ-DOC-5764-AR | MJD5764, 2012). (Técnicas de Reproducción Humana Asistida, Tomo II, ob. cit., p. 143 y ss.).

Como ya adelanté, adhiero a la primera postura, toda vez que, muchos niños y niñas nacen por fuera del vínculo conyugal y que este ha dejado de ser la única forma de organización familiar. En este orden es que con el transcurso del tiempo han ido visibilizándose otras realidades familiares aquellas que se asientan en convivencias de pareja heterosexuales, las familias monoparentales, (Grosman, Cecilia P. (directora) y Herrera, Marisa (compiladora), Familia monoparental, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2008, p. 237 y ss.) y familias homoparentales (Kemelmajer de Carlucci, Aída - Herrera, Marisa - De La Torre, Natalia, "Adopción y orientación sexual. El sexo de los progenitores y la regla del doble vínculo filial", LA LEY 2013-B, 596; López Faura, Norma V., "El acceso a la filiación adoptiva en las actuales configuraciones familiares según la reforma del Código Civil", Revista Interdisciplinaria de Doctrina y jurisprudencia N° 58, Derecho de Familia, Abeledo-Perrot,

Thomson Reuters

Buenos Aires, 2013, p. 121; Kemelmajer de Carlucci, Aída - Herrera, Marisa y Lamm, Eleonora, "Filiación y homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incómodo y actual", LA LEY 2010-E, 977; Lloveras, Nora; Mignon, María Belén, "La ley 26.618 de Matrimonio Igualitario Argentino: la filiación y el Registro Civil", SJA 17/8/2011; Krasnow, Adriana N., "La filiación en el hoy y en el mañana", Revista Interdisciplinaria de Doctrina y jurisprudencia, Derecho de Familia, Abeledo-Perrot, Bs. As., 56-155, Abeledo-Perrot N° AP/DOC/2776/2012; Gil Domínguez, Andrés, "Comaternidad y copaternidad igualitaria", LA LEY 2012-B, 1251. Herrera, Marisa, Adopción y ¿homo-parentalidad u homofobia? Cuando el principio de igualdad manda", Abeledo-Perrot, SJA 22/09/2010 en Vigo, Fiorella, El tiempo pasa, pisa y pesa. Fecundación post mortem en las técnicas de reproducción humana asistida. RDF: 2016-IV, 08/08/2016, 187).

Por este motivo, resulta preciso y primordial dejar sentado que aquí no se trata de traer al mundo niños/as huérfanos, sino de niños que nacerán sin un doble vínculo filial, pero que en este caso van a tener una madre. Como ya se ha mencionado en el resonadísimo caso "Fornerón" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la familia monoparental es tan familia como cualquier otra y "no hay nada que indique que las familias monoparentales no puedan brindar cuidado, sustento y cariño a los niños". Más aún, "la realidad demuestra cotidianamente que no en toda familia existe una figura materna o una paterna, sin que ello obste a que esta pueda brindar el bienestar necesario para el desarrollo de niños y niñas"(Corte IDH, caso "Fornerón e hija c. Argentina", fondo, reparaciones y costas, sentencia del 27/04/2012, serie C, n° 242, párr. 99.)

Como síntesis de esta realidad jurídica, se ha expresado con acierto que: "La pluralidad de formas de constitución de familia representa una gran ruptura con el modelo único de familia, instituido por el casamiento. Aceptar otras formas de relaciones merecen igualmente, protección jurídica reconociendo el principio de pluralismo y de libertad que ve personificar la sociedad posmoderna" (Crespo Brauner, María Claudia, "O pluralismo no Directo de Familia brasilero: realidade social e reinvencao da familia", Welter, Belmiro Pedro y Madaleno, Rolf Hanssen —coordinadores—, Direitos Fundamentais do Direito de Familia, Livraria do Adrogado, Porto Alegre, 2004, p. 259 y ss), familias ensambladas (Confr. Notrica, Federico; Melon, Pablo E., "El ejercicio de la responsabilidad parental en las familias ensambladas", Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia, N° 72, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2015, p. 171; Alesi, Martín B., Deberes y derechos de los padres e hijos afines (Modelos de duplicación y sustitución de la función parental en la familia ensamblada), Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia: Filiación y Responsabilidad Parental 20/05/2015, 197, LA LEY 20/05/2015; Herrera, Marisa, La noción de socioafectividad como elemento "rupturista" del derecho de familia contemporáneo, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia, N° 66, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2014, p.75 y ss.; Kemelmajer de Carlucci, Aída, Las nuevas realidades familiares en el Cód. Civil y Comercial argentino de 2014, LA LEY 2014-E, 1267; Brunel, Tamara F., "Familias ensambladas: ¿un fenómeno social que anhela ser reconocido por el derecho argentino?", Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia, N° 59, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2013, p. 183 y ss.; Grosman, Cecilia P., "Relaciones de hecho en las familias ensambladas", Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia, N° 46, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2010, p. 73).

Es por esta razón que, fácil puede advertirse que de ninguna manera podría afirmarse que al permitirse que un niño o niña nazca con un único vínculo filial se estaría atentando contra sus derechos.

VIII. Precedentes jurisprudenciales nacionales.

La variedad de hechos y matices motivantes del pleito y la diversidad de resultados arribados en los casos que han llegado a la justicia, evidencian la importancia y necesidad de contarse con reglas jurídicas claras.

El primer supuesto en el país vinculado fecundación post mortem data del año 1999. Se trató de una mujer española que enviudó durante su luna de miel en la Argentina y solicitó la extracción de semen del cadáver de su marido con el propósito de poder llevar ese material genético a su país para realizar una TRHA. En el caso intervino el consulado español, lográndose la autorización judicial al no existir una norma que prohibiera tal práctica.

Como se observa en este caso no se trataba de una autorización a los fines de ordenar una fecundación post mortem, sino la extracción de semen de una persona fallecida para posteriormente realizar en su país de origen una TRHA. ("Autorizan la extracción de semen de un hombre fallecido. Para que haya vida tras la muerte" Página 12, en http://www.pagina12.com.ar/1999/99-11/99-11-03/pag21.htm).

En la Provincia de Buenos Aires el 21 de noviembre de 2011, se dictó el primer fallo en la materia en el Tribunal de Familia de Morón N° 3, en los autos caratulados: "G. A. P. s/ autorización (Revista de Derecho de Familia n° III, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012, p. 119), con motivo de una acción

Thomson Reuters

declarativa de certeza iniciada por una mujer que pretendía solicitando "se declare que no existe impedimento alguno para que se le efectúe el implante del material genético criopreservado" y poder seguir así adelante con un tratamiento de fertilización iniciado con su marido (en junio de 2010) utilizando los gametos masculinos crioconservadas de este luego de su prematura muerte (13 de marzo de 2011) a raíz de un cáncer.

En dicho caso, el instituto de fertilidad se negaba a proseguir el tratamiento previsto y ante el pedido de autorización el Tribunal interviniente hizo lugar a la acción declarativa de certeza— en plena vigencia del Código Civil de Vélez— y autorizó la utilización del semen criopreservado, con fundamento —entre otros— en el principio de legalidad y reserva —art. 19, Constitución Nacional (CN), como el 25 de la Carta Magna provincial— que consagran el principio de que todo lo que no está prohibido, está permitido; ello al no existir ninguna norma en forma expresa que regule la fecundación post mortem.

La jueza interviniente consideró que "la solicitante tiene derecho a procrear y... que lo podría hacer a través de una fertilización heteróloga con el semen de un donante conocido o anónimo, como ocurre actualmente en el mundo y en el país, sin necesidad de intervención judicial" pero que entiende que lo que la actora desea es completar el proyecto de familia que construyera con su marido de "...tener un hijo ya nombrado por ambos...un hijo producto del amor, buscado con amor" (cons. VII). Por tal motivo, la jueza considera que es posible acudir a la "figura del consentimiento presunto" no solamente porque entendió que el Sr. L. prestó su "consentimiento informado para postergar el inicio de la quimioterapia hasta obtener el material genético... que "estaba al alcance del marido revocar el consentimiento prestado y no solo no lo hizo sino que sus padres y hermana, entrevistados en el Tribunal confirman que '...el deseo de J L era de ser padre...que con el nacimiento se concretaría el sueño del matrimonio G.-L.'" (cons. VIII).

Otro fallo fue dictado en la Provincia de Mendoza el día 7 de agosto de 2014 por la Tercera Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario de Mendoza, en la causa "S., M. C. s/ medida autosatisfactiva" (Rubinzal Culzoni bajo referencia RC J 6303/14). Se originó ante la interposición de un recurso de apelación, deducido por la actora, contra la sentencia que rechazó su pedido de autorización para someterse a una TRHA con los gametos de su esposo fallecido, cuya extracción había sido autorizada judicialmente con anterioridad.

El Juez de primera instancia denegó el pedido, mientras que la Cámara de Apelaciones revocó la resolución impugnada, autorizando la utilización de los gametos extraídos. Se fundó en el principio de legalidad del artículo 19, CN, la garantía legal de acceso integral a las TRHA (ley nacional 26.862) y la aplicación de la doctrina de la Corte IDH en el caso "Artavia Murillo c. Costa Rica".

Sobre la falta de consentimiento del difunto, sostuvo que existía una autorización judicial firme que dispuso la extracción de esperma y que se practicó con anterioridad a la fecha de publicación del decreto 956/2013, reglamentario de la ley 26.862, por lo que el artículo 8° sobre la necesidad de consentimiento previo (llama la atención la referencia a una norma relativa al donante de gametos) no es aplicable por el principio de irretroactividad de la ley. No suficiente con ello, pese a que reconocieron que no había voluntad procreacional expresa otorgada por parte del difunto (uno de los argumentos utilizados por la jueza de primera instancia para desestimar el requerimiento) aclararon que "es imposible que se hubiera otorgado el consentimiento informado al efecto de la fecundación post mortem toda vez que la muerte lo sorprendió en plena juventud y como consecuencia de un accidente laboral" (cons. II) y agregaron que "de todos modos, la cuestión es irrelevante (...) en tanto esta Cámara toma como elementos dirimentes para restar de toda eficacia a dicha falta de consentimiento [el hecho de que] no existen derechos de personas cuya existencia se haya extinguido para el ordenamiento jurídico que puedan ser esgrimidos en contra de pretensiones lícitas y jurídicamente protegidas de personas de existencia visible" (cons. II), por lo que "no parece jurídicamente acertado" concentrarse en ese punto en tanto "respecto del Sr. D., ya fallecido no puede invocarse derecho alguno vulnerado por cuanto ya no es persona sujeto de derechos" (cons. II).

Finalmente, sostuvo que el niño/a que eventualmente pudiera nacer no alcanzaría a tener vocación sucesoria, toda vez que la herencia se defiere al momento de la muerte del causante.

En el ámbito de la Justicia Nacional más precisamente ante el Juzgado Civil N° 3, en autos: "K. J. V. c. Instituto de Ginecología y Fertilidad y otros s/ amparo", (Jurisprudencia Argentina bajo referencia AR/JUR/53958/2014) una mujer promovió amparo solicitando se la autorice a retirar muestras de semen crioconservadas en un centro de criogenia, pertenecientes a su pareja fallecida, a realizarse un tratamiento de fertilización asistida con ellas y a que la obra social codemandada cubra el costo que demande la práctica. Sostuvo que su pareja, hoy fallecida, autorizó por escrito el retiro de las muestras y que el instituto que realizara la práctica le requirió la debida autorización judicial. El juez de primera admite el amparo.

Thomson Reuters

La Cámara Nacional en lo Civil al confirmar el decisorio del Sr. Juez a cargo del Juzgado Civil N° 3 expresó: "...la Obra Social atacó la autorización judicial, para lo que carece de legitimación, y no la condena que a ella le atañe de cubrir un tratamiento de fertilización de acuerdo con la ley vigente. Es decir, que a pesar del claro análisis efectuado por el anterior Magistrado acerca de la ley aplicable al caso —26.862— y de su decreto reglamentario —956/2013—, la quejosa prefirió guardar silencio sobre el punto, consintiendo de ese modo la condena a la cobertura que se le solicitó y que determinó el thema decidendum a su respecto, razón por la cual corresponde confirmar la decisión apelada..." (CNCiv., Sala H, K., J. V. c. I. de G. y F. y otros s/ amparo, del 17 de abril de 2015).

El quinto fallo corresponde al Juzgado de Primera Instancia N° 4 de Santa Rosa, La Pampa, "A., C. V. c. Instituto de Seguridad Social - Sempre s/ amparo" (Sempre s/ amparo" (http://colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2016/02/FA.PCIAL_.-JUZ.-1RA-INST.-CIV.-COM.-LAB.-Y-MINER%C3%8DA-N%C2%BA4.-SANTA-ROSA-LA PAMPA.-Fertilizaci%C3%B3n-post-mortem.pdf) donde la actora reclamaba el derecho a implantarse los 6 embriones criopreservados que tenía con semen de su pareja y óvulos de donante anónimo a la vez que solicitaba que el Instituto de Seguridad Social (SEMPRE) sea condenado a otorgarle "la prestación total e integral, necesaria y gratuita de la práctica de fertilización asistida post mortem y se autorice su realización en el centro asistencial Procrearte de la ciudad de Buenos Aires".

Se trataba de una pareja que había estado junta desde enero de 2010, hasta que él falleció, en octubre de 2014 y que ante la imposibilidad de concebir naturalmente habían recurrido a TRHA donde les habían recomendado recurrir a la ovodonación dadas las características del caso. Meses después del deceso, el 9 de febrero de 2015, la demandante solicitó al SEMPRE la cobertura médica de fertilización asistida post mortem. Sin embargo, mientras ella reclamaba el acceso a y la implantación de los embriones, la obra social argumentaba que, en tanto el marido había fallecido, no había consentimiento para transferir a la mujer el material genético. A su vez, puntualizaron la petición de la actora no está regulada en la ley 26.862 y que, de darse la posibilidad, se estaría violando además el art. 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño, privándolo de conocer a su padre, la vez que privando a este de ejercer "los derechos y deberes provenientes de la responsabilidad parental".

El fallo aquí presentado es el primero en el que en vez de haber gametos o haberse recurrido a una extracción compulsiva hay embriones. Es decir, el único que hubiese cumplido con parte de los requerimientos del art. 563 proyectado.

Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería, Sala 3, Santa Rosa, La Pampa, 26/10/2016 (inédito).

Ante la sentencia anterior la parte demanda interpuso recurso de apelación alegando falta de razonabilidad, legalidad y coherencia con la cual la Sra. Juez *a quo* había hecho lugar a la demanda interpuesta por la actora. Por su parte, la Cámara, con un voto disidente, confirmó la sentencia de primera instancia.

El Juez Salas, cuyo voto es acompañado por la Jueza García de Olmos, con base al art. 19 CN y el entendimiento del embrión como una situación especial diferenciada, consideró que "una cosa es la transferencia post mortem de aquellos embriones generados y aún no implantados como aquí ocurre; otra muy distinta es el uso post mortem de gametos reproductores no fecundados, o por qué no, la posibilidad más extrema de extracción compulsiva de material genético a una persona fallecida, sin que esta hubiese tenido posibilidad alguna de expresar su voluntad. Y es en estos dos últimos supuestos, que obviamente no son los del asunto *sub examine*, donde podría tal vez cobrar mayor fuerza la tesis de la forma y el requisito del consentimiento". Para este juez "la transferencia post mortem de embriones no merece mayores reparos".

En este sentido, reflexiona que los embriones criorpreservados "son, en rigor, aquellos para los que en verdad hubo suficiente, relevante y temporánea voluntad, libremente manifestada (...) [en el marco] de las relaciones humanas básicas voluntarias" y que por ello "no corresponde en autos hablar de la necesidad de un consentimiento renovado, sino de cuál fue la última voluntad conocida, libertaria y suficientemente expresada".

En contraposición, la jueza Albores comienza su disidencia sentenciando que: "el motivo medular del rechazo de la cobertura por parte de la Obra Social fue la ausencia del consentimiento informado (...) que impide conformar la voluntad procreacional actual y además genera duda si el mismo hubiera querido mantener o revocar el consentimiento oportunamente prestado". A su vez, insiste en que los arts. 59 y 561 del Cód. Civ. y Comercial ya han establecido "la forma y las condiciones que exige la ley para la realización de la TRHA, y que la ley es clara al decir que en el caso de la falta de consentimiento la práctica médica no puede llevarse a cabo"...

Por ende, para la jueza "no se puede presumir el consentimiento de quien en vida fuera el concubino de la actora, en virtud de que era un derecho subjetivo

Thomson Reuters

personalísimo del mismo que feneció con su fallecimiento, por lo que no podemos hablar de un consentimiento presunto como lo hace la magistrada de la instancia anterior". Por tales motivos, considera que "corresponde revocar la sentencia apelada y rechazar el recurso de amparo interpuesto por la actora".

En esta oportunidad, la mayoría también se encuentra en la línea con la consideración del embrión como persona humana, por lo que advierte que el caso sería más fácil (o "no merece mayor reparo"), en contraposición a un supuesto dilema ético que podría surgir si, en realidad, se tratase de la creación de embriones después del fallecimiento donde si cabría tener mayor certeza sobre la voluntad del difunto (cuestión en la que no reparan cuando se trata de embriones).

Superior Tribunal de Justicia de La Pampa, sala A, 31/10/2017 (DFyP 2018 (septiembre)

El caso fue apelado ante el Superior Tribunal de Justicia de la provincia, el que sostuvo que el derecho humano al acceso integral a los procedimientos médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida se funda en la dignidad, libertad e igualdad de toda persona humana; que la ley 26.862 se fundamenta en la intención del legislador de ampliar derechos en tiempos de cambios y de más inclusión en el ámbito social y en el de la salud, en el marco de una sociedad que evoluciona aceptando la diferencia y la diversidad cultural, volviéndose más democrática y justa.

Agrega que la interpretación de la Ley 26.862 debe hacerse en el marco de los derechos de toda persona a la paternidad o maternidad, y a formar una familia, en íntima conexión con el derecho a la salud; y que la falta del consentimiento renovado de la pareja fallecida de la actora para la implantación de los embriones crioconservados sobrantes no puede interpretarse como una negación del derecho de esta a realizarse el tratamiento post mortem; cuando su conviviente falleció días después de haber consentido en forma informada la fecundación; pues lo contrario implicaría realizar una inadecuada hermenéutica, haciendo prevalecer un vacío para denegar un derecho de índole esencial de primera generación.

En otro de los casos la Sra. Jueza subrogante a cargo del Juzgado Nacional en lo Civil N° 87, autorizó a una mujer a someterse a tratamientos de fertilización asistida con los gametos criopreservados de su pareja fallecida en un accidente ferroviario.

Aquí los hechos parten de la base de la extracción compulsiva de semen y de la voluntad presunta del marido fallecido, por el hecho de encontrarse la pareja en tratamientos para llevar adelante las TRHA. A su vez, se aclara expresamente que no se debatirán los derechos filiales del niño que pudiera nacer. (Juzgado citado causa: "N. O. C. P. s/ autorización", del 05/05/2016, LA LEY 11/07/2016, 6 con nota de Eduardo A. Sambrizzi. LA LEY 2016-D, 219 con nota de Eduardo A. Sambrizzi, RCCyC 2016 (julio), 94, LA LEY 03/08/2016, 8 con nota de Andrés Gil Domínguez, LA LEY 2016-D, 219 con nota de Andrés Gil Domínguez, RCCyC 2016 (septiembre), 111, AR/JUR/32492/2016).

En este fallo dictado el 5 de mayo de 2016, se señaló que: "El juez tiene la obligación de resolver el pedido de una mujer de someterse a tratamientos de fertilización asistida con los gametos criopreservados de su pareja fallecida, aun cuando el Cód. Civ. y Comercial no haya legislado sobre la filiación post mortem, por aplicación del art. 3 del citado ordenamiento, que resume los conceptos contenidos en los arts. 15 y 16 del Cód. Civil derogado. La jueza subrogante apeló al art. 19 CN y a la conceptualización de salud reproductiva. A su vez, destaca que de la prueba testimonial ofrecida se concluye que previo al accidente las partes habían hecho consultas y estaban por iniciar un proceso de TRHA "tomando unos efervescentes y pastillas las que había terminado justo la semana del accidente y que tenía que hacerse un estudio de sus espermas" (cons. VI), que tanto la hermana y como los padres del fallecido aseguran que el premuerto quería ser padre, y que el difunto tenía turno médico para realizarse estudios relativos a las TRHA al día siguiente del accidente. Así determinó que "a la luz de la Constitución Nacional y legislación interna, la fecundación post mortem no es una técnica prohibida y [que] con los elementos aportados es posible tener por acreditado que el Sr. P. tenía la voluntad firme de ser padre, deseo que se vio frustrado imprevistamente por el terrible accidente en el que perdió la vida" (cons. VII)

Juzgado de Distrito de Familia, Casilda Santa Fe "C., M. S. s/ autorización judicial", 25/11/2001 (Rubinzal Culzoni bajo referencia: RC J 7087/16).

El último fallo versa sobre una pareja conformada en 2009 que convivía desde el 2011 y que había intentado en varias oportunidades consumar su deseo de ser padres a través de TRHA. En medio de este proceso, al hombre le diagnostican cáncer y fallece. La supérstite, informando que quedan cuatro embriones criopreservados "solicita que la autorización conferida sea considerada consentimiento informado en los términos del art. 563 Cód. Civ. y Comercial y, por lo tanto, exteriorización de la voluntad procreacional, ordenándose oportunamente la inscripción del niño nacido como hijo de la solicitante y L. H. P.".

En el fallo se destaca que la pareja no tenía descendientes "y que la única heredera legítima y forzosa de

Thomson Reuters

L. es su madre, R. L. C., quien no solo ha acompañado a la peticionante todo este tiempo, sino que también es testigo del proyecto de vida y sueños en común de ella y el hijo". A su vez, la actora expresa que "existió un consentimiento informado previa realización de la misma [en relación a las TRHA] no revocado, existió una conducta del progenitor que evidenció voluntad procreacional y por lo tanto corresponderá oportunamente su inscripción como su hijo" (p. 3).

Por su parte, el juzgado apela a que ni en el Cód. Civ. y Comercial ni en la ley de TRHA ni en su decreto reglamentario se prohíbe la FPM, aunque "ninguno contempla expresamente el supuesto".

La magistrada determinó que "en el caso, numerosos fundamentos la persuaden de la actualidad y vigencia de la voluntad prestada por el paciente al momento de su fallecimiento, en orden a continuar con éxito la implantación en el útero de su compañera. Concluyó que "con una mirada constitucional y convencional y haciendo una interpretación integral, pero sobre todo sobre el principio de realidad ya referido, considero precedente declarar vigente y actual el consentimiento prestado por L. H. P. para la implantación de embriones criopreservados a la actora, M. S. C., autorizando a la nombrada a tales fines" (p. 8), resolviendo así "otorgar autorización judicial a M. S. C., para continuar con el tratamiento de fertilidad asistida, mediante la transferencia de embriones criopreservados (...), [d]eclarar vigente y actual el consentimiento informado suscripto por esta y su pareja pre-muerta L. H. P., DNI ..., debiéndose tener este por renovado en los términos previstos por arts. 561 y ss. del Cód. Civ. y Comercial" y "no hacer lugar al pedido de oportuna inscripción del hijo por tratarse de un hecho incierto, en los términos que expresan los considerandos".

Como corolario, se observa que todas las resoluciones judiciales tienen algunos puntos en común, por ejemplo, entre ellos podemos enumerar: a) la autorización de la utilización de gametos y/o embriones aunque se carezca de la voluntad procreacional expresa de continuar con el proyecto parental aún después de la muerte, por lo que los argumentos se basan en la voluntad presunta del fallecido; b) la ley de acceso integral 26.862 como fundamento jurídico, destacándose que ella no formula ninguna mención ni distinción en relación con las prácticas de fertilización post mortem ni con el origen de los gametos y/o embriones no cabe más que autorizarlo. A su vez, citan el art. 19 de nuestra Constitución Nacional, el adagio mencionado en las primeras líneas que dice que "lo que no está prohibido está permitido"; c) el otorgamiento de cobertura total del tratamiento por parte de las prepagas y obras sociales demandadas; d) el silencio sobre los potenciales efectos filiatorios, aunque no niegan la posibilidad. Sobre la vocación hereditaria solo el fallo de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario de Mendoza se pronuncia expresamente, y ratificando que "si bien la determinación de la filiación de un eventual hijo concebido por este método no podría negarse, el niño futuro no alcanzaría nunca a tener vocación sucesoria, toda vez que la herencia se defiere al momento de la muerte del causante, y en el caso resulta obvio que el niño no había sido concebido a esa época, ni lo está en la actualidad habiendo transcurrido más de un año y medio desde su fallecimiento"; d) la cita al precedente de vital importancia en la temática de la Corte IDH en el caso "Artavia Murillo c. Costa Rica" (CIDH, "Artavia Murillo y otros ("fecundación In Vitro") c. Costa Rica", 28/11/2012, LA LEY 2013-A, 160 (ver, entre otros Kemelmajer de Carlucci, Aída, LAMM, Eleonora y Herrera, Marisa, "El embrión no implantado. El Proyecto de Código y su total consonancia con la CIDH", LA LEY 2013-A, 907; Monjo, Sebastián, "La fecundación in vitro a la luz del art. 4.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: la sentencia de la CIDH en autos "Artavia Murillo y otros c. Costa Rica", de 28/11/2012", Revista de Derecho de Familia y de las Personas, (marzo), LA LEY, 2013, p. 223, entre otros). Algunos de los fallos, para aclarar el comienzo de la persona humana (por ejemplo: La Pampa y Mendoza), y otros para establecer que la decisión de recurrir a las TRHA forma parte de la vida privada y del ejercicio de los derechos reproductivos (Juzgado Civil N° 3 y N° 87 y Cámara Nacional Civil). En el caso del fallo del Tribunal de Familia de Morón al ser anterior al precedente de la CIDH lógicamente no se encuentra en ninguno de estos dos argumentos esgrimidos. (Técnicas de Reproducción Humana Asistida Tomo II, ob. cit., p. 225 y ss.).

VIII. Requisitos elementales para la procedencia de la FPM.

Tanto la doctrina —argentina y comparada— como la jurisprudencia reseñada que hicieron lugar a la TRHA aquí requerida, han señalado los requisitos elementales para autorizar la fecundación post mortem, los que expondré a continuación:

El primero de ellos se relaciona con el consentimiento informado en forma expresa y libre, el segundo con la voluntad procreacional debidamente manifestada y el plazo.

Mediante la res. 561/2014 de la Superintendencia de Servicios de Salud (Publicada en el Boletín Oficial 03/04/2014) se aprueba el Modelo de Consentimiento Informado Bilateral que deberá ser utilizado obligatoriamente por todos los prestadores, efectores y profesionales médicos que participan en los subsistemas de Empresas de Medicina Prepaga y Obras Sociales,

Thomson Reuters

en los casos establecidos en el art. 7° de la ley 26.529, modificada por la ley 26.742 y su dec. regl. 1089/2012, que garantizan a toda persona el derecho al consentimiento informado en toda actuación profesional en el ámbito médico sanitario. El mencionado art. 7 establece: "Tiene derecho a acceder a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida, toda persona mayor de edad que, de plena conformidad con lo previsto en la ley 26.529 —que regula los "Derechos del Paciente, Historia Clínica y Consentimiento Informado"—, haya explicitado su consentimiento informado. El consentimiento es revocable hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer".

La Ley 26.529, mencionada consagra —entre otros derechos— el derecho de la autonomía de la voluntad de los pacientes (art. 2) y dispone: "El consentimiento informado es un acto necesario para todo tipo de procedimiento médico que se lleve adelante entre médico y paciente". Así el art. 5° define al consentimiento informado como: "...la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a: a) Su estado de salud; b) El procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; c) Los beneficios esperados del procedimiento; d) Los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; e) La especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto y consagra también la revocabilidad de la decisión del paciente en cuanto a consentir o rechazar los tratamientos (art. 10)". Sin dudas esta ley especial, anterior al Cód. Civ. y Comercial, en la materia debe tenerse en cuenta a la hora de entender los fundamentos y alcances del consentimiento.

En principio, el médico no puede efectuar ningún tipo de tratamiento sin recabar el consentimiento del paciente, enseña Bueres, quien encuentra fundamento de esa premisa en dos derechos existenciales, los que protegen la libertad personal y el propio cuerpo. Es allí donde la autonomía del paciente, como bien jurídicamente protegido, surge como una manifestación de la libertad humana y del reconocimiento de su dignidad y valor de la persona, tal como ha sido receptada en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el Pacto San José de Costa Rica (Convención Americana sobre los Derechos Humanos). Hoy en día, esa dignidad y libertad resultan indiscutibles, son fundamento en todo ordenamiento y su reconocimiento está expreso en todas las leyes supremas. De ello se deriva que el derecho al consentimiento informado es la expresión de la libre autodeterminación de todo ciudadano (cf. Mosset Iturraspe, Jorge, El valor de la vida humana, 4ª ed. ampliada y actualizada, Bs. As., Rubinzal-Culzoni Editores, 2002).

Asimismo, el Código Civil y Comercial regula en el Título V "La Filiación" y en el Capítulo Segundo establece las "Reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida", a las que reconoce como un tercer tipo filial, conducida por el principio de la voluntad procreacional; en consonancia con ello, regula las reglas, principios y situaciones propias de esta nueva causa fuente filial" (en Herrera, Marisa; Caramelo, Gustavo y Picasso, Sebastián (Directores), Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Buenos Aires, Infojus, 2015, Tomo II, p. 278). El requisito del art. 560 es uno de esos requisitos ineludibles, o más bien "la exteriorización de la columna vertebral del régimen filial derivado de las TRHA: la voluntad procreacional" (Código Civil y Comercial comentado, cit. p. 279)

El art. 560 dispone: "El centro de salud interviniente debe recabar el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Este consentimiento debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones. Mientras que el art. 561 establece que: "La instrumentación de dicho consentimiento debe contener los requisitos previstos en las disposiciones especiales, para su posterior protocolización ante escribano público o certificación ante la autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción. El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión".

De los artículos antes mencionados, se infiere la importancia del "consentimiento previo e informado" en las técnicas de reproducción humana asistida por actos entre vivos, por lo que, con mayor razón, deberá exigirse dicho consentimiento en el caso de que el material genético sea utilizado post mortem debiendo, por las consecuencias jurídicas y familiares que ello trae aparejado, extremarse las medidas a fin de acreditar que el consentimiento se manifestó en forma clara, libre y deliberada.

No cabe duda alguna que las personas que desean someterse a este tipo de prácticas, ineludiblemente deberán manifestar su voluntad ante el profesional para que la lleve adelante o no. Esta manifestación de la voluntad, expresada en el ámbito de la relación médico paciente, es lo que se ha dado en llamar "consentimiento informado", el que se basa en la noción de que todo paciente de un tratamiento particular, o todo sujeto que se somete a una investigación médica, tiene el derecho a decidir libremente su aceptación o rechazo a esa medida terapéutica o a su participación

Thomson Reuters

en dicha investigación, o sea, implica una declaración de voluntad suficiente efectuada por un paciente.

El "elemento volitivo" es determinante en lo que se refiere al consentimiento informado, puesto que solo se logrará un consentimiento válido si el mismo ha sido efectuado de manera voluntaria por el paciente, queriendo esto decir que no debe haber mediado en el proceso para la consecución del mismo amenaza o coerción, influencia indebida o persuasiones. Desde dicha perspectiva debo destacar que el consentimiento informado es un elemento de resguardo o garantía; "...se funda, en el llamado principio de reserva que consagra el art. 19 de nuestra Constitución Nacional que protege la esfera de privacidad de la persona, su autodeterminación en las acciones en la medida que no afecte la moral pública ni los derechos de terceros (Hooft, Pedro F., "Bioética y Derechos Humanos", Ed. Depalma 2004, Buenos Aires. p. 109. 48 Loyarte, Dolores y Rotonda, Adriana E., "Procreación Humana Artificial: Un Desafío Bioético", Ed. Depalma, 1995, Buenos Aires, p. 96. 33).

Veamos si en este caso se cumplió con el consentimiento informado:

De la transcripción de las cláusulas del instrumento obrante a fojas 37/38 bajo el nombre "Criopreservación de semen", —formulario de adhesión emitido por el Instituto "Pregna", suscripto por el Sr. M. T. y aportado por la actora— no hay nada que indique la existencia de un consentimiento informado expreso siquiera para realizar una TRHA en general, menos aún para recurrir a una FPM, utilizando su material genético criopresevado. (En igual sentido lo señala el Sr. Fiscal en el dictamen que obra a fojas 40/3 al que me remito por razones de brevedad).

Por ello, autorizar la fertilización con dicho material, afectaría a todas luces, los derechos personalísimos del difunto, entendidos como aquellos que están íntimamente ligados con la persona y que son, por naturaleza, inherentes a ella y su dignidad a la vez que intrasmisibles. Por ende, las decisiones al respecto de ellos, no pueden ser tomadas sin la opinión ni actuación de su titular.

El requisito del art. 560, insisto, es uno de esos requisitos ineludibles, o más bien "la exteriorización de la columna vertebral del régimen filial derivado de las TRHA: la voluntad procreacional" (Código Civil y Comercial comentado, ob. cit., p. 279).

Si bien, desde ya, la suscripta tiene una mirada amplia frente a pretensiones como la que aquí se examina (art. 19 CN) porque no soslayo que la ley 26.862 tuvo por finalidad ampliar derechos, "en el marco de una sociedad que evoluciona aceptando la diferencia, la diversidad cultural y, promoviendo de tal modo, una sociedad más democrática y más justa" (ver mensaje que acompaña al dec. 956/2013), y aunque dejo asentado que soy consciente de que la regulación inicial del art. 563 fue modificado excluyendo la utilización de gametos para permitir, únicamente, la utilización de embriones, es tan solo una posibilidad, pero no es aún derecho objetivo, motivo por el cual la práctica de la FPM no está prohibida en la legislación argentina.

En la especie, sin embargo, lo cierto es que no coincido con algunos de argumentos en los que se basaron los fallos reseñados precedentemente. Por ejemplo, cuando acuden al uso de la figura del consentimiento presunto para otorgar autorización para el uso de las gametas masculinas del marido fallecido ya que considero, afectaría los derechos personalísimos del causante, supliendo dicha voluntad expresa, mediante el deseo expresado por parte de la familia del difunto y la aquí peticionante (ver las declaraciones testimoniales obrantes a fs. 47 y 49); u otros argumentos como la no oposición de los parientes y la cesión de derechos hereditarios, sin reconocer pese al vacío legal, la vital importancia que tiene la voluntad procreacional como nueva generadora de vínculos filiales. (A tal efecto se ofreció el Expte. —venido ad effectum videndi— "T. M. L. s/ sucesión" ver fs. .52 y 60 de los presentes autos).

Por ello, es evidente a mi entender, que no existe argumento jurídico alguno que permita saltearse un requerimiento tan claro y preciso a la hora del uso de las TRHA que, según el Código Civil y Comercial establece que: "debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones" (art. 560).

Sumado a ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha recordado que "el concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humanos de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana" cfr. Artavia de Murillo c. Costa Rica 28/11/2012, cit.).

Teniendo en cuenta el respeto a la libertad no se puede forzar a nadie a ser padre o madre (art. 32 inc. 2°, 1ª parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), ni suponer que ha querido serlo, ni sus familiares pueden suplir su voluntad, porque la decisión en tal sentido, supone dos voluntades que se conjugan libremente (obsérvese que aún en la inseminación heteróloga el donante anónimo expresa su voluntad) y un consentimiento inequívoco y personalmente prestado, en razón del derecho personalísimo en juego.

Thomson Reuters

Es que, del otro lado de la cuestión que aquí se plantea, nos encontramos con el ejercicio de los derechos personalísimos luego de fallecido su titular.

El tema de los derechos personalísimos, en general, como así el de su reconocimiento y adecuada protección guarda íntima conexión con aspectos fundamentales que hacen a la dignidad del hombre, a sus derechos primordiales, siendo importante que se le reconozca el carácter de derecho subjetivo.

Los derechos personalísimos constituyen una categoría de derechos subjetivos esenciales, que pertenecen a la persona por su propia condición humana y que se encuentran respecto de ella en una relación de intima conexión. En esta categoría quedan comprendidos el derecho a la vida, el derecho a la integridad física y también derechos al honor, a la identidad personal, a la intimidad como tutelares de la personalidad espiritual (Cifuentes, Santos, "Derechos personalísimos, p. 227, Astrea, ed. 2005.). Ello en función de que tratándose de un derecho subjetivo cesa con el fallecimiento de su titular (Cifuentes Santos. Elementos de derecho civil, Parte General, 2ª edición, Buenos Aires, 1991).

Respecto del consentimiento informado para el acto médico, en conjunción con los derechos del paciente y el art. 59 Cód. Civ. y Comercial, se sobreentiende que, de conformidad con la regulación general sobre los derechos personalísimos (art. 55 y art. 279) ese consentimiento no podrá versar sobre actos contrarios a la ley (...) Y como todo acto de disposición sobre el propio cuerpo (art. 56), no podrá ser suplido por un tercero. Este consentimiento no se presume, es de interpretación restrictiva y libremente revocable", por ende, fácil se puede concluir que la regulación prevista en materia de trasplante de órganos es una excepción y como tal, debe estar prevista de manera precisa en la ley, lo que no acontece en el caso en estudio.

Rodríguez Guitián, sostiene: "...el uso del material genético del difunto, con fines de reproducción tras su muerte, requiere un consentimiento personalísimo al estar implicados el derecho de autodeterminación y la integridad física: en caso de que la persona haya fallecido ya, es cierto que ha desaparecido la personalidad jurídica y con ello los mencionados derechos. Pero esto no implica, en función de lo que fue la dignidad de la persona, una total libertad en cuanto a la disposición y destino de los restos de la persona. Es cierto que puede permitirse las donaciones de órganos de personas fallecidas con fines terapéuticos y de investigación a falta de oposición expresa en vida de aquellas, y siempre con respeto a la voluntad de los familiares, pero es difícil el encaje del problema que aquí se está planteando, con la figura de las donaciones de órganos. Primero porque no es indiscutible que el material genético pueda equipararse a cualquier otro órgano del cuerpo y porque es complicado considerar que el uso de tal material genético para la procreación del cónyuge o pareja constituya una donación (ya que en este ámbito se caracteriza por ser anónimo)...Rodríguez Guitián, Alma M., "Reflexiones acerca del papel de la mujer en la reproducción artificial post mortem", publicado en www.colectivoderecho de familia.com en Cám. Civil, Sala B, "D., M. H. s/ autorización", Expte. 3263/2017, abril de 2018. Inédito).

Por ello, teniendo en cuenta los arts. 59 y 561 del Cód. Civ. y Comercial que han establecido la forma y las condiciones que exige la ley para la realización de la TRHA, y que la ley es clara al decir que en el caso de la falta de consentimiento la práctica médica no puede llevarse a cabo y ante la necesidad de observar la Ley N° 26.529 de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud (arts. 2, 5 inc. b y 10), resulta imposible concluir que hay consentimientos presuntos para después de la muerte.

Por último, he de referirme, al argumento esgrimido por la actora en el punto 3) de la presentación de fojas 8/10, al señalar que correspondería otorgar la autorización para realizar la fecundación post mortem, en razón del derecho a la salud como bien jurídico social, entendido como un derecho humano de tercera generación, reconocido por la CN en la reforma del 1994 en distintos pactos y tratados internacionales.

Se colige que la actora, provee dicho argumento, para reclamar un aparente derecho a la concepción como parte del derecho a la autonomía reproductiva.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido el derecho a la vida privada y familiar y el derecho a la integridad personal en relación con la autonomía personal, la salud sexual y reproductiva, el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico y el principio de no discriminación. (Corte IDH en el caso "Artavia Murillo c. Costa Rica" (CIDH, "Artavia Murillo y otros ("fecundación In Vitro") c. Costa Rica", 28/11/2012, cit.).

"En primer lugar... La Corte ya ha indicado que el derecho de protección a la familia conlleva, entre otras obligaciones, a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. Es un derecho tan básico de la Convención Americana que no se puede derogar aunque las circunstancias sean extremas. El artículo 17.2 de la Convención Americana protege el derecho a fundar una familia, el cual está ampliamente consagrado en diversos instru-

Thomson Reuters

mentos internacionales de derechos humanos. Por su parte, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que la posibilidad de procrear es parte del derecho a fundar una familia" (145).

En segundo lugar, el derecho a la vida privada se relaciona con: i) la autonomía reproductiva, y ii) el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. El derecho a la autonomía reproductiva está reconocido también en el artículo 16 (e) de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, según el cual las mujeres gozan del derecho "a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos"... Así, la protección a la vida privada incluye el respeto de las decisiones tanto de convertirse en padre o madre, incluyendo la decisión de la pareja de convertirse en padres genéticos" (146).

Ahora, si bien la interpretación de la Ley 26.862 debe hacerse en el marco de los derechos de toda persona a la paternidad o maternidad, y a formar una familia, en íntima conexión con el derecho a la salud y como parte del derecho a la autonomía reproductiva, parecería que dicha autonomía, —en el presente caso— no aplica en iguales términos y condiciones para el esposo fallecido. Ello sin contar que la peticionante, lo esgrime en términos absolutos, cuando bien es sabido que no existen derechos absolutos, que todos están sujetos a regulación, y que aquí los derechos defendidos por la actora entran en coalición con los derechos personalísimos de una persona que ha fallecido.

En el caso en cuestión, no son los derechos reproductivos en general los que están en juego, sino específicamente aquellos que se vinculan con el uso del material genético criopreservado de una persona que no ha dado su consentimiento expreso para que su esposa, lo utilice luego de la muerte (aun pudiéndolo haber hecho).

Sin perjuicio de lo reseñado precedentemente en relación al principio de clausura, señalo que si bien la fecundación post mortem no se encuentra regulada en nuestro ordenamiento jurídico positivo —ni prohibida ni permitida—, lo cierto es que la autorización solicitada en la especie no ha de prosperar ya que, a criterio de la suscripta, de los elementos de prueba que obran en autos no surge que se hubiere dado cumplimiento a un requisito básico para cualquier técnica de fecundación humana asistida, cual es el consentimiento informado prestado en forma expresa y personal por la persona interesada en llevarla adelante.

En pocas palabras, podemos decir que la llamada voluntad procreacional, no es más ni menos que el querer engendrar un hijo, ... y se plasma mediante el otorgamiento del consentimiento libre e informado. Para decirlo de otro modo, la paternidad/maternidad genética se ha visto suplida por el consentimiento como fuente concluyente de la filiación legal (Herrera, Marisa y Lamm, Eleonora, "Una trilogía sobre las bases constitucionales del derecho filial en el Anteproyecto de Reforma el Código Civil: técnicas de reproducción humana asistida (Bleu)", fecha: 12/04/ 2012, cita: MJ-DOC-5751-AR | MJD5751).

No cabe duda alguna que las personas que desean someterse a este tipo de prácticas (en este caso FPM), ineludiblemente deberán manifestar su voluntad procreacional expresa ante el profesional, para que la lleve adelante o no, aun después de la muerte. Esta manifestación de la voluntad, expresada en el ámbito de la relación médico paciente, es lo que se ha dado en llamar consentimiento informado, en este caso, para llevar adelante un plan parental por medio de una TRHA.

Insisto, no se puede presumir el consentimiento del Sr. T., quien en vida fuera el esposo de la actora, en virtud de que era un derecho subjetivo personalísimo del mismo, que feneció con su muerte. Por ello, he de denegar la autorización para el uso del material genético criopreservado en un procedimiento de fecundación asistida post mortem; por lo que no me expediré respecto a los potenciales efectos filiatorios y sobre la vocación hereditaria del niño/a futuro.

Por los fundamentos expuestos, doctrina, jurisprudencia y disposiciones legales citadas, resuelvo: Denegar la autorización solicitada a fojas 8/10 por la Sra. E. C., por considerar que no se encuentra configurado en la especie, el consentimiento informado a los fines de proceder a la fertilización por técnicas de reproducción humana asistida (FPM), utilizando los gametos criopreservados de quien en vida fuera su esposo, Sr. M. L. T., los que se encuentran almacenados en el Centro de Medicina Reproductiva Pregna. Notifíquese por Secretaría y a la Sra. Fiscal en su despacho. — *Myriam M. Cataldi.*

THOMSON REUTERS

Fertilización *post mortem* y la necesidad de su reglamentación

Paloma González Durán (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Hechos del caso.— III. Desde una perspectiva convencional-constitucional.— IV. Posturas jurisprudenciales sobre la fertilización *post mortem*.— V. Requisitos elementales para la procedencia de la fecundación *post mortem*.— VI. La existencia de un vacío legal y la necesidad de su reglamentación.— VII. Conclusiones.

I. Introducción

La fertilización post mortem (en adelante, "FPM") es una práctica médica que integra las técnicas de reproducción humana asistida (en adelante, "TRHA") que actualmente genera muchas discusiones doctrinarias y jurisprudenciales.

Como sucede con algunas de las TRHA, existe un vacío legal, puesto que estamos ante una práctica que no se encuentra prohibida ni permitida en la legislación argentina. No existe ninguna ley especial que haga referencia a la FPM, así como tampoco quedó plasmada en el articulado final del Código Civil y Comercial de la Nación **(1)**.

Sin perjuicio de lo cual esto no quiere decir que la técnica no sea realizada en la realidad. Conforme se va a analizar en el presente comentario, existen, al día de la fecha, varias sentencias judiciales y artículos de doctrina que buscan darle un marco de aplicación.

El presente comentario tiene por objeto analizar la sentencia dictada en el marco de las actuaciones caratuladas "C., E. s/ autorización" (expte. 14.133/2018) en trámite ante el Juzgado Nacional en lo Civil Nº 7 a cargo de la Dra. Myriam Cataldi, que no solo nos deja la resolución del caso, sino que se expande más allá de lo resuelto, llegando a ser una clase magistral de FPM. La jueza, en la sentencia, realiza un ponderado análisis del estado doctrinario y jurisprudencial de la fertilización post mortem al cual nos iremos refiriendo para poder analizarlo.

II. Hechos del caso

Las actuaciones judiciales son promovidas por la Sra. E. C. ante el fallecimiento de quien en vida fuera su cónyuge, el Sr. M. L. T., a fin de solicitar se le conceda autorización judicial para llevar adelante la práctica médica de fertilización post mortem con los gametos criopreservados de su cónyuge fallecido.

Relata que los profesionales médicos del Sr. M. L. T. le aconsejaron proceder a la criopreservación de su esperma ante el tratamiento de quimioterapia que debía iniciar por haber sido diagnosticado con cáncer. El médico de cabecera le anticipó que el tratamiento de quimioterapia era sumamente invasivo y que podría afectar su capacidad reproductiva.

Ante esta circunstancia, concurren al Instituto P., donde realizan la extracción y criopreservación de los espermatozoides, oportunidad en la cual el Sr. M. L. T. suscribió el consentimiento previo, libre e informado a tal efecto.

(*) Abogada (UBA). Maestranda de la Maestría en Derecho Civil Constitucionalizado. Ayudante en la asignatura de "Derecho de Familia y Sucesiones" (UBA). Docente auxiliar de la materia "Derecho de Familia y Sucesiones" (UNDAV). Se desempeña en el ámbito del derecho de familia de la Defensoría General de la Nación.

(1) Se encontraba incorporada al proyecto de reforma y unificación del Código Civil y Comercial de la Nación y fue quitada en el debate de la Cámara de Senadores aprobado el 28/11/2013.

Thomson Reuters

Ocurrido el deceso del Sr. M. L. T., su cónyuge se presenta ante el Instituto P. con la intención de realizar una técnica de reproducción humana asistida con el material genético criopreservado de su marido. Ante la imposibilidad de recabar el consentimiento informado del Sr. M. L. T., los profesionales del Instituto P. le indicaron que debía solicitar la correspondiente autorización judicial en reemplazo de la voluntad de quien fuera en vida su cónyuge.

Al promover la presente acción, se encontraban en trámite las actuaciones sucesorias del Sr. M. L. T., donde habían sido declarados en carácter de únicos y universales herederos sus progenitores y la Sra. T. en carácter de cónyuge supérstite.

III. Desde una perspectiva convencional-constitucional

Lo que primero advertimos cuando nos adentramos en la FPM es que ni el Código Civil y Comercial de la Nación ni la Ley 26.862 de Técnicas de Reproducción Humana Asistida hacen referencia a la fertilización post mortem.

Ante un vacío legal, debemos acudir, principalmente, a los derechos humanos que emanan de la Constitución Nacional, tratados de derechos humanos internacionales; los usos y costumbres, cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarias a derecho (arts. 1º, 2º, 3º del Cód. Civ. y Com.).

Desde esta lógica, entendemos que el derecho de las familias está atravesado por una mirada convencional-constitucional y una necesaria "constitucionalización del derecho privado". Esta postura fue plasmada en el art. 1º del Cód. Civ. y Com., donde se señala que "los casos que este 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 (...)".

Al respecto, Marisa Herrera refiere que "en el campo de las relaciones de familia el Código Civil y Comercial de la Nación es el resultado de desarrollo y consolidación del derecho constitucional/convencional de familia, es decir, de las grandes tensiones que ha auspiciado la doctrina internacional de los derechos humanos al mostrar que ciertos vacíos legislativos o normativas infra constitucionales rígidas y cerradas eran totalmente incompatibles con principios fundamentales como el de igualdad y no discriminación, libertad y autonomía personal, por citar los principios a los cuales se ha apelado con mayor frecuencia para declarar la inconstitucionalidad de una norma del derecho de familia" **(2)**.

En ese mismo sentido, Gil Domínguez entiende que se debe aplicar la nueva regla de reconocimiento en lo civil y comercial que dispone el Código Civil y Comercial en lo atinente al sistema de fuentes, la interpretación del nuevo Código y el deber de los jueces de ejercer —aún de oficio— el control de constitucionalidad y de convencionalidad a efectos de garantizar los derechos fundamentales y los derechos humanos **(3)**.

En el campo de la FPM nos encontramos con varios derechos fundamentales comprometidos: el derecho a formar una familia y de tener acceso a los avances científicos, los derechos a la determinación del propio cuerpo y los derechos personalísimos y los derechos a la identidad, a conocer la realidad biológica y el interés superior del niño o niña que nacería de dicha práctica médica.

Tal como señala la Dra. Cataldi en el fallo en comentario, estos casos deben ser resueltos mediante una decisión razonablemente fundada que conjugue adecuadamente las disposiciones del Código Civil y Comercial con los principios axiológicos que se desprenden de las normas de superior jerarquía y respetando el orden que surge del sistema de fuentes interno.

En el caso de la FPM se encuentra comprometido el derecho personalísimo a la libre determinación del cuerpo. Al respecto, la Corte

(2) HERRERA, Marisa, "Manual de derecho de las familias", Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2015, p. 11.

(3) GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, "Filiación post mortem y técnicas de reproducción humana asistida. El amor después de la muerte: un fallo ejemplar", LA LEY del 03/08/2016, p. 8; LA LEY 2016-D-542, cita online: AR/DOC/2171/2016.

Thomson Reuters

Interamericana de Derechos Humanos, en el caso "Artavia Murillo" **(4)**, ha señalado que el concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana. En respeto por la libertad, no se puede forzar a nadie a ser padre o madre (conf. art. 32, inc. 2º, 1ª parte, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Es dable destacar que este derecho personalísimo a la determinación del propio cuerpo subsiste aún luego de fallecida la persona. Si bien el derecho personalísimo cesa con la muerte de su titular, cualquier acto de disposición del propio cuerpo no puede ser suplido por terceros. Ello por cuanto nunca se sabrá a ciencia cierta cuál habría sido la voluntad del difunto, a menos que haya dejado plasmada en forma expresa su voluntad.

Ahora bien, al momento de acceder a la realización de la FPM tanto la doctrina como la jurisprudencia se basan mayoritariamente en la aplicación del art. 19 de la CN, donde se establece que "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe".

Al respecto, Gil Domínguez **(5)** ha referido que es esencial el argumento central basado en la irradiación del art. 19 de la CN, sumado al derecho a la no discriminación como ápice axial de todo el ordenamiento jurídico nacional e internacional. Si todo lo que no está prohibido está permitido, mucho más aún cuando se trata del pleno ejercicio de derechos sin ninguna clase de discriminación vinculados a la descendencia. Es que cualquier obturación total en el acceso a la FPM configuraría una nueva categoría discriminatoria en relación con el acceso integral a la TRHA: la discriminación con motivo u ocasión de la finitud.

Queda claro entonces —y esto es vital para todos los operadores del sistema judicial— que, al no existir ninguna regulación específica, la aplicación e interpretación del art. 19 de la CN posibilita todas las clases de FPM, sin restricción alguna. La norma constitucional habilita la FPM respecto de: a) parejas heterosexuales donde fallece el hombre; b) parejas heterosexuales donde fallece la mujer; c) parejas de la diversidad compuestas por mujeres donde fallece una de ellas y d) parejas de la diversidad compuestas por hombres donde fallece uno de ellos.

Me permito disentir con el Dr. Gil Domínguez, en cuanto considero que, si bien la práctica de FPM no se encuentra prohibida, por lo cual sería de aplicación el art. 19 de la CN, no se pueden ignorar los requisitos necesarios para establecer la filiación por TRHA vigentes en el Cód. Civ. y Com., debiendo establecerse como requisito primordial la existencia de una "voluntad procreacional" expresa.

Por otro lado, no falta quienes sostienen que podría autorizarse la realización de la técnica de FPM sin establecerse la filiación entre el difunto y el niño o niña nacido de la práctica. En ese caso, considero que conculcaría los derechos fundamentales de ese niño o niña, como ser su derecho a conocer sus orígenes, el derecho a la identidad y su interés superior **(6)**.

IV. Posturas jurisprudenciales sobre la fertilización *post mortem*

Si bien es cierto que no existe una amplia cantidad de jurisprudencia sobre la FPM, la cantidad existente es suficiente como para demostrar que es un tema vigente en la sociedad, con un mayor incremento de casos en los últimos años.

Hasta la fecha ha habido ocho casos jurisprudenciales donde se trató el tema de FPM —contando el fallo en comentario—, cada uno con distintas situaciones fácticas.

(4) CIDH, 28/11/2012, "Artavia Murillo y otros ('fecundación In Vitro') vs. Costa Rica".

(5) GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, "Filiación post mortem...", ob. cit.

(6) Art. 3º, Convención sobre los Derechos del Niño; art. 706, Cód. Civ. y Com.; art. 3º, ley 26.061; Obs. Gral. Nº 14 del Comité sobre los Derechos del Niño.

Thomson Reuters

a) La primera sentencia fue dictada por el Tribunal de Familia Nº 3 del Departamento Judicial de Morón con fecha 21/11/2011 **(7)**, donde se hizo lugar a que la mujer utilice los gametos de su cónyuge fallecido que se encontraban criopreservados en un centro médico. La jueza se basó para resolver en: a) el principio de legalidad que emana del art. 19 de la CN, reproducido también en el art. 25 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, del cual se deriva el principio que se conoce con el adagio "todo lo que no está prohibido está permitido"; b) la existencia de un consentimiento expreso por parte del marido de crioconservar su esperma para luego ser utilizado en el procedimiento de fertilización asistida aconsejado, y c) la figura del consentimiento presunto, deduciendo que si el marido, en junio de 2010, prestó el consentimiento para criopreservar su material con fines reproductivos y, una vez diagnosticada su enfermedad, teniendo la posibilidad de revocar dicho consentimiento —durante sus últimos nueve meses de vida— no lo hizo, sería dable presumir que el consentimiento se mantenía **(8)**.

b) La Cámara 3ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Minas, de Paz y Tributario de Mendoza, con fecha 07/08/2014 **(9)**, resolvió hacer lugar al pedido de extracción compulsiva de material genético del cónyuge fallecido para un posterior tratamiento de reproducción asistida.

c) El Juzgado Nacional en lo Civil Nº 3 **(10)** resolvió, con fecha 03/11/2014, acceder a la acción de amparo promovida por una mujer solicitando se la autorice a retirar muestras de semen crioconservadas en un centro de criogenia, pertenecientes a su pareja fallecida, para inseminación con material genético de su pareja prefallecida. El juez fundó la resolución señalando que un tratamiento de fertilización asistida con muestras de semen criopreservadas extraídas a una persona que luego falleció debe considerarse una práctica permitida, a tenor del art. 19 de la CN, que consagra el principio de derecho de que lo que no está prohibido está permitido, dada la inexistencia de una prohibición expresa por parte del ordenamiento jurídico.

d) El Juzgado Nacional en lo Civil Nº 87 dicta una sentencia con fecha 05/05/2016 **(11)**, donde autoriza la extracción compulsiva de material genético de la pareja prefallecida para ser utilizado, posteriormente, en un tratamiento de reproducción asistida. La jueza funda su fallo, entre otras cosas, al decir que "(...) no existe norma alguna del derecho objetivo vigente que regule la petición en análisis. Sin embargo, frente a la obligación del juez de resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada (art. 3º del Cód. Civ. y Com. que resume los conceptos contenidos en los arts. 15 y 16 del Código de Vélez) adquiere preeminencia el principio de derecho consagrado en el art. 19 de la CN que reza '... Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe', todo lo cual me lleva a concluir que la práctica de que se trata no está prohibida a la luz de la legislación vigente y por tanto no existe impedimento legal para su realización" **(12)**.

e) El Juzgado del Dist. Familia, Casilda, provincia de Santa Fe, con fecha 25/11/2016 **(13)**, tuvo oportunidad de resolver un primer caso que involucra el supuesto de mujer que solicita implantarse un embrión oportunamente criopreservado con la conformidad del conviviente fallecido durante el tratamiento de reproducción asistida, solicitando que oportunamente se

(7) Trib. Familia Morón Nº 3, 21/11/2011, "G., A. P.", RDF 2012-III-119, AP/JUR/289/2011.

(8) HERRERA, Marisa - DE LA TORRE, Natalia - FERNÁNDEZ, Silvia, "Manual de derecho de las familias", Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2019, 2ª ed. actualizada y ampliada.

(9) C. 3ª Civ. Com. Minas Paz y Trib. Mendoza, 07/08/2014, "S., M. C. s/ medida autosatisfactiva", RC J 6303/14.

(10) Juzg. Nac. Civ. Nº 3, 03/11/2014, "K. J. V. c. Instituto de Ginecología y fertilidad y otros s/ amparo", cita online: AR/JUR/53958/2014.

(11) Juzg. Nac. Civ. Nº 87, 05/05/2016, "N. O. C. P. s/ autorización", elDial AA9766.

(12) HERRERA, Marisa, "Manual de derecho de las familias", Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2019, 2ª ed. actualizada y ampliada.

(13) Juzg. Dist. Familia Casilda, 25/11/2016, "C., M. S. s/ autorización judicial", RC J 7087/16.

Thomson Reuters

ordene la inscripción del niñx como hijx de ambos progenitores **(14)**.

f) El Tribunal Superior de La Pampa, con fecha 31/10/2017 **(15)**, resolvió favorablemente el pedido de implantación de embriones criopreservados realizado con material genético de la pareja prefallecida.

g) El Juzgado Nacional Civil Nº 7, con fecha 27/11/2017, resuelve el primer rechazo jurisprudencial a la FPM. Dicha sentencia fue confirmada por la Cámara Nacional Civil, sala B, con fecha 03/04/2018 **(16)**. Se presenta la conviviente para solicitar la utilización de los gametos criopreservados de su conviviente que fueren extraídos previo al tratamiento de quimioterapia que este iniciara. Luego del fallecimiento del paciente, sus padres y la conviviente solicitaron autorización judicial para que se llevara a cabo el procedimiento de fecundación post mortem. Primera instancia rechaza el pedido de autorización, lo que es confirmado por Cámara. Entre los argumentos expuestos, se señala que "Si el principio de la 'voluntad procreacional', manifestado en el consentimiento previo, libre e informado, ha sido incorporado a la legislación argentina como la base sobre la cual se estructura la filiación derivada de las técnicas de reproducción humana asistida; se hace imperativo resguardarlo, con miras a la seguridad jurídica de quienes recurren a ese sistema, evitando interpretaciones laxas sobre su existencia, como sería consagrar voluntades presuntas para después de la muerte o consentimientos por representación".

El presente fallo en comentario resulta ser el octavo dictado en la justicia argentina, y el segundo que resuelve rechazar el pedido de FPM.

Como se puede observar, los reiterados casos que prestan conformidad para la práctica —hecho que parece de una inusitada visión progresista en el Poder Judicial— en su mayoría se fundan en el art. 19, CN, y en el derecho a la vida del embrión no implantado.

A su vez, algunos casos jurisprudenciales se llaman al silencio sobre los efectos filiatorios de esa FPM autorizada y sobre su correspondiente derecho sucesorio, vulnerando ampliamente de este modo los derechos de la persona.

Tal como señala el fallo de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario de Mendoza **(17)**: "si bien la determinación de la filiación de un eventual hijo concebido por este método no podría negarse, el niño futuro no alcanzaría nunca a tener vocación sucesoria, toda vez que la herencia se defiere al momento de la muerte del causante, y en el caso resulta obvio que el niño no había sido concebido a esa época, ni lo está en la actualidad habiendo transcurrido más de un año y medio desde su fallecimiento".

Sin perjuicio de lo cual cabe resaltar que la cuestión sucesoria se encuentra esclarecida en el art. 561, inc. c, del Cód. Civ. y Com. —actualmente vigente—, donde se establece que tienen capacidad para suceder las personas nacidas después de su muerte mediante técnicas de reproducción humana asistida, con los requisitos previstos en el art. 561.

V. Requisitos elementales para la procedencia de la fecundación *post mortem*

Luego de analizada sucintamente la jurisprudencia y teniendo en cuenta lo que fuere plasmado en el proyecto de reforma y unificación del Código Civil y Comercial de la Nación, se pueden establecer determinados requisitos elementales para la FPM.

En ese sentido, el art. 563 del proyecto de reforma establecía que "En caso de muerte del o la cónyuge o conviviente de la mujer que da a luz, no hay vínculo filial entre la persona nacida del uso de las técnicas de reproducción humana asistida y la persona fallecida si la concep-

(14) HERRERA, Marisa, "Manual...", ob. cit., 2ª ed. actualizada y ampliada.

(15) Sup. Trib. La Pampa, 31/10/2017, "A., C. V. c. Instituto de Seguridad Social-SEMPRE s/ amparo", disponible en /www.diariojudicial.com/public.documentos/000/077/479/000077479.pdf, compulsado el 02/05/2020.

(16) CNCiv., sala B, "D., M. H. y otros s/ autorización", 03/04/2018, AR/JUR/12809/2018.

(17) C. 3ª Civ. Com. Minas Paz y Trib. Mendoza, 07/08/2014, "S., M. C. s/ medida autosatisfactiva", RC J 6303/14.

Thomson Reuters

ción en la mujer o la implantación del embrión en ella no se había producido antes del fallecimiento. No rige lo dispuesto en el párrafo anterior si se cumple con los siguientes requisitos: a) la persona consiente en el documento previsto en el art. 560 o en un testamento que los embriones producidos con sus gametos sean transferidos en la mujer después de su fallecimiento; b) la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella se produce dentro del año siguiente al deceso" **(18)**.

Los redactores del Código decidieron incorporar la figura de la FPM de manera excepcional. Es decir, la regla era la prohibición de la técnica, salvo que se cumpliera con estos dos requisitos: a) que la persona en vida haya manifestado el consentimiento previo, libre e informado o mediante testamento donde surja su voluntad de que los embriones sean transferidos a la mujer después de su fallecimiento; y b) que la implantación del embrión o concepción de la mujer se produzca dentro del año siguiente al deceso.

En los fundamentos de la Comisión Redactora se dejó plasmado que "se regula de manera expresa la cuestión de la fertilización o procreación 'post mortem', es decir, la especial situación que se presenta cuando uno de los integrantes de la pareja fallece durante el proceso que estas técnicas implican; la regla es la prohibición, pero se permite que la pareja de la persona a la cual se le va a transferir el embrión deje expresada su voluntad de que en caso de fallecimiento acepta que ese embrión sea transferido y efectivamente el implante se produce dentro de los seis meses de su deceso. Esta manifestación debe ser expresada en el documento en el cual presta el consentimiento informado al sometimiento a las técnicas o en un testamento" **(19)**.

(18) Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación redactado por la Comisión de Reformas designada por dec. 191/2011, integrada por Ricardo L. Lorenzetti (presidente), Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci en www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/texto-proyecto-de-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion.pdf, compulsada el 02/05/2020.

(19) "Código Civil y Comercial. Concordado con el régimen derogado y referenciado con legislación vigente. Exégesis de los fundamentos de la Comisión Redactora y las modificaciones del PEN", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2015, 1ª imp., ps. 185-186.

La fertilización post mortem constituye otro supuesto especial de TRHA que se encontraba previsto en el proyecto de reforma y unificación del Código Civil y Comercial y que fue quitado en el debate en la Cámara de Senadores aprobado el 28/11/2013. Sucede que, al igual que la figura de la gestación por sustitución, esta cuestión también generó una fuerte controversia en la doctrina nacional y una importante presión por parte de la Iglesia Católica para que no quedara en el texto legal definitivo **(20)**.

Con base a la figura proyectada del FPM en el Cód. Civ. y Com., los lineamientos jurisprudenciales y la doctrina, se pueden enunciar tres requisitos que deben encontrarse al momento de autorizarse la técnica de FPM. Dichos requisitos han sido enunciados por la Dra. Myriam Cataldi en el considerando VIII del fallo en comentario. A continuación, se procederá a su análisis.

V.1. Voluntad procreacional

El concepto de "voluntad procreacional" fue introducido en el Código Civil y Comercial de la Nación a partir de la incorporación de la tercera fuente de filiación: la filiación por técnicas de reproducción humana asistida. Según surge del art. 562, Cód. Civ. y Com., el vínculo filial entre el niño o niña nacida por TRHA y sus progenitores se va a establecer a partir de la voluntad procreacional que fuera presentada por sus progenitores y plasmada a través del consentimiento previo, libre e informado.

En los fundamentos del Código Civil y Comercial de la Nación se indica que "la voluntad procreacional es el elemento central y fundante para la determinación de la filiación cuando se ha producido por técnicas de reproducción humana asistida, con total independencia de si el material genético pertenece a las personas que, efectivamente, tienen la voluntad de ser padres o madres, o de un tercero ajeno a ellos. De este modo, el dato genético no es definitivo para la creación de vínculo jurídico entre una persona y el niño nacido mediante el uso de las técnicas en análisis, sino quién o quiénes han prestado el consentimiento al sometimiento a ellas" **(21)**.

(20) HERRERA, Marisa, "Manual...", ob. cit., 2ª ed. actualizada y ampliada.

(21) "Código Civil y Comercial...", ob. cit., ps. 185-186.

Thomson Reuters

Resulta ser un requisito constitutivo de la filiación por TRHA, el cual debe ser plasmado mediante el correspondiente consentimiento informado.

V.2. Consentimiento informado

El consentimiento informado es el instrumento mediante el cual, en las distintas etapas de la TRHA, se materializa la "voluntad procreacional". El art. 560, Cód. Civ. y Com., establece que está a cargo del centro de salud donde se lleva adelante la práctica médica recabar el consentimiento previo, libre e informado de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida. A su vez, en la última parte, deja establecido expresamente que "este consentimiento debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones".

En los fundamentos del Código Civil y Comercial de la Nación surge que "la voluntad procreacional debe ser puesta de manifiesto mediante consentimiento previo, informado, libre y formal. Todas las personas que pretendan ser padres o madres a través de esta modalidad deben esgrimir una declaración de voluntad en ese sentido, de manera clara y precisa" **(22)**.

Según resalta la Dra. Cataldi en el fallo en comentario, se infiere la importancia del "consentimiento previo e informado" en las técnicas de reproducción humana asistida por actos entre vivos, por lo que, con mayor razón, deberá exigirse dicho consentimiento en el caso de que el material genético sea utilizado post mortem, debiendo, por las consecuencias jurídicas y familiares que ello trae aparejado, extremarse las medidas a fin de acreditar que el consentimiento se manifestó en forma clara, libre y deliberada.

Por ende, ese consentimiento —tal como lo expresa el art. 56, Cód. Civ. y Com. **(23)**— no se presume, es de interpretación restrictiva y libremente revocable. En este sentido, el uso de material genético de una persona fallecida que no ha expresado de forma fehaciente su consentimiento merece un tratamiento legislativo especial para poder hacer lugar a esa excepción.

Podría darse el caso de que el difunto no haya expresado en vida su consentimiento expreso, libre e informado, pero una ley especial prevea un supuesto restrictivo y excepcional en el cual hacer lugar a la práctica de FPM.

En contraposición, hay autores que sostienen que el consentimiento informado podría ser otorgado de manera implícita. Este es el caso de Gil Domínguez, quien sostiene que en relación con el consentimiento es posible exigir: a) un consentimiento expreso mediante algún instrumento que lo sostenga o b) un consentimiento implícito, que puede surgir de distintos elementos probatorios. En este sentido, considero que si la ley 26.742 (Ley de Muerte Digna) habilitó el consentimiento implícito para decidir sobre el alcance de la dignidad de la vida, mucho más aún debe habilitarse esta modalidad de consentimiento cuando se trata de concretar un plan de vida basado en el amor filial más allá de la finitud **(24)**.

En este sentido, hay quienes sostienen la existencia del "consentimiento presunto", utilizando para ello cualquier medio probatorio que pueda demostrar la existencia de voluntad procreacional de la persona fallecida.

En el caso en comentario, el Sr. T. había manifestado su consentimiento informado para la extracción y criopreservación de sus gametos, entonces, ¿eso sería suficiente para demostrar su voluntad de que ellos fueran utilizados por

(22) *Ibidem*.

(23) Art. 56, Cód. Civ. y Com.: "Están prohibidos los actos de disposición del propio cuerpo que ocasionen una disminución permanente de su integridad o resulten contrarios a la ley, la moral o las buenas costumbres, excepto que sean requeridos para el mejoramiento de la salud de la persona, y excepcionalmente de otra persona, de conformidad a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico. La ablación de órganos para ser implantados en otras personas se rige por la legislación especial. El consentimiento para los actos no comprendidos en la prohibición establecida en el primer párrafo no puede ser suplido, y es libremente revocable".

(24) GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, "El derecho de los pacientes y la vida digna. Reflexiones constitucionales sobre la ley 26.742" y "El consentimiento informado en la Ley de Muerte Digna", ambos en GIL DOMÍNGUEZ, Andrés (dir.), Muerte digna, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2013.

Thomson Reuters

su pareja para realizar una TRHA con posterioridad a su fallecimiento?

Tal como se señaló precedentemente, el art. 560, Cód. Civ. y Com., es determinante al establecer que debe renovarse el consentimiento libre, previo e informado cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones.

¿Es suficiente la no oposición de los parientes y la cesión de derechos hereditarios para suplir el consentimiento informado? Tal como lo sostiene la sala B de la Cámara Nacional en lo Civil: "el gameto masculino (espermatozoide) es una célula cuya función consiste en la formación de un cigoto al unir el espermatozoide con un óvulo. Este cigoto dará lugar al embrión, y después el embrión al feto. Esa potencialidad fecundante hace que los gametos se encuentren fuera del comercio, no pueden ser objeto de los contratos porque resultaría contrario ‹a la dignidad de la persona humana› (cfr. art. 1004 del Cód. Civ. y Com.) y tampoco integran la herencia de la persona muerta. De manera que la posibilidad de utilizar y transferir aquellas células queda enmarcada en el ámbito de los derechos y actos personalísimos que hacen a la dignidad de la persona humana por lo que el consentimiento a tales fines no puede presumirse, es de interpretación restrictiva y no puede ejercerse por representación (ver arts. 51,53, 56 y 264, última parte, del Cód. Civ. y Com.)" **(25)**. Por lo tanto, no habría modo alguno en que familiares, amigos, allegados o un/a juez/a puedan suplir un acto personalísimo como es el consentimiento informado.

Ahora bien, ¿qué hubiera pasado si el Sr. T. hubiera prestado consentimiento expreso por diligencias anticipadas o por testamento?

La figura de "directivas anticipadas" que surge de la Ley 26.529 de Derechos del Paciente puede aplicarse a la FPM, puesto que sería una manera en que la persona cuyos gametos se encuentran criopreservados o conforman un embrión no implantado pueda manifestar en forma fehaciente su voluntad procreacional. De esta manera estaría previendo la utilización de su material genético o embrión luego de producido su fallecimiento, o ante la imposibilidad física o mental de prestar su consentimiento informado en el momento de la implantación.

Por su parte, también podría utilizarse la figura del testamento mediante el cual dejar plasmada su decisión sobre el destino de su material genético (implantación en su pareja, donación o descarte), tal como fuere receptado por el proyecto de reforma y unificación del Código Civil.

V.3. Plazo

El art. 563 del proyecto de reforma y unificación del Código Civil establecía el plazo máximo de un año para realizar la FPM.

Respecto del plazo en el cual se puede ejercer el derecho a la FPM, es posible distinguir entre: a) existencia de un plazo (que como mínimo es de un año, pero que puede ser mayor); b) inexistencia de un plazo (donde cabe diferenciar entre inexistencia de plazo sin efectos hereditarios o con efectos hereditarios) y c) combinación de existencia de plazo e inexistencia de plazo (el primero con efectos hereditarios y, una vez transcurrido este, sin efectos hereditarios). En este punto, considero que la existencia de un plazo de un año es demasiado exigua en relación con el necesario duelo que debe atravesar una persona por la pérdida de un ser querido y la adopción de una decisión que reconfigura su plan de vida original **(26)**.

Sin embargo, resulta necesaria la fijación de un plazo determinado para llevar adelante la técnica, puesto que si no podrían verse afectados derechos de terceros ante la aparición de una eventual vocación hereditaria en el proceso sucesorio del difunto.

VI. La existencia de un vacío legal y la necesidad de su reglamentación

Si bien resulta exacto que existe un vacío legal en materia de FPM, no es posible ignorar que dicha práctica se encuentra integrada al universo de las técnicas de reproducción humana asistida que son utilizadas en la actualidad reguladas

(25) CNCiv., sala B, 03/04/2018, "D., M. H. s/ autorización" (expte. 3263/2017), cita online: AR/JUR/12809/2018.

(26) GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, "Filiación post mortem...", ob. cit.

Thomson Reuters

mediante el Cód. Civ. y Com. Por tal motivo, es necesario atenernos a los lineamientos legales ya planteados para esas prácticas médicas (en el Cód. Civ. y Com. y en las leyes especiales) como indicadores de las medidas a tomar y requisitos que debemos tener en cuenta a la hora de las FPM.

Si bien resulta de aplicación lo dispuesto por el art. 19, CN, no resulta suficiente para permitir la FPM. Entiendo que, por tratarse de una práctica tan trascendental, tienen que tomarse todos los recaudos legales necesarios, y fundamentar —principal y esencialmente— el consentimiento informado del difunto como garantía máxima de su derecho personalísimo.

No es caprichoso requerir el consentimiento informado, sino que se trata de un elemento constitutivo de la filiación por TRHA que nacerá a partir de la FPM. Haciendo una analogía, debemos pensar qué escándalo se generaría en caso de establecerse una filiación por adopción sin una sentencia judicial, o una filiación biológica sin haber un vínculo genético. ¿Podrían darse estos supuestos o estaríamos ante la falta del elemento constitutivo de la filiación? En el caso de la filiación por TRHA sucede lo mismo ante la ausencia de la voluntad procreacional.

Esto nos lleva a pensar en aquellos supuestos en los cuales se requiere la utilización del material genético (ya sea gameto o embrión), pero sin solicitar el establecimiento de la filiación con el difunto. En este caso, no solo se estaría violando el derecho personalísimo de quien en vida no prestó conformidad para la FPM, sino también el derecho a la identidad, a conocer su realidad biológica y el consecuente derecho sucesorio de la persona que nacerá por la FPM.

Con base a ello, comparto lo expuesto por la Dra. Cataldi en el fallo en comentario cuando dice que "no existe argumento alguno que permita saltearse un requerimiento tan claro y preciso a la hora del uso de las TRHA que, según el Cód. Civ. y Com. establece que: 'debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones' (art. 560, Cód. Civ. y Com.)".

VII. Conclusiones

Como hemos visto en el presente, existe una inseguridad jurídica producto del vacío legal existente con relación a la FPM, situación que se agrava ante la existencia de sentencias contradictorias. Esto genera que la aplicación de la FPM quede únicamente a la decisión discrecional del/la juez/a que deba resolver.

Esto nos lleva a la necesidad de contar con una ley especial que permita la realización de esta técnica de reproducción humana asistida y, a su vez, regule los recaudos necesarios para evitar la vulneración de derechos.

El principio de realidad viene abriendo su paso en las distintas ramas del derecho. En el campo del derecho laboral es donde encuentra su mayor aceptación jurisprudencial y doctrinaria, aunque también ha sido receptado en el derecho ambiental. En el ámbito del derecho de las familias —que nos compete—, el principio de realidad puede ser entendido como la necesidad de regular prácticas que se llevan adelante en la sociedad sobre las cuales nada dice la legislación vigente. Ejemplos paradigmáticos de esta circunstancia son la gestación por sustitución y la fertilización post mortem. Siguiendo el principio de realidad, entendemos que ambas TRHA deben ser reguladas a fin de garantizar los derechos de las personas involucradas en la práctica.

En esta línea de pensamiento, de la Torre y Uman sostienen que "el avance de las TRHA y, dentro de ella de la fertilización post mortem, ponen de manifiesto la inminente necesidad de reformar nuestra legislación vigente para responder a las nuevas problemáticas que acompañan estos avances científicos e intentar salvar los innumerables conflictos de derechos que pueden surgir como consecuencia de su creciente uso" **(27)**.

Cabe señalar que, a la fecha de redacción del presente comentario, no se encuentra ningún proyecto legislativo con trámite parlamentario.

(27) DE LA TORRE, Natalia - UMAN, Nadia, "Fecundación post mortem, consentimiento presunto del marido y principio de legalidad", RDF 2012-III-122.

Thomson Reuters

IDENTIDAD DE GÉNERO

Imposibilidad de determinar el motivo de la autopercepción de una persona menor de edad con relación a su identidad de género. Necesidad del grupo familiar de concurrir a terapia psicológica individual. Situaciones de hostilidad del padre respecto a su hijo. Violencia familiar. Medida protectoria de abstención. Planteos sobre el régimen de comunicación, cuidado personal y alimentos. Cuestiones ajenas al proceso de violencia familiar.

Con nota de Verónica Spaventa

1. — A los fines de resguardar la identidad de género de una persona menor de edad, los integrantes del grupo familiar deben concurrir individualmente a terapia psicológica, dado que, según lo concluido por el perito psicólogo, no es posible determinar si la autopercepción de la persona menor de edad está o no impuesta arbitrariamente por su progenitora; máxime si esta ha excluido al padre en el abordaje de dicha situación, afectando su desarrollo subjetivo y el ejercicio de la función parental.

2. — El padre de la persona menor de edad que estaría definiendo su identidad de género debe abstenerse efectuar todo acto de perturbación, intimidación u hostilidad directa hacia el niño —bajo apercibimiento de incurrir en caso de incumplimiento en el delito de desobediencia previsto en el art. 239 del CP—, pues existe un alto grado de probabilidad sobre la existencia de situaciones de maltrato verbal, emergentes de una dinámica disfuncional en la pareja parental que por no lograr una buena comunicación y que genera acumulación de tensión y sentimientos de impotencia.

3. — Las situaciones que tienen vinculación con el régimen de comunicación de la persona menor de edad y su progenitor no están comprendidos por Ley 12.569 de Buenos Aires, y, si bien las cuestiones de alimentos, cuidado personal y régimen de comunicación pueden llegar a resolverse provisoriamente en dicho marco, encuadran en otros tipos de procesos ajenos al ámbito específico de la denuncia por violencia familiar, por lo cual deben los denunciantes, ocurrir por la vía y forma que corresponda.

Juzg. Paz de Lobos, 27/12/2019. - G., F. s/ Protección contra la violencia familiar.

[Cita on line: AR/JUR/56905/2019]

1ª Instancia.- Lobos, diciembre 27 de 2019.

Considerando:

1. El presente procedimiento comenzó con la declaración del Sr. F.M. G. en esta sede (v. fs. 1). La declaración comprende diversas situaciones vinculadas a la identidad de género del niño F. G. Seguidamente, dispuse diversas medidas probatorias (v. fs. 2).

Más adelante, la Sra. S. L. O., abuela del niño, realizó denuncia en el ámbito de la Comisaría de la Mujer y la Familia (v. fs. 44/55). La denuncia comprende situaciones vinculadas al régimen de comunicación y a la identidad de género del niño F. G. Luego, la Sra. T. P., progenitora del niño, realizó denuncia en el ámbito de la Comisaría de la Mujer y la Familia (v. fs. 58/64). La denuncia comprende situaciones vinculadas a la identidad de género y al régimen de comunicación del niño F. G. Seguidamente, dispuse otras medidas probatorias (v. fs. 66).

De aquí en adelante llamaré al niño como J. en virtud de sus expresiones en el ámbito de la entrevista en este juzgado (v. fs. 19), el resultado de la pericia psicológica (v. fs. 102/108) y lo dispuesto en los arts. 1 y 12, Ley 26.743 (derecho a la identidad de género y trato conforme a la identidad de género).

2. Ahora bien, luego de la síntesis de los hechos denunciados, corresponde evaluar si estos quedan comprendidos por la Ley 12.569.

El art. 1, Ley 12.569 define el concepto de violencia familiar. Se entiende por violencia familiar, toda acción, omisión, abuso, que afecte la vida, libertad, seguridad personal, dignidad, integridad física, psicológico, sexual, económica o patrimonial, de una persona en el ámbito del grupo familiar, aunque no configure delito. El art. 2, Ley 12.569, por su lado, define el concepto de grupo familiar. Se entiende por grupo familiar al originado en el matrimonio o en las uniones de hecho, incluyendo a los ascendientes, descendientes, colaterales y/o consanguíneos y a convivientes o descendientes directos de algunos de ellos [...]. En consecuencia, el marco de actuación previsto por la Ley 12.569 se circunscribe, en los casos de violencia acontecida en el ámbito del grupo familiar, según lo prescripto por los arts. 1 y 2, Ley 12.569, a la adopción de medidas urgentes que tiendan a neutralizar la situación de crisis denunciada.

Dicho esto, adelanto que las situaciones denunciadas que tienen vinculación con el régimen de comunicación de J. y su progenitor, F. M. G. no están comprendidos por la normativa específica que habilita la intervención de este juzgado (Ley 12.569). Además, si bien las cuestiones de alimentos, cuidado personal y

Thomson Reuters

régimen de comunicación pueden llegar a resolverse provisoriamente en dicho marco, encuadran en otros tipos de procesos ajenos al ámbito específico de la denuncia por violencia familiar, por lo cual deberán los denunciantes, en este aspecto, ocurrir por la vía y forma que corresponda (arg. arts. 1, 2 y 7, Ley 12.569).

En este sentido, no puedo dejar de advertir que tal cuestión ha sido ventilada en el expediente caratulado "G., F. M. c. P., T. s/ Incidente de comunicación con los hijos" que se encuentra en trámite (según lo informa el Actuario en este acto, art. 116, Cód. Proc. Civ. y Comercial BA).

3. En otro orden de ideas, corresponde evaluar las denuncias atinentes a la identidad de género de J. ¿Cuáles son los hechos que denunciaron los progenitores y la abuela del niño? El progenitor y la abuela denunciaron que la progenitora impone determinada identidad de género a J. (v. fs. 1, 6/7, 44/55 y 69) La progenitora denunció que el progenitor y la abuela no respetan la identidad de género definida por J. (v. fs. 20, 58/64 y 65).

Dicho esto, se impone la pregunta: ¿Tales hechos encuadran dentro de la noción de "violencia familiar" antes mencionada? Vamos por parte.

En materia de identidad de género de niños, niñas y adolescentes, vale la pena señalar que la Convención sobre los Derechos del Niño (Ley 23.849) no contempló directamente cuestiones asociadas a la identidad de género, aunque sí reconoció la prohibición de discriminación (art. 2), el principio de autonomía progresiva (art. 5), el derecho a la identidad (art. 8) y el derecho a ser oído (art. 12).

El Comité de Derechos del Niño, en la Observación General N°13 (2011) sobre el "Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia" resaltó a los niños trans como niños en situaciones de vulnerabilidad potencial. Además, en la Observación General N° 15 (2013) sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 24) sostuvo que "los Estados partes tienen la obligación de asegurar que la salud del niño no quede minada por la discriminación, importante factor que contribuye a la vulnerabilidad". Y, en especial, destacó a "la orientación sexual, la identidad de género y el estado de salud, en particular el VIH/SID y la salud mental". Finalmente, en la Observación General N° 20 (2016) "Sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia" incluye a los "adolescentes gays, lesbianas, bisexuales, transgénero e intersexuales" como grupo que demanda especial atención por ser "objeto de persecución, lo que incluye maltrato y violencia, estigmatización, discriminación, intimidación, exclusión de la enseñanza y la formación así como falta de apoyo familiar y social de acceso a la información y los servicios sobre salud sexual reproductiva" e insta "a los Estados a que deroguen todas las leyes que criminalicen o discriminen a las personas en razón de su orientación sexual, su identidad de género o su condición de personas intersexuales, y aprueben leyes que prohíban la discriminación por esos motivos. Los Estados también deben actuar de manera eficaz para proteger a todos los adolescentes gays, lesbianas, bisexuales, transgénero e intersexuales frente a todas las formas de violencia, discriminación o acoso mediante la realización de actividades de sensibilización y la aplicación de medidas que les brinden seguridad y apoyo".

Los Principios de Yogyakarta (PY) del año 2006, que luego fueran actualizados por los Principios de Yogyakarta+10 (PY+10) del año 2017, en muchos aspectos se refieren directamente a niños, niñas y adolescentes. Los PY destacan la prevalencia de su interés superior y el derecho a "expresarse libremente en los asuntos que los afecten si está en condiciones de formarse un juicio propio, teniéndose en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez"; se "asegura que no se someta a niños a ninguna forma de trato discriminatorio en el sistema de seguridad social o en la prestación de beneficios sociales o de bienestar social por su orientación sexual o identidad de género o la de cualquier integrante de su familia"; se garantiza específicamente a niños el derecho a una vivienda adecuada, educación inclusiva, protección contra abusos médicos y el derecho a la integridad física y mental. Además, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva OC 24/12 (2017) sobre identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, se pronunció específicamente sobre la infancia trans y estableció que "los niños son titulares de los mismos derechos que los adultos y de todos los derechos reconocidos en la Convención Americana además de contar con las medidas especiales de protección contemplada en el art. 19 de la Convención (...) y que los derechos contenidos en los instrumentos generales de derechos humanos deben ser interpretados tomando en consideración el corpus iuris sobre la infancia" (párr. 149). Prevé que en las medidas que se tomen para su protección, además de la autonomía progresiva deben utilizarse de forma transversal e implementarse en todo sistema de protección integral los principios de no discriminación, interés superior, respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, y el respeto a la opinión del niño en todo procedimiento que lo afecte, de modo que se garantice su participación (párr. 151). En el año 2012 nuestro país sancionó la Ley 26.743 de Identidad de Género.

Dicha ley está compuesta de catorce artículos referidos al derecho a la identidad de género (art. 1), la

Thomson Reuters

definición de identidad de género (art. 2), el ejercicio (art. 3), los requisitos (art. 4), las personas menores de edad (art. 5), el trámite (art. 6), los efectos (art. 7), el número de rectificaciones registrales con autorización judicial y sin ella (art. 8), la confidencialidad (art. 9), las notificaciones (art. 10), el derecho al libre desarrollo personal (art. 10), el trato digno (art. 12), la aplicación (art. 13), y la derogación (art. 14) del art. 19, ley 17.132 (Régimen Legal del Ejercicio de la Medicina, Odontología y Actividades Auxiliares de las estas). La Ley 26.743 tiene como principios despatologizar la identidad de género y desjudicializar el ejercicio de derechos [...]. Dos de sus pilares en relación con la infancia trans son el cambio de prenombre y el acceso a la salud integral. Ambos aspectos se vieron interpelados en su interpretación por el art. 26, Cód. Civ. y Com. de la Nación, el cual es posterior a la ley [...] (Lamm, Eleonora y Andriola Karina, "Infancias trans. Luchas ganadas y deudas pendientes", en A 30 Años de la Convención sobre los Derechos del Niño, Marisa Herrera - Andrés Gil Domínguez - Laura Giosa, directores, Editorial Ediar).

En materia de infancia, el derecho a la expresión y vivencia de la propia identidad de género comprende [...] los siguientes supuestos: 1. Trato conforme a la identidad de género, 2. Rectificación registral conforme a la identidad de género, 3. Terapia hormonal, 4. Intervención quirúrgica (v. Regueiro de Giacomi, "El derecho a la identidad de género de niñas, niños y adolescentes", noviembre de 2012, Revista Derechos Humanos, Año I N°1, Ediciones Infojus).

Dicho todo esto, llama la atención que, teniendo en cuenta que uno de los principales ejes de la Ley 26.743 de Identidad de Género es la "desjudicialización", los adultos involucrados —progenitores y abuela paterna— hayan decidido plantear en este juzgado una cuestión vinculada con la identidad de género de J. que difícilmente pueda involucrar a alguno de aquellos cuatro supuestos. Y que aun cuando estuvieran involucrados —que no es el caso— tampoco requerirían, necesariamente, la intervención judicial. Y mucho más llama la atención que los organismos estatales de carácter local —por caso, la Comisaría de la Mujer y la Familia—, contribuyan a "judicializar" una cuestión no solo exenta de trámites judiciales sino arduamente calificable como "violencia familiar" (v. en este sentido las denuncias realizadas en sede policial: fs. 44/55 y 58/64).

¿Cuál sería la cuestión a resolver? ¿decidir sobre el modelo de ejercicio de la responsabilidad parental? ¿decidir sobre el derecho de J. al reconocimiento de su identidad de género en el ámbito familiar? Ambas me parecen que darían lugar a una intromisión estatal inaceptable (v. en este sentido arts. 26, 638 ss., Cód. Civ. y Com. de la Nación y arts. 1, 2, 5 y 12, Ley 26.743).

Con estas premisas, evaluaré los hechos denunciados a la luz de las fuentes de prueba colectadas en este procedimiento (art. 384, Cód. Proc. Civ. y Comercial BA).

Con relación a los hechos denunciados por el Sr. G. y la Sra. O., la pericia psicológica de fs. 102/108 del perito psicólogo Marcelo Valerga —sólida, fundada y excelentemente desarrollada— refirió que no es posible determinar si la inclinación de J. en cuanto a su identidad de género está o no impuesta arbitrariamente por su madre. Pero lo que sí se puede evaluar, es cómo la madre se ha conducido frente a dichas manifestaciones. Y en este punto se observa una exclusión del padre en cuanto a participar de manera conjunta en el abordaje de la situación, y ello expone a J. a quedar en situación de vulnerabilidad, ya que la habilitación de la identidad femenina queda únicamente del lado materno. Más adelante, consignó que se han hallado indicadores de un alto grado de conflicto en el ejercicio de la función parental por parte de ambos padres, convirtiéndose en el principal eje de abordaje, ya que su fortalecimiento resultará esencial para un buen acompañamiento del proceso de constitución de la identidad de F./J. Y expresó que el sujeto infantil despliega una identidad (J.) en el contexto del hogar materno, así como en el jardín de infantes, que se ve alternada con el desarrollo de otra identidad (F.) en el entorno de la familia paterna y lugares que frecuentan. Este comportamiento se interpreta como una sobre-adaptación defensiva que tiende evitar conflictos entre los adultos. Esta hipótesis es corroborada por la consistencia lógica de los relatos de las entrevistas, que dan cuenta que el niño/a no es forzado/a de modo directo a desarrollar tal comportamiento, sino que es la respuesta original que el sujeto ha encontrado para ubicarse en ambos contextos sin entrar en conflicto con su padres y afectos (mecanismo de defensa). La incomunicación existente entre ambos padres, así como el alto nivel de conflictividad entre ellos, debido a una separación traumática, les impide observar las estrategias que el niño despliega para evitar los conflictos. Señaló también que la progenitora se posiciona como la protectora de J. y centra su atención en la defensa de su identidad de género, [y descuida] aspectos como la conservación de la función parental, otorgando poco valor a la palabra del padre, con el consecuente debilitamiento del vínculo paterno-filial. Finalmente, indicó que se debe contemplar que la actitud de T. de exclusión de F. en cuanto a la toma de decisiones con respecto a su hijo/a afecta directamente su desarrollo subjetivo.

La conclusión del perito psicólogo es clara: no es posible determinar si la inclinación de J. en cuanto a su identidad de género está o no impuesta arbitrariamente por su progenitora. Aunque, también es claro que la progenitora ha excluido al progenitor en el

Thomson Reuters

abordaje de dicha situación, que la exclusión del progenitor respecto de las cuestiones atinentes a su hijo afecta su desarrollo subjetivo y que la existencia de un entramado conflictivo entre los progenitores dificulta el ejercicio de la función parental. Tales cuestiones, estimo, deberán ser abordadas en el marco de una terapia individual (art. 7, inciso m, Ley 12.569 y art. 384, Cód. Proc. Civ. y Comercial BA).

Pero además, la conclusión del perito relativa a la inclinación de J. coincide con la entrevista de fs. 19, que recoge las expresiones espontáneas de J. en cuanto a su identidad de género (artículo 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño, Ley 23.849 y artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, artículo 17 inciso 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 3 de la Ley 26.061, artículos 639 inciso a) y 707 inciso c), Cód. Civ. y Com. de la Nación y artículo 4 de la Ley 13.298). De igual modo, el perito señaló en la pericia que el niño se presenta como J. con completa naturalidad. No emerge sintomatología psicótica u otros trastornos de la conducta.

Se observa ubicación temporo-espacial y buen desarrollo del lenguaje y el pensamiento. La capacidad de juego se halla conservada y no surgen indicadores de angustia y/o ansiedad (v. fs. 102/108).

En este punto, no tendré en cuenta las conclusiones contrarias brindadas por el Servicio Local de Promoción y Protección de los Derechos del Niño (v. informe de fs. 72/75). Tal tesitura responde, fundamentalmente, a la ausencia de fundamentos científicos que sostengan las conclusiones que estructuran el informe. Dichas conclusiones me parecen meramente dogmáticas y, además, no contemporizan con ninguna de las otras fuentes de prueba colectadas (art. 384 y arg. art. 474, Cód. Proc. Civ. y Comercial BA). También señaló el perito que existe un alto grado de probabilidad de situaciones altamente conflictivas entre la Sra. P. y la Sra. O., en el contexto de que esta última toma partido en la conflictividad existente entre los progenitores y complejiza la trama relacional de la pareja parental. Tal situación dará lugar al dictado de un cese de todo acto de perturbación en forma recíproca (art. 7, inciso a, Ley 12.569).

Con relación a los hechos denunciados por la Sra. P., la pericia psicológica de fs. 102/108 refirió que se genera de manera espontánea el comentario de situaciones en las que [J.] se habría sentido agredida por su padre y expone su deseo de no encontrarse con él por dicho motivo. Acepta la posibilidad de que alguien hable con él al respecto y tiene perspectiva de una posible reparación del vínculo. [...] Desde el punto de vista de J. lo que la conflictúa no es su identidad de género sino el sentirse maltratada por su padre en ciertas ocasiones puntuales que pasaron hace un tiempo, pero a las que recuerda con precisión. Por otra parte, enuncia con respecto al padre "me trata como no soy". Y más adelante indicó que existe un alto grado de probabilidad sobre la existencia de situaciones de maltrato verbal hacia J. por parte de su padre. Se trataría de hechos aislados y no de un modo vincular habitual. Por otro lado, debe considerarse que dichas situaciones son el emergente de una dinámica disfuncional en la pareja parental que por no lograr una buena comunicación genera acumulación de tensión y sentimientos de impotencia. Se considera que la agresividad es producto del desborde emocional que genera en el padre la situación de sentirse despojado de toda autoridad para tomar decisiones con respecto a su hijo/a.

La conclusión del perito en este punto también es clara: la existencia de situaciones de maltrato verbal del Sr. G. hacia J. (art. 384, Cód. Proc. Civ. y Comercial BA). Coincide en este punto la pericia socio-ambiental de fs. 8/9. Tal situación dará lugar al dictado de un cese de todo acto de perturbación (art. 7, inciso a, Ley 12.569).

4. Finalmente, resta considerar el momento a partir del cuál comienza la vigencia de las medidas cautelares dictadas en los procedimientos de violencia familiar o de género (Leyes 12.569 y 26.485). Entiendo que las medidas cautelares en esta clase de procedimientos tienen vigencia desde la fecha de su dictado. Tal aserto tiene dos fundamentos: a) en la llamada ejecutabilidad inmediata de las medidas cautelares (arg. art. 198, Cód. Proc. Civ. y Comercial BA); en este sentido "En el proceso de protección contra la violencia familiar las medidas dispuestas corren desde que fueron dictadas pues por el carácter cautelar debe entenderse que tiene efecto inmediato (doctr. art. 198, Cód. Proc. Civ. y Comercial)" (CC0201 LP 123233 RSI 9/18 I 08/02/2018, "L. C. F. c. L. G. s/ protección contra la violencia familiar", JUBA); b) en el establecimiento de un plazo de duración único de las medidas cautelares; es decir, "Es que, de entenderse que empieza a computarse el plazo desde el anoticiamiento por cédula a cada una de las partes, generaría que la precautoria comience a regir en distinto día para ellas, a la par que podría vgr. quedar sin anoticimiento por un largo período (días, meses o años), ocasionando que su implementación podría no tener sentido de actualidad, con los consecuentes perjuicios que tal situación pudiere conllevar" (ibídem).

Sin embargo, para la deducción de los recursos y la configuración de la desobediencia será necesaria la notificación de la medida a los involucrados. En este orden de ideas, "Ahora bien, la comunicación a las partes resulta —por supuesto— necesaria para tener el conocimiento que si se incumple la medida dispuesta, puede acarrear desobediencia, a la par que a

Thomson Reuters

partir de dicho acto procesal devienen los plazos para incoar los eventuales recursos contra aquella (doctr. arts. 155, art. 10 de la ley 12.569)." (ibídem).

Por los fundamentos expuestos y lo ordenado por los arts. 1, 2, 6, 7 incisos a, c, g y m, 8 y 11, Ley 12.569 (to Ley 14.509) y arts. 1, 2, 3,4, 5, 19, 20, 21, 22 y 26, Ley 26.485, resuelvo: 1) Intimar a F. M. G. —bajo apercibimiento de incurrir en caso de incumplimiento en el delito de desobediencia previsto en el art. 239 del CP— que se abstenga de efectuar todo acto de perturbación, intimidación u hostilidad en forma directa hacia J. 2) Intimar a F. M. G., T. P. y S. L. O. —bajo apercibimiento de incurrir en caso de incumplimiento en el delito de desobediencia previsto en el art. 239 del CP— que se abstengan de efectuar todo acto de perturbación, intimidación u hostilidad recíprocamente. 3) Ordenar a F. M. G. que concurra a terapia psicológica. A tales deberá concurrir ante el Servicio para el Abordaje de la Violencia Familiar (admisión varones, los días viernes en el horario de 14hs a 16hs, sito en sede del SLPPDN ubicado en calle Av. Alem 95 de Lobos) o en forma particular (a su costo); haciéndole saber al profesional que intervenga, que aborde el tratamiento bajo las modalidades que considere adecuadas. 4) Ordenar a T. P. que concurra a terapia psicológica. A tales deberá concurrir ante el Servicio para el Abordaje de la Violencia Familiar (admisión mujeres, los días martes en el horario de 14hs a 16hs, sito en sede del SLPPDN ubicado en calle Av. Alem 95 de Lobos) o en forma particular (a su costo); haciéndole saber al profesional que intervenga, que aborde el tratamiento bajo las modalidades que considere adecuadas. 5) Ordenar a S. L. O. que concurra a terapia psicológica. A tales deberá concurrir ante el Servicio para el Abordaje de la Violencia Familiar (admisión mujeres, los días martes en el horario de 14hs a 16hs, sito en sede del SLPPDN ubicado en calle Av. Alem 95 de Lobos) o en forma particular (a su costo); haciéndole saber al profesional que intervenga, que aborde el tratamiento bajo las modalidades que considere adecuadas. 6) En los términos del art. 11, Ley 12.569 cítese a F. M. G. a la audiencia del día 13 de febrero de 2020 a las 11.30 horas. 7) En los términos del art. 11, Ley 12.569 cítese a S. L. O., a la audiencia del día 13 de febrero de 2020 a las 12.00 horas. 8) En los términos del art. 11, Ley 12.569 cítese a T. P., a la audiencia del día 13 de marzo de 2020 a las 10.30 horas. 9) Líbrese oficio al Servicio Local de Promoción y Protección de los Derechos del Niño en los términos del art. 13, Ley 12.569, con transcripción de la parte resolutiva de la presente. 10) Las presentes medidas tienen término de duración de dos (2) meses a partir de la fecha de su dictado. 11) Recartúlese el presente expediente con solo las iniciales de J. (arts. 706 y 708, Cód. Civ. y Com. de la Nación). Notifíquese a F. M. G. y al Asesor de Incapaces ad hoc por cédula electrónica a librar por Secretaría. Cítese a T. P. y a S. L. O. a efectos de notificarlas personalmente en esta sede (art. 152, Cód. Proc. Civ. y Comercial BA). A tal fin, líbrese oficio a la Comisaría de la Mujer y la Familia. — *Laureano Della Schiava*.

Thomson Reuters

Identidad de género, infancias y violencias

Verónica Spaventa (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Síntesis del caso.— III. "Lo personal es político": infancias trans y violencias sexo-generizadas.— IV. Otros antecedentes para pensar cómo seguir desmontando el sistema hetero-cis-patriarcal.— V. Reflexiones finales.

"'El rey está desnudo' (...) la sociedad está desnuda y sus mecanismos de alienación. No es que mi identidad o cuerpo estén enfermos o porten enfermedad. Me los han enfermado. Y tengo 49 años hoy de sometimiento a este sutil y permanente, intenso y cruel mecanismo de alienación instituido".

WAYAR, Marlen, "Travesti. Una teoría lo suficientemente buena".

I. Introducción

La Ley de Identidad de Género supone un quiebre con las narrativas jurídicas que se edificaron sobre una distribución de la violencia que ubicó cuerpos/identidades en zonas de peligro y exclusión para seguridad y privilegios de otros/as. La ley trasciende la distinción naturaleza/cultura que, basada en la diferencia sexual binaria, proyectó la anormalidad como frontera entre lo humano y lo no humano para la asignación de derechos, sustento de aquella distribución violenta de los cuerpos y las identidades. Y lo hizo a tal punto que hoy asistimos al reconocimiento de identidades no binarias, no ubicables en las categorías de mujer ni de varón, dentro de sus propios términos y marcos **(1)**.

Desde esa lectura, estamos quienes entendemos la ley 26.743 "no solo como una política de reparación en derechos humanos para las personas travestis, transexuales y transgénero, sino como un dispositivo que —a pesar de situarse dentro del esquema normativo positivo— ha desplazado, para el Estado, parte de los efectos esencialistas y clausuradores del tradicional sistema sexo-género (allí donde la genitalidad se

(*) Abogada UBA. Secretaria letrada, Corte de Justicia de Salta, a cargo de la Secretaría de Coordinación General de las Oficinas de Violencia Familiar y de Género del Poder Judicial de Salta.

(1) Este camino se abrió con el dictamen de la Subdirección de Derechos Humanos y Acceso a la Justicia de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, en cuyos fundamentos se basó la Dirección del Registro Civil de Mendoza, al emitir la res. 420/2018, en virtud de la cual se hizo lugar a la solicitud del reconocimiento legal de la identidad de género autopercibida, su correspondiente rectificación registral, pero no consignando sexo alguno en la partida de nacimiento. Otro antecedente para mencionar en esta senda, ya en el ámbito judicial, es el caso de Ushuaia, de diciembre de 2019, en el cual se le ordenó al Registro Civil y Capacidad de las Personas de la Provincia de Tierra del Fuego expedir una nueva partida de nacimiento en la que constara el nombre adoptado por la amparista, conforme su identidad de género autopercibida y en el casillero sexo "se haga constar 'no binario/igualitario'" (Juzg. Familia y Minoridad Ushuaia, 16/12/2019, "S. B., G. A. S. L. c. Registro de Estado Civil y de la Capacidad de las Personas s/ amparo", cita online: AR/JUR/56336/2019). O el del caso que espera una definición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, protagonizado por la activista trans Lara Bertolini, quien recurrió la resolución de la sala G de la CNCiv. que revocó la decisión de la titular del Juzgado Civil Nº 7, Myriam Cataldi, que había reconocido el derecho de Lara a inscribirse como "femineidad travesti" [cfr. autos caratulados "Bertolini, Lara M. c. EN - Ministerio del Interior OP y V s/ información sumaria", sentencia del 01/03/2019, disponible en www.jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Bertolini%20(causa%20N%C2%BA%2048756).pdf, compulsada el 02/05/2020; CNCiv., sala G, 10/12/2019, "Bertolini, Lara M. c Estado Nacional - Ministerio del Interior OP y V s/ información sumaria", cita online: AR/JUR/47855/2019].

Thomson Reuters

constituye como destino del género y las relaciones intergenéricas), dándole relevancia a la autonomía de las corporalidades trans* en su relación con sus instituciones" **(2)**.

La norma reubica el poder médico-legal, al situarse dentro del marco de lo que conocemos como el paradigma despatologizante o despatologizador **(3)**. La ley reconoce el espacio subjetivo como ámbito exclusivo de referencialidad identitaria y condición para el ejercicio de la autonomía corporal, evita toda pretensión definitoria o clasificatoria de las identidades trans e inscribe el proceso de reconocimiento al ámbito administrativo, cerrando el doloroso período que algunos/as han denominado de transjudicialización, durante el cual el reconocimiento de la identidad de género se gestionaba judicialmente **(4)**. A su vez, el derecho a la identidad se reconoce con independencia del ejercicio efectivo de su dimensión registral, a través de la consagración del trato digno como igualmente integrante de sus fronteras. Por tanto, la identidad autopercibida tiene efectos jurídicos, aun cuando la persona no haya optado por realizar el cambio registral de su nombre y sexo. Y en clave de justicia social, de política reparadora hacia un colectivo sumido en un círculo de exclusión socioeconómica, esa autodeterminación que la ley asegura se proyecta, además, en el campo de la salud, donde se garantiza a la población trans el acceso gratuito a la batería de procedimientos biomédicos, a las biotecnologías, como instrumentos para ese "ir siendo tras" **(5)**.

Ese marco legal en los últimos tiempos se ve robustecido desde el derecho internacional de los derechos humanos, en especial, a partir de la Opinión Consultiva 24/2017, sobre identidad de género e igualdad y no discriminación hacia las parejas del mismo sexo, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ello en tanto este instrumento identifica, por un lado, la perspectiva despatologizante y, por otro, la autonomía como premisas constitutivas del derecho a la identidad de género.

No obstante, siguen siendo múltiples las violencias desplegadas hacia las personas trans. Transformar la cultura, el imaginario, heterocis-patriarcal **(6)**, desmontar el paradigma patologizador en el que se sostiene es tanto más complejo. Quienes, como Lohana Berkins, fueron artífices de esta *gesta del nombre propio*, tuvieron plena consciencia de esos límites que tienen las batallas legales: "la ley no nos va a cambiar la vida, ninguna ley termina con la discriminación, no es una cuestión mágica" **(7)**.

(2) LITARDO, Emiliano, "Los cuerpos desde ese otro lado: la Ley de Identidad de Género en Argentina", trabajo publicado en la revista Meritum, 8 vol. 8, Belo Horizonte, ps. 227/255, ju./dez. 201.

(3) Un apretado pero conciso resumen sobre las características del modelo patologizador puede verse en LITARDO, Emiliano, "La identidad de género en América: aproximaciones para una teoría democrática del género", en Sistemas judiciales. Una perspectiva integral sobre la administración de justicia, 22, año 18, publicación anual de CEJA e INECIP, especial sobre "Género, diversidad sexual y justicia", versión digital disponible en www.inecip.org/wp-content/uploads/Sistemas-Judiciales-22.pdf.

(4) Un sintético y profundo análisis de esa etapa puede verse en LITARDO, Emiliano, "Va a ser un escándalo", en AA.VV., La revolución de las mariposas. A diez años de la Gesta del Nombre Propio, Ministerio Público de la Defensa de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2017, principalmente p. 155.

(5) Cabe aclarar, en relación con este punto, que la norma no exige ningún tipo de "readecuación" corporal.

(6) De acuerdo con la Opinión Consultiva 24/2017 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, una persona cisgénero es aquella cuya identidad de género se corresponde con lo socialmente esperable según el sexo que se le asignara al nacer. Blas Radi entiende que "'el término cis' no produce una división, sino que pone una marca ahí donde no la había, en un escenario donde la división ya estaba funcionando de todos modos. Toda determinación es negación, determinarse es negarse y 'trans' es un término que establece esa determinación, ese recorte de un todo respecto del cual marca la diferencia. 'Trans' supone 'no trans'; trans y el resto del mundo que no es trans, ahí tenemos la división operando, no es creada ni reforzada por el término 'cis'. Lo que sí hace el término 'cis' es darle un nombre a ese todo y, sobre todo, evitar que ese todo sea equiparado a 'lo normal'". Texto citado por Eleonora LAMM en su trabajo "Identidad de género, autonomía reproductiva y acceso a tecnologías. Hacia una deconstrucción del sexo, del género y de los roles", en KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída - MOLINA de JUAN, Mariel (coords.), Paradigmas y desafíos del derecho de las familias y de la niñez y adolescencia, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2019, ps. 147 y ss.

(7) FERNÁNDEZ, Josefina, "La Berkins. Una combatiente de frontera", Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 2020, p. 175.

Thomson Reuters

II. Síntesis del caso

El caso se inicia con la presentación que hace el padre de una niña trans, a la que se sumó otra presentación de la abuela paterna y una tercera de la madre de la menor de edad, "vinculadas a la identidad de género" y al régimen de comunicación. Así de ambiguo es lo que podemos saber a partir del relato muy sucinto de los hechos que se hace en la descripción de los antecedentes, algo a lo que suelen tenernos (mal)acostumbradas/os los juzgados con competencia en violencia familiar y de género. De lo ampliado en los considerandos del fallo podemos especificar que el padre y la abuela paterna plantean la denuncia de violencia familiar para evitar que la progenitora continúe "torciendo", imponiendo una determinada identidad de género a la niña (en rigor, tanto el padre como la abuela solo reconocen un niño). Y la madre formula la denuncia contra el progenitor para obligar al padre a que respete la identidad de género de su hija, en definitiva, para que acepte a su hija.

El juzgado ordena una serie de medidas probatorias, a más de escuchar a la menor de edad, y dispone: que las tres personas adultas hagan terapia psicológica, que se abstengan de ejercer violencia verbal y psicológica entre sí, y al progenitor lo obliga a abstenerse de perturbar, hostigar o intimidar a la niña.

III. "Lo personal es político": infancias trans y violencias sexo-generizadas

La semana pasada, en pleno Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio (ASPO), el titular del Juzgado de Competencia Múltiple de la ciudad de Bell Ville, provincia de Córdoba, ordenó la exclusión del hogar del padre de una joven trans de 17 años y fijó una prohibición de acercamiento y de mantener cualquier tipo de comunicación con aquella, todo con carácter provisorio y por el plazo de 60 días. La medida fue adoptada ante la denuncia efectuada telefónicamente por la propia adolescente, quien planteó vivir situaciones domésticas de violencia psicológica y ambiental, a raíz del rechazo que provoca en su progenitor que ella se autoperciba mujer **(8)**.

En el Informe "Violencia contra personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex en América", documento 36/2015, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos reconoce haber recibido información preocupante "sobre ataques violentos perpetrados por padres, madres, hermanos o hermanas y otros parientes contra niños y niñas LGBT, o aquellos percibidos como tales, en países del continente americano. La violencia intrafamiliar contra personas LGBT es un tema constante, e incluye a personas que se les niegan oportunidades de escolarización, que son sujetas a violencia sexual, expulsadas de sus hogares, y/o abusadas física y psicológicamente" (párr. 311). "Niños y niñas LGBT a menudo enfrentan el rechazo de sus familias y la comunidad, que desaprueban su orientación sexual e identidad de género" (párr. 312). Y describe en los párrafos siguientes situaciones puntuales de una crueldad escalofriante y absolutamente intolerable, a partir de las cuales reafirma el deber de los Estados de adoptar medidas efectivas contra tales violencias a los derechos humanos de las infancias y adolescencias LGBT(I).

En el año 2007 se publicaba en nuestro país un informe nacional sobre la situación de las travestis, transexuales y transgéneros **(9)** que daba cuenta, con base en datos estadísticos, cómo "comenzar a vivir de acuerdo con nuestra identidad sexual conlleva, con mucha frecuencia, a la pérdida de nuestro hogar, de nuestros vínculos familiares y la marginación de la escuela (...). Como hemos mencionado, en nuestros recorridos vitales encontramos que el reconocernos travestis, transexuales o transgéneros ha implicado experiencias de desarraigo. Muchas nos hemos visto forzadas a abandonar nuestros barrios, nuestros pueblos, nuestras ciudades y nuestras provincias —a veces hasta nuestros países— durante la adolescencia o la juventud con el objetivo de buscar entornos menos hostiles o el anonimato de una gran ciudad, que nos permita fortalecer nuestra subjetividad y otros vínculos sociales en los que nos reconozcamos (...). Mientras que en otros grupos sociales discriminados la familia puede resultar un resguar-

(8) La noticia fue publicada en Diario Judicial, el 23/04/2020, bajo el título "Justicia inclusiva y digital", y puede verse en www.diariojudicial.com/nota/86115.

(9) En un libro que compiló Lohana BERKINS, bajo el título "Cumbia, copeteo y lágrima".

Thomson Reuters

do respecto de la hostilidad social, en el caso de las travestis, transexuales y transgéneros a veces el grupo familiar es uno de los espacios en los cuales no se respeta nuestra identidad y donde somos agredidas cotidianamente" **(10)**.

Según el relevamiento realizado por la Asociación Civil Infancias Libres, sobre la situación actual de las experiencias de las niñeces trans, de julio de 2019, casi el 50% de los grupos familiares en los que un/a hije rompe con los esquemas binarios del género, se ve sumido en el desconcierto, un poco más de un tercio en la tristeza, otro tercio siente temor y un cuarto rechaza, se enoja y/o reprende a la/el/le menor de edad. Sin embargo, solo un poco más de un tercio pide ayuda. Por otra parte, solo un 6% aceptó la identidad de su hijo/hija/hije desde un primer momento, y nunca la vivió como un padecer o malestar.

En el plano autobiográfico, la novela "Las malas", de Camila Sosa Vallejos, nos permite acercarnos desde otro lugar a las violencias sexo-generizadas:

"El miedo lo teñía todo en mi casa. No dependía del clima ni de una circunstancia en particular: el miedo era el padre. No hubo policías ni clientes ni crueldades que me hicieran temer del modo en que temía a mi papá. En honor a la verdad, creo que él también sentía un miedo pavoroso por mí. Es posible que ahí se geste el llanto de las travestis: en el terror mutuo entre el padre y la travesti cachorra (...).

"(...) Aquella infancia de violencia, con un padre que con cualquier excusa tiraba lo que tuviera cerca, se sacaba el cinto y castigaba, se enfurecía y golpeaba toda la materia circundante: esposa, hijo, materia, perro. Aquel animal feroz, mi fantasma, mi pesadilla (...)".

La sentencia en comentario tampoco escapa a la trama social patologizante y violenta que explica cada una de las historias vividas por niños, niñas y adolescentes trans. La patologización de niños/niñas/niñes trans, como plantea Mauro Cabral, se sustenta en que "la diversidad de género en la infancia sigue siendo culturalmente insoportable" **(11)**.

Si bien la resolución judicial sitúa la ley 26.743 dentro de los cánones hermenéuticos del paradigma despatologizador, a la vez que visualiza el esquema desjudicializante que plantea la ley en torno al ejercicio de los derechos que consagra, ordena la realización de una pericia psicológica, que le permite descartar que la madre de la niña ejerza presión sobre esta o condicione o imponga su identificación femenina. Recién despejada esa duda, el fallo pondera la palabra de la niña. Y esa ponderación tampoco logra desenmarcarse del paradigma hetero-cis-patriarcal. La niña manifiesta que su padre no la trata como ella es; el padre, por su parte, asume que lo que él tiene es un hijo, por eso denuncia a la madre. La niña agrega que esa negación de su identidad a veces va acompañada de otras formas de maltrato. Por eso pide que no la obliguen a mantener encuentros con el progenitor, hasta tanto "alguien pueda ayudarlo" y así este esté en condiciones de reparar el vínculo. Sin embargo, por un lado, el juez la trata por momentos en femenino y en otros tramos del fallo en masculino. La contradicción se expresa claramente al principio de la decisión, cuando adelanta que identificará al "niño" con la letra J., que es la inicial del nom-

(10) BERKINS, Lohana (comp.), "Cumbia, copeteo y lágrima", Ed. Alitt, Buenos Aires, 2007, ps. 67 y ss.

(11) Este gran activista intersexual es citado por LAMM, Eleonora - ARIOLA, Karina, en su trabajo sobre "Infancia trans. Luchas ganadas y deudas pendientes", publicado en HERRERA, Marisa - GIL DOMÍNGUEZ, Andrés - GIOSA, Laura, A 30 años de la Convención sobre los Derechos del Niño. Alcances, críticas y desafíos, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2019. En ese trabajo se cita un caso de la provincia de San Juan, que también muestra cómo la despatologización y la desjudicialización no están funcionando, más allá de los marcos normativos. El fallo autoriza judicialmente una "mastectomía" (masculinización pectoral) solicitada por un adolescente de 16 años acompañado por sus progenitores. No solo esa autorización judicial no era necesaria en razón de su edad, sino que además el juzgado de familia interviniente requiere informe psicológico y emplea términos patologizantes. Así, se resalta que del informe técnico surge "que, no obstante haber nacido biológicamente como mujer se siente hombre, encuadrando lo mencionado dentro de la clasificación del Manual de Diagnóstico Estadístico de los Trastornos Mentales en la categoría de 'Disforia de Género', en alusión al 'disgusto, desajuste o molestar con el sexo biológico que le ha correspondido al sujeto'". La sentencia, de fecha 12/02/2019, fue dictada en los autos "F. P. J. Y O. M. C. s/ autorización judicial", Tercer Juzg. Familia San Juan, expte. 66334, cita online: AR/JUR/15742/2019.

Thomson Reuters

bre que la niña ha elegido para cobijar su identidad femenina. Adicionalmente, entiende que "se trataría de hechos aislados y no de un modo vincular habitual", a más de explicarlos como efectos de una dinámica parental conflictiva, o como desbordes emocionales de un padre cuya autoridad es minada por la madre de la niña.

La niña dice que su padre ignora su identidad de género; insisto, el padre inicia la acción porque efectivamente niega esa identidad. Me pregunto desde qué marcos conceptuales es posible concluir que tal negativa es ajena a las violencias sexo-generizadas contra las cuales los marcos constitucionales, convencionales y legales protegen. Otra cosa es que hagamos el necesario ejercicio de entender lo difícil que es para las familias correrse de los mandatos de la hetero-cisnormatividad, que nos empujan como padres y madres a reproducir seres humanos dentro de ese modelo opresivo. En un programa de la televisión cordobesa, "Como dos extraños", la multifacética artista, además de escritora, trans Camila Sosa Villada contaba a su conductor y a su conductora cómo, luego de un doloroso proceso terapéutico, pudo comprender la violencia que desplegó hacia ella su padre durante su infancia y adolescencia y finalmente perdonarlo: "Él estaba obligado por un mundo que le dice de todas las formas posibles que debe rechazar a su hijo (...) y esa obligación impuesta es muy pesada, muy potente y muy grande. Él debe rechazar a un hijo que es diferente". Diferente a los hijos y a las hijas que el sistema sexo-generizado hetero-cis-patriarcal nos habilita a desear, tener, cuidar y querer...

El fallo no parece poder ir al hueso del problema: la violencia maquinal que produce la hetero-cis norma, que no deja margen a ese padre y a esa abuela más que para la resistencia, la perplejidad, el desconcierto, la angustia, la violencia. Y preso de un imaginario judicial que tiene serias dificultades para identificar las desigualdades de poder que esas matrices socio-culturales generan en las relaciones interpersonales, de manera contradictoria niega al tiempo que justifica la agresividad paterna. En consecuencia, ordena tratamientos psicológicos para todos/as los actores (progenitor, progenitora, abuela), como si se tratara de un mero conflicto sistémico, singular, propio de esa familia. Y finalmente nada dice sobre la petición de la niña de suspender el régimen de comunicación con el padre hasta tanto, acompañamiento psicológico y proceso de deconstrucción mediante, a través de programas estatales u organizaciones que trabajen con las familias de niños y niñas trans, pueda aceptar a su hija.

IV. Otros antecedentes para pensar cómo seguir desmontando el sistema hetero-cis-patriarcal

En el año 2017, una niña ejercía por primera vez en mi provincia, vivo en Salta, al norte de Argentina, su derecho a modificar registralmente su nombre y sexo conforme su identidad autopercibida. Si bien esta niña desde el principio tuvo el acompañamiento amoroso de su padre y de su madre, los entornos de sociabilización más amplios, tanto en el ámbito familiar como escolar, le hicieron conocer tempranamente la violencia a raíz de la indiferencia, el hostigamiento, la burla, la humillación.

Decididos/as a asegurarle a su hija una infancia digna, el padre y la madre de Tiziana **(12)** recurrieron ante la justicia provincial para pedir el cese de tales vejaciones escolares, luego de fracasar la vía administrativa, iniciada ante el Ministerio de Educación y antes ante la dirección de la propia escuela, donde se negaron a brindarles una respuesta integral y satisfactoria, obligándoles a optar por el cambio de establecimiento educativo. Según surge de la sentencia dictada por el Juzgado de Violencia Familiar y de Género Nº 1 del Distrito Judicial del Centro, de fecha 17/07/2018, personal docente y directivo de la escuela se negaba a nombrar a la niña por su nombre durante todo el tiempo que duró el proceso de modificación registral, esa falta de respeto hacia su identidad propició la burla, los insultos y el hostigamiento de sus pares, todo lo cual perjudicó su rendimiento escolar y su salud psíquica. La jueza interpretó que el caso constituía un supuesto de violencia de género en el ámbito institucional, con encuadre normativo en la Ley de Identidad de Género, en la Convención de los Derechos del Niño, en la Ley de Protección Integral de los Derechos de NNA, en la legislación nacional y provincial de protección

(12) Aclaro que uso el nombre verdadero de la niña porque ella expuso su caso públicamente, sin reserva ni de nombre ni de su imagen.

Thomson Reuters

integral contra todas las formas de violencia de género, en la CEDAW y Belém do Pará. Y ordenó, en carácter de medidas de protección, que el Ministerio de Educación de la provincia elabore y promueva un plan de capacitación permanente para personal directivo y docente en cuestiones de género e identidad de género, en derechos de los niños, niñas y adolescentes, a los fines de dar cumplimiento a la normativa internacional, nacional y provincial en la materia. Asimismo, le ordenó crear un órgano específico, o afectar personal especialmente capacitado, para el asesoramiento y orientación sobre intervenciones adecuadas en cuestiones de violencia familiar y de género que se planteen en el seno de las instituciones educativas **(13)**.

Entre sus fundamentos, la sentencia señaló que "La educación debe construir un espacio que tenga como norte una sociedad con equidad de género; se debe educar en y para la igualdad. Haciendo de la escuela un lugar para desandar el largo camino que el patriarcado ha impuesto. Sin ello difícilmente avancemos en la lucha por erradicar la violencia familiar y de género. Este debe ser el compromiso de todos y cada uno de los miembros de cada institución educativa; pero para ello la *capacitación* debe ser promovida de manera inmediata y eficiente".

V. Reflexiones finales

El fallo en comentario muestra cómo la despatologización de las identidades trans es más un discurso que va logrando permear las diferentes capas del tejido social, jurídico, judicial, pero está lejos de ser el paradigma desde el cual pensamos, interpretamos, intervenimos, criamos, educamos, sentimos, vivimos. Sin que ello le reste mérito a una ley que es modelo en el mundo, que nos enorgullece a quienes creemos en otro mundo, más justo y menos desigual.

El fallo en comentario, como los otros traídos a colación de aquel, habla de nosotros, de nosotras, de una sociedad que produce infancias violentadas, desoladas, que no puede escapar, trascender el binarismo sexual. Coincido con la genial Susy Shock cuando, a raíz de su libro *Crianzas* y del caso Lulú, nos interpela a dejar de hablar de ella (de Lulú), o desde ella, de las infancias trans, o desde esas infancias, como si pudiéramos, y en cambio hablemos, visibilicemos el modo, los mecanismos a través de los cuales seguimos destruyendo las infancias, "y ahí hay que hablar entonces de todos y de todas" **(14)**.

El fallo en comentario renueva una vieja interpelación a quienes operamos en el campo del derecho y/o del servicio de justicia, a quienes estamos obligados/as en nombre del Estado a garantizar con la debida diligencia protección a las víctimas de todas las violencias de género. Una protección que excede los marcos del modelo judicial securitista **(15)**, de probada ineficacia, que exige creatividad, otras miradas, nuevas prácticas, interpretaciones e intervenciones judiciales que aporten a la construcción de una potencia liberadora, que dé claras y nuevas señales para las infancias, y no solo para las infancias trans, sino para todas. Prácticas, intervenciones, interpretaciones judiciales que puedan presentarse como productos "hete-

(13) Como consecuencia de ese dispositivo, el Ministerio de Educación provincial trabajó junto al Observatorio de Violencia contra la Mujer de Salta en la elaboración de un protocolo de intervención ante situaciones de maltrato infantil, abuso sexual y violencia de género en espacios educativos, que desde julio de 2019 se aplica en todas las dependencias educativas. Hasta donde tengo noticia, en cambio, no se avanzó tanto en el plano del plan de capacitaciones permanente, aunque no puedo negar las diferencias entre aquella Salta que a mediados de la década pasada se negaba a incorporar la educación sexual integral en las escuelas, y la actual, que se vio obligada a trabajar en la transformación del sistema para garantizar ambientes educativos laicos, obligada por el resultado del caso "Castillo", en el cual se discutió la constitucionalidad de la educación religiosa y de las prácticas religiosas compulsivas en las escuelas públicas de la provincia (cfr. CSJ 1870/2014/CSJ "Castillo, Carina V. y otros c. Provincia de Salta - Ministerio de Educación de la Provincia de Salta s/ amparo", sentencia del 12/12/2017, cita online: AR/JUR/88049/2017).

(14) La entrevista en la que Susy Shok hizo estas afirmaciones, forma parte del libro de WAYAR, Marlen, "Travesti. Una teoría lo suficientemente buena", Ed. Muchas Nueces, Buenos Aires, 2018, p. 70.

(15) Laurana MALACALZA define las características de este modelo en su trabajo "Violencia contra las mujeres. Un modelo de gestión securitario y privatista", publicado en la Revista Institucional de la Defensa Pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 14, año 8, abril de 2018, número sobre "Género y Diversidad Sexual. Iguales en Derecho. Desiguales de hecho".

Thomson Reuters

ro en fuga" **(16)**, que habiliten los vuelos que el sistema hetero-cis-patriarcal normativo niega. Como dice otra gran activista trans, Marlen Wayar: "nadie está obligado a volar, pero tampoco —y esto sí está prohibido— nadie debería cercenarnos las alas a quienes queremos volar" **(17)**.

El fallo en comentario renueva, a su vez, mi profundo y viejo deseo, mi profunda y vieja convicción: que podamos reconocer y defender como estandarte la ética de un mundo en el que dejemos de cortar alas, ahora que sabemos que después del COVID-19 "no queremos volver a la normalidad porque la normalidad es el problema" **(18)**.

(16) Tomo el concepto de Juan Pichen que Marlen WAYAR desarrolla en su obra "Travesti...", ob. cit., p. 73.

(17) WAYAR, Marlen, "Travesti...", ob. cit., p. 35.

(18) RAMONET, Ignacio, "Coronavirus: La pandemia y el sistema mundo", *Página 12*, del 29/04/2020.

Thomson Reuters

SUPRESIÓN DE APELLIDO

Portación de apellido paterno rechazada genuinamente por el hijo menor de edad. Existencia de justos motivos. Identificación del niño con su familia materna. Desinterés afectivo del progenitor. Derechos de las personas menores de edad. Análisis de las circunstancias del caso. Derecho del niño a ser oído. Integración de la identidad personal. Procedencia.

Con nota de María Silvina Romero

1. — La madre del niño, al solicitar la supresión del apellido paterno de su hijo, ajustó su proceder al deseo manifestado por el niño, y no puede sin injusticia objetarse esa actitud, a poco que se advierta que se trató de una vía resolutoria propuesta por el niño para tramitar un dolor genuino e intenso.

2. — El niño requirió la modificación de su inscripción registral, y tiene justos motivos para que su petición sea atendida, porque responde a un deseo genuino, propio, ni impuesto ni dubitativo, en tanto y en cuanto su personalidad se forjó en el seno de la familia materna, sin que ni su progenitor ni los miembros de su familia resulten personas allegadas con relevancia afectiva como para mantener un apellido que no siente propio.

3. — En el caso de las personas menores de edad, el cambio de nombre por justos motivos no puede estarle vedada, en respeto de su dignidad personal, y de allí que debe evaluarse si la pretensión esgrimida traduce el genuino parecer del niño, o encubre una decisión de la persona adulta que concurre al proceso representándolo.

4. — El derecho a ser oído del niño fue ejercido en plenitud, no solo porque compareció en forma personal a entrevistarse con la jueza de su caso, sino porque también lo hizo con el Equipo Técnico.

5. — La biología no puede tener un peso específico tal, que condene a la portación de un apellido por esa sola circunstancia, cuando la identidad personal se integra por datos inamovibles —estáticos— y también se construye con el mero vivir —dinámicos— que contornea y talla nuestro ser.

JFamilia Nro. 1 Esquel, 18/10/2019. - A. I. s/ Supresión de apellido.

[Cita on line: AR/JUR/61367/2019]

COSTAS

Se imponen en el orden causado.

Expte. N° 467/2019

1ª Instancia.- Esquel, octubre 18 de 2019.

Resulta:

Que la ciudadana M.A.C. en representación de su hijo menor de edad, de nombre I. A., promovió la supresión del apellido paterno y la sustitución por el materno —C.— alegando que existen justos motivos para hacer lugar al reclamo. Realizó tal pedido con el patrocinio jurídico de las letradas Marcela Elizabeth G. y María Fernanda O., a quienes apoderó especialmente en los términos del art. 48 del rito.

Alegó que I. nació en la localidad de Trevelin, siendo inscripto ante el Registro Civil por los dos padres, tal como surge de la partida de nacimiento que acompaña. Refirió que a partir de su nacimiento, el progenitor se mostró distante a mantener un vínculo afectivo con I., siendo ella quien se ocupó de tratar de mantener vivo ese lazo. Afirmó que en el año 2010 se fueron a vivir juntos los tres con la idea de formar una familia, situación que duró pocos meses por desavenencias e incompatibilidades que los fueron distanciando cada vez más sin poder hacer frente a esos problemas, circunstancias que terminaron con la separación de la pareja.

La presentante agrega que el Sr. A. no solo se distanció de ella, sino también de I., no volviendo a tener contacto con él y con motivo de esa actitud se vio obligada a solicitar un avenimiento que regulara todo lo relacionado con el régimen de comunicación y alimentos de su hijo. Sin embargo, lo acordado respecto de la participación activa en la vida del nene nunca surgió efecto, puesto que el progenitor no mostró predisposición para ver al niño, como así tampoco de involucrarse como padre, manifestando total desinterés a mantener algún tipo de comunicación o relación afectiva. Agregó que esos hechos ocurrieron cuando el progenitor vivía en la localidad de Trevelin y siguió de la misma manera cuando se mudo a El Bolsón. Señaló que tampoco la familia extensa de A. mantuvo contacto ni relación, relatando diferentes situaciones que afectaron al niño.

Hizo especial énfasis en que la pretensión responde al pedido efectuado por I., quien manifiesta no encontrarse identificado con el apellido paterno, a pasar de saber bien quien es su padre. Fundó en derecho, ofreció prueba.

Thomson Reuters

Según decreto de página 14 y vta. se dio curso al trámite, disponiéndose la publicación de edictos, confiriendo intervención al Ministerio Público Fiscal y fijando audiencia. Asimismo, se corrió traslado al progenitor por tres días, quien debidamente notificado se presentó en la audiencia de fecha 14 de agosto del corriente año, con la asistencia letrada del Abog. Hugo C.

Conforme se extrae de la presentación incorporada en las ps. 29/31, el progenitor se opuso a la pretensión. En tal sentido, detalla que cursando sus estudios secundarios inició una relación sentimental con M.A.C. y que luego de cuatro años de noviazgo quedó embarazada. Que por ser en aquel tiempo ambos adolescentes y sin independencia económica, debieron transitar el embarazo viviendo cada uno en su hogar. Aseveró que desde un principio se hizo cargo de su hijo y que cuando el niño tenía dos años arrendaron una vivienda e iniciaron la vida en común, la cual duró poco tiempo dado a las diferencias irreconciliables que tornaban imposible la vida en pareja.

Adujo que, separado de la progenitora de I., comenzaron los inconvenientes para poder ver a su hijo, decidiendo esta en forma antojadiza cuándo y dónde podía verlo, no permitiendo nunca que lo pudiera llevar a su casa para que profundizara el contacto con su familia. Que esa situación empeoraba a medida que el nene crecía, agravándose aún más cuando inició la relación con su nueva pareja, siendo en ese momento que acordaron en la Asesoría de Familia, el cuidado personal, régimen de comunicación y asistencia alimentaria; asevera que existieron continuos impedimentos maternos para que una fluida comunicación. Señala que su ilusión de ser padre se vio frustrada por la actitud de la progenitora, quien jamás permitió que se formara ese vínculo filial paterno y tampoco con su familia a excepción de su hermano K. Agrega que por motivos laborales debió mudar su domicilio a la Comarca Andina, siendo empleado del SMF, cumpliendo funciones en la jurisdicción de Lago Puelo y que desde el año 2012, tal lo acordado en la Asesoría de Familia, se le descuenta el 25% de sus haberes en concepto de asistencia alimentaria. Enfatiza que jamás eludió su responsabilidad y que siempre quiso tener relación con su hijo y agrega que está esperando con su actual pareja una beba quien tiene fecha de nacimiento en el mes de octubre y que no es justo privar a los hermanitos de conocerse y disfrutarse como tal.

En su escrito de oposición, el Sr. A. señala que no es un padre abandónico, sino un padre preocupado por no poder vincularse con su hijo. Relata que le llama la atención que si fuese cierto lo narrado en el escrito que responde, la madre no incoara la pérdida de la patria potestad (SIC), en vez de intentar suprimir el apellido. Por último relata que la actitud asumida por la progenitora se encontraría dentro de una clara manifestación del Síndrome de Alineación Parental. Ofrece prueba, funda en derecho y solicita que oportunamente se rechace el pedido de supresión de apellido, con costas.

En ps. 21/22 y 38/39 se encuentra incorporado el informe requerido al Equipo Técnico Interdisciplinario.

Según acta de la p. 33 se celebró la audiencia fijada en la que declararon los testigos propuestos por la parte actora, y en ese mismo acto el niño I. ejerció su derecho a ser oído, quien consideró como tardía la presentación que realizó el progenitor —que le fue explicada— aseverando que no siente identificación con el apellido paterno.

En la p. 37 obra constancia de la declaración de los testigos propuestos por el progenitor.

En las ps. 44/53 se acreditó sobre las publicaciones de edictos para dotar de suficiente publicidad al requerimiento en función de los posibles derechos de terceros y cumplimiento de los recaudos legales.

Conforme se extrae de la audiencia desarrollada el día tres de octubre, las partes alegaron sobre el mérito de la prueba y la Asesoría de Familia emitió dictamen. Agotadas las cuestiones procesales, el caso quedó en estado de ser resuelto.

Considerando:

La pretensión, consistente en la supresión del apellido paterno estampado al momento de ser inscripto el nacimiento, se rige por lo establecido en el Capítulo IV del Título I, Parte general, del Cód. Civ. y Comercial —arts. 62 a 72— en reemplazo de la legislación especial que antes de la entrada en vigencia del ordenamiento civil y comercial (en adelante Cód. Civ. y Comercial) reglaba la materia **(1)**. Así fue dispuesto oportunamente y quedó consentido.

Para decidir acerca de la acción, voy a considerar en primer lugar que es la propia legislación la que establece que el nombre de las personas humanas en nuestro país constituye un derecho y un deber —art. 72 Cód. Civ. y Comercial— y que una de sus características siempre fue —y lo sigue siendo— su permanencia durante el transcurso de la vida. Ello en razón de que el nombre constituye una forma de distinción del individuo en el conjunto social y también dentro del grupo familiar primario.

(1) Ley 18.248.

Thomson Reuters

En postura que comparto se dijo: "El nombre constituye uno de los pilares fundamentales de la identidad personal y representa el primer rasgo no visual que define vínculos entre los integrantes de una comunidad. Todas aquellas cuestiones relacionadas con la identidad, que van desde el nombre hasta la elección del género, no pueden quedar al arbitrio y consideración de terceros y, mucho menos, de los órganos jurisdiccionales sino que estos deben poner a disposición de los peticionantes todas aquellas herramientas legales que sean necesarias a los fines de lograr un giro cualitativo en su desarrollo psicofísico tanto desde el punto de vista de su propia intimidad como en las relaciones con la sociedad toda" **(2)**.

Ahora bien: también es sabido que, con relación al nombre de las personas la evolución —sobre todo jurisprudencial— trajo como consecuencia que la característica de permanencia no sea sinónimo de inmutabilidad, y así el sistema legal reconoce la posibilidad de la variación del nombre de las personas por justos motivos que puedan afectar a la persona humana en el supuesto de sostenerse irrestrictamente la petrificación de ese atributo de la personalidad impuesto por los progenitores y por la ley.

El nombre de las personas, en su calidad de derecho, cuenta con acciones que lo protegen —art. 71 Cód. Civ. y Comercial— y a la par debe soportar reglas que se vinculan con la organización social para regular tanto la elección e imposición del nombre como las relativas al apellido, componentes necesarios de la identificación del ser humano en la faz privada y en la pública **(3)**.

El fundamento de ese esquema es la identidad personal, en tanto derecho fundamental de especial protección en nuestro país, y en su derivado: la identificación. Esto significa que, sin perjuicio de sus funciones tendientes a la identificación, el nombre es concebido actualmente como un derecho autónomo, de íntima vinculación con otro derecho humano esencial como es el de identidad, anudado, estrechamente con la dignidad de la persona, demostrando una vez más la interdependencia que tienen los derechos humanos.

Por conducto de la autonomía que adquirió la denominación de las personas, es posible que las cuestiones vinculadas al nombre se analicen como un derecho humano específico, en especial a partir de la incorporación a través del art. 75 inc. 22 de nuestra Constitución Nacional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos Pacto de San José de Costa Rica (art. 18).

Al respecto ha entendido la CIHD que "...Toda persona tiene derecho a la identidad, el cual constituye un derecho complejo, que por un lado presenta un aspecto dinámico, cuyo desarrollo se encuentra ligado a la evolución de la personalidad del ser humano, y contiene un conjunto de atributos y características que permiten individualizar a cada persona como única. La identidad personal tiene su punto de partida en la concepción y su construcción se prolonga durante la vida del ser humano, en un proceso continuo que abarca una multiplicidad de elementos y aspectos que exceden del concepto estrictamente biológico, y que corresponde a la "verdad personal" y biográfica del ser humano. Estos elementos y atributos que componen la identidad personal comprenden aspectos tan variados como el origen o la "verdad biológica", el patrimonio cultural, histórico, religioso, ideológico, político, profesional, familiar y social de un persona, así como otros aspectos más estáticos referidos, por ejemplo, a los rasgos físicos, el nombre y la nacionalidad" **(4)**.

II. Es de hacer notar que la decisión legislativa de mantener el principio de permanencia del nombre tiene un cariz diferente en la legislación actual a la que tenía durante la vigencia de la Ley 18.248 que regulaba la materia, como se extrae de la simple lectura del art. 69 Cód. Civ. y Comercial, que con claridad comienza diciendo: "El cambio de prenombre o apellido solo procede si existen justos motivos a criterio del juez..." con lo que es posible afirmar que nuestro derecho privado admite la posibilidad de la mutación **(5)** sujeta a la acreditación de circunstancias que permitan afirmar que el que se porta, afecta severamente la estabilidad de espíritu y/o el modo de auto percibirse.

Desde otro punto de vista, afirmo que el derecho convencional— constitucional y su impacto en el derecho interno indican que la identidad personal reposa, en principio, en la realidad biológica de las personas **(6)**. Aunque de otro modo, Lloveras sostu-

(2) Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial de la Tercera Nominación de la Ciudad de Rosario (Santa Fe), S., M. S. s/ sumaria información", 22/05/2017 (Sentencia firme), elDial.com - AAA1AA.

(3) Arts. 63 a 68 Cód. Civ. y Comercial.

(4) Revista Relaciones Internacionales - N° 28 (Segmento Digital) Instituto de Relaciones Internacionales (IRI) - Primer semestre de 2005 Caso de las Hermanas Serrano Cruz c. El Salvador.

(5) La fórmula del art. 15 de la ley 18.248 contenía una enunciación más rígida: "Después de asentados en la partida de nacimiento el nombre y apellido, no podrán ser cambiados ni modificados sino por resolución judicial, cuando mediaren justos motivos".

(6) Así surge de los art. 7° de la Convención de los Derechos del Niño, art. 18 de la Convención Americana de

Thomson Reuters

vo hace tiempo que: "...la identidad biológica implica el derecho a conocer la fuente de donde proviene la vida, la dotación cromosómica y genética particular, así como las trasmisiones de ella —los progenitores o padres— y el entorno del medio en que se expresan los genes, lo cual importa la definición del contexto histórico y cultural del nacimiento" **(7)**. Pero eso no significa que estemos ante fórmulas pétreas ni derechos absolutos, y por lo tanto esa biología no puede tener un peso específico tal, que condene a la portación de un apellido por esa sola circunstancia, cuando la identidad personal se integra por datos inamovibles —estáticos— y también se construye con el mero vivir —dinámicos— que contornea y talla nuestro ser.

Explica muy bien una de las maestras del Derecho de las Familias que: "...el derecho al nombre, consagrado en tratados internacionales, que en nuestro país tiene jerarquía superior, no puede ser entendido de manera limitada, o sea, exclusivamente ligado a la faz estática asociada al emplazamiento filial" **(8)**, y en mi carácter de jueza del caso, siguiendo esas atinadas enseñanzas agrego: somos lo que socialmente nos corresponde, pero también lo que vamos construyendo en el permanente devenir. Es tan claro que la identidad personal atraviesa la designación nominal dada en el origen de la persona humana a partir del nombre y el apellido impuestos, que existe una legislación específica para que las personas con identidad sexual disidente con la asignada, accedan administrativamente —es decir, sin intervención judicial— a que se respete esa realidad conformada con ulterioridad (ley 26.743).

En esa línea argumental, se sostuvo que: "...La expresión "justos motivos" contenida en el art. 69 del Cód. Civ. y Comercial que habilita la mutación carece de una definición legal. No obstante, la jurisprudencia ha plasmado una interesante casuística en la materia, delineada por las circunstancias fácticas propias de cada caso, que se tradujeron en la disposición legal. Como ejemplos, cabe mencionar: 1) el reconocimiento social y profesional del individuo que no perjudique a terceros; 2) todas aquellas razones serias y fundadas en situaciones tanto materiales como morales que merecen una detenida valoración jurisdiccional; 3) aquellos que derivan en serio agravio material o espiritual para los interesados, o por lo menos aquellos en los que la dificultad alegada reúna tanta razonabilidad que, a simple vista, sea susceptible de comprobación; 4) cuando su misma enunciación convoque a un significado despreciado o problemático, de modo evidente, en el ámbito social en que se desarrolla la vida de la persona; y 5) a fin de no desdibujar las razones de orden y seguridad que inspiran dicho principio, solo será posible cuando existan otros valores no menos atendibles, aunque respondan a motivaciones particulares, siempre que sean serios y justificados.

En fin, se ha dicho que los justos motivos son aquellas causas graves, razonables y poderosas capaces de violentar el principio de estabilidad del nombre..." **(9)**. A su vez, se consideró que no configuran justos motivos: 1) toda razón frívola, toda causa intrascendente, toda justificación que no se funde en hechos que agravien seriamente intereses materiales, morales o espirituales del sujeto que pretende la modificación; 2) razones de orden sentimental, gusto, placer o capricho, ya que realizada su anotación en la respectiva partida, pasa a integrar los atributos de la personalidad del inscripto y se independiza automáticamente de las motivaciones que pudieron tener quienes estaban investidos de la responsabilidad parental en aquel momento; 3) la privación de la responsabilidad parental tiene carácter reversible, razón por la cual no puede admitirse la supresión del apellido como consecuencia actual de esa sanción, a menos que el uso del apellido paterno comprometa el equilibrio psíquico o emocional de los hijos; en medida tal que justifique el cambio de nombre..."

En definitiva, aunque tradicionalmente el nombre fue incluido en el aspecto estático de la identidad **(10)** a causa de su defendida naturaleza "inmutable", producida la revisión de la concepción de "inmutabilidad", que derivó en el reemplazo por el concepto de "estabilidad", ese giro de pensamiento admite la separación o desprendimiento del nombre concebido

---

Derechos Humanos, art. 23.4 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, art. 16 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer todos ellos incorporados a nuestra Constitución Nacional por medio del art. 75 inc. 22.

(7) LLoveras Nora, Derecho. Nuevo Régimen De Adopción. Ley 24.779. Edit. Depalma ps. 256 y 252 respectivamente. En similar sentido Mizrahi, M. R., Desplazamiento filiatorio inconstitucional y legítima adquisición del apellido por el largo uso, Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de Doctrina y jurisprudencia, Abeledo-Perrot, 2004, II: 28 y ss.

(8) Grosman, C. P., La faz dinámica del derecho a la identidad, Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de Doctrina y jurisprudencia, Abeledo-Perrot, 2011, VI: 253.

(9) Código Civil y Comercial de la Nación comentado tomo I, Infojus, comentario art. 69, p. 160.

(10) En la tradicional distinción formulada por Fernández Sesarego que establece un aspecto estático, inmutable, sólido y otro dinámico, modificable, variable, siendo ambos compatibles y capaces de establecer que cada individuo "es" ese y no otro, y en función de esos elementos estructurantes.

Thomson Reuters

otrora como atributo imprescindiblemente determinado por la filiación biológica permite una mayor autonomía de este derecho no obstante las mutaciones o no, que sufra la filiación natural **(11)**.

En esa misma línea, Herrera afirma que el nombre pierde peso en su concepción de mero elemento identificador, para reforzarse con una autonomía particular, a partir de la importancia que adquieren las relaciones que va entretejiendo con el mundo externo a través del tiempo, con lo que adopta mayores connotaciones dinámicas **(12)**.

Lo cierto es que la evaluación de los motivos por los que la persona ve perturbada su identidad con la portación de determinado nombre o apellido, deben ser considerados por la judicatura dentro de un margen de discrecionalidad no exento de racionalidad (arts. 3 y 69 del Cód. Civ. y Comercial), y en ese contexto "... excluyen por lo pronto toda razón frívola, toda causa intrascendente, toda justificación que no se funde en hechos que agravien seriamente los intereses materiales, morales o espirituales del sujeto que aspira a obtener una modificación de su nombre..." **(13)**.

La particularidad que reviste el caso que hoy juzgo reposa en que la portación del apellido paterno, es rechazada por el hijo menor de edad. Es su progenitora quien, en representación del niño, interpone la acción y es el restante representante legal (arts. 24, 25, 26, 638, 641 inc. b, 646 inc. c del Cód. Civ. y Comercial.) quien se presenta oponiéndose al progreso de la pretensión.

III. Es sabido que, al producirse la inscripción del nacimiento, las personas son simultáneamente adjudicatarias de un número correspondiente al documento nacional de identidad, que es entregado a los progenitores. En ese mismo acto, se establece el apellido que portará y que a la época en que se inscribió al niño, se correspondió con el de su progenitor. Las reglas jurídicas que regulan este procedimiento están contenidas en la Ley 26.413 y sus decretos reglamentarios, además de las generales del Cód. Civ. y Comercial mencionadas al inicio del razonamiento.

El derecho civil regula las conductas sociales y en particular la protección de la dignidad humana vinculada con dos aspectos: la integridad física por un lado y con la integridad espiritual por otro, tanto en su ejercicio como en las consecuencias derivadas de la afectación de ese ejercicio. El art. 55 del Cód. Civ. y Comercial sienta el principio universal de disposición de los derechos personalísimos dejándolo reservado a la persona misma, debiéndose manifestar en un acto de voluntad que no puede presumirse y, ante la duda, debe interpretarse en forma restrictiva **(14)**.

Si bien este esquema es fácilmente comprensible e incluso aplicable, se complejiza cuando se trata de personas menores de edad, que por su condición de tales, carecen de la capacidad de ejercicio de los derechos que —al igual que los adultos— titularizan (arts. 24, 25, 26 y sistema de la responsabilidad parental regulado en arts. 638 a 704 todos del Cód. Civ. y Comercial).

¿Puede un niño de 10 años negarse a concurrir a la escuela a la que sus progenitores decidieron enviarlo al punto de abandonar el estudio? ¿Puede oponerse a que le coloquen vacunas obligatorias y su posición triunfar por sobre la de quienes sostienen que es necesario? ¿Es igual la respuesta si padres y/o madres coinciden con la posición del niño, que si solo uno o una de ellos lo hace? Esas, y otras muchas son las cuestiones que se debaten en los tribunales de familia, y cuya respuesta no puede ser dada eficazmente sin manifestar algunas "ideas marco". Veamos.

En primer lugar, ciudadanos y ciudadanas son tanto las personas adultas —mayor de 18 años— como las menores de esa edad; en segundo lugar, que a todas esas personas la ley le confiere iguales derechos, pero distinta posibilidad de ejercicio por sí mismas dependiendo de la edad, la madurez y la posibilidad de hacerlos efectivos; en tercer lugar que a quienes por distintas circunstancias no les es posible el ejercicio de derechos por sí, la ley los resguarda confiriéndoles de todos modos una participación activa y una figura llamada representante y, finalmente, que la libertad es un valor esencial de una sociedad, un derecho que se ejerce hasta el máximo de sus posibilidades, cuya extensión no es otra que la exacta posibilidad de hacer lo propio las otras personas.

---

(11) Vgr. Cám. Familia Córdoba 1ª nominación 23/10/2002, LA LEY 2003-C, 299; Cám. Nac. Civil, sala M, 24/10/2003; precedentes en que se admitió la posibilidad de conservación del apellido utilizado durante largo tiempo por el hijo, no obstante prosperar la acción de impugnación de su paternidad y por ende el desplazamiento filial paterno. SCBA 19/03/2003, que permitió la adición del apellido del conviviente fallecido de la adoptante.

(12) Herrera, Marisa, El derecho a la identidad en la adopción, Tomo II, ed. Universidad, p. 304 y ss.

(13) Juzgado de primera instancia en lo Civil, Comercial y Minas N° 4 de Mendoza, 10/03/1999, Carabaca, Alejandro, LA LEY Gran Cuyo, 1999-645.

(14) Burgués, Marisol B., La autonomía de los niños y adolescentes en las decisiones vinculadas a su integridad física y espiritual, DFyP 2019 (septiembre), 09/09/2019, 135, AR/DOC/511/2019.

Thomson Reuters

Al nacer, como miembros del país en que venimos a la vida, y con el objetivo de ser titulares de esos derechos y poder desplegarlos, el Estado estableció que contemos con una identificación organizada en relación con los datos biológicos. Sabido es que las leyes tienden a garantizar la correspondencia entre la filiación, el nombre y los papeles como aspectos inherentes al concepto multifacético de identidad (arts. 7 y 8 CDN, 33 y 75 inc. 22 CN, 18 CADH, artículos 11 y 12 ley 26.061, ley 18.248, ley 26.413 y decreto 90/2009 y 339/2013 y ccs.). De ese modo, se nos identifica en dos aspectos: 1) el individual, a partir de un nombre y un apellido por el cual comenzamos a "ser" y 2) el social, por el cual desplegamos eso que somos ante otros y junto al nombre se nos impone un número único de validez en todo el territorio, a la par que se consignan en los instrumentos de identificación otras circunstancias como el lugar donde se produjo el nacimiento y nombre de los progenitores.

Sin embargo tal regla no es absoluta, y se posibilita que, ante la existencia y comprobación de circunstancias de gravedad, aquella identificación primigenia pueda ser modificada. A raíz de esta apreciación, es oportuno traer lo expresado con claridad por la querida amiga Mariel Molina: "... El abanico de derechos implicados provoca los siguientes interrogantes: ¿la protección jurídica de la identidad implica necesariamente la absoluta concordancia entre el vínculo jurídico y el nombre o, por el contrario, excepcionalmente, y en amparo de la equidad es posible brindar protección diferenciada a ambas dimensiones del derecho a la identidad?; ¿puede admitirse jurídicamente que exista una disociación entre filiación y nombre?; ¿en qué supuestos? (...) En razón de su función trascendente es uno de los elementos de la de la identidad dotados de mayor estabilidad. (...). En la generalidad de los casos existe correspondencia entre el nombre de las personas, la filiación y los documentos que acreditan el estado de familia. Pero esta ecuación no es necesariamente absoluta ya que el nombre puede no reflejar el emplazamiento filiatorio. Un ejemplo de esta disociación se encuentra en la misma ley 18.248. Efectivamente el artículo 5 al referirse al pedido del hijo extramatrimonial reconocido por el padre con posterioridad a la madre faculta a requerir la conservación del apellido materno si el hijo fuese conocido públicamente por este. Indudablemente este conocimiento público proyecta su identidad en la realidad social y por ello su sustitución coactiva afectaría su identidad en su dimensión exterior. (...) Por otro lado, poniendo de relieve el rol esencial del nombre, las modernas tendencias jurisprudenciales se han preocupado por otorgarle especial protección resistiendo incluso los embates de los efectos jurídicos de las acciones filiatorias" **(15)**.

Son esos interrogantes los que dan lugar a los supuestos judiciales que en ocasiones hacen lugar y en otras rechazan las pretensiones de modificación de los datos identificatorios **(16)**, colocando la alocución "justos motivos" en el lugar de los conceptos indeterminados aunque determinables. En el caso de las personas menores de edad, tal posibilidad no puede estarle vedada, en respeto justamente de su dignidad personal, y de allí que debe evaluarse si la pretensión esgrimida traduce el genuino parecer del niño, o encubre una decisión del adulto que concurre al proceso representándolo.

En el caso de este niño, I, su genuino deseo fue ejercido por la progenitora, quien se presentó requiriendo no ya la pérdida de la responsabilidad parental como sanción de quien no cumplió los deberes a su cargo —y aún cumple, al menos en relación al alimentario— sino como representante legal del hijo para ejercer la acción.

La realidad es que el progreso o no de la demanda es independiente de la voluntad del progenitor. El procedimiento de cambio de nombre estaba regulado en el art. 17 de la ley 18.248, y posteriormente (conforme Ley 26.994) ahora lo está en el Cód. Civ. y Comer-

(15) Molina de Juan, Mariel, "El nombre y la Filiación. Dos facetas de la identidad que requieren tutelas jurídicas diferenciadas", RDF, 2008-I, pp. 91-102

(16) La jurisprudencia ha tenido oportunidad de pronunciarse en diversos casos que presentaban ciertas analogías con la cuestión debatida en autos, pronunciándose en algunos casos a favor de la sustitución del apellido paterno por el materno, y en otros en sentido contrario (a favor: Tribunal de Familia N° 5 de Rosario, "K., S. y otro s/ modificación uso de nombre", del 25/02/2011, con comentarios —entre otros— de Fernando Millán, "Reemplazo del apellido paterno a causa del abandono y violencia ejercida contra el hijo", LA LEY 2011-C, 339 y DFyP 2011 (mayo), 71 y del mismo autor "Causas que admiten suprimir el apellido paterno. Dos precedentes de relevancia", DFyP, 2011 (junio), 81; Cám. de Apel. en lo Civ. y Com. de Rosario, "A., M. E. s/ Solicitud de cambio de apellido", del 17/04/2009, elDial.com - AA52F1; Cám. de Apel. en lo Civil, Comercial y Minería de San Juan, Sala II, "M., L. L. c. M., A. N. s/ alimentos privación de la patria potestad", del 22/04/2013; con nota de Sebastián Sabene, "Justos motivos para la modificación de un apellido", LA LEY Gran Cuyo, 2014 (febrero), 20; CNCiv., Sala H, "L.C.F.G. s/ información sumaria", del 10/03/2015, MJJ92059, con citas de doctrina y jurisprudencia; en contra: CNCiv., Sala M, "Domínguez, D.H. c. Domínguez, F.A. s/ Información sumaria", del 15/02/2006, elDial.com - AA3243; CNCiv., Sala G, "N. A., F. y otro c. V., S. R. s/ privación de la patria potestad", del 04/03/2008, elDial.com - AA46C4).

Thomson Reuters

cial; sin embargo no ha variado en su carácter de proceso de naturaleza voluntaria, aunque existe la posibilidad de que se torne contradictorio si se presenta un oponente controvirtiendo la pretensión **(17)**. Lo relevante es que la Sra. C. ajustó su proceder al deseo manifestado por el niño, y no puede sin injusticia objetarse esa actitud, a poco que se advierta que se trató de una vía resolutoria propuesta por I. para tramitar un dolor genuino e intenso (ver p. 22 informe del ETI). Al participar en el proceso —circunstancia sobre la que volveré más adelante— también se mostró decidido y narró que la presentación de su madre fue a instancias suyas pues no siente que el apellido paterno lo identifique en modo alguno.

Puntualmente, en su hora, la psicóloga interviniente, Lic. Arias fue contundente y señaló: "De la evaluación mantenida se constata que la actual solicitud responde a un pedido genuino de I., siendo su progenitora el adulto que lo acompaña en este proceso".

En este punto, entonces, la representación procesal de la progenitora se ajusta al interés superior del hijo, en tanto y en cuanto permite su participación ciudadana y su acceso a la justicia para obtener respuesta a una demanda vital. El Sr. A. debidamente citado para ser oído se opuso y se involucró en la cuestión; en lo que hace a los intereses contrapuestos que hubiesen determinado que este niño cuente con un tutor o un abogado del niño, cabe poner de resalto que no se advierte colisión alguna de intereses con su madre, quien inició la demanda en representación, y se mostró permeable a las sugerencias emanadas de la intervención interdisciplinaria. Como se adelantó, se trata de una cuestión de orden público, ajena a la exclusiva voluntad de los involucrados, pudiéndose únicamente atender las razones legales para mutar tanto la imposición como el orden de los apellidos, en particular, los motivos personales del niño pues se trata nada más y nada menos que de su identidad.

IV. El cambio de nombre tiene un asignado y procedimiento específico, previsto en el art. 17 de la ley 18.248, que se mantiene en el art. 70 del nuevo Cód. Civ. y Com. de la Nación. De modo que, así como el nombre puede tener cierta autonomía respecto a la filiación, también la tiene en relación a la responsabilidad parental, lo que se traduce —en lo que aquí interesa— en que el hecho de no haberse deducido un planteo de privación de esta —sin perjuicio de la invocación de abandono de la responsabilidad de crianza achacado al progenitor y la obstrucción enrostrada a la progenitora— no se erige en un obstáculo para la procedencia del análisis de la existencia de los motivos invocados y su calificación como "justos" en el contexto de la acción interpuesta.

En otras palabras, el art. 69 del Cód. Civ. y Comercial deja librado al criterio judicial establecer cuándo el nombre produce una afectación "a la personalidad", o a alguno de los derechos subjetivos personalísimos **(18)** y esa apreciación, y su eventual admisión, carece de impacto en los derechos y obligaciones derivados de la responsabilidad parental que se mantienen **(19)**. Volveré sobre este asunto al explicar al niño el fallo.

V. En función de esas consideraciones, regreso sobre lo coyuntural: la existencia de un justo motivo para suprimir la identificación originaria, puesto que la aspiración de orden y seguridad que procura el ordenamiento jurídico al proteger al nombre de las personas, habrá de ceder a favor del derecho humano a la identidad en los casos en que así se juzgue que corresponda.

Como me exprese, sobre los "justos motivos" no existe una definición jurídica, tratándose de un típico concepto abierto que ha de ser justificado con y en el caso concreto respecto de lo cual se juzgó que debe preferirse un criterio lo suficientemente amplio **(20)**.

En este legajo, el principal motivo alegado para fundar el requerimiento fue sostener que I. no tiene vínculo afectivo alguno con el progenitor, y que el Sr. ha demostrado un total desinterés y desapego respecto a su rol paterno, asumiendo una actitud abandónica.

El derecho a ser oído del niño fue ejercido en plenitud, no solo porque compareció en forma personal a entrevistarse con la jueza de su caso, sino porque también lo hizo con el Equipo Técnico.

Apelando a lo manifestado por otro tribunal hago propias las siguientes consideraciones: "La opinión del menor debe ser analizada con un criterio amplio y pasada por el rasero que implican la edad y madurez de los niños, para lo cual es imprescindible al juez

(17) Plinner, Adolfo "El nombre de las personas", ps. 304 y 308.

(18) Saux, Edgardo I., comentario al art. 69 en "Código Civil y Comercial de la Nación comentado", dirigido por Ricardo L. Lorenzetti, T. I, ps. 339/340.

(19) En similar sentido Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y Minería de Neuquén Sala I, R. C. D. c. G. M. y otro s/ reclamación de filiación, 31/05/2018 Cita Online: AR/JUR/42539/2018.

(20) Juzgado Primera Instancia Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia de Rincón de Los Sauces C., R. A. y otro s/ cambio de nombre, 05/08/2019, Cita Online: AR/JUR/27194/2019.

Thomson Reuters

ponderar cuidadosamente las circunstancias que los rodean, y balancearlas mesuradamente en relación con las restantes connotaciones que presenta el caso, los dictámenes de los profesionales intervinientes, el Ministerio Público, y particularmente con la índole del derecho en juego (conf. análog. Ac. 78.728, sent. del 02/05/2002)..." (SCBA 100970), SCBA, C 92.267, sent. del 31 de octubre de 2007 y C 115080, sentencia del 28 de marzo de 2012, entre otras). En ese sentido el Comité de Derechos del Niño señala que el derecho del niño a que su opinión sea debidamente tenida en cuenta conlleva el correlativo deber del juez de informar al niño de qué modo se tuvieron en cuenta sus opiniones, máxime en un caso como el *sub examine* en el que la solución de fondo implica el rechazo sin más del reclamo de la adolescente (Observación General N° 12/2009 "El derecho del niño a ser escuchado", punto II.A).2).d), párrafo 45).

Con ese piso de marcha, deberé ponderar el requerimiento de este niño concreto y su realidad, en conjunto con la oposición paterna, pues la tensión de las posturas antagónicas se evidenció nada más y nada menos que con la solicitud de supresión del apellido paterno, circunstancia de alto impacto en el linaje representado socialmente por el progenitor. En un supuesto similar se dijo: "Enfocado el tema desde la relación paterno filial, se acepta que los comportamientos abandónicos o demostrativos de la falta de interés de los padres hacia sus hijos configuran formas de violencia psicológica que aquellos ejercen sobre estos, con graves consecuencias para su crecimiento psicofísico y espiritual, e importan, a su vez, un agravio al derecho a la protección del que son titulares" **(21)**.

En los procesos que tramitan ante los juzgados de familia, la interdisciplina tiene un rol preponderante; tanto que incluso cuenta con un reconocimiento legislativo al disponerse en calidad de principio, que al juzgar, se cuente con apoyo multidisciplinario (art. 706 inc. b del Cód. Civ. y Comercial).

En trámites como el presente, en que lo que está en juego son derechos fundamentales, las experticias de esta naturaleza cobran un peso preponderante, superior incluso a las declaraciones testimoniales. En concreto, es necesario conocer si el rechazo o la ausencia paterna alegados para la procedencia de la demanda, fueron tales y sus consecuencias en el equilibrio emocional y psíquico de este niño.

En el primer informe incorporado —ps. 21/22 vta.— la psicóloga Arias constató que I. evidencia un sentimiento de no correspondencia de amor por parte del progenitor, que impacta en su bienestar psicoemocional y lo conduce a elevar sus mecanismos defensivos para protegerse. Con independencia de las razones que llevaron las cosas a ese sitio, lo real es que I. contó con una imagen identificatoria presente, la de su abuelo materno, que obró en calidad compensatoria y confirió una seguridad ante el desamparo vivenciado.

En el informe se describe las características generales del niño —vital, creativo, comunicativo, con malestares aún no tramitados— y si bien se admite que la pretensión es viable, se realiza una sugerencia enfática y como condición tanto previa como posterior: la inclusión del niño en un espacio psicoterapéutico. El señalamiento está fundado en que se detecta algo en lo inherente a su identidad que el niño mantiene oculto, una imposibilidad de su propio ser que no está pudiendo desplegar; la profesional desliza la hipótesis de que funciona de ese modo para protegerse del dolor del rechazo, para luego hacer referencia a una cuota de responsabilidad incorporada como propia y como carga.

En ese contexto, la psicóloga manifiesta que "el apellido" aparece como algo deficitario que I. quiere modificar para deshacerse de ese déficit que asumió culpablemente, debiendo trabajarse que, en todo caso, tal resultado constituye "una apuesta distinta". Enlazado con eso, y sin haberse en ese momento entrevistado con el progenitor, la profesional señala la importancia de profundizar terapéuticamente para reformular esa idea fantasmática y traducirla más bien en la imposibilidad que el padre tiene para ejercer su función. En definitiva, sugiere que este trámite opere como mecanismo de acompañamiento al proceso de individualización e identificación del niño, y colabore positivamente en la construcción de su identidad personal que tiene aspectos aún no consolidados.

Con posterioridad, y ante la oposición del progenitor al requerimiento del niño, se realiza una evaluación solicitada por el Juzgado y referida exclusivamente a su posicionamiento respecto de la responsabilidad parental y coparentalidad. Luego de que se le informó acerca del genuino malestar de I., se trabajan aspectos personales del Sr. A., sobre los que, en el contexto de lo que me atañe resolver, voy a enfatizar acerca de su propia ausencia de figura parental de referencia, pues mencionó el suicidio de su propio progenitor cuando él tenía ocho años. En particular señaló la profesional "Se percibe un posicionamiento cercano al niño que en ese entonces fue y a su propio hijo (no asignación de amor)..." aunque no se consideran limitantes para el actual ejercicio. Plantea la psicóloga

(21) CNCiv., Sala H, "L.C.F.G. s/ información sumaria", del 10/03/2015, MJJ92059, con cita de María Luz Pagano, "Pedido de supresión de apellido paterno por causa de abandono: respuesta jurisdiccional", Revista de Derecho de Familia, Abeledo-Perrot, 2006-III, p. 66.

Thomson Reuters

que la entrevista constituyó una visión enriquecedora del conflicto latente en el niño, señalando que el adulto pudo dar cuenta de sus propias limitaciones así como de cierta fantasía donde él ocupa un lugar pasivo y es buscado por su hijo. Concluye diciendo que el proceso judicial operó como convocatoria de su lugar de padre, que le permitió tomar conocimiento del malestar genuino del niño, su sentimiento de no asignación de un lugar en su vida, sugiriendo que la aparición del progenitor sea incluida en el espacio psicoterapéutico de I.

También se ofrecieron y recibieron pruebas testimoniales. M.E.C. conoce a I. desde que era un niño. Es amiga de la madre y los hijos de ambas se frecuentan. En lo que aquí interesa, pondero que fue docente de I. y aseveró que supo que vivía solo con su mama. Lo describe como un nene muy sociable, pensaba que él tenía el apellido de su mama y en ocasión de darle clases I. escribió su apellido A. y al consultarle, dijo que era el apellido de su papa pero que él estaba con su mama, llamándole la atención con la claridad que le respondió. Agregó que tiene entendido que el niño no tiene vínculo con la familia paterna. Sabe que el progenitor le paga la cuota alimentaria. M.S.L. conoció a I. en el año 2015, cuando ellos se mudaron a Trevelin, viven casa de por medio y es amigo de sus hijos. Lo ve como un niño feliz. Describe el vínculo de I. con su progenitora como bueno. Ella en ocasiones en que la niñera estaba enferma, cuidaba a I. desde la mañana hasta que A. salía del trabajo al medio día. En relación al padre nunca lo vio a él ni a su familia tener trato con el nene. No sabe si el padre paga la cuota alimentaria. Agregó que en todos los momentos en que ella lo cuido a I. nunca se refirió el niño a su papa. Los testigos ofrecidos por el progenitor se expresaron sobre aquellos obstáculos que advirtieron; y así K.R., que es hermano del papa, tío del nene dijo tener trato con I., pero no pudo precisar si se vincula como familiar, evidenciando que sabe muy poco del nene (por ej.: no conoce a los amigos, no sabe el vínculo que tiene I. con su papá ni sabe las actividades que realiza), denotando un trato lejano o sencillamente formal. J. A., hermana del genitor, refirió que desde el año 2015 no mantienen trato, atribuyéndole a la Sra. C. la responsabilidad, sin dar cuenta de ninguna acción para revertir esa situación. Finalmente, C. G., actual pareja de R.A. refirió que conoció a I. y que el genitor hace por lo menos 4 años que no tiene contacto con el niño. Relató que las últimas veces que R. quiso ver al niño los encuentros fueron traumáticos con la mamá de I. Que sabe que R. no tiene comunicación telefónica con el niño. Que está embarazada y le gustaría que tenga I. contacto con su hermano. Lo vio solamente a I. con su papá solo en tres oportunidades y que esa relación era rara, no era como la de cualquier padre e hijo, cree que se debió a la falta de contacto, que a R. le costaba llegar a I.

Los relatos refuerzan lo dictaminado por la psicóloga en cuanto a que estamos ante un adulto que no logró tramitar el ejercicio de la responsabilidad parental, sea por falencias propias, sea por dificultades externas —cuestión sobre la que no voy a profundizar— lo cierto es que el rol de referente afectivo que despliegue las funciones normativas lo realizaron la progenitora y la familia materna. Es posible que esa identificación primaria de la que I. careció con relación al linaje paterno, lo haya conducido a requerir la coincidencia de su verdad con el aspecto identificatorio dado por la estirpe materna, solicitando la sustitución del apellido por el del abolengo que lo cobijó durante el transcurso de su vida.

I. requirió la modificación de su inscripción registral, y tiene justos motivos para que su petición sea atendida, porque responde a un deseo genuino, propio, ni impuesto ni dubitativo, en tanto y en cuanto su personalidad se forjó en el seno de la familia C., sin que ni su genitor ni los miembros de la familia A. resulten personas allegadas con relevancia afectiva como para mantener un apellido al que no siente propio.

En sentido similar, se hizo lugar a la demanda de la progenitora en representación de la hija por la que requería se autorice a invertir el orden de utilización de los apellidos, colocando en primer lugar el materno. La Cámara de Apelaciones, ante el recurso interpuesto por el progenitor, sostuvo la sentencia originaria. En lo que aquí interesa se dijo: "La solicitud de cambio de apellido de un niño debe admitirse, disponiendo que esté integrado en primer lugar por el de su madre, en tanto quedo demostrado que el uso del apellido paterno le provoca malestar y angustia y que se siente identificado con el materno y es socialmente conocido por él, pues ello configura un justo motivo en los términos del art. 69 del Cód. Civ. y Com. de la Nación" **(22)**.

VII. En definitiva, y analizada la pretensión y las pruebas rendidas, sostengo —moviéndome dentro del margen legal conferido por la discrecionalidad para evaluar la justicia de los motivos alegados-que la respuesta adecuada y que mejor respeta la personalidad de I., su origen, su sentir en este momento vital, y que lo acompañará en la aún inconclusa construcción de su identidad, es habilitarle la posibilidad de sustituir el apellido que porta por aquel con el que se identifica.

Es mi convicción que con esa decisión no se vulnera el interés superior del niño sino que —a la inver-

(22) Cámara 1ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Bahía Blanca, Sala II, D., R. s/ cambio de apellido, 22/03/2016. Cita Online: AR/JUR/30848/2016.

Thomson Reuters

sa— se lo respeta intensamente, pues como parte de hacer efectivo ese principio fundamental de la infancia, se encuentra la obligación estatal de escucharlo, oírlo y, en la medida de lo posible, atender su deseo. Es necesario poner de resalto que la decisión personalísima fue adoptada por I., sin que se hayan detectado influencias directas de ninguno de sus referentes afectivos. Que la misma es producto de un dolor intenso provocado tal vez no intencionalmente, pero sí como consecuencia de omisiones o impedimentos subjetivos del adulto, producto de su propia historia vital. También que hacer lugar a su pedido, que implica respetarle un derecho humano fundamental, no conlleva la aniquilación de la responsabilidad parental —y con eso quiero señalar que no puede ser traducida en un imaginado castigo al padre ausente— pues ella se mantiene. Decido en ese sentido con una doble finalidad: respetar la identidad percibida por I. y hacerle notar que suprimir un apellido no necesariamente conlleva el cese de los deberes y derechos que le corresponden al progenitor. Por esas razones, y con el objetivo de dar respuesta acorde a la petición del niño, le dedicaré a continuación un párrafo que escribiré en lenguaje coloquial.

La sentencia dirigida exclusivamente al niño:

"I.: Como te conté el día en que nos conocimos, tuve en cuenta tu pedido de dejar de llevar en tus documentos el apellido de la familia de tu papá, y estudié mucho tu solicitud. Por ser un tema que tiene mucho que ver con tus sentimientos más profundos, y ser vos un niño que está creciendo, aprendiendo, formándose, le pedí a la psicóloga Juliana que te haga hacer dibujos, te entreviste, conozca a algunos de tus parientes y me cuente más sobre vos. También escuchamos a otra gente que te conoce, que para los abogados se llaman 'testigos', y, por supuesto, a tu madre y a tu padre.

"Con todo eso, llegué a la conclusión que lo que pedís es razonable, porque tus motivos son fuertes y no tienen que ver con lo que te pudieron decir las personas más cercanas, sino con lo que realmente vos querés. Pero también quiero decirte, nuevamente, que ser papá o mamá es una de las tareas más difíciles, y que es un camino que no siempre se hace de la mejor manera, sin tropezar o equivocarse. Mucho tiene que ver lo que aprendimos cuando somos niños o niñas, y creo —al igual que la psicóloga Juliana— que en el caso de tu progenitor algo de eso le pasó. Se lo hicimos ver a él, y esperamos que pueda mejorarlo. Lo que más nos interesa es que vos no sientas que es tu culpa, o que hiciste algo mal o insuficiente, porque no es así en modo alguno. Fueron las cosas que los adultos tramitaron de manera incorrecta, por no poder o no saber hacerlo de otro modo.

"Hay algo que es importante que sepas: este cambio de apellido no significa que tu progenitor deja de ser para la ley la persona que tiene el deber de brindarte lo que necesitas para ser un adulto responsable. El tiempo, y la ayuda que te van a dar tu psicóloga y tu mamá, nos mostrarán si va a ser así o de otro modo. Por eso también le vamos a pedir a ellas dos que lean lo que escribimos Juliana y yo, en especial en la parte que se sugiere que se incluya a tu progenitor en el tratamiento, pues de ese modo es posible que superes ese dolor que pudiste mostrar en esto que los abogados llamamos 'juicio'.

"Voy a despedirme de vos alentándote para que sigas desarrollando esa creatividad que es tu característica, y espero sinceramente que este pedido que hiciste a una jueza —que te escuchó atentamente— te haga sentir mejor. También quiero decirte que más adelante, si así lo deseas, podes ir al Registro del Estado Civil y las personas y agregarte nuevamente el apellido que a partir de esta decisión no deberás llevar. Estoy a tu disposición para lo que necesites, inclusive si querés que te aclare algo de lo que te escribí".

VIII. Las costas, en función del modo en que se resuelve, y que se trata de un proceso voluntario en que la oposición no puede ser equiparada al vencimiento, se imponen en el orden causado. Para regular los honorarios de abogados/as, recurro a lo que disponen los arts. 5, 6, 6 bis, 7, 29, 38, 46 y ccs de la Ley XIII N° 4, los que ascenderán al equivalente a ... jus para cada uno de ellos.

Por todo ello, antecedentes y leyes citadas resuelvo: 1. Hacer lugar a la petición del niño I.A., DNI N° ..., nacido el ... de 2008, inscripto al Tomo ..., Acta N° ..., Año 2008, y disponer la sustitución del apellido asentado por el materno, debiendo en lo sucesivo llamarse I.C., sin perjuicio de mantenerse la titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental de ambos progenitores. 2. Requerir a la progenitora la atenta lectura del fallo, y que —en el ejercicio de la responsabilidad parental y con la asistencia de su letrada— se sirva poner en conocimiento de la terapeuta tratante del niño el contenido de los informes de la psicóloga Juliana Arias, y de esta sentencia, para la tramitación del proceso identitario del niño. 3. Imponer las costas en el orden causado, y regular los honorarios de las abog. ... en la suma de pesos ... ($ ...), a ser abonados en el plazo de diez días, y con más la retenciones correspondientes al IVA, conforme la condición que frente al tributo revistan las y el profesional. 4. Cópiese, regístrese, notifíquese y hágase comparecer al niño a primera audiencia para la lectura del párrafo de la sentencia que se le dirige de manera personal. Firme o consentida, procédase a librar las comunicaciones de rigor, de conformidad con las pautas de la Ley 26.413. — *Mariela A. González*.

Thomson Reuters

Derecho a la identidad: Supresión del apellido por abandono paterno

María Silvina Romero (*)

Sumario: I. El fallo.— II. La normativa aplicable. Los justos motivos.— III. Derecho a la identidad o la identidad personal. Menor de edad.— IV. Derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y escuchado.— V. Intervención del niño en el proceso.— VI. Comunicación al niño de los resultados.— VII. Conclusiones.

I. El fallo

La sentencia precedente, dictada recientemente por el Juzgado de Familia nro. 1 de la ciudad de Esquel, provincia de Chubut, hace lugar al pedido efectuado por la Sra. M. A. C., en representación de su hijo de 12 años de edad, ordenando la supresión del apellido paterno de I. y la sustitución por el materno, alegando la existencia de justos motivos para el reclamo efectuado.

Analizada la pretensión y las pruebas rendidas, la magistrada sostiene que la respuesta adecuada y que mejor respeta la personalidad de I., su origen y su sentir en este momento vital, y que lo acompañará en la aún inconclusa construcción de su identidad, es habilitarle la posibilidad de sustituir el apellido por aquel con el que se identifica.

Refiere que es su convicción que con esa decisión no se vulnera el superior interés del niño, sino que, por lo contrario, se lo respeta intensamente, pues, como parte de hacer efectivo ese principio fundamental de la infancia, se encuentra la obligación estatal de escucharlo, oírlo y, en la medida de lo posible, atender su deseo.

Manifiesta que es necesario poner de resalto que la decisión personalísima fue adoptada por I. sin que se hayan detectado influencias directas de ninguno de sus referentes afectivos. Enfatiza que ella es producto de un dolor intenso provocado, aunque dice que tal vez no intencionalmente, pero sí como consecuencia de omisiones o impedimentos subjetivos del adulto, producto de su propia historia vital.

Hacer lugar a su pedido dice que implica respetarle un derecho humano fundamental y que no conlleva la aniquilación de la responsabilidad parental, pues ella se mantiene.

La decisión tomada refiere que tiene una doble finalidad: respetar la identidad percibida por I. y hacerle notar que suprimir un apellido no necesariamente conlleva el cese de los deberes y derechos que le corresponden al progenitor.

Finalmente, dedica los últimos párrafos de la sentencia a I., haciendo un relato de esta en lenguaje coloquial y sencillo, adecuado a la edad del niño.

II. La normativa aplicable. Los justos motivos

El art. 69 del Cód. Civ. y Com. establece que el "cambio de prenombre o apellido solo procede si existen justos motivos a criterio del juez. Se considera justo motivo, de acuerdo con las particularidades del caso, entre otros a: a) el seudónimo, cuando hubiese adquirido notoriedad; b) la raigambre cultural, étnica o religiosa, c) la afectación de la personalidad de la persona in-

(*) Prosecretaria en el Juzgado Nacional en lo Civil nro. 7, con competencia en asuntos de familia, 1984-1990. Abogada, Universidad Católica Argentina, 2007. Mediadora, Fundación Retoño "Mediación en familia. Un modelo distinto", 2009-2016, Fundación de Estudios Superiores e Investigación, Universidad de San Martín "Postgrado para la Magistratura", 2017/actual, Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura del PJN.

Thomson Reuters

teresada, cualquiera sea su causa, siempre que se encuentre acreditada. Se consideran justos motivos, y no requiere intervención judicial, el cambio de prenombre por identidad de género y el cambio de prenombre y apellido por haber sido víctima de desaparición forzada, apropiación ilegal o alteración o supresión del estado civil o la identidad".

Como puede advertirse, la normativa establece en forma clara y precisa algunos de los supuestos que son considerados "justos motivos" para el cambio de nombre o apellidos, otorgándole facultades al juez de la causa para determinar en el caso concreto, y según la prueba producida, si se configura un justo motivo para autorizar el cambio o supresión de un nombre o apellido.

Ahora bien, la forma en la que cada persona es designada por medio de su nombre y apellido es una institución compleja que protege intereses individuales y sociales, al mismo tiempo que constituye un derecho a la personalidad y desempeña una función social de identificación personal.

En cuanto al concepto, se ha sostenido que la noción de "justos motivos" "excluye toda razón frívola, toda causa intrascendente, toda justificación que no se funde en hechos que agravien seriamente los intereses materiales, morales o espirituales del sujeto que aspira a obtener una modificación de su nombre" **(1)**.

Es que frente al orden y seguridad que inspira el principio de la inmutabilidad del nombre pueden hallarse otros no menos atendibles que, aun cuando respondan a intereses particulares, puedan merecer la tutela del orden jurídico, siempre que no se conmueva la esencialidad de dicha regla, considerada fundamental en la materia **(2)**.

Cabe preguntarse si el abandono de uno de los progenitores en la temprana edad de un menor es una causa que encuadra en los "justos motivos" a los que se refiere la norma antes citada a fin de suprimir —en el caso— el apellido paterno.

Enfocado el tema desde la relación paterno-filial, se acepta que los comportamientos abandónicos o demostrativos de falta de interés de los padres hacia sus hijos configuran formas de violencia psicológica que aquellos ejercen sobre estos, con graves consecuencias para su crecimiento psicofísico y espiritual, e importan, a su vez, un agravio al derecho a la protección del que son titulares **(3)**.

Según consta en la causa, la Sra. M. A. C. ajustó su proceder al deseo manifestado por el niño para tramitar un dolor genuino e intenso.

Ello fue evaluado por la psicóloga interviniente, licenciada Arias, quien fue contundente al señalar: "De la evaluación mantenida se constata que la actual solicitud responde a un pedido genuino de I. siendo su progenitora el adulto que lo acompaña en este proceso".

Asimismo, se refiere que al participar en el proceso se mostró decidido y narró que la presentación de su madre fue a instancias suyas, pues no siente que el apellido paterno lo identifique en modo alguno. Fue escuchado por la magistrada y su equipo técnico y ratificó sus deseos de suprimir el apellido de su padre biológico, ya que "nunca tuvo trato" y no se siente "identificado" con él.

La jurisprudencia convalida lo hasta aquí expuesto, pues ha establecido que, acreditado el abandono de la relación paterno-filial, existen justos motivos para suprimir el apellido paterno. Así, se ha dicho que "El abandono en la relación paterno filial configura sin duda una forma de violencia psicológica con consecuencias imborrables en quien las sufre".

"Procede autorizar la supresión del apellido paterno solicitada por el hijo, considerando que conoció a su padre biológico recién a los 4 años de edad, cuando fue reconocido legalmente y comenzó un vínculo con él, que perduró únicamente por algunos meses de forma continua,

(1) CNCiv., sala B, 11/02/2002, "T., M. V.", LL 2002-D-545, cita online: AR/JUR/3576/2002.

(2) CNCiv., sala F, LL 1987-E-184.

(3) PAGANO, Luz M., "Pedido de supresión del apellido paterno por causa de abandono: respuesta jurisdiccional", RDF 2006-III-66.

Thomson Reuters

y algunos meses más de modo esporádico; sin haberse hecho cargo luego el progenitor de ninguna de las obligaciones que implica la paternidad, máxime si el demandado se allanó a la pretensión reconociendo la inexistencia de relación con su hijo" **(4)**.

"Corresponde hacer lugar al pedido del actor de que le supriman su apellido paterno para que solo le quede el apellido de su madre, en tanto el peticionante fue abandonado por su papá cuando tenía 12 años de edad y nunca más volvió a saber de él, acreditándose el agravio moral que sufrió por dicho abandono y el íntimo sentimiento de rechazo que le produce llevar el apellido de su padre, por lo que los motivos esgrimidos para realizar el pedido resultan justos" **(5)**.

"El abandono paterno resulta una causa justa y razonable para la supresión del apellido paterno por resultar lo más conveniente para el peticionante, de conformidad con las constancias de la causa. Ello en tanto no se trata de desechar su realidad biológica, sino de evitar llevar el apellido del progenitor, con quien no se identifica ni tiene relación alguna" **(6)**.

III. Derecho a la identidad o la identidad personal. Menor de edad

El término identidad puede expresar tanto aquello que caracteriza, especifica y singulariza a un individuo en lo más íntimo de este, como su relación de cercanía y pertenencia a ciertas realidades. Es tanto una categoría propia como relacional.

El derecho a la identidad personal de niños y jóvenes es definido como "... un atributo de la persona humana, derecho humano absoluto, personal e imprescriptible, objeto de protección nacional e internacional". Se trata de "el derecho subjetivo a la verdad personal, comprensivo del derecho a la verdad de origen y de la prerrogativa individual a la exacta representación de la proyección social singular". En suma, es el derecho al respeto de ser uno mismo.

Es así que "El nombre constituye uno de los pilares fundamentales de la identidad personal y representa el primer rasgo no visual que define vínculos entre los integrantes de una comunidad. Todas aquellas cuestiones relacionadas con la identidad, que van desde el nombre hasta la elección del género, no pueden quedar al arbitrio y consideración de terceros y, mucho menos, de los órganos jurisdiccionales sino que estos deben poner a disposición de los peticionantes todas aquellas herramientas legales que sean necesarias a los fines de lograr un giro cualitativo en su desarrollo psicofísico tanto desde el punto de vista de su propia intimidad como en las relaciones con la sociedad toda" **(7)**.

El cambio del nombre es uno de los efectos que más se visibiliza, impactando en la identidad de la persona, y en el supuesto que analizamos, la identidad personal y la identidad familiar cobran un peso relevante, que es detallado y valorado en la resolución.

La identidad personal, vale decir, el ser sí mismo con los propios caracteres y acciones, constituyendo la misma verdad de la persona, no puede, en sí, ser destruida: porque la verdad, por ser la verdad, no puede ser eliminada. Sin embargo, ser sí mismo significa serlo también aparentemente, también en el conocimiento y en la opinión de los otros; significa serlo socialmente **(8)**.

Debemos poner de resalto que el niño posee el apellido paterno, con el cual no se siente identificado. De la prueba aportada en autos ha quedado de manifiesto que "el apellido" aparece como algo deficitario que I. quiere modificar para deshacerse de ese déficit que asumió culpablemente.

(4) CNCiv., sala B, 11/08/2014, "N., F. A. G. s/ información sumaria", cita: MJ-JU-M-87927-AR | MJJ87927 | MJJ87927.

(5) JNCiv. nro. 86, 16/06/2014, "K. L., N. s/ sup. apellido", www.infojus.gov.ar.

(6) JFamilia nro. 1 Puerto Madryn, Chubut, 25/03/2014, "D. L. E. s/ autorización", www.todoelderecho.com.ar/bases/derecho-al-nombre-hijo-menor-de-edad-apellido-materno-pese-a-r.

(7) JCiv. y Com. 3ª Nom. Rosario, 22/05/2017, "S., M. S. s/ sumaria información" (sentencia firme), elDial.com - AAA1AA.

(8) CIFUENTES, Santos, "Derechos personalísimos", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1995, 2ª ed., p. 606.

Thomson Reuters

La psicóloga Arias ha realizado un trabajo profundo, en el que se ha involucrado al padre del niño, informándole acerca del genuino malestar de I. Se trabajaron aspectos personales del Sr. A., en los cuales se vislumbró la propia ausencia de figura parental de referencia, mencionándose el suicidio de su propio padre cuando él tenía 8 años de edad.

Hecho destacable que hace notar la jueza cuando resalta que es insoslayable tener en cuenta que la petición realizada por I. es producto de un dolor intenso provocado tal vez no intencionalmente, pero sí como consecuencia de omisiones o impedimentos subjetivos del adulto, producto de su propia historia vital.

El grupo familiar, en el cual creció este niño, no está cristalizado en la familia nuclear patriarcal, sino en la de su madre, con la cual I. se siente plenamente identificado, ya que ella y su familia ampliada fueron los que asumieron la responsabilidad exclusiva de la crianza ante el desentendimiento paterno de sus responsabilidades.

La vida de relación presenta casos en que el cambio de nombre resulta por diversas razones necesario a la persona que lo lleva; en tales hipótesis, no sería equitativo negar el derecho al cambio, si de ello no resulta un perjuicio de orden social **(9)**.

Cabe citar otro ejemplo, en el que se ordenó la supresión del apellido paterno de un joven que invocó como causal el abandono efectuado por su progenitor. Él llevaba el apellido de su padre, quien lo reconoció al momento del nacimiento. Sin embargo, manifestó que "desde su niñez sintió el vacío de su indiferencia, habiendo tenido que realizar tratamiento psicológico a fin de apaciguar la angustia que le generaba su abandono". El muchacho expresó que fue criado con el "esfuerzo realizado por su madre y familia materna, sin recibir ningún tipo de ayuda afectiva y económica por parte de la familia paterna". Ante todo ello, sostuvo que "no resulta justo llevar por el resto de su vida un apellido que no lo identifica" y que "solo le provoca malos sentimientos" **(10)**.

IV. Derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y escuchado

Comencemos por señalar que el Comité sobre los derechos del Niño, en la observación general 12, rechazó la idea de que receptar la opinión del niño tenga un carácter meramente simbólico, tal como sucedería si es oído, pero no se tienen en cuenta sus opiniones. De ahí que resaltó que "las opiniones del niño tienen que tomarse en consideración seriamente". Asimismo, ese órgano ha dicho que los tres términos —"hablar", "participar" y "ser tenido en cuenta"— secuencian el derecho a participar desde un punto de vista funcional **(11)**.

Si bien no cuestionamos la expresión "oír al niño", es obvio que esta cabe emplearla en un sentido amplio, que comprenda el acto de "escuchar"; vale decir, una acción más activa y compleja que importa poner la debida atención a lo que expresa el interlocutor, observar y "distinguir lo manifiesto de lo latente" y no limitarse pasivamente a la simple percepción auditiva de los sonidos que emita el niño **(12)**.

No es casual, entonces, que el art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño haga alusión a la "oportunidad de ser escuchado". A su vez, repárese en qué poca utilidad tendrá oír al niño, e incluso "escucharlo", si después no se van a tener en cuenta sus opiniones. Esta última cuestión está estrechamente vinculada al desarrollo del niño, a su posibilidad de "formarse un juicio propio" y a su "madurez", tal como lo precisa el art. 12 de la Convención. Madurez que tendrá que ser interpretada —como lo hace el Comité de los Derechos del Niño"— como la "capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un acto determinado"; "es la capacidad de un niño de expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e indepen-

(9) BORDA, Guillermo A., "Tratado de derecho civil. Parte general", Ed. La Ley, Buenos Aires, 13ª ed., t. I, p. 352.

(10) JCiv. de Personas y Familia nro. 1 Salta "R. V., M. A. c. R., H. M. por cambio de nombre".

(11) MIZRAHI, Mauricio L., "Responsabilidad parental", 2016, 1ª reimp., p. 61.

(12) GROSMAN, "El derecho del niño a ser oído en los procesos de familia", en DA ROCHA, La balanza de la justicia, p. 130.

Thomson Reuters

diente". Y en la conformación de esa madurez, desde luego, influirán factores de orden biológico, psicológico, social y cultural. La relación será directamente proporcional, en el sentido de que, a mayor desarrollo y madurez del niño, mayor será el compromiso del juez de tener en cuenta sus opiniones, claro está, en la medida en que ellas sean genuinas y no inducidas por una figura adulta **(13)**.

En efecto, el tema de la autenticidad de las opiniones del niño resulta fundamental, pues, más allá de la terminología y de que se discutan las denominaciones técnicas y científicas, quienes trabajamos en el día a día de los tribunales comprobamos como una realidad insoslayable el fenómeno apuntado, es decir, los ya típicos casos de hijos que repiten monótonamente el discurso paterno o materno, sin poder dar explicación alguna de las razones que puedan sostener los pareceres que verbalizan ante los jueces. Claro está que en estos casos el discurso que emite el hijo no es propio, sino que pertenece, en verdad, al progenitor con el cual mantiene un vínculo patológico y simbiótico.

Es por ello que, en el contacto verbal juez-niños deviene esencial no perder de vista que el lenguaje oral puede falsear la verdad del mensaje. Por eso será necesario, en no pocas situaciones proceder a la decodificación de los deseos del niño a partir de sus palabras, partiendo de la premisa de que existe una lógica en su discurso. Ello será así en la medida en que se garanticen las condiciones de una libre expresión, evitando, pues, el riesgo de que los niños —envueltos en un vínculo patológico y víctimas de la manipulación de los adultos— se vean constreñidos a decir lo que los padres quieren que digan **(14)**.

Los pronunciamientos judiciales van en línea con lo expresado, para lo cual han insistido en la necesidad de que el judicante se valga de psicólogos, psicoanalistas en niños, asistentes sociales, pediatras, psiquiatras especializados en la niñez, etc., a los fines de que —sin distorsiones invalidantes— se pueda dar debido cumplimiento a las prescripciones legales **(15)**.

Conforme se desprende de las constancias del fallo que se analiza, la jueza de la causa no solo ha escuchado a I., sino que ha requerido la opinión de especialistas que han validado los dichos de I. Ello conforme lo expresado por la Lic. Arias cuando expresa que constató que "I. evidencia un sentimiento de no correspondencia de amor por parte del progenitor, que impacta en su bienestar psicoemocional y lo conduce a elevar sus mecanismos defensivos para protegerse". Continúa refiriendo que, si bien se admite que la pretensión es viable, se sugiere la inclusión del niño en un espacio psicoterapeútico. El señalamiento está fundado en que se detecta algo en lo inherente a su identidad que el niño mantiene oculto, una imposibilidad de su propio ser que no está pudiendo desplegar; la profesional desliza la hipótesis de que funciona de ese modo para protegerse del dolor del rechazo, para luego hacer referencia a una cuota de responsabilidad incorporada como propia y como carga. En este contexto, la psicóloga manifiesta que "el apellido" aparece como algo deficitario que I. quiere modificar para deshacerse de ese déficit que asumió culpablemente.

Ello conforme, entonces la jueza de la causa no solo ha escuchado a I., sino que además ha corroborado lo escuchado con especialistas que han coincidido con sus apreciaciones.

V. Intervención del niño en el proceso

Llegados a esta instancia, me hago la siguiente pregunta: un niño de 12 años de edad, representado por su madre, ha solicitado la supresión del apellido paterno. ¿Era necesario que él tuviera un representante distinto a su progenitora?

Es imperioso distinguir entre lo que es el derecho del niño a ser oído propiamente dicho y el derecho de este a una participación activa en el procedimiento, ello más allá de que para el Comité de los Derechos del Niño la misma escucha del niño implica que participe en el juicio (observación general 12, párr. 13). La cuestión

(13) MIZRAHI, Mauricio L., ob. cit., p. 62.

(14) *Ibidem*, p. 75.

(15) SCBA, 02/05/2002, "S. de R., S. R. c. R. J. A.", LL 2003-A-425; CNCiv., sala B, 29/06/2007, "V. M. del R. s/ protección especial".

Thomson Reuters

merece destacarse pues, si bien en general no se discute mayormente acerca de lo primero, sí, en cambio, se observa a veces una resistencia de los tribunales respecto de lo segundo, y ello a pesar de la vigencia de la ley 26.061. Es que resulta posible que un juez cumpla con el requisito de la audición y al mismo tiempo no admita que el niño realice actuaciones procesales **(16)**.

La intervención del niño en el proceso presenta la nota de que no aparecerá en escena como representante ninguno de sus progenitores, sino que él mismo lo hará a través de un representante, que variará según tenga o no capacidad procesal.

Ahora bien, en el caso al que estamos abocados, la magistrada no designó tutor para la representación de I. Ella refirió que debía evaluar si la pretensión esgrimida traducía el genuino parecer del niño o encubría una decisión del adulto que concurrió al proceso representándolo.

Así, manifiesta que "la Sra. C. ajustó su proceder al deseo manifestado por el niño, y no puede sin justicia objetarse esa actitud, a poco que se advierta que se trató de una vía resolutoria propuesta por I. para tramitar un dolor genuino e intenso. Al participar en el proceso, también se mostró decidido y narró que la presentación de su madre fue a instancias suyas pues no siente que el apellido paterno lo identifique en modo alguno".

En lo referente a los intereses contrapuestos que hubiesen determinado que I. cuente con un tutor o un abogado del niño, la magistrada resaltó no advertir colisión alguna de los intereses del niño con su madre, quien se mostró permeable a las sugerencias emanadas de la intervención interdisciplinaria.

VI. Comunicación al niño de los resultados

El respeto al niño como persona impone la necesidad de que se le transmita a él cuál fue el resultado del juicio, esto es, el contenido de la sentencia dictada por el tribunal o, en su caso, las alternativas que tuvo el asunto en manos del juez interviniente. Es sabido que no existen seguridades de que los hijos menores de edad involucrados en el pleito sean correctamente informados de lo realmente decidido por el judicante, si ese acto de transmisión se lleva a cabo por los progenitores o sus letrados **(17)**.

Desde el ámbito psicoanalítico se ha dicho que el magistrado tendría el deber de explicar al niño las razones de su decisión.

El tema de la comunicación al niño de lo decidido por la justicia tiene todavía una importancia mayor cuando en la sentencia se resuelve o se acuerda de un modo diferente a lo que aquel ha verbalizado. Entendemos que la mentada transmisión del contenido de la resolución tendría que estar a cargo del tribunal de manera directa por el juez o, al menos, de no resultar ello posible, por un funcionario especializado que cumpliría en su nombre tal cometido **(18)**.

Ahora bien, la jueza, en la sentencia, dedica los últimos párrafos al niño I. Allí le explica en lenguaje sencillo cómo se procedió a abordar el tema por él planteado y los motivos que la llevaron a adoptar la decisión.

El Comité de los Derechos del Niño, en la observación general 12, manifestó que "La comunicación de los resultados al niño es una garantía de que las opiniones del niño no se escuchan solamente como mera formalidad, sino que se toman en serio" (párr. 45) y que "Los niños tienen derecho a recibir una respuesta clara acerca de la forma en que su participación ha influido en un resultado (párr. 134, inc. i).

VII. Conclusiones

La solución adoptada cuadra dentro de los justos motivos previstos por el actual Código Civil y Comercial de la Nación en su art. 69. Dicha decisión se encuentra plenamente justificada por los hechos del fallo.

(16) MIZRAHI, Mauricio L., ob. cit., p. 89.

(17) *Ibidem*, ps. 82-83.

(18) PARODI, María C., "El acto de transmisión de la decisión judicial al niño. ¿Existe norma o práctica judicial que regula la comunicación y explicación de la sentencia al niño?", RDF 2014-I-181, AR/DOC/6854/2013.

Thomson Reuters

El niño. de 12 años de edad al momento de dictarse la sentencia, había sido debidamente escuchado por la jueza de la causa y su equipo técnico, solicitando el cambio de su apellido paterno por el materno.

No se observa en este niño sentido de pertenencia a la rama familiar paterna, y sí, por el contrario, un fuerte apego a la familia materna, apellido con el cual se siente identificado.

Sentía rechazo por el uso del apellido que venía impuesto por ley, intentando, a través de esta vía, tramitar un dolor "genuino e intenso".

Todos estos actos no pueden ser ajenos al mundo del derecho, constituyen los justos motivos que posibilitan apartarse del principio de inmutabilidad del nombre y con estricto rigor de justicia mandar suprimir el apellido paterno.

Thomson Reuters

PROTOCOLO DE ABORTOS NO PUNIBLES

Dictamen del Fiscal General. Procedencia parcial de la acción declarativa de inconstitucionalidad. Cuestiones admisibles. Cuestión temporal. Plazo para la realización de la práctica. Vulneración de lo dispuesto por el Código Penal. Sistema de causas y no de tiempos. Exceso reglamentario de órgano incompetente. Facultades del Poder Legislativo.

Con nota de Sofía Pelayo

1. — El protocolo que reglamenta el acceso a la práctica de un aborto no punible, constituye *prima facie* un exceso reglamentario, ya que la reglamentación de la normativa de fondo corresponde al Congreso Nacional, por aplicación del art. 75 inc. 12 de la CN, entonces se configura, prima facie, una vulneración al orden de primacía normativa previsto en el arto 31 de la Constitución Nacional. (Del dictamen del Fiscal General).

2. — El Código Penal adopta un sistema de "causas" y no de plazos para el aborto no punible. Es decir, si el legislador nacional decidió esa regulación, no podría ser modificada por una norma de jerarquía inferior, por ello debe hacerse lugar parcialmente la acción declarativa de inconstitucionalidad respecto de este planteo. (Del dictamen del Fiscal General).

3. — La parte actora logra poner en evidencia un conflicto constitucional en tomo a dos aspectos de la Resolución N° 1252/12. Por un lado, la imposición del límite temporal que realiza el art. 17. Por otro, la exigencia de la gravedad de la afectación de salud de la persona gestante para habilitar el aborto terapéutico. En ambos casos se trata de exceso en la potestad reglamentaria, porque esos aspectos solo pueden ser legislados por el Congreso de la Nación, y porque ambas exigencias desnaturalizan, restringen o se constituyen como barreras al acceso a las prácticas del aborto no punible previstas en el art. 86 del Código Penal, y esto hace admisible en tal sentido la acción interpuesta. (Del dictamen del Fiscal General).

4. — El protocolo de la práctica de abortos no punibles en CABA se encuentra dirigida a un grupo considerado vulnerable, por ello, la opción respecto a la inexistencia de protocolos o normas que regulen la práctica no aparece como una opción plausible. (Del dictamen del Fiscal General).

5. — Declarar la inconstitucionalidad *in totum* de la Res. 12521/2012, podría acarrear la consecuencia de que cobre vigencia la norma que aquella Resolución dejó sin efecto. Es decir, podría interpretarse que debiera aplicarse el Protocolo anterior, que interpretaba el Código Penal de manera restrictiva; es decir, en el sentido de que solo la mujer con discapacidad mental cuyo embarazo tenía causa en una violación podía acceder a la ILE, cuestión que quedó zanjada a partir del precedente de la Corte Suprema F. A. L. —Fallos: 335:197, AR/JUR/1682/2012—. (Del dictamen del Fiscal General) **[1]**.

6. — La Corte Suprema de la Nación en el caso F., A. L. s/medida autosatisfactiva —Fallos: 335:197, AR/JUR/1682/2012— no estableció ningún contenido específico respecto de cómo debían regularse los protocolos, más allá de brindar algunos lineamientos generales acerca de las condiciones de acceso a la práctica y que para realizarla basta la presentación de una declaración jurada; a su vez, no podría establecer, concretamente, los contenidos de una regulación sin que se violen normas básicas de atribuciones de competencias a los principales órganos del Estado sin que se avasalle el principio de la división de poderes. (Del dictamen del Fiscal General).

7. — De la mera lectura de las disposiciones de la Resolución 1252/12 no se sigue que estas resulten discriminatorias o consoliden una situación de discriminación estructural, pues las mencionadas categorías sospechosas tienen origen en la concepción material de la igualdad a partir de la reforma constitucional de 1994, y aun si se adopta el concepto más básico de igualdad, es decir, el formal, en esa norma no se establecen distinciones ilegítimas, entre los miembros del grupo al que se dirige para acceder a la práctica. O lo que es lo mismo, las condiciones de acceso son iguales cualquiera sea la persona gestante que pretenda acceder a la práctica y que se encuentre en alguna de las situaciones descriptas como causal que habilita un aborto no punible por el Código Penal. (Del dictamen del Fiscal General).

8. — Resulta inadmisible que una acción de inconstitucionalidad se fundamente en una contradicción con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. (Del dictamen del Fiscal General).

9. — El protocolo para la práctica de abortos no punibles, sus anexos y normas complementarias o

Thomson Reuters

modificatorias, no pueden poner en una nueva situación de desamparo a las personas gestantes víctimas de violaciones, ya que ello las expondría a nuevas revictimizaciones, además de que se afectaría severamente su derecho a la salud, su autonomía y planificación familiar, en los términos de la Constitución nacional, local y de los tratados internacionales. (Del dictamen del Fiscal General).

Cons. Mag. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 17/09/2019. - Asociación Civil Pro-Amnistía c. GCBA s/ Acción declarativa de inconstitucionalidad.

[Cita on line: AR/JUR/61371/2019]

JURISPRUDENCIA VINCULADA

[1] En F., A. L. s/medida autosatisfactiva, 13/03/2012, Fallos: 335:197, AR/JUR/1682/2012

Expediente N° 17190/19

Tribunal Superior de Justicia:

I. Objeto

Vienen las presentes actuaciones a esta Fiscalía General Adjunta, en virtud de la vista conferida a fs. 64 punto III, para que se expida sobre la admisibilidad de la acción planteada.

II. Antecedentes

A fs. 1/53 se presenta Felicitas Rossi, en su carácter de apoderada de Asociación Civil Pro Amnistía (Amnistía Internacional Argentina) e interpone una acción declarativa de inconstitucionalidad (en adelante, ADI) en los términos de los arts. 113, inc. 2° de la CCABA; 38, inciso 2° de la Ley N° 1903 y 17 y 18 de la Ley N° 402. Solicita se declare la inconstitucionalidad de la Resolución N° 1252/2012, sus anexos y toda norma complementaria o modificatoria de la misma, por medio de la que se aprobó: i) el procedimiento para la atención profesional para la práctica de interrupciones legales de embarazo en los hospitales del sector público de la Ciudad de Buenos Aires y ii) el modelo de declaración jurada para los casos de personas gestantes que fueron violadas y decidan solicitar una interrupción legal del embarazo (en adelante, ILE) (ver fs. 22).

Como se me corre vista sobre la admisibilidad de la acción corresponde analizar si los requisitos de habilitación de la instancia se encuentran reunidos. A tales efectos, y de conformidad con los arts. 113 de la Constitución de la Ciudad y 19 incisos a y b de la Ley 402, trataré las siguientes cuestiones:

a. Alcance general y vigencia de las normas cuestionadas;

b. Identificación de la persona que demanda, su domicilio real y especial fijado para el caso. Estos requisitos adelanto, se encuentran acreditados, en tanto se desprende de fs. 9/13 el carácter de presidente y apoderada de quien suscribe, como así también, la voluntad de la Asociación de instar la acción (fs. 59/62).

c. Identificación precisa de las normas cuestionadas y los fundamentos que motivan las pretensiones.

III. Preliminar

Este Ministerio Público Fiscal reconoce la enorme trascendencia social y sensibilidad de las cuestiones que están en juego en esta ADI. En este contexto, mi dictamen se limitará, exclusivamente, a examinar si la acción planteada satisface los requisitos formales previstos en la normativa vigente para todas las acciones declarativas de inconstitucionalidad, sin que las consideraciones aquí expuestas impliquen emitir opinión sobre el fondo de la cuestión.

IV. Requisitos de admisibilidad de la acción

A. Alcance general. Con respecto a la fundamentación del carácter general de las normas cuestionadas observo que se manifiesta el carácter general de la Resolución N° 1252/2012 (fs. 24 vuelta), pero se soslaya el hecho de que es un reglamento destinado al personal de los efectores de salud del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, conforme se desprende de sus artículos 1°, 3° y 4°. Por tanto, debió explicar cómo un acto interno, produce efectos jurídicos sobre relaciones ajenas a la persona jurídica pública Estado local, según exige pacíficamente la doctrina del Tribunal (ver el voto de la juez Inés M. Weinberg, en Expte. N° 9743/13 "Piñero" del 29/10/2014).

Sin perjuicio de ello, entiendo que las normas que la actora impugna regulan cuestiones que puedan afectar la situación jurídica de personas ajenas al Estado local. En efecto, tienen incidencia concreta en torno a si, cómo y cuándo, una persona gestante puede o no acceder a la interrupción del embarazo, lo que también podría, eventualmente, determinar una denegación de la práctica del aborto no punible. Por lo expuesto, considero que las normas pueden ser impugnables a través de la vía de la ADI.

Thomson Reuters

i) Vigencia. Con respecto a la vigencia de la norma, la resolución que la actora impugna se encuentra vigente dado que no ha sido derogada.

B.- Identificación precisa de las normas cuestionadas

La parte actora impugna en general la Resolución N° 1252/2012, sus Anexos y toda norma complementaria o modificatoria de la misma. Sin embargo, luego impugna en especial los artículos 2, 5, 8, 9 (a) y (b), 10 (b), 11, 13, 17, 18, 19 y 20. Como no hay argumentos tendientes a justificar la impugnación de todos los artículos de la resolución, la generalidad del planteo impide satisfacer, en este aspecto, el requisito que se exige para admitir estas acciones. En otras palabras, no se advierte cuáles son los argumentos que justifican en concreto, los otros artículos que serían inconstitucionales.

En cuanto a la impugnación concreta de los artículos específicamente señalados, se satisface con la carga de identificar las normas.

C.- Los fundamentos que motivan las pretensiones

La actora indica las disposiciones concretas de la Resolución que a su criterio colisionar con las normas de jerarquía superior. Así, por razones metodológicas en orden a cómo me expediré, podemos agrupar sus argumentos en 3 grupos:

1. Aquellas disposiciones que afectan el principio de reserva de ley prevista en el art. 86 párrafo 2 del CP:

a. La exigencia de que intervenga un equipo interdisciplinario en cada procedimiento de ILE y de que, además, intervenga el director del establecimiento en que se vaya a practicar (arts. 2, 8, 9 a y 18 del Anexo de la Resolución N° 1252/2012). Lo que además contraría, a su criterio, el derecho de no discriminación y a la salud (fs. 33/34), el principio de razonabilidad en tanto trae aparejada una carga desproporcionada (ver fs. 35) y el derecho a la intimidad (ver fs. 37).

b. La exigencia de que el peligro sea grave (art. 9 de la Resolución N° 1252/2012), en tanto el art. 86 del CP solo exige la existencia de un peligro, no un peligro grave, por ende, la Resolución restringe un derecho establecido en la normativa de fondo y por ello, implica una intromisión en las competencias exclusivas y excluyentes del Congreso Nacional (art. 75 inc. 12). Asimismo, ello vulnera el derecho a la salud integral en los términos en la que esta es definida por la Organización Mundial de la Salud (ver fs. 43 vuelta/46).

c. La imposición de un límite temporal (art. 17 de la Resolución N° 1252/2012) restringe los permisos establecidos en el Código Penal, lo que colisiona con el art. 75 inciso 12. Asimismo, también sostiene que el plazo resulta arbitrario (ver fs. 46 vuelta/47).

2. Aquellas que colisionan con disposiciones del Cód. Civ. y Com. de la Nación y normas locales:

a. Falta de reconocimiento del consentimiento informado de personas gestantes menores de 18 años de edad (arts. 5, 9 b, 10 b, 13 y 10 del Anexo de la Resolución N° 1252/2012). Esta norma se encontraría en contradicción con el art. 26 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, que establece que: 1) entre los 13 y 16 años para tratamientos invasivos si existe un conflicto entre el menor de edad y sus progenitores debe resolverse teniendo en cuenta su interés y 2) que a partir de los 16 años el adolescente es considerado un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo (ver fs. 38 vuelta).

b. Falta de reconocimiento del consentimiento informado de personas gestantes con discapacidad (arts. 5, 11 y 13 de la Resolución N° 1252/2012). Esto vulnera las disposiciones del art. 10 de la Ley Nacional de Salud Mental, los arts. 31 y 32 el Cód. Civ. y Com. de la Nación y la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, aunque no identifica qué norma concretamente se vulnera. Así resultaría inconstitucional la resolución, al presuponer que la persona gestante con discapacidad nunca puede expresar su voluntad.

3. Aquellas que contrarían lo dispuesto por la CSJN en el caso "F.A.L.":

a. La regulación de la objeción de conciencia (arts. 19 y 20 de la Res. 1252/12) contraría lo resuelto por la Corte Suprema en el caso "F.A.L." por lo que termina desnaturalizando el criterio de la Corte, además de vulnerar el principio de proporcionalidad y razonabilidad; el derecho a la libertad y autonomía; el principio de seguridad jurídica y el derecho a la salud. Básicamente, la actora sostiene que el ejercicio adecuado de la objeción de conciencia debe realizarse en forma previa y general, en aras de no afectar el derecho a una interrupción legal del embarazo (ver fs. 48/51).

V. Adelanto de opinión. Postulados centrales sobre los que se edifica el razonamiento para dictaminar acerca de la procedencia de la ADI

Adelanto que la ADI debe ser admitida parcialmente, toda vez que solo dos textos de la Resolución serían, *prima facie*, contrarios a normas de superior jerarquía. Ambas disposiciones podrían impedir o dificultar el acceso la práctica del aborto no punible. Por tanto, a priori se verifica una contradicción a lo dispuesto tanto por el art. 86 párrafo 2, incisos 1 y 2,

Thomson Reuters

del CP, y también una colisión con los arts. 31 y 75 inciso 12 de la Constitución Nacional.

Ahora bien, previo a desarrollar los fundamentos que justifican esta conclusión, considero importante establecer cinco [5] postulados que guían mi razonamiento y análisis.

Primero. Es muy clara la prohibición establecida en el artículo.103 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, dirigida al Poder, Ejecutivo y vinculada a la emisión de disposición de carácter legislativo. Ello, más allá de los límites concretos de su ejercicio en ciertas circunstancias excepcionales, que el propio texto se ocupa de establecer.

Segundo. A la vez, esta prohibición no puede ser entendida como una imposibilidad absoluta. Es más, del propio artículo 102 CCABA surge la potestad reglamentaria e, incluso, en muchos casos resulta indispensable para el ejercicio de facultades previstas en otras normas constitucionales, como las previstas en el artículo 104, inciso 2, 105, inciso 7, entre otros supuestos.

Tercero. Desde un plano infra constitucional, el Ministerio de Salud de la CABA tiene facultades propias para emitir protocolos médicos, ya que conduce política y técnicamente el subsector público de salud en el ámbito territorial de la Ciudad de Buenos Aires. Todo ello con sustento en los artículos 8, 13 y 15 de la Ley N° 153, y el artículo 19, inc. 4, de la Ley N° 5460. Es decir, se trata básicamente de la emisión de reglamentos generales en virtud de facultades propias de dirección técnica. Por eso, en principio, se encuentra habilitado normativamente para emitir protocolos.

Cuarto. En general, los protocolos tienden a regular prácticas médicas para los efectores del sistema público de Salud. Entre otras cuestiones, su fin es unificar los procedimientos desde el punto de vista técnico, para mejorar las prestaciones sanitarias, y de ese modo optimizar el efectivo el derecho a la salud.

En términos generales, unifican y recogen estándares para el acceso y la realización de prácticas médicas. Así, se emiten para estandarizar el estado del arte. Por ejemplo, regulan si debe o no conformarse un equipo médico interdisciplinario, qué estudios deben realizar, qué medicamentos administrar, cómo documentar los diagnósticos, cómo deben completarse las historias clínicas, entre otros supuestos **(1)**.

Ahora bien, en el presente caso, se podría plantear que la regulación puede tener incidencia y afectación directa en varios derechos, a saber: de la persona gestante, en los del feto por nacer, así como en otras obligaciones vinculadas a los profesionales de la salud. Esto obliga a que la pauta interpretativa de las facultades del Poder Ejecutivo deban razonarse e interpretarse en armonía con las potestades del Poder Legislativo local (artículo 80 y ss.) y, esencialmente, con las otorgadas al Congreso Nacional, ya que se trata de cuestiones de extrema sensibilidad e importancia social. Por ello, las limitaciones, restricciones, procedimientos, protocolos, límites o estipulaciones —en el más amplio de los sentidos— realizadas por el Poder Ejecutivo local, deben interpretarse de manera restrictiva.

A mi juicio, esta plataforma de análisis permite enfatizar sobre el rol de cada uno de los poderes en un Estado constitucional, social y democrático, que pone como centro a la persona humana y que aspira a garantizar la efectividad de todos los derechos. Recuérdese que nuestro sistema de poderes nacional y local otorga al órgano legislativo la competencia específica de legislar para "hacer efectivo el ejercicio de los derechos, deberes y garantías..." (artículo, 80, inc. 1, de la CCABA).

Quinto. El último postulado se vincula con una problemática estructural, vinculada al texto legal del artículo 86 del CP de la Nación, y de otras normas de superior jerarquía relativas al derecho a la salud. En esencia, de estas normas emerge un mandato hacia todas las autoridades públicas involucradas en esta problemática.

Ese mandato concretamente implica que el Estado adopte todas las medidas necesarias para que no se obligue a una persona gestante a llevar a término un embarazo producto de una violación o que ponga en riesgo su vida y también implica eliminar las barreras que limiten el acceso a una práctica abortiva para esos casos. Básicamente, no solo porque la práctica no es punible, sino y fundamentalmente, porque una persona gestante víctima de violación o cuya salud se encuentra en riesgo, se halla en una situación de vulnerabilidad extrema. Todo ello, más allá de la posible discusión acerca de si la ILE es un derecho autóno-

(1) En general, la elaboración de protocolos surge en el marco de un proceso metodológico riguroso llevado adelante por un equipo de expertos y, por ello, sus recomendaciones se encuentran basadas en evidencia de tipo "técnica científica". Entre otras ventajas, estos documentos reducen tiempos para realizar las prácticas y garantizan la uniformidad de criterios, entre otras. Estos caracteres básicos pueden observarse en los documentos consultados en el sitio web del Ministerio de Salud: http://www.rnsal.gob.ar/ent/index,php/informacion-equipos-de-salud/guias-de-practica-clinica. Aunque existen numerosos protocolos emitidos por diversas entidades técnicas, e incluso organismos internacionales como la OMS.

Thomson Reuters

mo o no, derivado del art. 86 párrafos 2 incisos 1 y 2 del CP.

En otras palabras, a mi juicio todo el razonamiento debe partir de la siguiente base: el protocolo, sus anexos y normas complementarias o modificatorias, no pueden poner en una nueva situación de desamparo a las personas gestantes víctimas de violaciones, ya que ello las expondría a nuevas revictimizaciones, además de que,se afectaría severamente su derecho a la salud, su autonomía y planificación familiar, en los términos de la Constitución nacional, local y de los tratados internacionales.

Por último y no por ello, menos importante, la norma se encuentra dirigida a un grupo considerado vulnerable. Sobre esta base, la opción respecto a la inexistencia de protocolos o normas que regulen la práctica no aparece como una opción plausible.

Básicamente, *prima facie* esto conllevaría el riesgo de exponer a las personas gestantes a una doble asimetría: por un lado, con relación a las condiciones de acceso entre el sistema público y el privado; por el otro, podría determinar diferencias injustificadas de acceso a las prácticas entre los propios efectores de salud del sistema público.

Más aún, al declarar la inconstitucionalidad in totum de la Res. 1252/2012, podría acarrear la consecuencia de que cobre vigencia la norma que aquella Resolución dejó sin efecto. Es decir, podría interpretarse que debiera aplicarse el Protocolo anterior **(2)**. En este sentido, no puede dejar de mencionarse que este último interpretaba el Código Penal de manera restrictiva; es decir, en el sentido de que solo la mujer con discapacidad mental cuyo embarazo tenía causa en una violación podía acceder a la ILE, cuestión que quedó zanjada a partir del precedente "F.A.L.".

VI. Sobre la inadmisibilidad y falta de fundamentación suficiente sobre la mayoría de los textos impugnados

El objeto del control abstracto de constitucionalidad previsto por el art. 113 inc. 2° de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, consiste únicamente en verificar la adecuación entre una norma de jerarquía infra constitucional y una norma de tipo constitucional, sea que esta forma parte del catálogo de derechos de la Constitución local o de la Constitución Nacional. En caso de que se acredite la incompatibilidad, la consecuencia será expurgar del sistema jurídico la o las normas que se oponen a otras superiores, y por ello presupone la carga del presentante de enfocar su planteo hacia el confronte abstracto entre ellas. Corno ha expresado el TSJ, una vez efectuado el cotejo, debe surgir con claridad su adecuación o su inconstitucionalidad. (Del voto de la jueza Ana María Conde) "Gil Domínguez, Andrés c. GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. N° 12210/15, sentencia del 24/2/2016).

Asimismo, el Tribunal tiene dicho que la carga argumentativa es alta puesto que la declaración de inconstitucionalidad constituye la última ratio del ordenamiento jurídico**(3)**. Bajo este escrutinio estricto, que responde a pautas objetivas impuestas por el TSJ, analizaré la admisibilidad de esta ADI.

A. Respecto de los agravios constitucionales genéricos planteados en la acción

En términos generales, respecto de las pretensiones de la actora puede señalarse que:

Primero. Cuando se afirma que hay una violación a lo dispuesto en el art. 86 párrafo 2 del CP, advierto que la existencia o no del conflicto constitucional, solo se daría si de la resolución atacada surgiera una restricción evidente al acceso a la práctica del aborto no punible. Ello así, porque se trataría de un conflicto entre lo dispuesto en la Resolución y los artículos 31 y 75 inc. 12 de la Constitución Nacional.

Adelanto que esto se daría, *prima facie*, en dos supuestos. En el caso del art. 17 de la Resolución N° 1252/2012, cuando dispone que la práctica deba realizarse dentro de las doce semanas de gestación. Por otra parte, en torno a la exigencia vinculada a la gravedad del peligro para la salud de la persona gestante, que habilitaría la realización del aborto denominado "terapéutico". Esta cuestión será aborda infra VII del presente dictamen.

Segundo. Respecto de la supuesta contradicción entre los términos de la Resolución con las consideraciones efectuadas por la CSJN en su exhortación del caso "F.A.L.", entiendo que este agravio no puede prosperar por tres motivos:

a) Si bien la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha oscilado en su posición sobre la obligatoriedad de

(2) Res. N° 1174/2007 del Ministerio de Salud del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

(3) Ver, Tribunal Superior de Justicia, "Ministerio Público - Asesora General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c. GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. N° 5541/07, voto de la juez Ana María Conde, sentencia del 27/04/2009 y "Corporación de Rematadores y Corredores Inmobiliarios - Mutual c. GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. N° 5520/07, voto conjunto de los jueces José Osvaldo Casas y Ana María Conde, sentencia del 11/11/2008.

Thomson Reuters

sus precedentes, su jurisprudencia no es vinculante ni forma parte de la Constitución Nacional o local en los términos del art. 113 inc. 6 CCABA.

En efecto, no existe uniformidad sobre la eficacia vinculante de los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia. Ni la misma Corte Suprema ha sostenido esto de forma invariable ya que en algunas de sus sentencias ha pregonado el acatamiento liso y llano mientras que en otras postula un sometimiento condicionado de tipo moral o también de corte institucional, a la par que algunos fallos reducen tal subordinación al período de aplicación de la Constitución Nacional de 1949. Incluso, las últimas sentencias de la Corte pregonan un seguimiento condicionado, aun en temas de derecho común, a su doctrina judicial, salvo que se den razones nuevas y sólidas para disentir con ella (Cfr. Sagüés, Néstor. Compendio de derecho procesal constitucional. Astrea, 1ra. Reimpresión, Buenos Aires, 2011, ps. 80/81).

Es decir, a diferencia de otros sistemas donde la jurisprudencia de la Corte sienta un precedente obligatorio (stare decisis), en nuestro sistema la jurisprudencia de la Corte Suprema no tiene ese carácter.

b) Más allá de lo anterior, aquí tampoco se trata de la aplicación de lo resuelto por la Corte a un caso similar a "F.A.L.". Por el contrario, lo que se pretende es una legislación concreta a partir de las inferencias que realiza la actora sobre los alcances normativos de ese precedente, a partir de la "exhortación" que el Alto Tribunal realiza al dictado de protocolos de actuación por las autoridades sanitarias locales.

La Corte Suprema de la Nación no estableció ningún contenido específico respecto de cómo debían regularse los protocolos, más allá de brindar algunos lineamientos generales acerca de las condiciones de acceso a la práctica y que para realizarla basta la presentación de una declaración jurada. A su vez, *prima facie* no podría establecer, concretamente, los contenidos de una regulación sin que se violen normas básicas de atribuciones de competencias a los principales órganos del Estado. O, lo que es lo mismo, sin que se avasalle el principio que de forma reiterada ha preservado la CSJN y el TSJ, en cuanto al respeto por el principio de división de poderes.

c) Por último, cuando la pretensión de la actora se fundó parcialmente en el contenido de una sentencia de esa Corte, la acción declarativa de inconstitucionalidad solo admite que se cuestione la validez constitucional de una norma general emanada de una autoridad de la CABA (voto del Dr. Lozano, Expediente N° 8775/12 "Gil Domínguez" del 11/07/2012). De este modo, resulta inadmisible que una acción de inconstitucionalidad se fundamente en una contradicción con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Tercero. El argumento referido a la vulneración de estándares constitucionales emitidos por órganos del Sistema de Protección Internacional de los Derechos Humanos tampoco puede prosperar.

En primer lugar, corresponde observar que la afirmación sobre la obligatoriedad de los informes debe relativizarse. En efecto, en el precedente que la actora cita, la CSJN sostiene que por "las condiciones de su vigencia" debe entenderse "cómo los tratados son aplicados por los tribunales internacionales".

Así, las observaciones de esos organismos deben servir de guía interpretativa para el juez al momento de aplicar el derecho, para el legislador en la elaboración de las normas y para el operador jurídico en general. Sin embargo, los documentos citados en la presente acción no dan cuenta de jurisprudencia vinculante alguna que habilite el control abstracto de constitucionalidad. Esto no significa minimizar la trayectoria de los organismos ni deslegitimar el valor de sus observaciones que van más allá de meras recomendaciones al Estado.

En efecto, el escrito menciona documentos emitidos por órganos de monitoreo de los Derechos Humanos del Sistema Internacional, de los que surge la preocupación de estos organismos sobre la ejecución de la sentencia "F.A.L." de la Corte Suprema como de la necesidad de despenalización del aborto. Concretamente, se mencionan un comunicado del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en el que expresó su satisfacción por la decisión de la Corte y, a la vez, sostuvo su preocupación con que su aplicación no sea uniforme en todo el Estado. También la actora detalla observaciones generales del Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y del Comité de Derechos Humanos. También trae a colación observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño y un informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Ahora bien, ninguno de esos órganos emite disposiciones que puedan considerarse vinculantes per se para el Estado argentino.

En segundo lugar, aun si se aceptara que esas disposiciones son vinculantes, no dicen nada acerca de la inconstitucionalidad de las normas que se impugnan a través de la presente acción. Tampoco la actora expresa en concreto, cómo de la aplicación de las recomendaciones se seguiría la inconstitucionalidad

Thomson Reuters

de las normas que constituyen el objeto de su pretensión.

En esencia, los documentos emitidos por esos órganos son congruentes en el sentido de expresar una preocupación sobre una posible aplicación diferencial conforme a las distintas zonas que componen el país y, de hecho, no en todo el país se han adoptado los protocolos para el acceso a la práctica en condiciones seguras para los casos de aborto no punible. El resto de las observaciones de los órganos, se encuentran referidas a la despenalización del aborto, consideraciones que exceden, por mucho, a lo que pretende regularse a través de la resolución que la actora impugna.

Cuarto. Se argumenta que la Resolución N° 1252/2012 es una norma discriminatoria que afecta a un grupo que merece una tutela preferente. Es decir, las personas gestantes en general y, especialmente las adolescentes, las personas gestantes con discapacidad y las víctimas de violación que se atienden en el sistema de salud público (fs. 29 vuelta). Esta situación, per se, no determina que toda la regulación resulte discriminatoria.

En otras palabras, de la mera lectura de las disposiciones de la Resolución N° 1252/2012 no se sigue que estas resulten discriminatorias o consoliden una situación de discriminación estructural **(4)**. Ello así dado que, por un lado, aun si se adopta el concepto más básico de igualdad, es decir, el formal, en esa norma no se establecen distinciones ilegítimas, entre los miembros del grupo al que se dirige para acceder a la práctica. O lo que es lo mismo, las condiciones de acceso son iguales cualquiera sea la persona gestante que pretenda acceder a la práctica y que se encuentre en alguna de las situaciones descriptas como causal que habilita un aborto no punible por el Código Penal.

(4) Aquí corresponde mencionar que las mencionadas categorías sospechosas tienen origen en la concepción material de la igualdad a partir de la reforma constitucional de 1994 (Fallos: 340:1795) y del reconocimiento de que diversas disposiciones internacionales con jerarquía constitucional mencionan criterios de distinción especialmente prohibidos, como son la: raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social (artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, art. 2 PIDESC y reforzada por la inclusión, dentro del artículo 75 inciso 22 CN de tratados internacionales que tienen por objeto, específicamente, proteger contra determinados tipos de discriminación, como la Convención Internacional sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial o la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer).

Por tanto, no es posible identificar qué hechos darían lugar a la situación de discriminación que se consolida por aplicación de la Resolución entre los miembros del grupo. Por otro lado, la norma regula una práctica médica desde el punto de vista técnico, y *prima facie* aparece como razonable que se establezcan distinciones con otros tratamientos o prácticas distintas a la realización de una ILE. En otras palabras, lo que debe analizarse es si la regulación es acorde al tipo de práctica. Pero, esa última cuestión, nos llevaría a una eventual lesión a los derechos del colectivo, lo que requiere una comprobación tanto respecto de su vulnerabilidad, como de los derechos y situaciones que mencionan. Todas estas condiciones exceden el marco de una acción declarativa de inconstitucionalidad y responden a la eventual existencia de un caso judicial, ajeno al control concentrado de constitucionalidad.

Quinto. Para tornar admisible una ADI, las pretensiones no pueden estar subordinadas a que la contradicción de normas inferiores con otras superiores venga dada porque a juicio de la actora se podría alcanzar una "más adecuada", "más eficiente" o "más protectoria", sobre la problemática estructural. Sin embargo, esto no implica que toda la regulación actual sea inconstitucional. Aunque pueda postularse que no es la mejor reglamentación posible o bien, que está muy lejos de serlo, todo ello no da cuenta de una colisión en abstracto entre normas de diferente jerarquía.

Así las cosas, debe recordarse que la acción declarativa de inconstitucionalidad tiene por fin expurgar del orden jurídico las normas de alcance general contrarias a la Constitución Nacional o de la Ciudad, pero no como "legislador positivo", facultado para dictar leyes, modificar situaciones legales o introducir normas que alteren el ordenamiento jurídico. En suma, deviene aplicable lo sostenido por el Tribunal Superior cuando afirma que en la acción declarativa de inconstitucionalidad no puede plantearse una inconstitucionalidad basada en una interpretación subjetiva acerca de lo que la norma debiera o pudiera decir cuando la Constitución nada prescribe al respecto (cfr., "Gil Domínguez, Andrés c. GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. N° 12210/15, del voto de la juez Inés M. Weinberg sentencia del 24/02/2016).

B.- Respecto de los conflictos normativos en particular

A partir de fs. 31 vuelta a 49, la actora desagrega seis aspectos de' la norma que a su criterio la tornan inconstitucional y contrarias a lo establecido por la CSJN en el caso "F.A.L." (fs. 31 vuelta). En primer lugar, las consideraciones respecto a la vinculación de

Thomson Reuters

la regulación con el precedente de la CSJN, ya ha sido abordada en el punto anterior, al que cabe remitirme.

En segundo lugar, la contradicción constitucional que alega, tampoco se encuentra debidamente fundamentada en estos supuestos, tal como se expone en los siguientes subapartados.

a) En relación a los cuestionamientos relativos a las previsiones de la Resolución N° 1252/2012 que exigen la intervención de un equipo interdisciplinario (fs. 32/37) y la reglamentación de la objeción de conciencia (fs. 48/49), la actora no demuestra en qué consistiría la contradicción.

Sus manifestaciones refieren a una mera disconformidad de la regulación, sin indicar las razones por las cuales la intervención del equipo interdisciplinario, vulnerarían derechos constitucionales. Por ejemplo, se sostiene que la Resolución padece un vicio en el objeto y que contraría el Decreto 1510/1997 (fs. 34 vuelta), aunque no se demuestra la contradicción constitucional. Por lo demás, las alegaciones referidas al derecho a la intimidad o a la salud son meramente hipotéticos y conjeturales.

b) En lo referido a la reglamentación de la objeción de conciencia, se encuentra fundamentado en la contradicción aparente con lo mencionado con la CSJN, a lo que me remito a lo ya expuesto en supra A.

c) Respecto de los cuestionamientos relacionados al consentimiento de las gestantes menores de edad (fs. 37 vta./40 vta.), y de las personas con discapacidad (fs. 41/43 vuelta), refieren a cuestiones interpretativas de las que no se deduce a priori un conflicto constitucional.

Más concretamente, la resolución no dice nada acerca de cuándo una persona es mayor o menor, dado que esta regulación corresponde al Cód. Civ. y Com. de la Nación. Por tanto, al no establecer edades, debe estarse a las disposiciones del citado cuerpo normativo, con lo que una correcta interpretación de las normas en juego podría resolver la cuestión sin acudir a una declaración de inconstitucionalidad. Lo mismo ocurre respecto de las personas incapaces, dado que los requisitos se encuentran establecidos tanto el Código Penal (art. 86, parr. 2, inciso 2) como en las normas relativas a la capacidad de las personas.

En suma, ninguno de esos planteos justifica la admisibilidad, dado que la declaración de inconstitucionalidad constituye la última ratio del ordenamiento jurídico **(5)** y existe una interpretación compatible con la constitucionalidad de las normas que el actor impugna.

VII. Sobre las razones por las cuales corresponde admitir parcialmente la ADI

La parte actora logra poner en evidencia un conflicto constitucional en torno a dos aspectos de la Resolución N° 1252/2012. Por un lado, la imposición del límite temporal que realiza el art. 17. Por otro, la exigencia de la gravedad de la afectación de salud de la persona gestante para habilitar el aborto terapéutico.

En ambos casos se trata de exceso en la potestad reglamentaria. Por un lado, esos aspectos solo pueden ser legislados por el órgano competente, en este caso, el Congreso de la Nación. Además, *prima facie*, ambas exigencias desnaturalizan, restringen o se constituyen como barreras al acceso a las prácticas del aborto no punible previstas en el art. 86 del CP.

Tal situación, sin abrir juicio sobre el fondo de la cuestión, podría implicar un exceso reglamentario contrario a las disposiciones del art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional, lo que hace admisible en tal sentido la acción interpuesta. Veamos.

a) Sobre el plazo de las 12 semanas. El acceso a las prácticas sanitarias de abortos no punibles, en las leyes no está sujeto a un límite temporal. Este es un aspecto medular que podría afectar o tensionar varios derechos y por eso es indispensable que estas cuestiones sean resueltas en el seno del órgano legislativo.

Por otra parte, lo aquí expuesto no implica hacer un juicio de valor acerca de la razonabilidad, adecuación o inadecuación que viene dada por establecer o no, un límite temporal. Además, en muchos casos, esta situación puede depender de múltiples factores, vinculados a las particularidades que se presenten en cada una de las pacientes que se sometan a la práctica. En otras palabras, someter a un plazo el acceso a la práctica sanitaria, constituye *prima facie* un exceso reglamentario, ya que —como lo señala la actora— la reglamentación de la normativa de fondo corresponde al Congreso Nacional, por aplicación del art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional. Aquí también se configura, *prima facie*, una vulneración al orden de primacía normativa previsto en el art. 31 de la Constitución Nacional.

(5) Ver, Tribunal Superior de Justicia, "Ministerio Público - Asesora General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c. GCBA si acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. N° 5541/07, voto de la juez Ana María Conde, sentencia del 27/04/2009 y "Corporación de Rematadores y Corredores Inmobiliarios - Mutual c. GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. N° 5520/07, voto conjunto de los jueces José Osvaldo Casas y Ana María Conde, sentencia del 11/11/2008.

Thomson Reuters

Por último, el Código Penal adopta un sistema de "causas" y no de plazos para el aborto no punible. Es decir, si el legislador nacional decidió esa regulación, no podría ser modificada por una norma de jerarquía inferior. Por ello, propiciaré que se haga lugar parcialmente la acción respecto de este planteo.

Ahora bien, el resto de los planteos referidos a la arbitrariedad en el establecimiento del plazo resultan estériles, puesto que lo único que demuestran es que existen diversos sistemas de plazos en diversos ordenamientos jurídicos.

En efecto, las cuestiones referidas a la falta de fundamentos para determinar el límite gestacional no demuestran inconstitucionalidad alguna en los términos en los que se plantean en la acción. Incluso, la cuestión acerca de los plazos para realizar la práctica es sumamente discutida y no se encuentra regulada de manera uniforme, ni siquiera en aquellos países que permiten el aborto por sistema de plazos.

Por tanto, *prima facie* no advierto que el límite gestacional resulte arbitrario, en abstracto, aunque sí puede sostenerse que no es competencia del Poder Ejecutivo establecerlo, dado que corresponde su determinación, sobre la base de una discusión democrática, al Congreso Nacional.

Por lo demás, las consideraciones formuladas en torno a la razonabilidad, la libertad y autonomía, seguridad jurídica y a la salud (fs. 49/51 vuelta) son realizadas de manera dogmática y genérica, sin indicar concretamente a qué apartado de la Resolución se refiere. Por ello, se configura una disconformidad general respecto de la regulación, y no un análisis fundamentado sobre la contradicción constitucional.

b) Sobre la exigencia de gravedad del peligro para la salud de la persona gestante

Sobre este punto, la actora logra fundamentar adecuadamente una cuestión constitucional. Básicamente, aquí se puede aplicar un razonamiento similar a lo que se afirmó sobre el requisito del plazo como limitación a la práctica. En efecto, el Código Penal nada dice acerca de la exigencia de que el peligro sea grave. Tampoco otra ley ha regulado esta situación. Por ello, coincido con la actora en que esta previsión, *prima facie*, colisiona con las facultades establecidas al Congreso Nacional (art. 75 inc. 12), a la vez que cuestiona el orden jerárquico normativo establecido en el art. 31 de la Constitución Nacional.

VIII. Conclusión

Por las razones expuestas, corresponde declarar parcialmente inadmisible la presente acción y, en consecuencia, admitirla únicamente en relación a las cuestiones analizadas en el acápite VII del presente dictamen. Fiscalía General Adjunta, septiembre 17 de 2019. — *Juan G. Corvalán.*

ABORTO NO PUNIBLE

Impugnación de la sentencia que rechaza la demanda que pretende que la provincia se abstenga de aplicar el protocolo. Resolución del 93/12 Ministerio de Salud de Córdoba. Recurso extraordinario. Rechazo del remedio federal.

Con nota de Sofía Pelayo

1. — El recurso extraordinario interpuesto contra el rechazo de la demanda de una asociación civil para no sea aplicable la Guía de Procedimiento para Prácticas de aborto no punible en la Provincia de Córdoba debe ser desestimado, pues las cuestiones federales, tales como accionar en forma colectiva en defensa de los nasciturus, del derecho de defensa y del debido proceso, y la inviolabilidad de la vida desde la concepción, no fueron introducidas en forma oportuna, y al hacerlo, se hizo con suma vaguedad, sin conectarlas con la controversia **[1]**.

2. — El recurso extraordinario interpuesto contra el rechazo de la demanda de una asociación civil para no sea aplicable la Guía de Procedimiento para Prácticas de aborto no punible en la Provincia de Córdoba debe ser rechazado, pues en la denuncia de arbitrariedad de la decisión la recurrente insistió en reiterar sus propios puntos de vista en función de su cosmovisión y del esquema personal de valores que defiende, en virtud del cual el aborto no es admisible en ninguna hipótesis, pese a lo establecido por el artículo 86, incs. 1 y 2, del Código Penal **[2]**.

3. — El recurso extraordinario interpuesto contra el rechazo de la demanda de una asociación civil para no sea aplicable la Guía de Procedimiento para Prácticas de aborto no punible en la Provincia de Córdoba debe ser rechazado, pues denuncia como arbitrario el no haber dado preferencia a las normas provinciales que prohíben a los médicos practicar abortos —Ley 6222, art. 7 (inc. d), con soporte en los arts. 4, 19 y 59 de la Cód. Penal— por encima del Cód. Penal, disposición federal que los admite excepcionalmente en dos supuestos.

Thomson Reuters

4. — El recurso extraordinario interpuesto contra el rechazo de la demanda de una asociación civil para no sea aplicable la Guía de Procedimiento para Prácticas de aborto no punible en la Provincia de Córdoba es admisible, por mediar agravio federal suficiente, ya que la sentencia, por una parte, afirma que no hay un caso judicial; y, por la otra, desconoce al colectivo personas por nacer, con lo cual niega que la actora pueda actuar en clave colectiva, vulnerando sus derechos. (Del voto en disidencia parcial de los Dres. Rubio y Zalazar al que adhiere el Dr. Sánchez Torres).

5. — La pretensión de una asociación civil relativa a que sea revisada, mediante el recurso extraordinario, la constitucionalidad del art. 86, incs. 1 y 2 del Cód. Penal, porque entiende que esta norma afecta los derechos de las personas por nacer, debe ser rechazada, pues ello implica que, por aplicación de normas locales, sea desplazada una disposición federal de fondo sin que nada se haya impugnado razonadamente como para que proceda un control de tal entidad sobre esa previsión penal de fondo. (Del voto en disidencia parcial de los Dres. Rubio y Zalazar).

6. — Los agravios de una asociación civil con relación a que la Guía de procedimiento para prácticas de aborto no punible en Córdoba, vulneraría las disposiciones de la CADH y de la CDN, que aseguran la inviolabilidad de la vida desde la concepción, transgredirían la forma federal del Estado y violarían normas provinciales —art. 7, inc. d, de la Ley provincial 6222— que prohíben a los médicos implementar cualquier práctica que interrumpa una gestación en curso, son inadmisibles, dado que solo expresan su disconformidad con la legislación penal de fondo y con la interpretación que la Corte Federal ha efectuado de ella, tras haberla declarado compatible con el bloque de constitucionalidad y de convencionalidad. (Del voto en disidencia parcial del Dr. Sánchez Torres) **[3]**.

TS Córdoba, sala electoral, de comp. originaria y asuntos institucionales, 24/09/2019. - Portal de Belén, Asociación Civil c. Superior Gobierno de la Provincia (amparo) s/ recurso de casación e inconstitucionalidad.

[Cita on line: AR/JUR/27858/2019]

JURISPRUDENCIA VINCULADA

[1-3] en "F., A. L. s/medida autosatisfactiva", 13/03/2012, AR/JUR/1682/2012, interpretó el art. 86 del Cód. Penal en relación a los abortos no punibles.

[1-2] Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, en pleno, "Portal de Belén, Asociación Civil c. Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba s/ amparo - recursos de casación e inconstitucionalidad", 18/12/2018, AR/JUR/81548/2018.

Expediente: 5597080

Córdoba, septiembre 24 de 2019.

Resulta:

1. En su escrito, en los términos del artículo 14 (inc. 3) de la Ley n° 48 y por supuesta configuración de la causal de "sentencia arbitraria", los apoderados de Portal de Belén solicitaron que se dé trámite al REF y que se lo conceda ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), con efecto suspensivo de la resolución cuestionada. Con tal fin constituyeron domicilio en la calle ..., de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

En su presentación y luego de haber efectuado una reseña de los principales antecedentes de la causa y de haber citado jurisprudencia que consideran aplicable y favorable a su pretensión, esgrimieron lo siguiente:

a) En cuando a los requisitos formales, el recurso fue interpuesto en tiempo y habiendo planteado oportunamente la cuestión federal, ab initio mismo de la causa, circunstancia que ha sido mantenida a lo largo del proceso, aunque, respecto de "las violaciones al debido proceso y de la forma federal en que incurre el fallo en crisis, es esta la primera estación procesal oportuna para presentarlo" (fs. 1932).

Además —según añadieron—, se objeta una sentencia definitiva que versa sobre el fondo de lo discutido, que ha sido emitida por el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de la provincia de Córdoba. Asimismo, en los términos de la Ley n° 48 (art. 3), media una cuestión federal simple, dado que está en debate la operatividad de tres derechos. En primer lugar, la legitimación activa de una asociación para ejercer derechos de incidencia colectiva y para obtener una sentencia con efectos *erga omnes* (art. 43 de la Constitución de la Nación, CN). En segundo lugar, la inviolabilidad de la vida humana desde la concepción, incorporada al plexo constitucional por medio de la reforma de 1994 (CN, art. 75, inc. 22), que incluyó las convenciones Americana de Derechos Humanos

Thomson Reuters

(CADH) y sobre los Derechos del Niño (CDN). En tercer lugar, la violación de la forma federal de estado (CN, arts. 1 y 5), al hacer inaplicables los artículos 4, 19 y 59 de la Constitución provincial (CP) y la Ley n° 6222 (art. 7). A lo anterior —acotaron— hay que sumar el derecho a la protección judicial (CADH, art. 25, y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), art. 2).

También denunciaron que la resolución objetada incurrió en las siguientes causales de arbitrariedad: haber dejado sin efecto un precepto constitucional, arrogarse el papel de legislador, prescindir del texto legal sin dar razón plausible alguna, violación del principio de supremacía constitucional, incongruencia, autocontradicción, denegación de justicia y falta de fundamentación por afirmaciones dogmáticas.

b) Respecto de la procedencia sustancial del recurso, los recurrentes expresaron cuatro agravios vinculados con la cuestión federal invocada. En primer lugar, según afirmaron, la sentencia del TSJ niega legitimación procesal a Portal de Belén en virtud de las "siguientes falacias" (fs. 1932 vta.): la demanda solo buscaría una revisión de lo resuelto en la causa "F., A. L.", por lo que no habría un "caso" en propiedad; en el conflicto con las madres que quisieran abortarlos, los derechos de las personas por nacer serían defendidos por el Ministerio Público y Portal de Belén se arrogaría la representación de todas las mujeres embarazadas cuando hay pluralidad de opiniones entre ellas sobre la cuestión.

De acuerdo con los accionantes, se trata de afirmaciones falsas. Esto, por las siguientes razones: la demanda buscaba la inaplicabilidad (por inconstitucional) de la Resolución n° 93/12 (2012), que incluía en su primer anexo la denominada "Guía de Procedimiento para la atención de pacientes que soliciten prácticas de abortos no punible, según lo establecido en el art. 86, incisos 1 y 2, del Código Penal de la Nación", aunque en la ampliación de la demanda también fue solicitada la inconstitucionalidad del mencionado artículo de dicho código. En segundo lugar, en Córdoba nacen 80.000 personas al año, que "conforman el colectivo de las personas por nacer" (fs. 1932 vta.), y, de habilitarse la guía, un "número hoy indeterminado de ellos será eliminado" (fs. 1932 vta.); por esa razón, solo Portal de Belén "puede defender sus derechos" (fs. 1932 vta.), porque es ilusorio pretender que lo haga el representante promiscuo, dado que este jamás se enteraría de la petición de abortar que formulara la madre, debido a la obligación de confidencialidad que pesa sobre el hospital. En tercer lugar, en esta causa, los intereses de las mujeres que quieren abortar están tutelados por la tercera coadyuvante y Portal de Belén "representa al otro polo del conflicto de intereses, el de las personas por nacer, colectivo cuyo derechos han sido aniquilados por el fallo" (fs. 1933).

Por otra parte —según adujeron—, la sentencia torna inoperante el artículo 43 de la CN, cuando la correcta interpretación de dicha norma surge de lo resuelto por la CSJN en la causa "Mujeres por la vida", en la que se había cuestionado la Ley n° 25.673 por "repartir indiscriminadamente contraceptivos potencialmente abortivos". Por esa razón, si en esa ocasión se le reconoció personería para demandar a dicha asociación, mucho más le cabe a Portal de Belén "para tutelar la vida frente a abortos procurados" (fs. 1933 vta.). Esto, teniendo en cuenta que la defensa de ese derecho está incluida en su objeto asociativo y lo ha defendido —desde hace más de 23 años— ante los estrados judiciales federales y provinciales, "donde pacíficamente se le otorgó legitimación para ello" (fs. 1933 vta.).

En definitiva, insistieron en que, si Portal de Belén no tutela el derecho a la vida de los 80.000 cordobeses que nacen cada año, "nadie lo hará y todo el aparato sanitario público se dedicará a acabar con la vida de todos aquellos cuyos progenitores así lo pidan —con solo firmar un formulario, sin riesgo alguno que se investigue si realmente el embarazo fue producto de una violación o de una relación consentida con su marido, pareja o quien fuera—" (fs. 1934).

c) El segundo agravio invocado se vincula con la inteligencia de normas con rango constitucional (art. 75, incs. 22 y 23, CN; art. 4.1, de la CADH, y arts. 1, 2.1, 3.1, 6.1 y 6.2 de la CDN, así como la declaración interpretativa a dicho tratado formulada por la Argentina) que reconocen "la inviolabilidad de todo ser humano 'desde el momento de la concepción'" (fs. 1934).

De acuerdo con los recurrentes, el principio pro hominem informa todo el plexo de los derechos humanos, a lo que hay que sumar que, en virtud de la CDN, "todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida" y que, según "la declaración interpretativa a dicha Convención, para la República Argentina 'se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción'" (fs. 1935). Como consecuencia —subrayaron—, en "el conflicto de intereses entre la madre violada y su hijo aún no nacido debe primar siempre el superior interés del niño a su propia vida —que es inviolable—, a poder nacer y vivir" (fs. 1935).

Seguidamente, los actores propugnaron una interpretación que —según dicen— permite la armonización de todos los derechos constitucionales y convencionales en juego. En ese sentido, destacaron que "la mujer violada" debe continuar con el embarazo, porque "es una obligación legal" (arts. 638 y 639, inc. a, del Cód. Civ. y Comercial). No obstante, aclararon

Thomson Reuters

que, después del nacimiento, "puede liberarse fácilmente de tener a su cargo el hijo, dándolo en adopción" (fs. 1935 vta.). Por esta vía, el derecho a la salud de la madre "hará que obtenga la atención psicológica necesaria, además de la persecución penal del violador —previa denuncia suya—" y, en forma paralela, sin "un gran detrimento del interés" de aquella, se habrá "protegido en plenitud el derecho a la vida del nasciturus, lo mismo que las normas de derechos humanos al respecto" (fs. 1935 vta.).

Asimismo, remarcaron que, por el contrario, la guía impugnada ha pergeñado "un mecanismo para que cualquier mujer se practique un aborto a su sola petición, con solo argüir —impidiendo la comprobación o no del asunto— que el embarazo había sido producto de una violación". Como consecuencia, el aborto practicado por simple declaración jurada "vuelve impunes los abusos sexuales en el entorno familiar al eliminar las pruebas" y "configura la mayor contradicción posible a la tutela de la vida 'desde el momento de la concepción'" (fs. 1936). Por ello, la defensa del por nacer "solo puede ser ejercida" por Portal de Belén, "en el marco de un amparo colectivo con efectos *erga omnes*". Esto, teniendo en cuenta, además, que la tercera coadyuvante de la parte demandada (Asociación Civil por el Derecho a Decidir) "ha manifestado su voluntad expresa de que se aborten cordobeses por nacer, bajo el amparo de la susodicha guía", y lo mismo la Provincia de Córdoba (fs. 1936), por lo que el "peligro es inminente" (fs. 1936), dado que cuando las "madres logran comprender lo que hicieron: ¡que Dios y Portal de Belén las ayuden!" (fs. 1936 vta.).

d) El tercer agravio, según los demandantes, se relaciona con las extralimitaciones en que ha incurrido la sentencia respecto del artículo 18 de la CN (inviolabilidad de la defensa en juicio y de los derechos). Esto, al haber impedido que "el colectivo de personas por nacer tenga oportunidad de defenderse judicialmente frente a la agresión a su derecho a la vida perpetrada por la Resolución n° 93/12 y su anexo" y por haber dictado "sentencia cuando no estaba firme la integración del Tribunal" (fs. 1936 vta.).

Respecto de lo primero, expresaron que, habiendo colisión de intereses, ambas partes deben tener legitimación para actuar en defensa de sus personas y derechos. Así, la madre lo hace por sí misma, mientras que el nasciturus debe actuar a través de su representante primigenia (su madre), pero esta demanda abortarlo y el representante legal promiscuo (art. 103, b.i, Cód. Civ. y Comercial) "nunca podrá hacerlo por el mecanismo articulado por la guía cuestionada" (fs. 1937). Por lo tanto —remarcaron—, su vida misma solo puede ser representada por Portal de Belén, "por vía de este amparo colectivo y con una sentencia con efecto *erga omnes*, para abarcar a todos los integrantes de la clase homogénea de las personas por nacer en la provincia de Córdoba —aproximadamente 40.000 mujeres y 40.000 varones cada año—" (fs. 1937). En esta senda, recalcaron que, en tanto la guía no concede al nasciturus ninguna representación "ni vía administrativa o judicial alguna" para oponerse a la interrupción de la gestación, "el más fuerte en la relación de poder —la madre— puede a su solo arbitrio pedir la eliminación de su hijo" y obligar al Estado provincial "a efectuar el aborto dentro del plazo de 10 días" (fs. 1937). Del mismo modo, subrayaron que la resolución del TSJ "confirma esta injusticia", de la misma forma que, por una parte "reconoce el conflicto de intereses", por la otra parte niega al representante legal que está defendiendo los derechos de las personas por nacer "la única vía procesal idónea para la defensa del derecho homogéneo colectivo de dicha clase" (fs. 1937 vta.); esto es, el amparo (arts. 43 de la CN y 53 de la CP).

Respecto de lo segundo, los recurrentes puntualizaron que, en violación de su propio Acuerdo Reglamentario n° 1434, serie A (11 de julio de 2017) y del orden de prelación que en su anexo figura, para integrar el tribunal (ante las excusaciones y licencias de tres vocales naturales del cuerpo), el TSJ llamó a los camaristas "Claudia Elizabeth Zalazar (7°), Julio Ceferino Sánchez (4°) y Silvana María Chiapero (6°), habiendo preterido a los vocales (camaristas) cuya numeración en el listado es: 1°, 2°, 3° y 5°, sin dar ningún motivo de ello", lo que constituye "una elección arbitraria" (fs. 1937 vta.). Luego detallaron todos los remedios procesales intentados contra dicha determinación (decreto fechado el 8 de marzo de 2018), los que fueron desestimados mediante el Auto n° 69 (fechado el 11 de septiembre de 2018), contra el cual Portal de Belén articuló un recurso extraordinario federal, que se ha tramitado por cuerda separada. Agregaron que, no obstante ello, el TSJ decidió dictar sentencia (sobre el fondo) en audiencia pública, razón por la cual repusieron el decreto que había efectuado tal convocatoria, reposición que, finalmente, resultó rechazada mediante el Auto n° 118 el mismo día en que se dio a conocer el fallo impugnado. Como consecuencia, manifestaron que la mencionada sentencia ha sido pronunciada "cuando no estaba firme la integración del tribunal", en palmaria violación de "las garantías del juez natural y del debido proceso" (fs. 1938).

e) Como cuarto agravio, la parte accionante consideró que esta era la primera oportunidad procesal para denunciar que el TSJ ha vulnerado "la forma federal del Estado, al hacer inaplicables los arts. 4, 19 y 59 de la Constitución provincial, y el art. 7 de la Ley n° 6222", con lo que enervó sus instituciones (fs. 1938).

Según los recurrentes, una simple resolución (la n° 93/12) del Ministerio de Salud de Córdoba, "in-

Thomson Reuters

vocando una disposición del Código Penal y un desafortunado precedente de la CSJN, obliga al sistema sanitario provincial a realizar abortos a través de sus agentes" (fs. 1938 vta.). Esto —acotaron— "vulnera derechamente el sistema federal de gobierno", en la medida en que "la ley provincial que regula el ejercicio de la medicina (ley n° 6222) prohíbe a dichos profesionales practicar abortos, en forma coherente con la protección humana desde la concepción de la Carta Magna provincial (arts. 4 y 19)" (fs. 1938 vta.) y con el poder de policía en la materia que le cabe a Córdoba (art. 59, CP).

f) Los accionantes también atribuyeron arbitrariedad a la sentencia. Con tal fin, por una parte, esgrimieron que la sentencia se ha basado en motivos aparentes para concluir que Portal de Belén carecía de legitimación. Por esta vía —agregaron—, se dejó sin efecto una norma constitucional (CN, art. 43) o se prescindió de ella sin dar razón atendible alguna. Esto, porque, de acuerdo con la resolución, la asociación se arrogaría la representación de los derechos de las mujeres embarazadas, lo que "no es plausible" y hasta resulta "irracional", dado que Portal de Belén no puede defender "los intereses de las personas por nacer —que quieren vivir— y, simultáneamente, los de sus madres —cuando algunas de ellas pidan abortarlos—" (fs. 1940). Por esta vía, sostuvieron que se pretende añadir un requisito de procedencia de la acción de amparo que "no exigen ni la norma constitucional, ni la inexistente ley reglamentaria" (fs. 1940) a la que alude el artículo 43 de la CN. En la misma línea, afirmaron que "la mayoría circunstancial del TSJ violó el principio de supremacía constitucional (art. 31, CN)" al negarle a Portal de Belén "la facultad de demandar por vía de amparo" (fs. 1940), lo que constituye una denegación de justicia. Ello, ya que "los nasciturus no pueden defenderse por sí mismos, ni por su representante legal —la madre—, ni por el promiscuo —por el procedimiento secreto de la guía—, en los casos en que esta quiere abortarlos", pese a lo cual a la asociación se le niega legitimación "para defender el derecho de incidencia colectiva a la vida 'desde el momento de la concepción'" (fs. 1940).

También señalaron que la sentencia viola el principio de congruencia o no se condice con las constancias de la causa, porque, al revés de lo que sostiene el TSJ —de que no hay un caso judicial en propiedad, sino una mera discrepancia con lo establecido por el art. 86 del Código Penal según la doctrina fijada en "F., A. L."—, para demandar la inconstitucionalidad de la guía se planteó "la disconformidad con esas normas del Código Penal y la interpretación de 'F., A. L.', en términos no tratados por dicho precedentes de la CSJN" (fs. 1941).

De acuerdo con los demandantes, la sentencia es autocontradictoria, dado que, al mismo tiempo que admite "los derechos de las personas por nacer (nasciturus), en virtud de la amplia protección reconocida a la vida, en general desde la concepción", no analiza ninguna de las normas que cita; niega a Portal de Belén legitimación colectiva en representación de los nasciturus "en el conflicto con sus madres que piden el aborto", y los deja librado a la acción individual, "a sabiendas de que no la pueden ejercer por sí mismos, y que su representante promiscuo tampoco la podrá ejercer, porque nunca se enterará de la petición materna de aborto (Guía, art. 2, g)" (fs. 1941).

Por otra parte, según los recurrentes, el TSJ también habría incurrido en falta de fundamentación (afirmaciones dogmáticas) por considerar que "el precedente 'F., A. L.' sería irrevisable" cuando "nuestro sistema jurídico es más maduro y complejo", y prueba de ello es que la CSJN ha tenido "una jurisprudencia oscilante, pendular y zigzagueante", amén de que sus fallos "sólo son obligatorios para el caso sometido a juicio". Por ello, concluyeron que, tal como lo había marcado la sentencia de la Cámara 3ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial (de la ciudad de Córdoba), el precedente dictado en "F., A. L." no resulta aplicable debido a la necesidad de tener en consideración —en el momento de resolver— "las normas de Derecho Público local (constitucionales y legales) que el Máximo Tribunal nacional no pudo tener en cuenta al realizar su exhortación genérica" en la causa "F., A. L." (fs. 1941 vta.). También cuestionaron, por "insostenible" e "irracional", la afirmación de que los nasciturus "no tendrían un interés homogéneo de clase a conservar su propia vida" cuando "constituyen un bien colectivo indivisible", "tienen intereses homogéneos absolutamente idénticos" y "están afectados de la misma forma e intensidad por la Resolución (n° 93/12) cuestionada, que establece un mecanismo para quitarles la vida impunemente, y a la sola petición de sus progenitoras" (fs. 1942).

Finalmente, afirmaron que, en virtud de lo resuelto, "lo que está expresamente prohibido por la ley (provincial n° 6222) aplicable a los médicos (realizar abortos), una resolución ministerial lo transforma en una obligación, bajo pena de sanciones administrativas, civiles y/o penales", con lo que se violarían "los arts. 147 y 38, inc. 1, de la Constitución provincial" (1942 vta.).

g) En definitiva, los recurrentes concluyeron que el REF debe ser formalmente admitido por mediar una cuestión federal simple (Ley n° 48, art. 14, inc. 3) y por haberse configurado la causal de "sentencia arbitraria". Como consecuencia, y atento al presunto "gravamen irreparable que causaría la aplicación de la guía" a la vida de los por nacer hasta que la CSJN "revoque

Thomson Reuters

el fallo en crisis", solicitaron que el REF sea concedido con efecto suspensivo. Al tiempo, también demandaron "el mantenimiento de la medida cautelar dictada en estos autos" (fs. 1943) que ha suspendido la aplicación de la Resolución n° 93/12 en la provincia de Córdoba.

2. Seguidamente, este Alto Cuerpo dispuso que, en orden sucesivo y por el término fijado por el Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación (art. 257), se corriera traslado del REF a las demás partes (fs. 1945) En su contestación (fs. 1954/1972 vta.), los representantes de la demandada (Gobierno de la Provincia) pidieron el rechazo del recurso con imposición de costas por considerar que no median las cuestiones federales invocadas por la actora. En el escrito, luego de haber efectuado una reseña de los antecedentes de la causa y de haber citado jurisprudencia y doctrina que consideran aplicables, sostuvieron lo siguiente:

a) Respecto del primer agravio denunciado por Portal de Belén (no se le ha reconocido legitimación activa), destacaron el acierto de la sentencia del TSJ en haber concluido que, en propiedad, "no se verifica verdaderamente un caso colectivo, sino una mera discrepancia subjetiva con las hipótesis de aborto no punibles previstas por la ley de fondo (art. 86, incs. 1 y 2, del Cód. Penal) y con la interpretación fijada por la Corte Suprema de Justicia en el caso 'F., A. L.'" (fs. 1957).

También enfatizaron que la legitimación debe ser ponderada caso por caso y, por ello, en el momento de plantear el recurso de casación contra la sentencia pronunciada en la instancia anterior, habían advertido que la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 3ª Nominación "había omitido totalmente analizar estas cuestiones", lo que la viciaba de nulidad (fs. 1958).

Asimismo, manifestaron que resulta erróneo afirmar —como lo hace Portal de Belén— que la CSJN haya delimitado "de manera clara y definitiva" una doctrina sobre las acciones colectivas en la causa "Mujeres por la Vida" (2006) cuando, por el contrario, se trata de una construcción jurisprudencial posterior, "desarrollada a lo largo de numerosos fallos, particularmente a partir de 'Halabi' (2009)" (fs. 1959). No obstante, aclararon que, en 'Mujeres por la Vida', en los votos en disidencia (de los ministros Ricardo Luis Lorenzetti y Carmen Argibay), ya había "preocupación por impedir que cualquier asociación pudiera invocar la 'representación' de la sociedad en materia de derechos individuales, particularmente la de aquellos que hacen a su esfera de libertad personal (art. 19, CN)" (fs. 1959 vta.).

Tras haber citado fragmentos de la sentencia del TSJ que entienden que resultan acertados para negar la legitimación procesal extraordinaria invocada por Portal de Belén, señalaron que, por otra parte, el agravio invocado por la asociación no luce concreto y actual, sino meramente hipotético y conjetural. En efecto, esgrimieron que "toda la queja del recurrente finca en la posibilidad de que puedan verificarse 'casos fabricados' de violación al amparo de la declaración jurada" (fs. 1961/1961 vta.), cuestión que ya "ha sido debidamente tratada por nuestra Corte Suprema" en la causa "F., A. L." (considerando n° 28). En definitiva —según subrayaron—, en este punto, el recurso no expresa "una crítica concreta y razonada", sino una mera falta de conformidad con la solución propiciada por la sentencia, lo que no resulta apto "para habilitar la instancia recursiva extraordinaria" (fs. 1961 bis).

b) En relación con el segundo agravio expuesto por la parte actora (supuesta errónea interpretación de las normas que consagran la inviolabilidad de la vida desde la concepción), destacaron que, con acierto, el TSJ brindó los argumentos según los cuales Portal de Belén "se basa en una 'lectura sesgada del bloque de constitucionalidad y de convencionalidad'" (fs. 1961 bis). En efecto, puntualizaron que, no obstante haber reconocido que el aborto plantea "dilemas constitucionales o fricciones jurídicas insolubles" entre derechos fundamentales, el TSJ ha concluido que aquellos fueron resueltos "por el órgano competente (el legislativo) mediante una norma de fondo (el artículo 86, incisos 1 y 2, del Código Penal)", cuyo alcances, a su vez, han sido delimitados por la CSJN, que llegó "a idéntica solución" (fs. 1961 bis vta.). En ese sentido, ponderaron que, en la causa "F., A. L." —criterio ratificado en el caso "Pro familia" (2012), la Corte llevó adelante "un profundo análisis de la compatibilidad" de dicha solución legal con el plexo constitucional y convencional, y descartó que "las reformas introducidas en nuestro ordenamiento por la reforma de 1994 hayan derivado en la solución propiciada aquí por la actora" (fs. 1962/1962 vta.).

En definitiva, concluyeron que el TSJ ha cumplido con "el deber de brindar una respuesta razonablemente fundada y controlable", al tiempo que "ha tomado como punto de partida las reglas establecidas por la mayoría democrática (art. 86, CP), que expresan los consensos básicos de la sociedad en la solución de este dilema, sin pretender sustituirlas por sus propias convicciones personales" (fs. 1963 vta.).

c) En cuanto al tercer agravio planteado por los accionantes (presunta violación al derecho de defensa en juicio y, con ello, al art. 18 de la CN), los representantes de la Provincia expresaron, por una parte, que el argumento de Portal de Belén, de que al no habérsele reconocido legitimación para actuar a la asociación

Thomson Reuters

se dejaba en estado de indefensión al colectivo de las personas por nacer, constituye una queja meramente hipotética y conjetural que "ha recibido respuesta en el considerando n° 28 del fallo 'F., A. L.'" de la CSJN (fs. 1964 vta.). Al mismo tiempo, consideraron que, si las cosas se ajustan a "la verdadera doctrina de la Corte Suprema en la materia, la verdadera indefensión se produce en todas aquellas víctimas de violación" que pretenden acceder a la práctica del aborto no punible (reglamentada por el protocolo) y que "hasta la fecha no han podido hacerlo por verse innecesariamente afectadas por el alcance del presente juicio, en el que no han sido ni serán escuchadas" (fs. 1964 vta.).

Por otra parte, respecto de la afirmación de los recurrentes de que la sentencia de fondo fue pronunciada sin que se encontrara firme la integración del tribunal, señalaron que, en el propio fallo, el TSJ se ha ocupado de explicar las distintas instancias procesales transitadas y "las razones por las cuales se encontraba ya en condiciones de dictar resolución definitiva" (fs. 1965). En la misma senda, apuntaron que, particularmente, por medio del Auto n° 118 (2018), el TSJ ha precisado las razones por las cuales las recusaciones planteadas por la asociación "fueron rechazadas y como, a través de su propia conducta procesal —zigzagueante—, ha reconocido al tribunal como el juez natural de la causa" (fs. 1965 vta.) y dejó al descubierto que se trataba de "planteos dilatorios y contradictorios" de la propia Portal de Belén (fs. 1966).

d) Respecto del cuarto agravio expuesto por los demandantes (presunta violación de la forma federal de gobierno y, por ende, de los arts. 1 y 5 de la CN), dijeron que se trata de una mera reiteración de la falta de conformidad de la asociación "con la solución establecida en nuestra legislación de fondo y la interpretación que de ella ha hecho nuestra Corte Suprema" (fs. 1966). En ese sentido, aseveraron que "ninguna duda puede caber que el ordenamiento jurídico provincial debe respetar los derechos y garantías fundamentales reconocidos en el ordenamiento constitucional y convencional del Estado argentino (art. 31, CN) y no (a la) viceversa" (fs. 1966 vta.).

e) Finalmente, en relación con la causal de arbitrariedad atribuida por Portal de Belén a la sentencia del TSJ, remarcaron que dicho motivo, para habilitar un REF, debe ser interpretado de forma excepcional y aplicado restrictivamente. Por ese costado, afirmaron que la resolución "muestra una adecuada y precisa fundamentación, sustentada en un correcto razonamiento con fundamento lógico y formal" (fs. 1968), lo que pone de manifiesto —otra vez— la mera falta de conformidad con la solución propiciada, lo cual "obsta a la apertura de esta vía extraordinaria" (fs. 1968 vta.).

De acuerdo con los representantes de la Provincia, no puede imputarse arbitrariedad al fallo por haber concluido que la parte actora carecía de legitimación o por haberse ajustado a lo resuelto por la CSJN en la causa "F., A. L.", en virtud de la doctrina de la "obligatoriedad atenuada" de los precedentes de la Corte, según la cual "no resulta válido un apartamiento si no se aportan nuevos argumentos" (fs. 1970). Asimismo, también concluyeron que la parte recurrente tergiversa la resolución al afirmar que, en virtud de lo decidido, los nasciturus no tendrían un interés homogéneo de clase a conservar su propia vida. Por el contrario, subrayaron que el TSJ solo ha fijado que, al tratarse de "derechos individuales que atañen a la esfera de la libertad individual de las mujeres que han sido objeto de violación", por ello, precisamente, "la situación no es susceptible de ser colectivizada" (fs. 1971).

En la misma línea, también replicaron que no puede calificarse de arbitraria la sentencia por resultar contraria a la particular interpretación que la asociación tiene sobre las normas fundamentales, dado que el protocolo "solo ha procurado establecer simplemente el procedimiento para el ejercicio del derecho de acceder a la práctica" admitida por el Código Penal (art. 86, inc. 2) y "ajustándose estrictamente a los lineamientos fijados por la Corte" (fs. 1971 vta.).

f) En definitiva, los representantes de la parte demandada concluyeron que, "ahora bajo el ropaje de cuestiones federales que son inexistentes", Portal de Belén pretende que se vuelva "a analizar la cuestión sustancial de fondo, lo cual escapa al objeto de este recurso" (fs. 1972), al tiempo que "(t)ampoco se ha configurado en autos una sentencia arbitraria", sino que, muy por el contrario, se trata de una resolución que "luce acertada y debidamente fundamentada" y que "se ajusta a los lineamientos fijados por nuestra Corte Suprema" (fs. 1972).

3. Seguidamente, se le corrió traslado del REF a la Asociación Civil por el Derecho a Decidir, asociación que respondió (fs. 1987/2006) y, al hacerlo, pidió que se declare procesalmente inadmisible el recurso o que, eventualmente, se lo desestime, con imposición de costas a la actora. Estas son las razones que sus representantes alegaron:

a) El escrito no reúne los requisitos necesarios para su promoción, porque la actora "no efectuó una crítica concreta y razonada" de la decisión, sino que formuló "manifestaciones que traducen una mera discrepancia con lo resuelto" mediante afirmaciones "falaces sobre la normativa vigente" (fs. 1988).

Asimismo, reprocharon a Portal de Belén no haber acreditado "cómo el pronunciamiento impugnado le ocasiona un gravamen personal, concreto, actual y no

Thomson Reuters

derivado de su propia actuación" (fs. 1988), ni tampoco haber refutado los fundamentos brindados por el TSJ. Por ello, insistieron en que "no aportó ningún argumento que involucre una afectación real y concreta a sus derechos que susciten cuestión federal habilitante de esta vía" (fs. 1988 vta.). En la misma senda, manifestaron que la parte actora ha incurrido en el error de considerar que la vía extraordinaria es una cuarta instancia de revisión de los fallos, dado que se ha limitado "a reiterar argumentos ya esgrimidos infructuosamente en las anteriores etapas recursivas que dan cuenta de la insistente discrepancia con lo dispuesto por la CSJN en 'F., A. L. s/ medida autosatisfactiva' (Fallos: 335:197)" (fs. 1998 vta.). Por eso, remarcaron que, en su "conducta procesal zigzagueante y contradictoria", tal como lo ha destacado el TSJ, sigue "obstaculizando el acceso a los derechos de las mujeres y personas gestantes en la provincia de Córdoba" (fs. 1989).

b) No obstante entender que el recurso no puede ser admitido —tampoco por la causal de arbitrariedad, porque Portal de Belén solo ha puesto en evidencia "su diferencia de criterio con la decisión final adoptada" (fs. 1989 vta.)—, las representantes de la Asociación Civil por el Derecho a Decidir respondieron los agravios expresados por la demandante ante el supuesto de que este Alto Cuerpo sí considerara que concurren los requisitos formales. De proceder esta hipótesis, solicitaron que el recurso sea concedido "sin efecto suspensivo" (fs. 1990), para evitar la gravedad institucional y el perjuicio irreparable que se le generaría a las mujeres y a las personas gestantes si el Estado no garantizara la prestación del sistema de salud, razón por lo cual bregaron porque se dé cumplimiento a la ejecución que prescribe el artículo 258 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación.

c) Respecto del primer agravio (supuesta errónea aplicación del art. 43 de la CN), alegaron que Portal de Belén "introduce discrecionalmente precedentes jurisprudenciales de la CSJN en la medida en que estos parecieran apoyar su defensa al tiempo que desconoce la fuerza y alcance de la interpretación normativa de la CSJN en 'F., A. L.'" (fs. 1992 vta.). En ese sentido —acotaron—, la parte actora solo ha puesto de manifiesto una mera discrepancia "con lo sancionado y aplicado por los poderes del Estado en la órbita de sus competencias constitucionales" (fs. 1993). Como consecuencia, dicha asociación se equivoca cuando esgrime que la guía (Resolución n° 93/12) "habilita la práctica del aborto puesto que lo que la permite es el artículo 86 del Código Penal, un derecho de las mujeres y personas gestantes vigente desde 1922" (fs. 1993), razón por la cual no ha demostrado "la afectación de una cuestión federal que habilite la vía excepcional del recurso deducido" (fs. 1993 vta.).

d) En relación con el segundo agravio (presunta errónea aplicación de normas con rango constitucional/convencional referidas a la inviolabilidad de la vida desde el momento de la concepción), postularon que una interpretación armónica del ordenamiento argentino "permite derivar la compatibilidad de las normas del bloque de constitucionalidad con la norma permisiva del aborto del artículo 86 del Código Penal" (fs. 1993 vta./1994), a diferencia de la lectura "regresiva y sesgada de Portal de Belén" (fs. 1994), que desconoce los derechos de las personas gestantes.

Con citas de los precedentes "Baby boy" (Comisión Interamericana de Derechos Humanos) y "Artavia Murillo" (Corte Interamericana de Derechos Humanos), remarcaron que el bloque de constitucionalidad y de convencionalidad garantiza "una protección gradual, incremental y no absoluta del derecho a la vida" (fs. 1994 vta.). Esto es lo que —añadieron— permite compatibilizar la protección el artículo 4.1 de la CADH con una interpretación no restrictiva del artículo 86 del Código Penal, tal como lo hicieron la CSJN en la causa "F., A. L." y el TSJ (cfr. fs. 1996 y vta.).

En esa dirección, insistieron en que, sobre todo en los casos en los que el embarazo es producto de una violación, como lo ha señalado el Comité de Derechos Humanos (de la Organización de las Naciones Unidas) en sus recomendaciones al Estado argentino, hay que garantizar el "acceso a la práctica del aborto en el sistema de salud" (fs. 1998). Esto, porque están en juego los derechos de las personas gestantes a la salud; a la vida; a la libertad; a la seguridad e integridad personal; a estar libre de violencia; y a no ser sometidas a tratos inhumanos, crueles y degradantes. Como consecuencia, tal como lo ha fijado la CSJN en "F., A. L.", en dichos supuestos, la interrupción de la gestación "no puede ni debe ser condicionada ni a la solicitud de una autorización judicial, ni a la presentación de una denuncia penal contra el abusador (CSJN, Fallos: 335:197)" (fs. 1999).

En definitiva, advirtieron que los intentos por introducir exigencias para imposibilitar el cumplimiento de una "conducta permitida compatible con el orden convencional— constitucional, como la práctica del aborto en casos de violación", como propugna Portal de Belén, "no solo son contra legem, sino que conforman un acto de violencia médica, jurídica e institucional de género" (fs. 1999 vta.). En ese sentido, subrayaron que, partiendo de que el derecho debe ser comprendido conforme a los paradigmas vigentes, como bien ha señalado el TSJ, una interpretación contraria, que fuera en el sentido en que lo intenta la actora, "sería regresiva" e implicaría "una penalización total del aborto, asunto que solo puede resolver el Congreso nacional y no puede dirimirse por vía pretoriana" (fs. 1999 vta.).

Thomson Reuters

e) Respecto del tercer agravio planteado por la actora (supuesta violación al art. 18 de la CN), respondieron que Portal de Belén invoca infundadamente la violación del derecho de defensa en juicio por medio de "una serie de argumentos faltos de coherencia jurídica, que no logran enervar la fundamentación de la sentencia cuestionada" (fs. 2000). Esto, dado que "el conflicto de derechos que la recurrente busca negar fue resuelto por la norma permisiva del artículo 86 del Código Penal y delimitado en sus alcances por la CSJN en 'F., A. L.'" (fs. 2000). En ese sentido, observaron que la garantía en cuestión "nada tiene que ver con los alcances de fondo de los derechos", lo que visibiliza —una vez más— que la acción de amparo y el presente recurso conforman "estrategias obstaculizadoras" fundadas "en una discrepancia reiterativa con el derecho vigente en el Código Penal desde 1922" (fs. 2000 vta.).

Asimismo y en relación a la afirmación de los demandantes de que el artículo 18 de la CN también habría sido vulnerado al haberse dictado la sentencia de fondo sin que supuestamente estuviera firme la integración del TSJ, apuntaron que esto es motivo de otro REF, también "incoado de manera improcedente" con el fin de "dilatar este proceso judicial", tal como "lo ha advertido en más de una oportunidad" el TSJ (fs. 2000 vta.). Por ello, se trata de argumentos que no pueden ser alegados en esta instancia ni por esta vía por "no ser las oportunas" (fs. 2000 vta.).

f) En relación con el cuarto agravio (presunta violación a la forma federal de estado), sostuvieron que la pretensión de Portal de Belén genera gravedad institucional, porque desconoce la aplicabilidad de una norma de fondo (el art. 86 del Código Penal) solo en los hospitales de la provincia de Córdoba, lo que alteraría la igualdad que debe primar en la satisfacción de derechos en las diferentes provincias, en los términos del artículo 8 de la CN (cfr. fs. 2000 vta. y 2001). En ese sentido, subrayaron que, en virtud de una interpretación sesgada y restrictiva de la autonomía provincial, no se puede dejar de garantizar los derechos de las personas gestantes en Córdoba. En ese sentido —acotaron—, como ha concluido el TSJ, no es posible cuestionar la constitucionalidad de la Resolución n° 93/12 sin demandar lo mismo respecto del artículo 86 del Código Penal y, de forma correlativa, "con la interpretación exegética, sistemática y armónica dada por la CSJN en 'F., A. L.' sobre esta norma permisiva" (fs. 2001 vta.) de las hipótesis en las que el aborto no resulta punible.

En la misma dirección, replicaron que Portal de Belén no puede pretender que, so pretexto de la existencia de normas inferiores, "no rijan (en Córdoba) los tratados y convenciones internacionales de derechos humanos que conforman el bloque de constitucionalidad e incluso legislación de fondo nacional compatible" (fs. 2002) con dicho marco, lo cual viola el régimen federal de gobierno, en el cual las provincias han delegado al Estado nacional el dictado —entre otros— del Código Penal. A ello hay que sumar que, en virtud de la denominada "cláusula federal" que contienen la CADH y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), el Estado argentino en su conjunto está obligado al cumplimiento de las disposiciones de dichos convenios, "sin que las normativas locales puedan ser alegadas para su incumplimiento" (fs. 2003).

Como consecuencia, de acuerdo con la posición de la tercera, la admisión del presente REF podría "causar responsabilidad internacional a todo el Estado argentino", que es lo que "la CSJN pretendió evitar con 'F., A. L.', que el Estado provincial cumplió mediante la Resolución ministerial 93/12 y que la sentencia cuestionada resolvió correctamente" (fs. 2003 vta.).

g) Finalmente, manifestaron que la mera discrepancia de Portal de Belén con "lo resuelto por la CSJN en 'F., A. L.', así como con la normativa vigente, de ninguna manera puede ser revisada por arbitrariedad, sin que ello afecte el adecuado servicio de justicia y los derechos humanos de las mujeres y personas gestantes" (fs. 2004 vta.).

h) En relación con las costas, argumentaron que "la conducta dilatoria y obstinada" de Portal de Belén, que "pretende forzar una vía recursiva inadmisible", no puede ser premiada y "debe soportar las consecuencias de un planteo improcedente" (fs. 2004 vta.), razón por la cual pidieron que sean impuestas a la demandante.

4. Posteriormente, se le corrió traslado del REF a la asesora Letrada Civil del Noveno Turno, que respondió (fs. 2009/2019) y, al hacerlo, consideró que el recurso debe ser concedido por las causales de cuestión federal simple (art. 14, inc. 3, Ley n° 48) y sentencia arbitraria. Al mismo tiempo, se pronunció a favor de que se mantenga la medida cautelar dictada en estos autos, hasta que la CSJN se expida, para evitar el presunto "gravamen irreparable del derecho a la vida del colectivo de las personas por nacer que causaría la aplicación" (fs. 2018 vta.) de la guía que contiene la Resolución n° 93/12, del Ministerio de Salud de Córdoba. Al contestar, luego de haber efectuado una serie de consideraciones preliminares y de haber reseñado los antecedentes de la causa, expresó lo siguiente:

a) Respecto del primer agravio desarrollado por la parte actora, Portal de Belén reúne "los recaudos exigidos por el art. 43 de la CN bajo el prisma de una interpretación protectora de los derechos" (fs. 2013 vta.) y, en esa dirección, resulta "ineludible" el prece-

Thomson Reuters

dente fijado por la CSJN en la causa "Portal de Belén" (2002). Por esa razón, el TSJ, al negarle legitimación activa, deja sin satisfacción la garantía del debido proceso y al acceso a la justicia (postulado fundamental del Preámbulo de la Constitución de Córdoba) al no haber explicitado "la operatividad de la representación del nasciturus mediante la intervención del Ministerio de Menores, la cual quedaría al arbitrio de la mujer que solicita la práctica abortiva" (fs. 2013 vta.).

b) En relación con el segundo agravio (vinculado con la interpretación de las disposiciones del bloque de jerarquía constitucional que protegen la vida humana desde el instante mismo de la concepción), señaló que "comprobaciones científicas han situado el comienzo de la vida humana en la unión de los dos gametos, es decir, con la fecundación" (fs. 2014) y la propia Corte Suprema ha declarado que "el derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana" (fs. 2015). Por ello, y teniendo en cuenta que no existen derechos absolutos, ante la posible colisión entre los intereses de la madre y los del por nacer, en virtud del principio pro homine, "debe prevalecer el derecho a la vida del universo de los nasciturus" (fs. 2015).

c) Respecto del tercer agravio (presunta violación del debido proceso), manifestó que la sentencia "convalida la indefensión" de la persona por nacer. Esto, dado que no responde cómo tendrá lugar la intervención del Ministerio Público pupilar cuando la mujer decida interrumpir la gestación, dado que esto ocurrirá "en un contexto fáctico extrajudicial (ya que se desarrollará en el ámbito hospitalario, público o privado) y sin relevamiento del secreto profesional en caso de denegatoria de la mujer de divulgar sus datos, ni necesidad de la denuncia penal" (fs. 2016) de que habría sido víctima de un abuso sexual con acceso carnal. En cambio, consideró que no podía prosperar la afirmación de la actora de que también se habría violado el debido proceso (art. 18 de la CN), porque se habría dictado sentencia sin que estuviera firme la integración del TSJ. Así, recordó que, en el momento de haber contestado el (primer) REF interpuesto por Portal de Belén contra el Auto n° 69 (2018) del TSJ, había esgrimido que la cuestión sujeta a debate era de "resorte provincial"; que el Acuerdo n° 1434 (2017) "no alude a un orden sucesivo" (entre los camaristas, eventualmente, llamado a conformar el Alto Cuerpo), y a que "excede las atribuciones del Tribunal confeccionar un orden jerárquico" (fs. 2016 vta.) entre los jueces del mismo rango (vocales de cámara) incluidos en la referida acordada.

d) En relación con el cuarto agravio, la asesora enfatizó que, cuando en la causa "F., A. L." la Corte Suprema había exhortado a dictar disposiciones para volver operativa la atención de los abortos no punibles, aludía a que tales normas debían "emanar del órgano de gobierno competente", precisamente, para evitar que "un órgano administrativo, dependiente del Poder Ejecutivo provincial, deje sin efecto una norma de rango superior como es la Ley n° 6222" (ejercicio de las profesiones y actividades relacionadas con la salud), lo cual es "inconstitucional" (fs. 2017 y vta.). Esto, porque, mientras dicha ley prohíbe "'practicar, colaborar, propiciar o inducir la interrupción de la gestación por cualquier procedimiento', mediante una norma de rango inferior, la resolución ministerial (n° 93/12), se autoriza a los profesionales de la salud a realizar una práctica prohibida por ley" (fs. 2017 vta.).

5. Luego se le corrió vista al Ministerio Público (MP), que, por medio del Dictamen E, n° 363 (fs. 2021/2028), se ha pronunciado en contra de la apertura de la instancia extraordinaria federal. En la ocasión, el fiscal Adjunto señaló:

a) No se ha cumplido con el requisito de "invocar y demostrar la configuración de la materia federal" (fs. 2024 vta.), como recaudo de admisibilidad formal del REF (art. 3, inciso b, in fine, de la Acordada n° 4/07).

b) Además de la interposición en forma, la cuestión federal debe ser introducida oportunamente, "al plantear la demanda o al contestarla, ya que es la primera oportunidad que les brinda el procedimiento" (fs. 2026); esto es, en primera y no en segunda instancia. c) De las constancias del expediente se advierte que Portal de Belén "no hizo reserva del caso federal de manera expresa cuando era su oportunidad" (fs. 2026 vta.). Esto, porque "ni en la demanda (fs. 94/119), ni al expresar agravios en su apelación contra el fallo de primera instancia (fs. 897/930 vta.), el recurrente se ocupó de formular reserva del caso federal" (fs. 2026 vta.). De acuerdo con el MP, "recién mencionó la cuestión federal al contestar el recurso (de apelación) de la tercera coadyuvante, de manera genérica y manifestando inexactamente que toda la causa se había planteado en esos términos (fs. 983)", y "no la mantuvo al contestar el recurso de casación interpuesto por la Provincia de Córdoba, el que en definitiva resultó vencedor (fs. 1254/1265 vta.)" (fs. 2026 vta.).

d) El MP también cuestionó la alegación de Portal de Belén de que se habría vulnerado la garantía del juez natural, dado que "los eventuales vicios que podrían haber surgido de ello no han sido susceptibles de introducción en las instancias ordinarias" (fs. 2027). Esta discusión —agregó— ya ha sido zanjada al tratar el REF deducido por la parte actora en "el que cuestionaba justamente la integración del cuerpo" (fs. 2027). En ese sentido, precisó que, en esa oportunidad, mediante otro dictamen, el MP se había pronunciado en contra de la procedencia del REF —entre otras razones— porque "lo referido al apartamiento e

Thomson Reuters

integración de magistrados constituye una cuestión procesal y las decisiones que se tomen al respecto pertenecen a la esfera de competencia provincial, por lo que no suscitan cuestión federal" (fs. 2027 vta.).

Asimismo, el MP aclaró que el referido dictamen (el E, n° 158, fechado el 11 de abril de 2019) fue emitido con posterioridad al dictado de la sentencia definitiva, ahora impugnada mediante un segundo REF, y en esa ocasión no se encontró "mérito suficiente para considerar que las críticas introducidas alcanzaran a configurar una cuestión federal por violación a la garantía del juez natural" (fs. 2027 vta.). Como consecuencia, ante la ausencia de nuevos elementos que justifiquen la reversión de lo entonces dictaminado, resta concluir que el agravio invocado "no es idóneo para constituir caso federal por tratarse de materia procesal reservada a la esfera provincial" (fs. 2027 vta. y 2028).

En definitiva, el MP recomendó que este segundo REF también sea declarado formalmente inadmisible por no haber cumplido con el requisito establecido en la Acordada n° 4/2007 de la CSJN (art. 3, inc. b).

6. La Secretaría de este Alto Cuerpo procedió a certificar (fs. 2030) que el día 26 de junio de 2019, por medio del Auto n° 46, que se ha agregado (fs. 2031/2047 vta.), este TSJ decidió no conceder el recurso extraordinario federal que Portal de Belén había interpuesto el 2 de octubre de 2018 (fs. 1739/1749 vta.). El REF había sido planteado contra el Auto n° 69, fechado el 11 de septiembre de 2018 (fs. 1718/1729), que ratificó el decreto dictado el 8 de marzo de 2018 (fs. 1656). Este último, a su vez, había resuelto que, ante las excusaciones de los vocales titulares María Marta Cáceres de Bollati y Sebastián López Peña, y al considerarse que procedía la inhibición formulada por la camarista Silvia B. Palacio de Caeiro (llamada a reemplazar al entonces vocal natural Carlos F. García Allocco, que estaba en uso de licencia), este TSJ debía ser completado con los camaristas Claudia Elizabeth Zalazar, Julio Ceferino Sánchez Torres y Silvana María Chiapero para la resolución de la presente causa; todo ello, en virtud de la normativa vigente para tales casos (el Acuerdo Reglamentario n° 721, serie A, de este TSJ, con sus sucesivas modificaciones, la última de las cuales fue dispuesta por medio del Acuerdo Reglamentario n° 1434, serie A, de fecha 11 de julio de 2017).

7. Finalmente, atento al estado procesal de la causa y habiendo concluido la tramitación del REF, el recurso planteado por la parte actora ha quedado en condiciones de ser resuelto (fs. 2029).

Considerando:

Los doctores *Tarditti, Sesin, Blanc G. de Arabel* y *Chiapero* dijeron:

El recurso extraordinario federal ha sido planteado ante este TSJ (por haber sido el órgano que emitió la resolución que motiva el REF), por la parte actora, dentro del término establecido (arts. 256, 257 y concordantes del Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Nación, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Como consecuencia, procede analizar si el recurrente ha cumplido con los requisitos y demás previsiones contenidas tanto en la Ley n° 48, que lo regula, como en la Acordada n° 4/2007 de la CSJN, que lo reglamenta.

En ese sentido, conviene anticipar que, salvo en relación con un segmento de la causal de arbitrariedad invocada por Portal de Belén, la cuestión federal no ha sido introducida ni sostenida en forma oportuna, en violación de la Acordada n° 4/2007 (art. 3, inc. b). Por otra parte, el recurrente tampoco ha dado cumplimiento a los recaudos previstos por la Ley n° 48 (arts. 14 y 15) ni a los incisos dy e del artículo 3 de la citada acordada. Por ello, en virtud de lo ordenado por los artículos 10 y 11 (primera parte) de dicha reglamentación, corresponde declarar inadmisible el recurso por las razones que se brindarán a continuación.

II. Portal de Belén introdujo la cuestión federal en forma equívoca e inoportunamente

Para un mejor desarrollo de este punto tan importante en relación con el REF articulado, conviene tener en cuenta lo siguiente:

a. Breves consideraciones preliminares

El REF ha sido programado para velar por la aplicación consistente del derecho constitucional vigente en la Argentina. Como consecuencia, la introducción o invocación oportuna de la cuestión federal opera como una suerte de prerrequisito o de presupuesto de la admisibilidad formal del REF. Por ello, debe ser articulada en tiempo y forma, tanto para permitir que las partes la puedan debatir, como para que los jueces que intervinieran —y la propia Corte Suprema llegado el caso, eventualmente— la asuman, evalúen y resuelvan.

Desde el punto de vista temporal, la cuestión federal debe ser formulada en tiempo; por regla, "al trabarse la contienda judicial" **(1)**, como lo sostiene

(1) CSJN, Fallos: 259:159 (considerando n° 1) y 205:165, entre muchos otros.

Thomson Reuters

la persistente línea jurisprudencial de la CSJN. Excepcionalmente, también puede ser introducida en el momento procesal inmediato posterior, siempre que el interesado haya podido "razonablemente prever" **(2)** que se había suscitado o que se suscitaría la cuestión federal, en virtud de la entidad de lo discutido constitucionalmente en la causa. Todo ello, por cierto, debe ser debidamente expresado y fundado por el recurrente.

Lo anteriormente dicho deja en claro que la denominada "reserva del caso federal", aunque suele ser una costumbre que replican automáticamente los abogados en sus escritos, no es en propiedad un requisito del REF, dado que, si lo fuera, podría ser tachada por excesivo rigor formal. En cambio, como lo tiene dicho la CSJN: "(L)a exigencia que debe cumplirse es el oportuno planteo de la cuestión federal, a fin de que los jueces puedan decidirla, planteo que incluso no requiere de fórmulas sacramentales (v. doctrina de Fallos: 292:296; 294:9; 302:326; 304:148, entre otros). No se trata, por consiguiente, de reservar sino de introducir" **(3)**.

Entonces, por regla, la cuestión federal debe ser planteada en primera instancia, siempre que hubiera sido factible prever que ella se suscitaría y siempre que el interesado hubiera tenido oportunidad de formularla. Como consecuencia, en segunda instancia solo resulta admisible si es articulada en el momento de recurrir o de expresar agravios contra la resolución o sentencia del tribunal de origen que, con el sentido de su decisión, hubiera dado lugar a la invocación de un agravio federal.

Al mismo tiempo, el planteamiento oportuno debe ser complementado con el mantenimiento de la cuestión federal a lo largo del proceso (Acordada n° 4/2007, art. 3, inc. b), para que no haya presunción de que se la ha abandonado luego de haberla introducido. Esto implica que dicha formulación tiene que ser sostenida en cada una de las instancias por las que atravesara el proceso, de manera que el órgano jurisdiccional que deba intervenir pueda abordarla en la primera ocasión que tenga **(4)**.

Particular es la situación que genera la atribución del presunto vicio de "sentencia arbitraria", en cuya hipótesis, en principio, la cuestión federal adviene en forma sorpresiva y subrepticia; esto es, con el dictado de la resolución misma —en cualquier instancia— sin que ello hubiera permitido a las partes que la previeran o que tuvieran ocasión de introducirla. Por ello, sobre esta variante, la Procuración General de la Nación, en un dictamen que la CSJN hizo suyo, ha sostenido: "Mas la arbitrariedad, como lo ha definido V. E., no es una cuestión federal de las efectivamente aludidas en la reglamentación del recurso extraordinario, sino, en rigor, la causal de nulidad del fallo por no constituir, a raíz de sus defectos de fundamentación o de formas esenciales, 'la sentencia fundada en ley' a que se refiere el art. 18 de la Constitución Nacional. De allí que las partes no tienen por qué admitir de antemano que el juzgador podría incurrir en ese fundamental defecto. Y por eso es que V. E. ha sido muy amplia al respecto, y solo ha exigido el planteo previo en el supuesto en que la Cámara confirma por iguales fundamentos la sentencia del juez de grado y ante esta no se hubiera invocado la tacha, desde que ello importa un consentimiento de validez que luego no permite introducirla tardíamente. Porque, de lo contrario, habría que reservarla siempre, como un mecanismo indispensable, respecto de la eventual desatención de la totalidad de las propuestas de derecho o de hecho y prueba debatidas en la causa, desde que cualquiera de ellas, es previsible, podrían ser decididas de modo arbitrario" **(5)**.

En el caso de las sentencias arbitrarias, cualquiera que fuera la instancia en que este vicio hubiera sido advertido, inexorablemente, el damnificado debe plantear la cuestión federal en la primera oportunidad procesal posterior de que dispusiera para hacerlo. Por ello, como lo ha señalado parte de la doctrina, "si una de las partes postuló en primera instancia —por ejemplo al demandar— una interpretación irrazonable de un precepto legal y el juez la admite en su sentencia, no hay en tal hipótesis arbitrariedad 'sorpresiva', ya que la cuestión había sido introducida antes del fallo que recoge la exégesis arbitraria del caso" **(6)**.

La cuestión federal no solo debe ser articulada oportunamente (dimensión temporal), sino en forma fehaciente, inequívoca, concreta y expresa (dimensión que compromete y presupone la claridad argumental). Esto implica, como ya se ha dicho, que no se cumple con esta exigencia con la mera reserva efectuada de forma automática mediante la enumeración vaga de disposiciones de la CN y de los tratados internacionales de derechos humanos que conforman el bloque de constitucionalidad y de convencionalidad federal. Pero tampoco se logra el cometido si el derecho federal en juego no es debidamente explicitado.

(2) Sagüés, Néstor Pedro; Compendio de derecho procesal constitucional, Astrea, Bs. As., 2009, p. 283.

(3) CSJN, 324:1344 (del dictamen de la Procuración General de la Nación que la CSJN hizo suyo).

(4) Cfr. CSJN, Fallos: 293:454 (último considerando).

(5) CSJN, 324:1344 (del dictamen de la Procuración General de la Nación que la CSJN acogió como propio).

(6) Sagüés, Néstor Pedro; Compendio de derecho procesal constitucional, ob. cit., pp. 286 y 287.

Thomson Reuters

Por ello, para marcar que en un caso no se había dado satisfacción a ello, la CSJN precisó: "(S)e requiere, además de mencionar concretamente los derechos federales supuestamente reconocidos que se fundan en las normas constitucionales citadas genérica e indiscriminadamente, la demostración del vínculo que guarda cada una de ellas con lo resuelto en el pleito (Fallos: 261:32; 272:57; 278:62; 279:146; 280:382; 287:456, entre otros), requisito que el recurrente no cumplió" **(7)**.

Habiendo efectuado las aclaraciones conceptuales precedentes, ahora corresponde determinar si el recurrente ha cumplido con la carga de introducir adecuadamente la cuestión federal y de mantenerla a lo largo de esta causa, tópico que será abordado en el próximo acápite.

b. El recurrente recién invocó la cuestión federal en segunda instancia, al contestar los agravios de la tercera coadyuvante (de la parte demandada)

De acuerdo con el representante de Portal de Belén (fs. 1931 vta./1932), en estos autos media cuestión federal simple, dado que, en virtud de la Sentencia n° 24 (2018) dictada por este TSJ (fs. 1823/1916), su parte se habría visto privada de cuatro derechos reconocidos y garantizados por la CN. Esto —según asevera—, al habérsele negado legitimación activa para accionar en clave colectiva (CN, art. 43) en defensa de la presunta clase formada por el grupo de los por nacer en Córdoba, a la cual, a su vez, se la habría excluido de la posibilidad de defenderse judicialmente, en vulneración del debido proceso (CN, art. 18); al haberse desconocido supuestamente la inviolabilidad de la vida humana desde la concepción, asegurada por la CADH y por la CDN; y al haberse transgredido la forma federal del Estado argentino (CN, arts. 1 y 5), lo que habría tornado inaplicables tres disposiciones de la Constitución provincial (arts. 4, 19 y 59), así como la Ley de Ejercicio de las Profesiones y Actividades en General de Córdoba, n° 6222 (art. 7, inc. d).

A lo anterior hay que sumar que la recurrente también consideró que la resolución es arbitraria por ser violatoria —entre otros recaudos— de las garantías constitucionales de la defensa en juicio y del debido proceso (CN, art. 18).

En el momento de deducir el presente REF, la parte actora aseguró que la mencionada cuestión federal simple ha sido planteada "ab initio en este pleito conforme la relación de la causa" (fs. 1932) y agregó que ella —se sobreentiende que en los términos en los que la habría formulado— "ha sido aceptada por todas las partes y magistrados intervinientes" (fs. 1931 vta.).

Tales afirmaciones no se ajustan en absoluto a las constancias de la causa. En primer lugar, porque Portal de Belén recién introdujo la cuestión federal en segunda instancia. Esto es: cuando contestó los agravios (fs. 886/895) que la tercera coadyuvante, la Asociación por el Derecho a Decidir, había promovido contra la sentencia (sobre el fondo) pronunciada por el Juzgado de 30ª Nominación en lo Civil y Comercial (fs. 665/861 vta.). En esa ocasión (fs. 983/991), el representante de la recurrente esgrimió: "Todo este pleito lo hemos planteado como Caso Federal, desde la demanda (fs. 94/119), nuestra expresión de agravios (fs. 897/930), la contestación de los agravios de la demandada (fs. 966/73) y el presente escrito. Por tanto, mantenemos la reserva del Caso Federal, en los términos del art. 14 de la Ley 48, por violación del derecho a la vida del nasciturus, y del debido proceso (art. 18 CN)" (fs. 983).

Pese a lo que sostiene —otra vez con prescindencia de lo que consta en estos autos—, en ninguno de los tres escritos a los que hace referencia (demanda, agravios propios contra la sentencia de primera instancia y contestación del recurso de apelación planteado por la demandada contra la mencionada resolución) Portal de Belén ensayó nada que se parezca a introducir una cuestión federal de forma inequívoca, clara, concreta, expresa y fehaciente. Y esta es una exigencia que no se puede obviar o reemplazar por el simple expediente genérico y vago de afirmar —como lo hace el recurrente— que todo el pleito ha sido "planteado como caso federal" (fs. 983). Si con ello bastara, en cualquier estado de un proceso, de manera subrepticia, cada parte podría declarar en forma unilateral que en la causa mediaba materia federal en juego desde el comienzo mismo y que ello surgía implícitamente sin que hubiera sido necesario declararlo o advertirlo a las otras partes y a los jueces —como parece sugerirlo Portal de Belén—, al margen de las condiciones, requisitos y presupuestos que regulan la promoción y mantenimiento adecuados de la cuestión federal (Acordada n° 4/2007, art. 3, inc. b).

La omisión procesal de la actora no puede ser salvada ni siquiera por el argumento de que la ausencia de fórmulas sacramentales se acentúa cuando se trata de una demanda de amparo **(8)**.Esto, porque, como lo ha subrayado la CSJN, "si bien se ha decidido que no deben extremarse las exigencias formales en esta clase de acciones, ello no exime al recurrente de cumplir en forma mínima tales requisitos, con el propósito de permitir el conocimiento de la causa en la instancia del art. 14 de la Ley 48" **(9)**. Y esos requisitos pueden ser sintetizados en que el planteo del caso

(7) CSJN, Fallos: 296:124 (considerando n° 1).

(8) Cfr. CSJN, Fallos: 246:179.

(9) CSJN, Fallos: 286:290.

Thomson Reuters

federal, "durante el curso del proceso y en el escrito pertinente, ha de ser explícito e inequívoco y expresar toda su conexión con la materia del juicio (Fallos: 262:165 y sus citas)" **(10)**.

El incumplimiento de la recurrente contrasta notablemente con la diligencia exhibida por las otras partes. En efecto, aunque finalmente ninguno de ellos interpuso un REF contra la sentencia de este TSJ, el Gobierno de la Provincia (demandada) y la Asociación Civil por el Derecho a Decidir (tercera coadyuvante de aquel), en cada caso, en la primera oportunidad procesal, plantearon la cuestión bajo el rótulo de "reserva del caso federal" y luego la mantuvieron en todas las instancias.

La Provincia, por ejemplo, aun antes de que se le corriera traslado de la demanda, al apelar la medida cautelar ordenada por el juez de primera instancia, que había dispuesto la suspensión de la Resolución ministerial n° 93/12 (y, por ende, de la aplicación en la provincia de Córdoba de la guía para el tratamiento de los casos de abortos no punibles (fs. 120/121)), formuló la reserva del caso federal. Esto, por entender que la decisión había violentado la garantía del debido proceso porque "no se ha fundamentado la medida otorgada y se ha dirigido en contra de los lineamientos recientemente trazados por la Corte Suprema" (fs. 141 vta.). Esta tesitura fue ratificada y mantenida al contestar la demanda (fs. 244), en el momento de apelar la sentencia de primera instancia (fs. 871), al contestar los agravios formulados por Portal de Belén contra la misma resolución (fs. 1002 y vta.) y al deducir un recurso de casación contra la sentencia pronunciada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 3ª Nominación de la ciudad de Córdoba (fs. 1215 vta. y 1216).

Lo mismo puede decirse de la Asociación Civil por el Derecho a Decidir. En el momento de pedir que se le diera intervención como tercera (fs. 189/196 vta.) formuló la denominada "reserva del caso federal" dada "la naturaleza federal de todas las cuestiones planteadas" (fs. 196 vta.). Esta introducción fue ratificada al contestar la demanda planteada por Portal de Belén (fs. 630 y vta.), al apelar la sentencia de primera instancia (fs. 895), al contestar los agravios invocados por Portal de Belén contra la misma resolución (fs. 1019 y 1019 vta.) y al entablar un recurso de casación contra la sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 3ª Nominación (fs. 1249 vta. y 1250).

Por el contrario, Portal de Belén no introdujo ninguna cuestión federal en el momento de interponer la demanda (fs. 94/119). Esto, pese a que, según su lectura, "las indicaciones para no punir el aborto" han "quedado derogadas para siempre" en la Argentina (fs. 105), mientras que el "derecho a la vida es absoluto para todo niño" y se "es niño desde el momento de la concepción" (fs. 99 vta.). Precisamente, a partir de estas premisas, la actora reclamaba que se le reconociera legitimación activa para accionar en clave colectiva, porque, según su parecer, si no se habilitara la vía del amparo reclamada con esa dimensión y proyección, "serán matados millares de niños" (fs. 95 vta.) por aplicación de la Resolución n° 93/12, del Ministerio de Salud de Córdoba, cuestionada en estos autos.

En la misma línea, según Portal de Belén, el fallo pronunciado por la CSJN en la causa "F., A. L. s/ medida autosatisfactiva" **(11)** (año 2012) es "insanablemente nulo, sin necesidad de declaración judicial alguna" (fs. 113) y, por ende, también lo es la exhortación que en él se efectuó para que en todo el país se dictaran guías o protocolos hospitalarios para la concreta atención de los abortos no punibles, como la Resolución n° 93/12, del Ministerio de Salud de Córdoba. Es decir que, desde el comienzo mismo de esta causa, la asociación esgrimía una interpretación constitucional sobre derechos fundamentales de la máxima relevancia diferente a la propiciada por la CSJN. Ello, en la medida en que afirmaba que la Resolución ministerial n° 93/12 se basa en una sentencia "nula de nulidad absoluta y violatoria de la división de poderes y de la soberanía provincial", en tanto "la violación de la Constitución Provincial es palmaria e indiscutible", así como de la Ley n° 6222 (art. 7, inc. d), que "prohíbe a los profesionales de la salud la realización de abortos" (fs. 118).

Como puede apreciarse, en el inicio mismo de esta causa, la actora sostenía lo que ahora esgrime como agravios desatendidos y que harían imprescindible la necesaria intervención de la CSJN mediante la admisión del presente REF, aunque, cuando oportunamente debió hacerlo, no los introdujo como posibles materias de un caso federal. Ni siquiera cuando ello resulta absolutamente previsible en atención a que Portal de Belén desconoce toda autoridad a lo sentado en "F., A. L.". Esto, pese a que en dicho precedente, en su carácter de intérprete final de nuestro bloque de constitucionalidad y de convencionalidad federal, la Corte Suprema concluyó que el artículo 86, inciso 2, del Código Penal no resultaba incompatible con el resto de las disposiciones de los tratados internacionales que garantizan el derecho a la vida —en general— desde la concepción **(12)**. Por el contrario,

(10) CSJN, Fallos: 286:290.

(11) CSJN, Fallos: 335:197.

(12) Cfr. CSJN, Fallos: 335:197 (especialmente los considerando n° 8/13 del voto de los jueces Ricardo Loren-

Thomson Reuters

la CSJN remarcó que constituía un permiso o derecho del que goza toda mujer (el de interrumpir la gestación sin consecuencias penales) cuando resulta víctima de un delito; esto es, de una violación o abuso sexual con acceso carnal. Ante esa circunstancia delictiva, según la Corte, no se puede concluir que a dicha habilitación (con la respectiva consecuencia de la no punibilidad del aborto) solo tendría acceso la mujer "idiota o demente" **(13)**, como tradicionalmente se entendía, porque ello resultaría irrazonable, discriminatorio y violatorio de la propia CN y de los demás compromisos internacionales que también ha asumido la Argentina para combatir la violencia sexual en contra de todas las mujeres, sin distinciones de ninguna clase, ni siquiera el grado de salud mental de la víctima **(14)**.

La actora tampoco invocó cuestiones federales ni siquiera en el momento de ampliar la demanda (fs. 128 y vta.). Ello, pese a que, en esa ocasión, directamente pidió la declaración de inconstitucionalidad del artículo 86 del Código Penal (incs. 1 y 2), con remisión a los argumentos que había expresado en su escrito inicial, donde —entre muchas otras cosas— había sostenido que "el aborto era y es un delito" en todas sus variantes (fs. 111). La sola entidad de lo que demandaba pone en evidencia que esa era nuevamente la oportunidad para salvar lo que había omitido en la interposición de la demanda; con más razón si se tiene en cuenta que la CSJN, en "F., A. L.", por el contrario, ha ratificado la plena constitucionalidad y convencionalidad de dicha norma, especialmente del inciso 2 del artículo 86 de la ley penal; esto es, todo lo contrario de lo que postula Portal de Belén: la posibilidad legítima de que la gestante aborte sin consecuencias punitivas si el embarazo fuera fruto de una violación y con independencia de la salud mental de la víctima **(15)**.

La omisión se prolongó a lo largo de toda la primera instancia. En efecto, Portal de Belén no alegó ninguna cuestión federal al apelar los alcances de la medida cautelar dictada por el juez de primera instancia (fs. 200/201). Tampoco cuando requirió la revocatoria del decreto por el que se había dado intervención como tercera coadyuvante a la Asociación Civil por el Derecho a Decidir (fs. 338/341). Esto último, pese a que, por entonces, ya tenía conocimiento de que, en el momento de contestar la demanda (fs. 231 vta./244), la Provincia había sostenido que Portal de Belén carecía de legitimación para accionar en el sentido en que lo ha hecho, porque por esa vía buscaba "violentar el derecho a la privacidad de la madre, imponiendo una conducta (continuar el embarazo) que la legislación vigente le faculta interrumpir, siempre que tal estado sea producto de una violación" (fs. 231 vta.). Es decir, la asociación actora ya tenía noticias de que la demandada postulaba que la Resolución n° 93/12 derivaba "en forma directa e inmediata de una exhortación realizada por la Suprema Corte, al aventar cualquier duda que pudiera existir con respecto a la práctica del aborto no punible en la República Argentina" (fs. 237 vta.).

En otras palabras, Portal de Belén no podía obviar que, por ejemplo respecto de la falta de legitimación, la Provincia ya esgrimía algo que finalmente este TSJ confirmó mediante la sentencia objetada (como derivación de la conclusión de que no media un caso judicial en propiedad) y que ahora la actora alega como supuesto agravio federal, en parte como presunta causal del vicio de arbitrariedad que también atribuye a la resolución. Pero, entonces, dicho argumento no motivó a que la asociación planteara ninguna causa federal, pese a que allí contaba —otra vez— con la oportunidad procesal adecuada para hacerlo. Esto, en la medida en que se había introducido en el debate una línea interpretativa que, de ser ratificada jurisdiccionalmente como luego aconteció, podía hacer que la actora se sintiera afectada. Conviene insistir en ello: este tópico (el de la supuesta falta de un caso judicial en propiedad y el de la carencia de legitimación activa para accionar) se presentaba como posible de ser admitido jurisdiccionalmente en alguna de las instancias, hasta el punto de que la Provincia lo había alegado en el momento mismo de contestar la demanda en estos términos: "No lo hay tampoco (caso) desde que se desconoce un fallo del Máximo Tribunal del país que va a contramano de lo pretendido por los actores, en un decisorio ('F., A. L. s/ medida autosatisfactiva') citado y debidamente conocidos por estos" (fs. 232). Es decir, ya entonces resultaba previsible, razón por la cual la recurrente no puede invocarlo ahora como novedoso para justificar su propia desidia y para afirmar que solo después del pronunciamiento de este TSJ, mediante la interposición del REF, se había configurado "la primera estación procesal oportuna para plantearlo" (fs. 1932). Ello, de manera de poder denunciarlo —según su visión— como sorpresivo agravio federal por la supuesta violación del debido

zetti, Elena Highton de Nolasco, Carlos S. Fayt, Juan Carlos Maqueda y Eugenio Raúl Zaffaroni).

(13) Aunque dicha terminología hoy no sería admisible, el Código Penal alude a la mujer "idiota o demente" (art. 86, inc. 2) en función de lo que semánticamente parecía tolerable a principios del siglo XX.

(14) Cfr. CSJN, Fallos: 335:197 (especialmente los considerando n° 14/17 del voto de los jueces Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco, Carlos S. Fayt, Juan Carlos Maqueda y Eugenio Raúl Zaffaroni).

(15) Cfr. CSJN, Fallos: 335:197 (especialmente el considerando n° 10 del voto de los jueces Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco, Carlos S. Fayt, Juan Carlos Maqueda y Eugenio Raúl Zaffaroni).

Thomson Reuters

proceso que habría provocado la decisión de este Alto Cuerpo de que no media un caso judicial (colectivo) en propiedad y de que, por ende, Portal de Belén no está legitimada por estar en juego derechos personalísimos e intransferibles de cada gestante en el marco de situaciones humanamente únicas en su configuración que no pueden colectivizarse. Cabe subrayar que este TSJ entendió que nadie puede relevar a la mujer, por su delicada y especialísima condición de víctima de una agresión sexual de la que ha resultado un embarazo no deseado, del derecho de decidir si interrumpe la gestación en proceso sin consecuencias penales (art. 86, inc. 2, del Código Penal).

Este breve desarrollo, lejos de mostrar que el argumento ha tomado por desprevenida a la actora en la tercera instancia (ante este TSJ), evidencia que él ya había sido puesto de manifiesto —por la contraparte— al trabarse la litis sin que, con posterioridad, Portal de Belén lo hubiera introducido habiendo tenido sobradas oportunidades procesales para hacerlo.

La recurrente tampoco formuló ninguna cuestión federal en el momento de apelar la sentencia de primera instancia. Esto, pese a que, por el sentido de dicho pronunciamiento, ya estaban sentadas también las bases interpretativas de lo que ahora Portal de Belén denuncia como agravios federales en dos direcciones: contra el principio de la inviolabilidad de la vida humana desde el momento de la concepción y por presunta violación de la forma federal de estado.

Respecto de la primera arista anteriormente detallada, el juez rechazó la pretensión de que se declarara inconstitucional el artículo 86 (incs. 1 y 2) del Código Penal, algo que Portal de Belén pedía (y pide) en la consideración de que el aborto es un delito en todos los supuestos.

Por el contrario, el magistrado afirmó: "(N)o existen —en mi opinión— elementos que me permitan apartarme del criterio sentado por el Máximo Tribunal (en "F., A. L."), desde que no encuentro, ni se ha demostrado, circunstancias que fundadamente me lleven a concluir en que tal interpretación no sea la que fluye de la ideología actual de nuestra Constitución Nacional; mucho menos, la existencia de un error, una inconveniencia del criterio" (fs. 835 vta.).

Respecto de la segunda, lo decidido también contravenía la lectura de la recurrente de que se transgrede la forma federal si se desconoce la legislación cordobesa que consagra la inviolabilidad de la vida desde la concepción (arts. 4, 19 y 59 de la CP) y que prohíbe a los médicos que participen en prácticas que supongan interrumpir una gestación en desarrollo (Ley n° 6222, art. 7, inc. d). En relación con este punto, el juez de primera instancia subrayó: "(N)o puede afirmarse que las leyes provinciales impidan la práctica de los abortos no punibles expresamente admitidos por la legislación nacional de fondo (el art. 86 del Cód. Penal), aún más luego de la interpretación sobre su constitucionalidad que la Corte ha efectuado recientemente. La Resolución 93/12 sigue, en lo medular, lo resuelto por unanimidad sobre la cuestión de fondo, y por la mayoría de los vocales de la Corte en el mecanismo de implementación, motivo por el cual la interpretación dinámica que corresponde practicar no solo sobre la Constitución, sino también sobre las leyes provinciales, debe partir de lo establecido en el art. 86 del Cód. Penal y lo que la Corte ha entendido sobre este último" (fs. 843).

En definitiva, en su recurso de apelación (fs. 897/930 vta.), la recurrente volvió a prescindir de toda formulación expresa, clara, concreta y plausible de las cuestiones federales que, según ahora entiende, se han suscitado, pero que entonces ya se habían explicitado con la resolución de primera instancia (fs. 665/861 vta.), a juzgar por lo que esgrime en el REF, en esta instancia. Y más aún porque, en esa oportunidad, Portal de Belén volvió a concentrarse en sostener la inconstitucionalidad del artículo 86 (incs. 1 y 2) del Código Penal a partir de premisas como estas: "El precedente 'F., A. L.' no es vinculante. Nuevos y definitivos argumentos para desestimarlo" (fs. 902 vta.); el "fallo 'F. A., L.' no es una sentencia judicial" (fs. 904 vta.); "'F., A. L.' pretende reinterpretar contra legem el art. 86, inc. 2, del Código Penal" (fs. 905); "F., A. L. pretende sustituir el requisito de la violación por su sola invocación" (fs. 906); "F., A. L. pretende inventar la supuesta obligación estatal de abortar" (fs. 907); "'F., A. L.' pretende obligar a médicos e instituciones sanitarias a practicar abortos" (fs. 907 vta.); 'F., A. L.' intenta obligar a suprimir toda prueba de la supuesta violación otorgando impunidad tanto a los violadores como a los aborteros" (fs. 907); la "inviolabilidad de la vida del nasciturus como derecho absoluto de raigambre constitucional y su tutela penal" (fs. 908 vta.), entre otras.

En dicho recurso de apelación, la actora también basó sus objeciones en otras dos premisas.

La primera es que, según su visión, "el aborto 'sentimental' fue derogado por el Congreso de la Nación del gobierno democrático" y, por ende, la "Corte Suprema no puede legislar, ni reintroducirlo pretoriamente, también por el principio de reserva en materia penal" (fs. 918). La segunda, según la cual la Resolución n° 93/12 es inconstitucional, entre otras razones, porque contraviene la norma cordobesa de la máxima jerarquía, dado que, desde "1987, mediante la reforma de la Constitución Provincial, la tutela de la vida es un derecho absoluto y desde el momento de la concepción" (fs. 923 vta. y 924). Como puede apre-

Thomson Reuters

ciarse, se trata de cuestiones que han sido abordadas expresamente por la CSJN en la causa "F., A. L." o que se derivan forzosamente de ella por la interpretación vivificante allí practicada del artículo 86 del Código Penal, con la consiguiente ratificación de su constitucionalidad y convencionalidad. Por el contrario, Portal de Belén insistía en una lectura diferente, pero sin explicitar fehacientemente los bordes del caso federal que, finalmente, ha planteado en forma extemporánea.

La recurrente tampoco introdujo la cuestión federal en el momento de contestar (fs. 966/973 vta.) la expresión de agravios del recurso de apelación que la Provincia (fs. 862/871 vta.) había formulado contra la sentencia de primera instancia. Esto, pese a que, en su escrito, la parte demandada volvió a afirmar sin tapujos que Portal de Belén carecía de legitimación activa, como finalmente ha confirmado este TSJ, conclusión que ahora la actora denuncia como motivo de una causa federal (entre otras razones, por supuesta interpretación irrazonable del art. 43 de la CN), pero que entonces no le mereció tal tacha expresa. Conviene recordar lo que manifestaba la Provincia para magnificar la entidad de la omisión de la recurrente: "Es decir, el PDB carece de legitimación para estar en juicio, no solo porque no representa a los eventuales 'nasciturus', ni a las víctimas de violación, sino porque ser víctima de un delito de violación no es un derecho colectivo, sino un perjuicio individual, y la decisión de cada víctima respecto al embarazo producido por el delito es una decisión absolutamente personal, que no admite representación alguna, tutelada por el art. 19 de la CN, artículo que, bien vale señalarlo, no ha sido siquiera mencionado en la resolución impugnada" (fs. 864). En el mismo sentido, dicha parte subrayaba: "(E)l extravío jurídico surge desde el inicio, desde el otorgamiento a una asociación con fines muy amplios, como es PDB, de legitimación para intervenir en una cuestión que es absolutamente individual, donde la voluntad de una persona afectada por un delito no puede ser sustituida por un colectivo" (fs. 864).

Finalmente, sobre la fase final de la segunda instancia, en ocasión de haber contestado los agravios que la tercera había formulado en su recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, llamativamente, Portal de Belén encabezó parte de su escrito con la siguiente afirmación: "Mantiene caso federal" (fs. 983). Luego destacó que a todo "este pleito" lo había "planteado como caso federal", y agregó que lo hacía "en los términos del art. 14 de la Ley 48, por violación del derecho a la vida del nasciturus, y del debido proceso (art. 18 CN)" (fs. 983).

En definitiva, de acuerdo con el recuento efectuado, constituye una afirmación contradicha en forma terminante por lo que consta en el expediente que la recurrente haya planteado oportunamente y que haya mantenido las cuestiones federales que, según esgrime, la agravian (fs. 1932). Portal de Belén invoca que la sentencia de este TSJ ha vulnerado los siguientes derechos constitucionales: a accionar en clave colectiva en defensa del presunto grupo de los por nacer de Córdoba (CN, art. 43), con la consiguiente afectación del derecho de defensa y del debido proceso (CN, art. 18); a la inviolabilidad de la vida desde la concepción, principio receptado por la CDN y por la CADH (CN, art. 75, inc. 22); y a gozar de la forma federal de estado (CN, arts. 1 y 5).

Tal como se ha visto, la primera vez que la recurrente introdujo expresamente la cuestión federal fue en la segunda instancia, al contestar los agravios de la tercera (fs. 983). Al mismo tiempo, lo hizo con suma vaguedad, sin conectarla mínimamente con lo que era materia de la presente controversia; y de forma equívoca, con la escueta referencia a la presunta "violación del derecho a la vida del nasciturus, y del debido proceso (art. 18 CN)" (fs. 983).

Conviene insistir en que la debida carga de formular expresa y concretamente la cuestión federal no queda saldada —ni salvada— por la ligera postulación de la actora de que todo el pleito había sido "planteado como caso federal". Ello, dado que esta manifestación parecería ser más bien un intento por hacer que pasara inadvertida o, cuanto menos, que se licuara la magnitud de la omisión propia. Por eso, la tentativa de dar por sobreentendido que, desde la demanda misma, ya había sido formulado lo que ahora es motivo del REF y que, por ende, entonces —en el momento de contestar los agravios de la tercera—, dicha parte solo debía limitarse a mantener "la reserva del caso federal" (fs. 983). El problema que tiene esta estrategia son las inexorables constancias de la causa, que ponen de manifiesto que no se puede mantener —en segunda instancia— lo que no ha sido introducido debidamente con anterioridad. A lo que hay que añadir que en el momento de contestar los agravios que la Provincia había formulado por medio de su recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia (cfr. fs. 1254/1265 vta.) y pese a que con ello se demandaba la intervención de este TSJ, Portal de Belén no cumplió con la exigencia de sostener la cuestión federal, requisito que debe satisfacerse en todas las instancias (Acordada n° 4/2007, art. 3, inc. b).

En síntesis, además de equívoca, la formulación de la materia federal no ha sido efectuada en tiempo oportuno. En efecto, dos de los cuatro agravios esgrimidos por Portal de Belén (el segundo y el tercero) tienen como soporte la premisa de que, según dicha parte, el derecho a la vida del por nacer tiene carácter absoluto (cfr. fs. 99 vta., 902, 908 vta., y 909, entre muchas otras), con lo que, por respeto a la forma federal,

Thomson Reuters

no se podrían dejar de lado las disposiciones locales que consagran ese derecho, desde la concepción (CP, arts. 4, 19 y 59), y que prohíben a los médicos practicar abortos en Córdoba (Ley n° 6222, art. 7, inc. d). Ahora bien, en la sentencia de primera instancia, el juez ya había ratificado la constitucionalidad del art. 86 (incs. 1 y 2) del Código Penal, que regula los casos en los que el aborto no resulta punible. Al mismo tiempo, también había concluido que nada impide que en la provincia pueda concretarse la interrupción de la gestación (en las hipótesis previstas por el mencionado art. 86), "aún más luego de la interpretación sobre su constitucionalidad que la Corte ha efectuado recientemente" (fs. 843). Es decir que, por vía de hipótesis, si de manera muy flexible pudiera conceptuarse que recién entonces se había presentado la oportunidad procesal para deducir la cuestión federal (a la que, por cierto, no se había aludido ni en la demanda ni en su ampliación, pese a haberse solicitado la declaración de inconstitucionalidad del art. 86 del Código Penal), Portal de Belén no lo hizo, porque no la dedujo al recurrir la resolución de primera instancia (cfr. fs. 897/930 vta.).

Respecto de los otros agravios (falta de legitimación para accionar en clave colectiva, con la consecuente afectación del derecho de defensa de los por nacer), como se ha puesto de manifiesto con anterioridad, dicha pretensión ya había sido sostenida por la Provincia al contestar la demanda (cfr. fs. 231 vta./234) y al apelar la sentencia de primera instancia (cfr. fs. 863/864). Todo ello, sin que Portal de Belén replicara y alertara entonces que, según su lectura jurídica, la decisión jurisdiccional que eventualmente acogiera tal tesitura podría generarle un agravio federal; entre otras razones, por propugnar una interpretación descabellada y arbitraria del artículo 43 de la CN. En ese sentido, también ha quedado en claro que lo que importa con el fin de determinar el momento procesal oportuno para introducir la cuestión federal es que las partes hayan podido razonablemente prever de antemano la posible vulneración de ciertos derechos constitucionales que traería aparejada una resolución contraria a tales derechos. En otras palabras, Portal de Belén no podía desconocer que ya había sido puesto sobre el tapete —por la parte demandada— algo que luego podía ser confirmado jurisdiccionalmente y agraviarla, como finalmente aconteció con la sentencia dictada por este TSJ, que concluyó que en estos autos no media un caso judicial en propiedad y que, por ende, la demandante carece de legitimación activa para accionar en los términos colectivos en los que lo ha hecho.

Como consecuencia de todo lo desarrollado y en virtud de las constancias de la causa, resulta evidente que no puede sostenerse —más allá del único soporte de la propia voluntad o de los deseos de la interesada— la siguiente afirmación expresada por la recurrente al presentar el REF: "En cuanto a las violaciones del debido proceso y de la forma federal del Estado, en que incurre el fallo en crisis, es esta la primera estación procesal oportuna para plantearlo. El requisito luce cumplido" (fs. 1932).

En definitiva, tomados en conjunto los presuntos cuatro agravios federales que ahora blande Portal de Belén, dos de ellos (falta de legitimación activa con la consiguiente afectación del debido proceso en perjuicio de los por nacer de Córdoba) ya estaban latentes —como posibilidad al menos— desde la contestación de la demanda por parte de la Provincia. Los otros dos (inviolabilidad del derecho a la vida y violación de la forma federal de estado) habían sido introducidos en el debate por la sentencia de primera instancia. Pese a ello, la recurrente recién formuló el planteo del caso federal en el momento de contestar los agravios de la tercera coadyuvante contra la mencionada resolución; es decir, al menos respecto de los dos últimos agravios, Portal de Belén ni siquiera lo hizo al interponer su propio recurso de apelación contra dicha sentencia ni, inclusive, al contestar los agravios que la Provincia había expresado contra ella.

A lo anterior, y como ya se ha destacado, hay que sumar la forma equívoca en que la recurrente ha formulado el caso federal (fs. 983), razón por la cual no puede tenerse por acreditada —ni siquiera desde una mirada sumamente flexible— la exigencia de la introducción oportuna de la cuestión federal por parte de Portal de Belén, ni su consecuente mantenimiento posterior (Acordada n° 4/2007, art. 3, inc. b). Esta sola razón resulta dirimente para no conceder el recurso ensayado en relación con los cuatro agravios invocados como causales del REF en los términos de la Ley n° 48 (art. 14, inc. 3). Mientras tanto, en el próximo acápite se analizará si ha resultado oportuna la invocación de la arbitrariedad que la recurrente también le atribuye a la sentencia de este Alto Cuerpo.

En síntesis, la afirmación de la recurrente de que "la cuestión federal se planteó ab initio en este pleito conforme la relación de la causa, y ha sido mantenida durante todo el pleito" (fs. 1932) resulta insostenible a la luz de las constancias del expediente, como se ha podido ver. Pero, al mismo tiempo, por su vaguedad y generalidad, no satisface las condiciones de la Acordada n° 4/2007 de la CSJN, que exige taxativamente que se indique "el momento en el que se presentaron por primera vez dichas cuestiones (federales), cuándo y cómo el recurrente introdujo el planteo respectivo y, en su caso, cómo lo mantuvo con posterioridad" (art. 3, inc. b). Mucho menos da satisfacción a este requerimiento la manifestación de Portal de Belén de que la "cuestión federal ha sido aceptada por todas las partes y magistrados intervinientes" (fs. 1931

Thomson Reuters

vta.), porque esta parece ser otra estrategia destinada a minimizar la omisión de un requisito que se le pide expresamente al interesado en la promoción del REF.

De otro modo se generaría una desigualdad inadmisible si a algunos recurrentes se les exigiera que cumplan rigurosamente con este ápice y a otros, no, por entender que, respecto de estos últimos, bastaba con presuponer que, en forma implícita, el caso conllevaba cuestiones federales. A esto hay que sumar que, por regla general, de acuerdo con la Acordada n° 4/2007, en el "caso de que el apelante no haya satisfecho alguno o algunos de los recaudos para la interposición del recurso extraordinario federal y/o de la queja, o que lo haya hecho de modo deficiente, la Corte desestimará la apelación mediante la sola mención de la norma reglamentaria pertinente" (art. 11, primera parte).

II. La causal de "sentencia arbitraria" solo en forma parcial fue introducida oportunamente

En el presente recurso, Portal de Belén también invocó como cuestión federal susceptible de ser causal del REF planteado la presunta arbitrariedad en la que habría incurrido la sentencia pronunciada por este Alto Cuerpo. Esto, según la actora, en una doble dirección. Por una parte, por habérsele negado legitimación activa para accionar (art. 43 de la CN) y, por la otra, por la falta de fundamentación y en las afirmaciones dogmáticas en que habría incurrido la resolución, con la presunta y consiguiente violación de las reglas del debido proceso (art. 18 de la CN). De acuerdo con la recurrente, como el denunciado vicio estaría "en el propio decisorio" (fs. 1932), por ende, el momento de la promoción del REF habría sido "la primera estación procesal oportuna para plantearlo" (fs. 1932).

La postulación de Portal de Belén tiene asidero parcial en el sentido de que únicamente respecto del segundo tópico (supuesta falta de fundamentación y afirmaciones dogmáticas) puede concluirse que la promoción del REF articulado comportaba la ocasión procesal para introducir lo que la parte considera que constituye un agravio federal, porque el vicio habría nacido de la propia resolución cuestionada sin que la recurrente hubiera podido preverlo razonablemente con anterioridad. Como consecuencia el análisis que más abajo se efectuará sobre si resulta admisible la concesión del REF por sentencia arbitraria se limitará a este aspecto, que es el que ha sido planteado en forma oportuna.

En cambio, no puede decirse lo mismo respecto del primer tópico. Esto, dado que, como se ha señalado en el acápite anterior, en primera instancia, en el momento de contestar la demanda, la Provincia ya había introducido la cuestión que ahora causa presunto agravio (la falta de legitimación de Portal de Belén para accionar en clave colectiva) y había pedido que así fuera declarado (cfr. fs. 231/244 vta.). En segunda instancia, al recurrir y expresar agravios contra la sentencia del Juzgado en lo Civil y Comercial de 30ª Nominación, la demandada volvió a insistir con la misma tesitura (cfr. fs. 863/864). Y lo mismo hizo al interponer el recurso de casación (cfr. fs. 1207/1210 vta.) contra la sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 3ª Nominación, ocasión en la que aseveró que no había un caso judicial en propiedad y reprochaba a dicho tribunal haber omitido la cuestión de la legitimación de la demandante, lo que —a su entender— viciaba "de nulidad su razonamiento, pues parte de premisas incorrectas" (fs. 1208), y esto volvía necesaria la intervención de este TSJ para que saneara tal omisión y para que revocara la resolución objetada. Al contestar el escrito de la Provincia (fs. 1201/1216 vta.), Portal de Belén tampoco procedió a mantener la reserva del caso federal respecto de este punto en concreto (cfr. fs. 1254/1265 vta.), pese a que entonces la demandada insistía con un argumento que, al haber sido acogido con posterioridad por este TSJ, la recurrente ahora esgrime como motivo de agravio federal. Todo ello, por cierto, en abierta violación de la exigencia que surge de la Acordada n° 4/2007 (art. 3, inc. b). Teniendo en cuenta que lo que hoy agravia a Portal de Belén había sido requerido en tres ocasiones por la Provincia y que tras ninguna de ellas —en la primera oportunidad procesal posterior— la actora lo invocó como posible causa de afectación federal, como lo hace ahora, la conclusión es terminante. La recurrente no puede sostener que la cuestión fue introducida recién por este TSJ en su sentencia y que, como consecuencia, el de la interposición del REF constituiría el único momento pertinente para denunciar la presunta afectación.

Ni siquiera era necesario un cálculo demasiado complejo de probabilidades para que la actora previera que existía la posibilidad de que la pretensión de la Provincia fuera admitida y que, por ende, la resolución que la acogiera —según la lectura que propugna Portal de Belén— pudiera ser tachada de arbitraria. Esto, desde que, en forma expresa, en todas las instancias, la demandada había sostenido que no mediaba un caso judicial en propiedad y que la asociación demandante carecía de legitimación para accionar en los términos colectivos en los que lo había hecho, conclusión que ahora le resulta dogmática, insostenible e irracional a Portal de Belén (cfr. la f. 1942) desde que fue confirmada jurisdiccionalmente por este TSJ.

En definitiva, el hecho de que finalmente hubiera sido ratificada la tesis que la demandada esgrimía prácticamente desde el comienzo de este proceso —en lo que ahora importa— no cambia algo que resulta

Thomson Reuters

clave. La circunstancia de que, desde entonces, Portal de Belén ha contado con dos instancias anteriores para anticiparse a aquello que ya estaba incubado en la discusión, que lucía como una posibilidad y que, no obstante, recién en esta tercera instancia denuncia como presunta arbitrariedad sorpresiva. En ese sentido, resulta pertinente lo afirmado por la doctrina: "(E) s imprescindible que esas partes no hayan podido razonablemente prever la cuestión federal, ni plantearla en término. Si el derecho federal invocado en la resolución cuestionada era de aplicación previsible antes del dictado del fallo, los interesados no se encuentran en condiciones de argumentar válidamente que el tribunal introduce sorpresiva o imprevistamente una cuestión federal" **(16)**.

Como consecuencia, solo el segmento referido a la supuesta falta de fundamentación y a las afirmaciones dogmáticas en que habría incurrido este TSJ es el que será considerado como oportunamente invocado —en términos de agravio federal— al tratar si corresponde admitir el REF por la causal de sentencia arbitraria.

III. Falta de refutación de todos y cada uno de los fundamentos de la resolución impugnada en relación con las cuestiones federales invocadas (Art. 15 de la Ley n° 48 y arts. 3 (Inc. d), 10 y 11 (Primera Parte) de la Acordada N° 4/2007)

Con la sola excepción de la causal denominada "sentencia arbitraria" y de forma parcial - tópico que será abordado en el próximo acápite—, Portal de Belén no ha cumplido con la carga de introducir oportunamente y de sostener a lo largo de las diferentes instancias de este proceso las cuestiones federales que esgrime como factores de agravio. Esto resulta dirimente para rechazar el presente REF. No obstante, en aras de la mayor satisfacción del recurrente, a mayor abundamiento, se brindarán las razones de por qué dicha parte tampoco ha acreditado "la refutación de todos y cada uno de los fundamentos independientes que den sustento a la decisión apelada en relación con las cuestiones federales planteadas" (art. 3, inc. d, de la Acordada n° 4/2007). Esto, por cierto, implica que no se ha ajustado a la sostenida doctrina de la CSJN según la cual un REF no está fundado en los términos de la Ley n° 48 (art. 15) cuando "no se hace una crítica razonada de la sentencia, sino que tan solo expresa una mera discrepancia con lo allí resuelto" **(17)**. Esto se advierte en las siguientes cuestiones:

III.a Fundamentos brindados para concluir que no media un caso judicial en propiedad y que Portal de Belén carece de legitimación activa, sin que ello pueda considerarse una afectación del derecho de defensa

La primera cuestión federal simple invocada por la recurrente es la relacionada con la decisión de este TSJ de no reconocer legitimación activa a Portal de Belén en la presente causa, lo que —según entiende— habría vulnerado la inteligencia del artículo 43 de la CN (derecho de accionar en clave colectiva). Esto, a su vez, impactaría en la tercera cuestión esgrimida: haber sido afectado presuntamente el derecho de defensa de la clase formada por los por nacer en Córdoba cuya representación extraordinaria esgrime la accionante (art. 18 de la CN, debido proceso).

En su presentación, sucintamente, la actora se limitó a repetir buena parte de los argumentos que ha desarrollado a lo largo de esta causa, como que Portal de Belén es "la única que puede defender" (fs. 1932 vta.) los derechos de las 80.000 personas al año que nacen en Córdoba; o, bien, enfatizar que el sentido de lo resuelto "hace inoperante el art. 43 de la CN" en relación con una asociación que ha hecho de la "tutela del derecho colectivo a la vida de todas las personas por nacer", desde hace 23 años, uno de sus objetos y "lo ha defendido en los estrados judiciales tanto del Fuero Federal (fs. 19/26) como en el provincial (fs. 1695/1701), donde pacíficamente se le otorgó legitimación para ello" (fs. 1933 vta.). Por eso sostiene que la correcta interpretación del artículo 43 de la CN es la efectuada por la CSJN en la causa "Mujeres por la Vida" (2006) **(18)** —entre otros—, dado que si esa asociación "tuvo personería para demandar químicos potencialmente abortivos, mucho más le cabe a la actora para tutelar la vida frente a abortos procurados" (fs. 1933 vta.).

En la misma dirección, según Portal de Belén, lo decidido impide que el presunto colectivo formado por las personas por nacer tenga oportunidad de defenderse judicialmente "frente a la agresión a su derecho a la vida perpetrada por la Resolución n° 93/12 y su anexo" (fs. 1936 vta.). De acuerdo con la recurrente, habiendo colisión de intereses y como la mujer actúa por sí misma, al demandar un aborto que deberá practicarse dentro del plazo de 10 días según la resolución cuestionada, entonces el "representante legal promiscuo (art. 103.b.i, Cód. Civ. y Comercial) nunca podrá actuar" (fs. 1937) en defensa del nasciturus, dado que el protocolo no prevé en Córdoba "vía administrativa o judicial alguna para ello" (fs. 1937). Como consecuencia —concluye—, los derechos de este grupo solo pueden ser defendidos por la asocia-

(16) Sagüés, Néstor P.; Compendio de derecho procesal constitucional, ob. cit., p. 286.

(17) CSJN, Fallos: 283:137 (considerando n° 2), entre muchos otros.

(18) CSJN, Fallos: 329:4593.

Thomson Reuters

ción "por vía de este amparo colectivo y con una sentencia con efectos *erga omnes*, para abarcar a todos los integrantes de la clase homogénea de las personas por nacer en la provincia de Córdoba" (fs. 1937). Por ende, al haber desconocido esto, "el fallo en crisis violenta groseramente el art. 18, CN" (fs. 1937).

Como puede apreciarse, Portal de Belén ha seguido su propio derrotero argumental en el afán por sostener su lectura de los artículos 43 y 18 de la CN. En ese sentido, el recurso no pasa de exponer una mera discrepancia con el sentido de lo resuelto. La mayor prueba de esto es que, en esa dinámica, se ha olvidado —sin más— del requisito de la fundamentación autónoma y completa, que exigen la Ley n° 48 (art. 15) y la Acordada n° 4/2007 (arts. 3, inc. d, 10 y 11).

Por ello, ha incurrido en un insalvable vicio al no haber cumplido con la doctrina de la CSJN según la cual "el escrito respectivo debe contener una crítica prolija de la sentencia impugnada, o sea, que el apelante debe rebatir todos y cada uno de los fundamentos en que se apoya el juez para arribar a las conclusiones que lo agravian, a cuyo efecto no basta sostener un criterio interpretativo distinto del seguido en la sentencia" **(19)**.

En otras palabras, la recurrente no se preocupó por desmontar todas las razones que este TSJ ha desarrollado (fs. 1839 vta./1848) para concluir que no media un caso judicial (colectivo) en propiedad, sino que se ha detenido en exponer una mera disconformidad subjetiva con las hipótesis de abortos no punibles reconocidas por el legislador en el artículo 86, incisos 1 y 2, del Código Penal. En efecto, en su recurso, los representantes de Portal de Belén no abordaron esta cuestión, que es el soporte de todo el esquema argumental de la resolución. Esto, en la medida en que, según este Alto Cuerpo, la pretensión de fondo perseguida es que se rediscuta —de forma general y abstracta— la solución brindada por el órgano competente (el Congreso, art. 75, inc. 12, CN) al admitir que, cuando peligrara la vida o la salud de la gestante o cuando el embarazo fuera fruto de una violación, la interrupción de la gestación resultaría viable sin consecuencias penales para la mujer que la consintiera ni para el médico que la practicara. Y, en conexión con ello, también se ha cuestionado la constitucionalidad del protocolo o guía dictado en Córdoba (Resolución n° 93/12) para facilitar la concreción de los abortos excepcionalmente no punibles (art. 86, incs. 1 y 2, del Código Penal), tal como había exhortado la CSJN en la causa "F., A. L.". En función de ello, este Alto Cuerpo entendió que, excediendo los estrechos marcos de una vía restrictiva como la del amparo, Portal de Belén propugna una reedición de lo resuelto por la Corte en "F., A. L.", a la que la accionante no le ha reconocido ningún valor a lo largo de todo este proceso; es más, no le atribuye el carácter de sentencia, la considera "nula de nulidad absoluta e insalvable", además de "antijurídica", y afirma que "no es vinculante para nadie" (cfr. fs. 113, 118, 902 vta., 904 vta., 905, 906, 907, 907 vta., 908 vta., 970 vta., 971 vta. y 1941 vta., entre otras).

La recurrente omitió todo el desarrollo seguido por la sentencia en esa dirección y se centró en lo que para este TSJ es solo una consecuencia de lo primero: la falta de legitimación activa de Portal de Belén. Pero no ha deconstruido —en términos argumentales— el fundamento que sostiene dicha conclusión: no hay caso judicial en propiedad y, si lo hubiera, sería de carácter individual; esto es, "vinculado con derechos personalísimos y con las vicisitudes intransferibles sufridas por la mujer que ha sido víctima de un abuso sexual con acceso carnal" (fs. 1848/1853). Como consecuencia, Portal de Belén carecería de legitimación, porque no se pueden colectivizar tragedias humanas estrictamente particulares en su configuración. En efecto, la recurrente parte de que todas las variantes de aborto constituyen un delito para siempre en la Argentina y, por ende, las gestantes estarían forzadas a llevar a término los embarazos en todas las hipótesis, aun cuando, por ejemplo, fueran fruto de una violación, porque el derecho a la vida del por nacer es absoluto. Como consecuencia, en función de esta perspectiva, de reconocérsele atribución para accionar en los términos en los que lo ha hecho, por vía oblicua y cruzada, Portal de Belén "terminaría subrogando a todas las mujeres (víctimas de un delito) y relevándolas del derecho personalísimo de decidir sobre si continuar con la gestación o interrumpirla sin consecuencias penales, tal como el legislador les permite" (fs. 1849 vta.).

En la resolución y en esa dirección, este Alto Cuerpo esgrimió básicamente cinco argumentos, ninguno de los cuales fue asumido por la asociación. El primero es que, no obstante la ampliación de los sujetos legitimados para impulsar una acción de amparo (colectivo) tras la reforma constitucional de 1994 (art. 43 de la CN), ello no ha abrogado la necesidad de que exista un caso judicial capaz de instar el ejercicio de la función jurisdiccional. Al mismo tiempo, en virtud de la mencionada disposición de la CN, las asociaciones no gozan del derecho automático de accionar con carácter colectivo en cualquier circunstancia. Ni siquiera el hecho de que en una causa anterior se les hubiera reconocido tal facultad en función de las particularidades de ese conflicto en concreto, eso no las legitima de una vez para siempre, porque la legitimación debe ser ponderada caso por caso. En vez de poner en crisis esta conclusión y de marcar en qué

(19) CSJN, Fallos: 336:381; 331:563; 330:16; 329:2218, entre otros.

THOMSON REUTERS

afectaría al derecho reconocido por el artículo 43 de la CN el control estricto de la legitimación, caso por caso, Portal de Belén insistió —otra vez— en su propia lectura sesgada, según la cual lo determinante es que dicha asociación opera desde hace 23 años en los fueros federal y provincial, donde se le ha reconocido legitimación en otras causas (cfr. fs. 1933 vta.).

En segundo lugar y en función de la magnitud de lo demandado por Portal de Belén (la declaración de inconstitucionalidad del art. 86 del Código Penal y de la Resolución n° 93/12, del Ministerio de Salud de Córdoba), este TSJ concluyó que no mediaba un caso judicial en particular, sino "una rotunda discrepancia con la salida diseñada por el legislador en dicha norma" (fs. 1843); especialmente, respecto del inciso 2 del mencionado artículo 86, que habilitó la interrupción —sin consecuencias penales— de la gestación que es producto de una violación (abuso sexual con acceso carnal) y dicho permiso excepcional fue interpretado por la CSJN (en la causa "F., A. L.") como un "'derecho' reconocido a la mujer por su particular y trágica condición de víctima de un acto de violencia sexual que, al haber anulado su consentimiento, ha supuesto un ataque a su libertad de autodeterminación sexual y a su dignidad sexual" (fs. 1841). Como consecuencia, por esta vía, y "con prescindencia de los mecanismos procesales previstos para cuestionar normas con alcances generales y basado en el único soporte de su opinión personal", la actora prioritariamente "aspira a que la Provincia desconozca la habilitación o permiso reconocido por la ley de fondo a toda mujer víctima de una violación (según la interpretación efectuada por la CSJN), lo que implicaría establecer una prohibición —contra legem— allí donde la ley penal no la instituye" (fs. 1842). Otra vez, la recurrente no ha cumplido con la carga de refutar razonada o fundadamente toda esta línea de argumentos, que resulta medular.

La conclusión anterior se ve ratificada por el hecho de que los representantes de Portal de Belén jamás han dado razones —en términos federales— de por qué sería necesaria una revisión de lo sentado en la causa "F., A. L." y, por el contrario, parten de una reconstrucción inadecuada del ordenamiento jurídico argentino según la cual las normas provinciales relativas a la inviolabilidad de la vida (arts. 4, 19 y 59 de la CP, y la Ley n° 6222, art. 7, inc. d) prevalecerían por sobre las del propio Código Penal (art. 86, incs. 1 y 2) en todos los supuestos. Por esta vía y bajo la invocación del artículo 5 de la CN pretenden que el REF sea habilitado para asegurar el presunto primado de las disposiciones locales por sobre las federales, algo que veda expresamente la Ley n° 48 (art. 14, inc. 2) y que dejaría sin sentido al REF como tal. Esto se advierte claramente en la siguiente afirmación: "(T)al como sostuvo la sentencia de la Alzada (en alusión a la Cámara 3ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial), tal precedente (en referencia a 'F., A. L') no es aplicable, 'por la necesidad de tener en cuenta las normas de Derecho Público local (constitucionales y legales) que el Máximo Tribunal Nacional no pudo tener en cuenta al realizar la exhortación genérica (...) el apartamiento se funda en razones no examinadas ni resueltas por la Corte Nacional en el precedente 'F., A. L.' (fs. 1182 vta.)" (fs. 1941 vta.).

En tercer lugar, este TSJ ponderó que no media un caso judicial en propiedad, porque Portal de Belén no ha logrado acreditar que su cuestionamiento constitucional al protocolo establecido por Córdoba (para facilitar la interrupción de los embarazos a los que alude el art. 86 del Código Penal) puede desgajarse de su impugnación de base a la ley penal de fondo. Y esto no es posible porque, al margen de las previsiones normativas y de la interpretación efectuada por la CSJN en la causa "F., A. L.", en virtud de su propio esquema de valores y de preferencias axiológicas, la asociación defiende la tesitura de que "ninguna variante del aborto es jurídicamente posible en la Argentina, dado que la protección del por nacer es absoluta" (fs. 1843), de modo que "el aborto era y es un delito" (fs. 1844), y "han quedado derogadas 'para siempre' (fs. 105 vta.) las normas que despenalizan cualquier variante de aborto, como lo sería el artículo 86, inciso 2, del Código Penal" (fs. 1844). En ese sentido, de acuerdo con este Alto Cuerpo, ni siquiera la alternativa de impulsar una acción de amparo en clave colectiva, habilitada por la CN (art. 43), equivale a admitir la recepción de "una acción popular que posibilitara cuestionar cualquier norma con independencia del derecho, interés o título que se portara con tal fin" (fs. 1844 vta.). Y ese pareciera ser el objeto de Portal de Belén, a partir de su mera discrepancia con el límite a la persecución penal sentada por el legislador federal, en el ámbito propio de su legitimidad representativo-democrática (CN, art. 75, inc. 12), en atención a la singular condición de la mujer que ha resultado embarazada como producto de una agresión a su dignidad y a su esfera de autodeterminación sexual. Con mayor razón cuando la CSJN ha ratificado la plena constitucionalidad y convencionalidad del artículo 86 del Código Penal y ha exhortado a que las provincias dicten protocolos que posibiliten que las víctimas de una violación —si así lo decidieran— hagan uso del permiso o derecho que la norma les concede (interrumpir la gestación y no ser punidas por ello), sin que Portal de Belén haya planteado un caso judicial en propiedad, en sentido estricto, "con agravios dirimentes que volvieran plausible" revisar el control efectuado en la causa "F., A. L." (fs. 1846).

En cuarto lugar, solo después de haber determinado que, en virtud de la relevancia de lo que se demanda, no hay un caso judicial en propiedad, sino una

Thomson Reuters

mera disconformidad de la recurrente con el sentido de la legislación vigente (art. 86 del Código Penal), este TSJ avanzó en la siguiente dirección. Esto es en que, dada la dimensión constitucional de lo que está en juego (la autonomía personal de la mujer que ha sido coartada por un delito del que ha resultado una gestación no deseada ni consentida por ella), si hubiera caso, sería individual. Ello, porque a la gestante o "a su representante legal (en el caso de tratarse de una menor de edad o de una persona con alteraciones mentales) les corresponden exclusivamente el ejercicio de ese derecho personalísimo que, a su vez, tiene como paraguas la prescripción invulnerable del artículo 19 de la CN, según la cual nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe" (fs. 1848).

De acuerdo con la sentencia objetada, en principio, solo la gestante a la que alude el artículo 86 (inc. 2) del Código Penal se encontraría legitimada para, por ejemplo, cuestionar aspectos del protocolo en la medida en que constituyeran "una carga desproporcionada para el ejercicio del derecho de llevar adelante la práctica autorizada (interrupción de la gestación sin consecuencias punitivas), en condiciones de seguridad, higiene, celeridad y privacidad" (fs. 1848 vta.). Esto, desde que no está en juego un bien colectivo indivisible ni una pluralidad homogénea de intereses subjetivos afectados en la misma intensidad y por el mismo factor de agresión, dado que no se puede hipotetizar de antemano sobre "cómo podría reaccionar y decidir cada mujer ante la posibilidad que le brinda" la mencionada norma penal. Ello revela que, en dichas hipótesis, estarían en liza derechos intransferibles, que "no son susceptibles de ser representados colectivamente —menos por medio de acciones judiciales, como la sustanciada en estos autos, que busquen restringirlos o desconocerlos-" (fs. 1848 vta.). Por el contrario, en su afán por construir un caso colectivo, Portal de Belén parte de un supuesto incomprobable, viciado en términos lógicos y carente de actualidad: todas las mujeres abusadas en Córdoba decidirán abortar. Pero aun cuando por hipótesis esa fuera la decisión de cada gestante, seguiría siendo una determinación absolutamente personal, amparada por el artículo 86, inc. 2, del Código Penal, en el marco del artículo 19 de la CN, lo que ha sido ratificado por la CSJN.

En otras palabras, los representantes de Portal de Belén dejaron sin desvirtuar la premisa de la que ha partido este Alto Cuerpo según la cual "no se pueden colectivizar derechos o situaciones que, por sus peculiaridades, son individuales e intransferibles" (fs. 1849). En efecto, las dos hipótesis en las que el Código Penal no pune el aborto (grave peligro para la vida o la salud de la madre, y violación) descansan sobre el hecho excepcionalísimo de que se trata de situaciones no queridas, buscadas ni en las que la gestante haya decidido, porque "¡(l)a mujer no desea estar en grave estado de salud ni ser violada!" **(20)**. Como consecuencia, en atención a estas singulares circunstancias, el legislador ha posibilitado que sea la afectada la que decida la continuidad (o no) de una gestación en desarrollo o forjada en tal delicada coyuntura moral. Es él el que ha resuelto el dilema y el que ha dado prioridad al respeto por la dignidad de la mujer, a su inviolabilidad física, así como a su derecho a la autodeterminación, de manera que pueda resolver por sí misma una situación en la que ella no se ha colocado por propia voluntad. Como consecuencia, colectivizar esto y reconocerle legitimación a una asociación que le niega a la gestante el derecho de decidir, incluso ante semejantes tragedias y pese al permiso que le concede el ordenamiento jurídico, supondría penetrar en "un espacio de autonomía individual o coto vedado personal, que es intransferible, invulnerable, infranqueable e indisponible sin el consentimiento de la titular" (fs. 1849).

Lo anterior, según este TSJ, pone de manifiesto la indelegabilidad de decisiones que, además de estar condicionadas por excepcionales circunstancias (embarazos en situaciones de grave peligro para la salud o la vida de la gestante o que son producto de una violación), dependen o son parasitarias —como postula la ética— de los deseos, creencias, ideales, proyectos de vida, sistemas de referencias (religiosos, filosóficos, morales), etc., de las personas concebidas como agentes morales autónomos y responsables. En otras palabras, el papel justificatorio de las razones para decidir en una u otra dirección (interrumpir o no la gestación) es eminentemente personal, lo que evidencia que, en relación con la habilitación que concede el artículo 86 del Código Penal, están en juego derechos o bienes cuyo ejercicio o despliegue depende de opciones válidas de moral privada que no admiten ningún tipo de colectivización, como la que reivindica la actora. En efecto, esta última desconoce a la mujer —en todos los casos, de forma absoluta— el permiso que la propia ley penal le concede. Por esta vía, de acuerdo con este Alto Cuerpo, Portal de Belén niega a la víctima de una violación dos principios: "el de autonomía, que permite diseñar proyectos de vida según las propias convicciones, y el de inviolabilidad, que prohíbe imponer sacrificios contra la voluntad de la damnificada (por un delito), con más razón cuando la propia ley penal de fondo le concede la posibilidad de desplegar una conducta (interrumpir la gestación) sin consecuencias penales para ella y para el médico que llevara adelante la práctica (cfr. el encabezado del art. 86 del Código Penal)" (fs. 1851 vta. y 1852). Otra

(20) Lariguet, Guillermo; La moral, la política y el derecho, Euros Editores S. R. L., Bs. As., 2018, p. 638.

Thomson Reuters

vez, Portal de Belén omitió toda crítica razonada a este segmento clave.

En síntesis, la actora ni siquiera intentó poner en crisis el método ensayado por este TSJ para ponderar la legitimación colectiva demandada en función del impacto cruzado u oblicuo que ella, de rebote, tendría en los derechos personalísimos de las gestantes. De acuerdo con dicho esquema, eventualmente, el caso debería ser individual para que la propia damnificada o víctima de una violación —en los términos del artículo 86, incs. 1 y 2, del Código Penal— pudiera decidir si hace uso (o no) del permiso o habilitación que le reconoce el legislador. Por el contrario, si se concluyera que el caso es colectivo y se le reconociera poder para actuar a una asociación que considera que el aborto no es legítimamente posible en ninguna hipótesis, por vía indirecta, se admitiría que la mujer debería ser forzada a actuar en contra de la posibilidad autónoma de asignarle un sentido a su propia vida, que, en el supuesto de la agresión sexual, ha resultado dañada. En contra del derecho que le atribuye el Código Penal (de interrumpir la gestación), se caería en la violencia de imponer heterónomamente a la gestante, casi "al borde de tesis perfeccionistas" (fs. 1851 vta.), un único sentido posible a su vida, el que propugna Portal de Belén a partir de la premisa de que el aborto es moralmente insostenible aun cuando el embarazo fuera fruto de una violación. De allí que este TSJ advirtiera que diluir nuevamente la libertad de elección de la víctima, que ya ha sido privada de decidir en virtud de un abuso sexual no consentido por ella, negándole la opción que le brinda el legislador, "colocaría al Estado provincial en contradicción con las obligaciones asumidas por la Argentina en virtud de sus compromisos internacionales" (fs. 1850 vta.). El recurrente también ha dejado sin afrontar el argumento dado por este TSJ de que, justamente, la posibilidad de que algunas gestantes pudieran pretender llevar adelante abortos a toda costa, aun cuando la gestación no fuera fruto de un abuso sexual con acceso carnal, pondría de manifiesto rotundamente que, de haber caso, sería individual. En efecto, como se ha destacado en la sentencia, "al médico que en concreto desarrollara la practica solicitada le cabría, ante la duda —por examen médico ginecológico de la mujer—, la posibilidad de denunciar el hecho; esto, teniendo en cuenta que, quitando las condiciones a las que alude el artículo 86 (en sus incisos primeros y segundo) para liberar a dicha conducta de la reacción punitiva, el aborto voluntario constituye un delito, de conformidad con el artículo 88 del Código Penal y dicha prohibición se extiende —obviamente— al profesional que lo practicara (cfr. los arts. 85 y 86, primera parte, del mencionado código)" (fs. 1852 vta./1853). Esto, sin dejar de mencionar que, en la causa "F., A. L.", la Corte Suprema ya había advertido que ni siquiera tales casos conjeturales —que tanto preocupan a la actora— pueden enervar el derecho de las mujeres que, efectivamente, han sido agredidas en su dignidad sexual. Así, la CSJN sostuvo: "Que si bien este Tribunal advierte la posibilidad de configuración de 'casos fabricados', considera que el riesgo derivado del irregular obrar de determinados individuos, —que a estas alturas solo aparece como hipotético y podría resultar, eventualmente, un ilícito penal—, no puede ser nunca razón suficiente para imponer a las víctimas de delitos sexuales obstáculos que vulneren el goce efectivo de sus legítimos derechos o que se constituyan en riesgos para su salud" **(21)**.

En ningún momento los representantes de Portal de Belén replicaron la secuencia de fundamentos brindados por este TSJ para concluir que no hay un caso judicial (art. 116 de la CN) y, mucho menos, uno de carácter colectivo en los términos del artículo 43 de la CN. Por el contrario, han insistido en plantear que están en juego los intereses de dos colectivos en disputa. Por una parte, el de "las mujeres que quieren abortar", que están "tutelados por la tercera coadyuvante" (Asociación por el Derecho a Decidir), afirmación que, por cierto, se contradice con la que la propia accionante había sostenido con anterioridad, cuando negaba que el derecho a la salud de las mujeres pudiera "formar parte de la litis" y cuando entendía que si dicha asociación pretendía tal defensa debía "hacerlo en algún otro pleito donde fuera pertinente, pero jamás podría hacerlo en este juicio" (fs. 341). Y en el otro polo, según su lectura, se encuentran los derechos de las personas por nacer, que "han sido aniquilados por el fallo en crisis" (fs. 1933). Pero esta forma de enfocar las cosas también omite refutar tajantemente lo sentado por este TSJ de que, "más allá de los diferentes esquemas de preferencias axiológicas que admite nuestro ordenamiento" (fs. 1845), el órgano con competencia constitucional para reglamentar derechos con alcances generales (art. 75, inc. 12, CN) ha resuelto la extrema conflictividad que describe el artículo 86, inciso 2, del Código Penal al posibilitar que la mujer, por su especial condición de víctima de una agresión sexual, pueda interrumpir la gestación sin consecuencias punitivas. Esta forma de solucionar el dilema, por cierto, ha sido ratificada constitucionalmente por la CSJN.

En otras palabras, como Portal de Belén no admite que la legislación penal de fondo haya despejado la tensión entre los derechos del nasciturus y los de la gestante cuyo embarazo es fruto de una violación considera —como a lo largo de todas sus presentaciones— que el conflicto persiste y que arrastra a la guía

(21) CSJN, Fallos: 335:197 (considerando n° 28 del voto de los jueces Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco, Carlos S. Fayt, Juan Carlos Maqueda y Eugenio Raúl Zaffaroni).

Thomson Reuters

o protocolo elaborado para facilitar la practica que posibilita excepcionalmente la interrupción de la gestación de forma no punible. Por eso, en vez de refutar las razones brindadas por este TSJ, la asociación se limitó a repetir que "si Portal de Belén no tutela en estos autos el derecho a la vida de los 80.000 cordobeses que nacen cada año, nadie lo hará y todo el aparato sanitario público se dedicará a acabar con la vida de todos aquellos cuyas progenitoras así lo pidan —con solo firmar un formulario—, sin riesgo alguno que se investigue si realmente el embarazo fue producto de una violación o de una relación consentida con su marido, pareja o quien fuera" (fs. 1934). Por esta vía, Portal de Belén, nuevamente, desconoce el artículo 86 del Código Penal y la interpretación que de él ha efectuado la CSJN, según la cual, ante la "ausencia de reglas específicas para acceder al aborto permitido en caso de violación", ello "supone tan solo como necesario que la víctima de este hecho ilícito, o su representante, manifiesten ante el profesional tratante, declaración jurada mediante, que aquel ilícito es la causa del embarazo, toda vez que cualquier imposición de otro tipo de trámite no resultará procedente pues significará incorporar requisitos adicionales a los estrictamente previstos por el legislador penal" **(22)**.

Lo anterior ratifica que la recurrente denomina agravio federal a lo que simplemente no se condice con su propia lectura de las cosas, sin preocuparse por desmantelar críticamente las razones brindadas por este TSJ o la incidencia que en ellas ha tenido lo resuelto por la CSJN en la causa "F., A. L.". Por ello, Portal de Belén persiste en que el artículo 86 del Código Penal es inconstitucional y que lo decidido en "F., A. L." es nulo de nulidad absoluta y "no es aplicable" (cfr. fs. 113 y 118). Por esta vía considera que la conclusión de este Alto Cuerpo de que no hay un caso judicial en propiedad vulnera la inteligencia del artículo 18 de la CN al impedir que "el colectivo de personas por nacer tenga oportunidad de defenderse judicialmente, frente a la agresión a su derecho a la vida perpetrada por la Resolución n° 93/12 y su anexo" (fs. 1936 vta.). Esto, desde que, según su óptica, el mencionado protocolo o guía "legitima a toda embarazada para solicitar el aborto y no otorga ninguna representación para que las personas por nacer sean representadas —su representante legal solicita abortar al nasciturus, lo que significa acabar con su vida—, ni otorga vía administrativa o judicial alguna para ello" (fs. 1937).

Como puede apreciarse, la actora denuncia como agravio lo que, en realidad, es solo una mera discrepancia con la interpretación sentada por la CSJN en la causa "F., A. L.", según la cual, "tal como lo ha señalado la Organización Mundial de la Salud, la exigencia de que las víctimas de violación, para calificar para el aborto, tengan que elevar cargos contra su agresor, obtener informaciones policiales, requerir autorización de un tribunal o satisfacer cualquier otro requisito que no sea médicamente necesario, puede transformarse en una barrera que desaliente a quienes tienen expectativas legítimas de buscar servicios sin riesgos y en forma temprana" **(23)**. Solo en función de esta desavenencia de base, Portal de Belén cuestiona el sentido del pronunciamiento del TSJ y a la propia Resolución n° 93/12, dictada en cumplimiento de la exhortación realizada por la Corte Suprema para que las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires dictaran "protocolos hospitalarios para la concreta atención de los abortos no punibles a los efectos de remover todas las barreras administrativas o fácticas al acceso a los servicios médicos" **(24)**.

En síntesis, más que de un agravio federal en propiedad, Portal de Belén ha puesto de manifiesto que, bajo el pretexto de reprocharle a este TSJ la no habilitación de un amparo en clave colectiva en los términos del artículo 43 de la CN —en conexión con la presunta violación de las reglas del debido proceso (CN, art. 18)—, lo que pretende en realidad es la inaplicabilidad del artículo 86 del Código Penal y de la doctrina sentada en la causa "F., A. L.". En otras palabras, insiste en objetar el sentido de la salida diseñada por el propio legislador nacional a través de una suerte de acción popular que resulta inadmisible con nuestro sistema de control de constitucionalidad federal, en el cual los jueces solo ejercen jurisdicción en los casos contenciosos en que son requeridos a instancia de parte (art. 2 de la Ley n° 27). Esto último, teniendo en cuenta que, en función de los artículos 116 y 117 de la CN, dichos casos "'son (aquellos) en (los) que se persigue en concreto la determinación del derecho debatido entre partes adversas', motivo por el cual no hay causa 'cuando se procura la declaración general y directa de inconstitucionalidad de las normas o actos de los otros poderes', ni, por ende, existe facultad alguna en cabeza del Poder Judicial de la Nación que lo autorice, en tales circunstancias, a formular dichas

(22) CSJN, Fallos: 335:197 (considerando n° 27 del voto de los jueces Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco, Carlos S. Fayt, Juan Carlos Maqueda y Eugenio Raúl Zaffaroni).

(23) CSJN, Fallos: 335:197 (considerando n° 27 del voto de los jueces Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco, Carlos S. Fayt, Juan Carlos Maqueda y Eugenio Raúl Zaffaroni).

(24) CSJN, Fallos: 335:197 (considerando n° 29 del voto de los jueces Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco, Carlos S. Fayt, Juan Carlos Maqueda y Eugenio Raúl Zaffaroni).

Thomson Reuters

declaraciones (Fallos: 307:2384, considerando 2.o, sus citas y muchos otros)" **(25)**.

III.b Fundamentos relacionados con la compatibilidad entre las disposiciones penales que contemplan hipótesis de abortos no punibles y las normas constitucionales y convencionales que garantizan el derecho a la vida

La segunda cuestión federal denunciada por la recurrente es que, con su decisión, este TSJ habría vulnerado la inteligencia de las disposiciones con rango constitucional (art. 75, incs. 22 y 23 de la CN; art. 4.1 de la CADH, y arts. 1, 2.1, 3.1, 6.1 y 6.2 de la CDN, así como la declaración interpretativa efectuada por la Argentina sobre tal convención) que reconocen la inviolabilidad de la vida de todo ser humano desde el momento de la concepción (fs. 1934). Tal como lo habían hecho en relación con los dos agravios anteriores, los representantes de la demandante volvieron a concentrarse exclusivamente en su propia interpretación de las disposiciones constitucionales y convencionales sin detenerse a poner en crisis las razones esgrimidas por este TSJ. Así, una mera lectura de lo sostenido por Portal de Belén en este acápite (fs. 1934/1936 vta.) basta para corroborar que hay una única mención a la sentencia cuestionada por medio del REF. Resulta elemental que toda expresión de agravios de una parte, para ser reconocida como tal, debe contener una enunciación mínima de aquellos fundamentos de la resolución impugnada que supuestamente le causan perjuicio. En vez de haber efectuado esto, la accionante se ha limitado a recitar y a reiterar —como lo había hecho a lo largo de estos autos— cómo considera que debe articularse todo el entramado de normas que conforman el bloque de constitucionalidad y de convencionalidad federal. Esto, para poder postular que, "en el conflicto de intereses entre la madre violada y su hijo aún no nacido, debe primar siempre el superior interés del niño a su propia vida —que es inviolable—, a poder nacer y vivir" (fs. 1935). Por esta vía, otra vez, la recurrente no ha cumplido con el mandato de la Acordada n° 4/2007 (art. 10) de la CSJN, según el cual "(l)a fundamentación del recurso extraordinario no podrá suplirse mediante la simple remisión a lo expuesto en actuaciones anteriores, ni con una enunciación genérica y esquemática que no permita la cabal comprensión del caso que fue sometido a consideración de los jueces de la causa".

En esa interpretación propia, los representantes de Portal de Belén ensayaron la forma en que entienden que, de acuerdo con su propio esquema de preferencias personales según el cual el aborto no resulta admisible en ninguna variante en la Argentina, deben armonizarse los derechos en juego. Así, subrayaron que, como la violación es un hecho irreversible, "la madre no tiene ninguna ventaja del aborto" (fs. 1935). En cambio, si se le niega tal opción (la de interrumpir la gestación), "la mujer violada deberá continuar con el embarazo —no por un capricho perfeccionista de la actora (como sostiene V. E. a f. 1851 vta.), sino porque es una obligación legal que le imponen los arts. 638 y 639, inc. a, del Cód. Civ. y Com. de la Nación" (fs. 1935 y vta.). Por esta vía, afirman que su "derecho a la salud hará que obtenga la atención psicológica necesaria, además de la persecución penal del violador —previo denuncia suya—" (fs. 1935 vta.); mientras tanto, "el hijo conserva su vida, y con ella la totalidad de los derechos fundamentales en juego" (fs. 1935 vta.). Por ello, la conclusión de Portal de Belén es la siguiente: "Sin un gran detrimento al interés de la madre, se ha protegido en plenitud el derecho a la vida del nasciturus, lo mismo que las normas de derechos humanos al respecto.

Se ha producido una efectiva y adecuada tutela judicial de las mismas, y se ha hecho operativa la 'supervivencia' del por nacer" (fs. 1935 vta.). Por supuesto que toda la construcción de Portal de Belén se basa en su oposición al hecho de que la gestante, con "solo firmar una declaración jurada afirmando que el embarazo habría sido producto de una violación", podría "obligar al sistema sanitario público a realizarle un aborto", porque así "la propia madre —representante legal de la persona por nacer— está en contradicción con el derecho a la vida del nasciturus" (fs. 1935 vta.).

Como puede observarse, lejos de criticar fundadamente la sentencia de este TSJ, la recurrente se focalizó en su propio desarrollo, al margen de la previsión expresa del artículo 86 del Código Penal y de la interpretación efectuada por la CSJN en la causa "F., A. L.", según la cual "el artículo 86, inciso 2°, del Código Penal no exige ni la denuncia ni la prueba de la violación como tampoco su determinación judicial para que una niña, adolescente o mujer pueda acceder a la interrupción de un embarazo producto de una violación" **(26)**.

Por ello, Portal de Belén también dejó sin replicar la premisa de este Alto Cuerpo de que el artículo 4.1 de la CADH no puede ser leído de forma que lleve a salidas absolutas, porque la propia disposición de dicha convención sienta que el derecho a la vida debe ser garantizado, "en general", desde la concepción. Y, en ese sentido, se ha destacado que la Corte Interamericana de Derechos Humanos explicó que esa locución

(25) CSJN, Fallos: 323:4098 (considerando n° 6 del voto en común).

(26) CSJN, Fallos: 335:197 (considerando n° 27 del voto de los jueces Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco, Carlos S. Fayt, Juan Carlos Maqueda y Eugenio Raúl Zaffaroni).

Thomson Reuters

"fue añadida para conciliar las diferentes posiciones frente a la formulación absoluta que implicaba la locución 'desde el momento de la concepción' y a raíz de que algunos países americanos —entre los que, precisamente, se encontraba la Argentina— contaban con legislaciones que posibilitaban el aborto o variantes en las que no era punible, lo que desembocó en la redacción del artículo 4.1 tal como se lo conoce actualmente" (fs. 1842 vta.).

En la misma línea y centrada excluyentemente en su propio parecer, Portal de Belén dejó sin refutar las siguientes razones brindadas por este Alto Cuerpo: 1) La asociación efectúa "una lectura sesgada del bloque de constitucionalidad y convencionalidad" (fs. 1842 vta.). 2) Aunque dice apoyarse en la autoridad de la CDN niega entidad al Comité de los Derechos del Niño, establecido en virtud de dicha convención, que "ha advertido sobre la posible responsabilidad que le cabría al Estado argentino de sostener interpretaciones restrictivas del aborto no punible", según lo ha señalado la propia CSJN en la causa "F., A. L." (fs. 1842 vta.). 3) Como la actora parte de que el aborto no es admisible en ninguna variante, la consecuencia lógica es que la mujer debería ser forzada a llevar a término la gestación incluso en los casos previstos como no punibles (art. 86, incs. 1 y 2, del Código Penal), en abierta colisión con el derecho de toda mujer a preservar su salud psicofísica, a la autoconservación y al respeto del diseño existencial que hubiera proyectado para "su propia vida personal, reproductiva y familiar" (fs. 1849 vta.), en los términos de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 16, en particular el inciso e).

4) Una legitimación extraordinaria como la invocada por Portal de Belén, que parte de la negativa tajante y absoluta del permiso que el legislador le reconoce a la gestante de interrumpir el embarazo por su especial condición (de víctima de un delito de agresión sexual o por el peligro que corre su vida o salud), por vía oblicua y por sus implicancias, "en los hechos significaría —también— una injerencia arbitraria y abusiva en la vida privada de la damnificada (lo que está proscripto por el artículo 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, CADH), además de una confiscación del derecho de toda persona de ser oída en cualquier causa en la que se determinaran sus derechos y obligaciones (art. 8.1, CADH)" (fs. 1850). 5) Las prohibiciones que prevé la Ley n° 6222 (arts. 5, inc. b, y 7, inc. d) en el sentido de que los médicos en Córdoba no pueden participar de ninguna práctica que suponga la interrupción de un proceso de gestación, "deberían ser reinterpretadas a la luz de la doctrina fijada por la Corte Suprema en la causa 'F., A. L.', de manera que queden fuera de dichas restricciones únicamente las situaciones excepcionales contempladas por el artículo 86, incisos 1 y 2 del Código Penal (supuestos de abortos no punibles)" (fs. 1852 vta.). En definitiva, en pos de su pretensión de que el derecho del por nacer es absoluto, Portal de Belén esgrime que este TSJ ha violado una serie de disposiciones normativas con rango constitucional (entre muchas otras, el art. 4.1 de la CADH; cfr. la fs. 1934), pero asienta esa conclusión sobre su propia y personal lectura de tales previsiones, con prescindencia de lo sentado por quienes operan como intérpretes finales de nuestro bloque de constitucionalidad y convencionalidad federal: la propia CSJN o la Corte IDH. Para esta última, por ejemplo, "la violación sexual constituye una forma paradigmática de violencia contra las mujeres" **(27)**. Asimismo, dicho tribunal ha subrayado que "la libertad y autonomía de las mujeres en materia de salud sexual y reproductiva ha sido históricamente limitada, restringida o anulada con base en estereotipos de género negativos y perjudiciales" **(28)**, lo cual "se ha debido a que se ha asignado social y culturalmente a los hombres un rol preponderante en la adopción de decisiones sobre el cuerpo de las mujeres y a que las mujeres son vistas como el ente reproductivo por excelencia" **(29)**.

Precisamente, en su REF, los representantes de Portal de Belén se limitaron a insistir en que, como corolario de su reconstrucción de todo el entramado normativo en juego, debe negarse la posibilidad del aborto no punible y "la mujer violada deberá continuar con el embarazo" (fs. 1935). Por esta vía omitieron abordar otras razones brindadas por este Alto Cuerpo. Entre otras que, por ejemplo, de acuerdo con el Tribunal Constitucional de Chile, en las hipótesis en que el embarazo es producto de una violación "la madre no puede ser considerada como un instrumento utilitario de protección del no nacido", porque la maternidad "no puede ser una imposición del Estado a cualquier costo de la mujer", dado que ella "no es un medio" (fs. 1852).

En síntesis, lo que se denuncia como agravio federal no es más que una discrepancia montada desde el propio esquema de preferencias y valores que, aunque respetable desde la rica pluralidad de opciones válidas de moral privada que admite nues-

(27) Corte IDH, sentencia (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), caso "Mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco c. México", 28 de noviembre de 2018, párrafo 183.

(28) Corte IDH, sentencia (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), caso "I. V. c. Bolivia", 30 de noviembre de 2016, párrafo 243.

(29) Corte IDH, sentencia (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), caso "I. V. c. Bolivia", 30 de noviembre de 2016, párrafo 243.

Thomson Reuters

tro orden constitucional (CN, art. 19), no puede invocarse para forzar o imponer conductas a otros que no comparten dichas cosmovisiones, mucho menos cuando ellas son permitidas por la legislación vigente. En ese sentido puede interpretarse la expresión contenida en el REF, cuando la recurrente, casi al borde de una imprecación, desliza: "¡Que Dios y Portal de Belén las ayuden!" (fs. 1936 vta.). Esto, en alusión a las mujeres que habrían decidido abortar y a lo que supuestamente experimentarían —según su visión— "cuando logran comprender lo que hicieron" (fs. 1936 vta.). Aquí resulta pertinente recordar lo que sostenía un destacado filósofo del derecho contemporáneo: "Uno puede ver el trabajo que la Corte —y no solo la Corte, sino todos nosotros— ha hecho en crear una fábrica constitucional de libertades (…). En uno de los comentarios más famosos en derecho constitucional, el juez Jackson observó: 'Si hay una estrella firme y fija en el firmamento de la teoría constitucional, esa es que nunca habrá un punto de vista oficial, ni una posición ortodoxa que dé una respuesta correcta a los profundos interrogantes de por qué la vida es sagrada o por qué tiene un valor intrínseco, o qué hace que la vida sea mejor o peor'" **(30)**.

En otras palabras, Portal de Belen se ha limitado a poner de manifiesto —una vez más— su propia perspectiva particular, que desconoce la salida diseñada por la legislación de fondo. Conviene insistir en este punto: si en los términos del artículo 86 del Código Penal (incs. 1 y 2) se parte de que la mujer no desea estar en grave estado de salud ni ser violada y si se tiene en cuenta que "las obligaciones son racionales si están al alcance de lo que se puede hacer" **(31)** puede concluirse que Portal de Belén, al insistir en que "la mujer violada deberá continuar con el embarazo" (fs. 1935) y que esta es la lectura correcta de las disposiciones del bloque de constitucionalidad y de convencionalidad, está reclamando algo que ni la moral demanda a sus agentes, con mayor razón cuando se trata de situaciones no buscadas ni deseadas por los propios afectados. En definitiva, más que poner en evidencia un agravio federal como producto de la sentencia de este Alto Cuerpo, la recurrente ha puesto de manifiesto que procura la reconfiguración de los presupuestos básicos sobre los que se erige nuestro sistema jurídico en función de su propia y exclusiva cosmovisión.

III.c Fundamentos referidos a la forma en que deben armonizarse las disposiciones locales con las nacionales en un estado federal

Como último agravio, la recurrente esgrimió que la sentencia de este Alto Cuerpo ha violado la forma federal de estado (arts. 1 y 5 de la CN). Esto, porque, según el REF planteado, la decisión volvió presuntamente inaplicables los artículos 4, 19 y 59 de la CP, así como el artículo 7 (inc. d) de la Ley provincial n° 6222, que prohíbe a los médicos "(p)racticar, colaborar, propiciar o inducir la interrupción de la gestación por cualquier procedimiento realizado con ese fin". De acuerdo con los representantes de Portal de Belén, en virtud de tal prohibición, que es coherente "con la protección de la vida humana desde la concepción" (arts. 4 y 19 de la CP) y con el poder de policía "en materia de legislación y administración sobre salud" (art. 59 de la CP), tal interdicción "nunca puede ser eliminada por una simple resolución de la cartera sanitaria" (fs. 1938 vta.). Por lo tanto, como este TSJ rechazó la acción de amparo que había promovido la asociación, esta entiende que se ha vulnerado "derechamente el sistema federal de gobierno, tanto de la República Argentina cuanto de la provincia de Córdoba" (fs. 1938 vta.). En virtud de esto, asevera que la Resolución n° 93/12, del Ministerio de Salud de Córdoba, "invocando una disposición del Código Penal y un desafortunado precedente de la CSJN, obliga al sistema sanitario provincial a realizar abortos a través de sus agentes" (fs. 1938 vta.).

Como a lo largo de todo el recurso extraordinario, Portal de Belén incurre en el mismo vicio: detenerse en su propia lectura de las cosas. Lo que llama agravio a la forma federal no es más que la reproducción literal de un entramado de normas provinciales y la interpretación sesgada que de ellas hace para concluir que prevalecen por sobre "una disposición del Código Penal y un desafortunado precedente de la CSJN" (fs. 1938 vta.). No alude a ningún fundamento brindado por este TSJ (a ninguno): solo entiende que, al haber rechazado la demanda de amparo y al no haber dado prioridad a las normas locales, la sentencia contribuyó a enervar las instituciones cordobesas (cfr. la f. 1938), para las cuales —según su esquema de valores y preferencias personales— el derecho a la vida del por nacer es absoluto, con independencia de lo establecido por el artículo 86 (incs. 1 y 2) del Código Penal, ratificado constitucionalmente por la Corte Suprema en la causa "F., A. L.".

El recurrente no ha acreditado que medie una resolución contraria a un derecho federal (Acordada n° 4/2007, art. 3, inc. e). Esto, porque, bajo la apariencia de una violación a la autonomía provincial garantizada por la forma federal de estado (arts. 1 y 5), en

(30) Dworkin, Ronald; Fritz B. Burns Lecture: Euthanasia, Morality and the Law - Transcript, [31], Loy L. A. L. Rev. 1147 [1998], pp. 1149/1150.

(31) Lariguet, Guillermo; La moral, la política y el derecho, ob. cit., p. 638.

Thomson Reuters

realidad, lo que pretende es asegurar el primado de las normas locales que cita (arts. 4, 19 y 59 de la CP, y la Ley n° 6222, en particular el art. 7, inc. d) y que, según su lectura personal, desplazan a la dictada por el propio Congreso de la Nación (art. 86, incs. 1 y 2, del Código Penal), con prescindencia del escalonamiento jerárquico sobre el que se asienta el principio de supremacía de la CN (art. 31 de la CN), que ha sido omitido frontalmente por Portal de Belén.

La recurrente ha planteado el agravio como una presunta cuestión federal simple (cfr. fs. 1931 vta.) en función de que —según su lectura— el sentido de la decisión de este TSJ habría vulnerado la forma federal y la autonomía asegurada por ella, presuntamente por haber dejado sin aplicación las disposiciones provinciales que aseguran el carácter absoluto del derecho a la vida desde la concepción. De esta manera evitó presentarlo como una colisión abierta y frontal entre dichas normas locales y la del Código Penal (art. 86, incs. 1 y 2) que, por el contrario, parte de que, en los supuestos en los que está en juego la vida o la salud de la mujer embarazada o el embarazo es producto de una violación, la gestación puede ser interrumpida sin consecuencias punitivas. Esto último presupone relativizar aquella premisa que, por el contrario, hace que para Portal de Belén el derecho a la vida del por nacer sea absoluto e inderrotable.

El estratagema empleado tiene sus límites. Ello, porque, pese al nombre dado al agravio (presunta cuestión federal simple en la que estaría en juego la inteligencia de las disposiciones de la CN que consagran la autonomía provincial en el marco de un estado federal), Portal de Belén dejó en claro que entiende que la norma federal debe ceder. Esto, dado que, según su interpretación, no se puede invocar "una disposición del Código Penal y un desafortunado precedente de la CSJN" para obligar "al sistema sanitario provincial a realizar abortos a través de sus agentes" (fs. 1938 vta.). De esto resulta evidente que la recurrente persigue que el REF sea habilitado para garantizar lo que considera que debe primar: el derecho local, algo impropio de tal recurso. En otras palabras, desde su perspectiva, lo que agravia verdaderamente a dicha parte es que la resolución de este Alto Cuerpo no haya consagrado esa insólita supremacía.

Sin haber entrado de lleno en el análisis de la armonización entre las normas locales y las que conforman el bloque de constitucionalidad y convencionalidad federal, este Alto Cuerpo se limitó a enfatizar que, precisamente, no había un caso judicial en propiedad, sino "una discrepancia de la parte actora respecto del artículo 86, inciso 2, del Código Penal, y la interpretación efectuada por la CSJN en 'F., A. L.'; seguidamente, y por una suerte de efecto reflejo, dicha objeción se traslada a la guía que en la provincia fue dictada en virtud de la exhortación concretada en dicha causa" (fs. 1842 vta.). Y la mayor prueba de esta desavenencia es que, en el REF, lejos de refutar esa conclusión, la demandante la confirmó al sostener que la prohibición de practicar abortos que existe en la provincia con carácter absoluto —según su lectura— "no puede ser eliminada por una simple resolución de la cartera sanitaria" (en alusión a la Resolución n° 93/12) que solo invoca como soporte "una disposición del Código Penal y un desafortunado precedente de la CSJN (en alusión al caso 'F., A. L.')" (fs. 1938 vta.).

En la misma línea, este TSJ insistió en que, como no media un caso judicial en propiedad sino la mera desavenencia de la recurrente, ello impedía reeditar el control de constitucionalidad practicado y hasta un eventual apartamiento de lo sentado en la causa "F., A. L.", porque no se había aportado "ningún argumento decisivo que obligue a ese nuevo examen de la situación" (fs. 1846). Solo en atención a esto, sin mayores profundizaciones —porque no lo demandaba el sentido de lo resuelto—, este Alto Cuerpo advirtió que las interdicciones que prevé la Ley n° 6222 (arts. 5, inc. b, y 7, inc. d), dirigidas a impedir que los médicos participen de intervenciones que supongan interrumpir una gestación, "deberían ser reinterpretadas a la luz de la doctrina fijada por la Corte Suprema en la causa 'F., A. L.', de manera que queden fuera de dichas restricciones únicamente las situaciones excepcionales contempladas por el artículo 86, incisos 1 y 2, del Código Penal (supuestos de abortos no punibles)" (fs. 1852 vta.).

Este breve desarrollo acredita que no existe una resolución contraria a un derecho federal, que es el presupuesto común que exigen las tres hipótesis que contempla el artículo 14 de la Ley n° 48 (incs. 1, 2 y 3) para admitir un REF, además de requerirlo la propia Acordada n° 4/2007 (art. 3, inc. e). Por el contrario, en forma implícita, la sentencia se ha limitado a reafirmar que, en esta cuestión, el punto de partida insoslayable son "los alcances delimitados por la CSJN en la causa 'F., A. L.'" (fs. 1841). En cambio, Portal de Belén persigue la habilitación del REF con el objeto de propiciar algo que contradice el fin para el que ha sido concebido este instrumento. Esto, desde que busca asegurar la aplicación de las normas provinciales con un alcance absoluto que las vuelve incompatibles con las disposiciones que conforman el bloque de constitucionalidad y de convencionalidad federal. Por eso, precisamente, la demandante asevera que ese plexo local no puede resultar inaplicable en virtud de la "disposición del Código Penal y un desafortunado precedente de la CSJN" (fs. 1938 vta.).

Thomson Reuters

Por otra parte, si además se tiene en cuenta que, en la causa "F., A. L.", la CSJN ratificó la concordancia de la previsión del artículo 86 (incs. 1 y 2) del Código Penal con las disposiciones de los tratados internacionales de derechos humanos suscriptos por la Argentina, cobra sentido la advertencia formulada por la tercera respecto de la magnitud de lo que pretende Portal de Belén. En efecto, según Mujeres por el Derecho a Decidir, y en virtud de las denominadas "cláusulas federales" con las que cuentan algunas convenciones (como la CADH, art. 28), el Estado argentino en su conjunto está obligado al cumplimiento de las disposiciones de dichos convenios "sin que las normativas locales puedan ser alegadas para su incumplimiento" (fs. 2003).

IV. Más que de un caso de sentencia arbitraria se trata de una mera discrepancia con el sentido de lo resuelto

Como se ha fijado en el considerando n° II, solo un segmento de la causal que el recurrente denuncia como presunta "sentencia arbitraria" será considerado por haber sido introducido en forma oportuna como motivo de agravio federal. Se trata de lo referido a la supuesta falta de fundamentación por "afirmaciones dogmáticas" en que habría incurrido este Alto Cuerpo (fs. 1941 vta.). De acuerdo con la parte actora, este TSJ habría sostenido —o ello se desprendería de la resolución— que "el precedente 'F., A. L.' sería irrevisable" (fs. 1941 vta.), que "los nasciturus no tendrían un interés homogéneo de clase a conservar su propia vida" (fs. 1941 vta.) y que "una resolución ministerial podría dejar sin efecto una ley provincial reglamentaria de precisas normas constitucionales de Córdoba" (fs. 1942 vta.).

Respecto del primer argumento, este TSJ no afirmó —en las fs. 1847/8 ni en ninguna otra— que "el precedente 'F., A. L.' sería irrevisable", como esgrimen los representantes de Portal de Belén. Solo se limitó a subrayar que, como no media un caso judicial en propiedad y como la parte actora no ha expresado "agravios dirimentes que volvieran plausible un apartamiento de lo sentado en la causa 'F., A. L." (fs. 1846), no hay posibilidad de reeditar con efectos prácticos y con relevancia jurídica el control practicado por la CSJN sobre los alcances del artículo 86 (incs. 1 y 2) del Código Penal.

Una vez más, la recurrente se ha encerrado en su propia visión de las cosas, según la cual lo fijado en "F., A. L." no resultaría aplicable en Córdoba porque no se habrían tenido "en cuenta las normas de Derecho Público local (constitucionales y legales)" (fs. 1941 vta.). Por esta insólita vía, las hipótesis de abortos no punibles consagradas por el propio Código Penal (federal) cederían ante el primado de las disposiciones propias (las locales), motivo por el cual aquellos supuestos tendrían validez para el resto de las provincias, pero no para Córdoba, pese a tratarse de una atribución delegada por las provincias al gobierno federal (al Congreso): la de sancionar el Código Penal, entre otros (CN, art. 75, inc. 22). Esta posición insular es llevada al paroxismo cuando la accionante presenta cuál es el esquema que tendría que regir en Córdoba: la mujer violada debería ser forzada a llevar el embarazo a término y dar al recién nacido en adopción, con lo cual su "derecho a la salud hará que obtenga la atención psicológica necesaria, además de la persecución penal del violador —previo denuncia suya—" (fs. 1935 vta.). Esto último, por cierto, en abierta colisión con el criterio señalado en "F., A. L.", según el cual "el artículo 86, inciso 2°, del Código Penal no exige ni la denuncia ni la prueba de la violación como tampoco su determinación judicial para que una niña, adolescente o mujer pueda acceder a la interrupción de un embarazo producto de una violación" **(32)**.

Como puede apreciarse, este TSJ no ha incurrido en ningunas de las variantes que, según la CSJN, vuelven a una sentencia arbitraria: decisión fundada en la sola voluntad de los jueces, prescindencia de lo expresamente dispuesto por la ley aplicable, equivocación grosera que la vuelva inconcebible dentro de una racional administración de justicia, entre otras. Por el contrario, este Alto Cuerpo se ha limitado a subrayar que Portal de Belén solo buscaba "escamotear por una vía heterodoxa lo sentado por la CSJN en la causa 'F., A. L.', cosa que luce jurídicamente insostenible; en efecto, desde la perspectiva de la asociación demandante, toda guía o protocolo que pretendiera ejecutar la exhortación realizada por la CSJN en 'F., A. L.' sería ab initio nula de nulidad absoluta" (fs. 1843). En la misma dirección, se destacó: "Esto prueba que, en verdad y si el razonamiento de la actora es consistente consigo mismo, lo que se objeta o pone en crisis —con alcances generales o *erga omnes*— es la legislación sustantiva de fondo (el art. 86, inciso 2, del Código Penal), tal como lo postuló dicha parte en su ampliación de la demanda (fs. 128). Semejante cuestión excede largamente el cometido de una vía restrictiva como la de esta amparo y deja al descubierto que, en rigor, no hay un caso judicial colectivo en propiedad, sino una rotunda discrepancia con la salida diseñada por el legislador en dicha norma" (fs. 1843).

(32) CSJN, Fallos: 335:197 (considerando n° 27 del voto de los jueces Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco, Carlos S. Fayt, Juan Carlos Maqueda y Eugenio Raúl Zaffaroni).

Thomson Reuters

No está de más recordar que, con posterioridad a "F., A. L.", en octubre del año 2012, la Asociación para la Promoción y Defensa de la Familia (Pro Familia) promovió una demanda contra la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con el objeto de que se declarara la nulidad de la resolución por la cual dicho estado había aprobado un reglamento titulado "Procedimiento para la atención profesional frente a solicitudes de prácticas de aborto no punibles-artículo 86, incisos 1 y 2 del Código Penal". En ese marco, la Corte Suprema tuvo que resolver una cuestión de competencia que se había suscitado entre dos tribunales, uno de los cuales —a través de una medida cautelar— había suspendido la interrupción de una gestación demandada en los términos del artículo 86 del Código Penal. En esa ocasión, la CSJN concluyó: "Que en las condiciones expresadas, corresponde suspender la ejecución de la medida cautelar dictada por la justicia nacional en 10 civil y, en consecuencia, hacer saber a las autoridades de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que ante el pedido de realizar el aborto no punible de que se trata, deberán proceder a la realización de la práctica prescindiendo de la resolución judicial que suspendió su realización" **(33)**. Asimismo, la CSJN recalcó: "Que, además, frente a lo decidido por esta Corte sobre la base de la interpretación de textos constitucionales e infraconstitucionales en la sentencia dictada en la causa F. 259. XLVI 'F., A. L. s/ medida autosatisfactiva', sentencia del 13 de marzo de 2012 (voto de la mayoría), la medida que se adoptara es la demostración más concluyente del modo en que ha de realizarse por los poderes judiciales de la Nación, de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la exhortación dada por el Tribunal para que se abstengan de judicializar el acceso a los abortos no punibles" **(34)**.

En su denuncia de que media una presunta hipótesis de sentencia arbitraria, en segundo lugar, la accionante argumentó que, de acuerdo con este TSJ, "los nasciturus no tendrían un interés homogéneo de clase a conservar su propia vida" (fs. 1941 vta.). En esa línea, calificó de "insostenible por irracional" la conclusión a la que ha llegado este TSJ y, según su interpretación, entiende que todos los por nacer en Córdoba "constituyen un bien colectivo indivisible" y, del mismo modo, "tienen intereses homogéneos absolutamente idénticos" (fs. 1942).

Dichas afirmaciones, lejos de probar que la fundamentación dada por este Alto Cuerpo sea desopilante o descabellada como para considerarla derivación razonada del derecho vigente en la Argentina, solo evidencia la obstinación de Portal de Belén en no admitir que la legislación penal de fondo ha resuelto el dilema constitucional entre los derechos del nasciturus y los de la gestante cuyo embarazo fuera fruto de una violación o cuya vida o salud peligraran como consecuencia de la gestación. Esta mera y reiterada discrepancia la lleva a rechazar la conclusión de este TSJ: hipotéticamente, de haber caso judicial, sería individual - nunca colectivo—, porque atañería a la damnificada a la que el ordenamiento jurídico le ha concedido un permiso excepcional (el de interrumpir la gestación sin consecuencias punitivas) por su vulnerable condición de víctima de un delito sexual o por ser alguien cuya existencia misma corre peligro.

En tales circunstancias, de acuerdo con este Alto Cuerpo, hay consecuencias del embarazo no deseado que solo recaen y conciernen a la gestante, por lo que, en dicha hipótesis, como en ninguna otra, estarían en juego la autonomía personal y la privacidad (CN, art. 19) de una damnificada en concreto. Esto ratifica que, en principio, no hay caso, pero, si lo hubiera, sería individual. Porque, según la sentencia cuestionada, no hay margen para universalizar puntos de vistas, concepciones o creencias como si pertenecieran a la sociedad en conjunto, como pretende hacerlo Portal de Belén al sostener en su REF, por ejemplo, que los nasciturus "constituyen un bien colectivo indivisible" (fs. 1942). En ese sentido, corresponde recordar que, en el momento de solicitar que se la tuviera como tercera coadyuvante, la Asociación Civil por el Derecho a Decidir, ya había manifestado: "Esta asociación demandante (Portal de Belén) se sitúa como representante de un 'valor' más que de personas de existencia visible actual. O si se prefiere, de potenciales personas que aún no existen" (fs. 191 vta.).

En otras palabras, de acuerdo con este TSJ, el artículo 86 del Código Penal (incs. 1 y 2) pone en juego derechos que, por su textura moral, resultan intransferibles, porque competen a una esfera constitucionalmente protegida, de ejercicio individual y cuya titularidad corresponde a la persona gestante, como lo son la salud, la dignidad, la integridad psicofísica, la configuración de la propia vida, la libertad reproductiva y el derecho a la maternidad libre, consciente y querida, sin imposiciones ni violencias. Como ya se ha dicho en el considerando n° III.a de la presente, se trata de un supuesto en el que cobra pertinencia lo siguiente: la decisión resulta personalísima e indelegable por estar condicionada por circunstancias excepcionales y, por ende, el papel justificatorio de lo que se decide (llevar a término o no el embarazo) es absolutamente personal y depende de los deseos, edad, formación, creencias y sistemas de referencias (éticos, ideológicos, religiosos, etc.) de cada afectada. En otras palabras, las cosmovisiones no admiten

(33) CSJN, Fallos: 335:2023 (considerando n° 8).

(34) CSJN, Fallos: 335:2023 (considerando n° 7).

Thomson Reuters

ser colectivizadas. Tampoco los derechos cuyo ejercicio o despliegue depende de opciones válidas de moral privada (CN, art. 19).

La salida que propicia este TSJ engasta con el derecho o permiso reconocido por la CSJN a todas las mujeres que se encontraran en los supuestos descriptos por el Código Penal (arts. 86, incs. 1 y 2). En vez de exhibir la irrazonabilidad extrema de dicha conclusión, como a lo largo de todo este REF, Portal de Belén prefirió expresar su discrepancia y atrincherarse en su propia visión. Según esta, está en liza "un bien colectivo indivisible" (fs. 1942); esto es, la vida de todos los por nacer (actuales y futuros) que, por ostentar un carácter absoluto, lleva forzosamente a negar la práctica del aborto, aun cuando mediaran circunstancias justificantes que legitimaran la interrupción de la gestación; por ello, "la mujer violada deberá continuar con el embarazo" (fs. 1935) y, "luego del nacimiento, puede liberarse fácilmente de tener a su cargo el hijo, dándolo en adopción" (fs. 1935 vta.). Como se advierte, más que de la defensa de un colectivo concreto, Portal de Belén sigue utilizando su propio sistema de creencias personales como soporte para tachar por presuntamente arbitrario lo que no se ajusta a su cosmovisión.

En definitiva, los recurrentes solo llaman arbitrariedad a la defensa de la autonomía personal efectuada por este TSJ, en línea con el artículo 86 del Código Penal y la interpretación desarrollada por la CSJN en la causa "F., A. L.", como consecuencia del estricto control desplegado con miras a determinar si mediaba un caso judicial en propiedad y si la asociación contaba con legitimación activa suficiente parar accionar en la forma en que lo ha hecho. A partir de esto se concluyó que, frente a un supuesto concreto —no ante una mera discrepancia con la normativa de fondo, como la evidenciada por Portal de Belén—, si el caso fuera admitido como individual, a la gestante o a su representante legal le corresponderían decidir en forma exclusiva. En cambio, si al caso se lo concibiera como colectivo, por estar en discusión "un bien colectivo indivisible" (fs. 1942), como postula la accionante, otro podría decidir por ella respecto de una delicadísima coyuntura moral cuyas consecuencias (físicas, psicológicas, entre otras), sin embargo, repercutirían solo en ella.

En otras palabras: reconocerle legitimación a Portal de Belén, que sostiene que el aborto es punible en todos los casos, sería como admitir que la persona gestante podría ser forzada indirectamente a actuar en contra de la posibilidad de valorar o de resignificar el sentido de la propia vida, algo que le reconoce el Código Penal al declarar fuera de la persecución penal, por ejemplo, la decisión de interrumpir la gestación que pudiera adoptar la víctima de un abuso sexual con acceso carnal que fuera la causa de ese embarazo. Así, en forma oblicua, se caería en la violencia de imponer a la mujer un único sentido o significado a su vida, el que propugna la asociación, según el cual el aborto es moral y jurídicamente insostenible en cualquier hipótesis. Por ello, en su sentencia, este Alto Cuerpo se ha limitado a concluir que no media un caso judicial en propiedad, pero, si lo hubiera, sería individual. Esto, porque la legitimación extraordinaria que se demanda no puede ser concedida a costa de bloquear e interferir en el derecho, permiso o habilitación personalísima que se le ha concedido a cada gestante para que pueda resolver una urticante situación de violencia moral a la que ella no se expuso voluntariamente —porque ella no ha elegido poner en peligro su vida ni ser violada—, pero cuyas consecuencias sí atañen solo a ella.

Finalmente, dentro del capítulo de la presunta falta de fundamentación —por afirmaciones dogmáticas— en la que habría incurrido la sentencia objetada, Portal de Belén hizo referencia al hecho de que una resolución del Ministerio de Salud de la provincia podría "dejar sin efecto una ley provincial reglamentaria de precisas normas constitucionales de Córdoba" (fs. 1942 vta.). Si bien los recurrentes aclararon que este Alto Cuerpo no ha expresado directamente tal cosa, ello se desprendería del sentido de lo resuelto. Por eso, esgrimen: "(L)o que está expresamente prohibido por la ley aplicable a los médicos (realizar abortos) una resolución ministerial lo transforma en una obligación, bajo pena de sanciones administrativas, civiles y/o penales, violando así los arts. 147 y 38, inc. 1 de la Constitución provincial" (fs. 1942 vta.).

Lo que Portal de Belén denuncia como arbitrario no es más que una consecuencia de su insistencia en reconstruir el ordenamiento jurídico según su propia cosmovisión, deseos y creencias personales. En efecto, este Alto Cuerpo se limitó a decidir que no media un caso judicial en propiedad, porque la pretensión de la actora persigue "la declaración de inconstitucionalidad directa y en forma abstracta —y con alcances generales— de la Resolución n° 93/12 por mero efecto reflejo de una afirmación dogmática: que el artículo 86, incisos 1 y 2, del Código Penal se encuentra tácticamente derogado por el reconocimiento con jerarquía constitucional dado a la Convención sobre los Derechos del Niño (1994)" (fs. 1853 vta.).

Desde otro costado, como la actora considera —según su lectura parcializada— que las normas provinciales (arts. 4, 19 y 59 de la CP, y la Ley n° 6222, en particular el art. 7, inc. d) prevalecen siempre,

Thomson Reuters

la arbitrariedad consistiría en no haber ratificado dicho presunto primado, incluso por sobre la norma federal (el art. 86, incs. 1 y 2, del Código Penal) y la interpretación que la CSJN ha efectuado de ella. Entonces, Portal de Belén pretende que se habilite este REF para consagrar algo que no admite la Ley n° 48 (art. 14) y que, por el contrario, contradiría la razón de ser de este instrumento concebido para garantizar la supremacía del orden constitucional. Esto, desde que la actora persigue que en Córdoba rija una previsión paralela a la de la regla federal (Código Penal) que prohíba la práctica de los abortos en todos los casos. Otra vez, la demandante no se ha preocupado por desmontar la salida marcada por este TSJ, según la cual las interdicciones dirigidas a los médicos que contiene la Ley n° 6222, que invoca Portal de Belén, "deberían ser reinterpretadas a la luz de la doctrina fijada por la Corte Suprema en la causa 'F., A. L.', de manera que queden fuera de dichas restricciones únicamente las situaciones excepcionales contempladas por el artículo 86, incisos 1 y 2, del Código Penal (supuestos de abortos no punibles)" (fs. 1852 vta.).

En definitiva, en vez de acreditar que media una sentencia contraria a un derecho federal, como exige la Ley n° 48 (art. 14) como presupuesto ineludible para la admisibilidad de todo recurso federal y como también lo prevé la Acordada n° 4/2007 (art. 3, inc. e), la actora tacha a la sentencia por presuntamente arbitraria por no haber dado prioridad —según su lectura— al derecho provincial local; esto es, a la Ley n° 6222 (con soporte en los arts. 4, 19 y 59 de la CP), por encima del Código Penal. Por esta vía, Portal de Belén ha dejado sin afrontar la siguiente premisa desplegada por este Alto Cuerpo: "(L)a pretensión de la parte actora solo podría ser satisfecha a costa de negar —en toda circunstancia— la posibilidad jurídica de una guía como la contenida por la Resolución n° 93/12 del Ministerio de Salud de la Provincia y, con ello, el derecho de interrumpir la gestación reconocido expresamente por la ley penal de fondo a la mujer cuya salud o vida se encontraran en peligro y ello no pudiera ser conjurado por otros medios (art. 86, inc. 1, del Código Penal), así como a toda mujer (capaz o no) que resultara embarazada como producto de haber sido víctima de un abuso sexual con acceso carnal (según la doctrina sentada por la CSJN en la causa 'F., A. L.' respecto del art. 86, inc. 2, del Código Penal). Pero para que tal cosa resultara procedente, en forma previa, debería ser declarada inconstitucional —con los mismos efectos generales— la mencionada disposición penal" (fs. 1853 vta.). Por este costado, no se aprecia —sino más bien todo lo contrario— en qué radicarían las afirmaciones dogmáticas en las que habría incurrido este Alto Cuerpo.

V. El agravio referido a que la sentencia fue dictada cuando la integración del Tribunal aún no se encontraba firme ha sido motivo de otro recurso extraordinario ya resuelto por este Tribunal Superior de Justicia

Finalmente, cabe consignar que, al formular el tercer agravio (referido a la inteligencia del art. 18 de la CN), los representantes de Portal de Belén esgrimieron que la sentencia de este TSJ también supondría una afectación de las garantías que supone el debido proceso (juez natural, entre otras) porque habría sido dictada "cuando no estaba firme la integración del tribunal" (fs. 1936 vta., 1937 vta. y 1938).

De acuerdo con la certificación expedida por la Secretaría de este Alto Cuerpo (cfr. la fs. 2030), dicho agravio ha sido específicamente objeto del recurso extraordinario (fs. 1739/1749 vta.) promovido por la parte actora en contra del Auto n° 69, de fecha 11 de septiembre de 2018 (fs. 1718/1729 vta.). Dicha impugnación ha sido resuelta por este TSJ mediante el Auto n° 46 (fechado el 26 de junio de 2019, fs. 2031/2047 vta.), oportunidad en la que se decidió no conceder el mencionado REF ante la CSJN.

En dicha resolución (el Auto n° 46/2019), este Alto Cuerpo concluyó que no había una cuestión federal en propiedad, desde que estaba en juego una competencia local, fijada por la propia Ley Orgánica del Poder Judicial de Córdoba n° 8435 y demás normativa provincial complementaria prevista para la integración de este TSJ cuando fuera necesario, siempre que no se salteara la secuencia entre las categorías establecidas (camaristas, jueces y conjueces); esto, sin que pudiera interpretarse que, del listado de vocales de cámara llamados eventualmente a conformar este TSJ, emergiera un orden de prelación entre los magistrados incluidos en dicha nómina.

En la ocasión también se señaló que la recurrente había contribuido al presunto agravio que invoca, en abierta colisión con el art. 3, inciso c, de la Acordada n° 4/2007. Esto, en primer lugar, porque, al haberse opuesto a la inhibición de la vocal de cámara Silvia Palacio de Caeiro y al haber demandado su inclusión para que integrara este Alto Cuerpo, cosa que fue denegada por este TSJ, contravenía el supuesto orden de prelación entre los camaristas nominados que —según esgrime Portal de Belén— surge del Acuerdo Reglamentario n° 1434, serie A (2017). En segundo lugar, porque, no obstante haber cuestionado la integración de este tribunal, la accionante la consintió en los hechos al haber efectuado números pedidos y planteos —en un verdadero diálogo argumental—, antes y después del dictado de la Sentencia n° 24 (2018). Como consecuencia, no parece lógico pre-

Thomson Reuters

tender refutar lo que un órgano jurisdiccional decide si, previamente, no se lo reconoce como el juez natural. La mayor prueba de que Portal de Belén ha admitido y confirmado la composición de este TSJ en este expediente es el REF cuyo examen de admisibilidad es motivo ahora de la presente resolución.

Al mismo tiempo, este TSJ concluyó que la recurrente no había refutado todos y cada uno de los fundamentos de la resolución en la que ha sido ratificada la integración de este cuerpo, en violación del mandato de la Ley n° 48 (art. 15) y de la Acordada n° 4/2007 (art. 3, inc. Asimismo, se destacó que la parte actora no había acreditado en qué radicaba la arbitrariedad que le atribuía al accionar de este Alto Cuerpo, por lo que solo había puesto de manifiesto su mera discrepancia personal con el sentido de la interpretación efectuada por este TSJ respecto de cómo opera el mecanismo para conformar este tribunal —en los términos de la normativa vigente en la provincia— cuando alguno de sus vocales naturales se encontrara alcanzado por algún impedimento (inhibición, recusación, licencia, entre otros).

La breve reseña efectuada no pretende agotar toda la fundamentación desarrollada por este TSJ en el Auto n° 46/2019, que ha sido incorporado por la Secretaría a los presentes autos (cfr. fs. 2031/2047 vta.) y al que corresponde remitir, dado que allí ha sido tratado —y rechazado— el agravio que Portal de Belén ha vuelto a denunciar y que es una mera reedición del que ya había formulado en su anterior REF.

VI. Conclusión

Del análisis desarrollado surge de forma manifiesta que, en primer lugar, respecto de los agravios invocados, las denominadas cuestiones federales no fueron introducidas en forma oportuna, salvo un segmento de lo denunciado como causante de arbitrariedad (falta de fundamentación por afirmaciones dogmáticas). No obstante ello, se ha mostrado que, lejos de haber refutado todos y cada uno de los fundamentos de la sentencia impugnada (como lo manda el art. 15 de la Ley n° 48, así como los arts. 3, inc. d, 10 y 11 (primera parte) de la Acordada n° 4/2007), la actora insistió en reiterar sus propios puntos de vista en función de la cosmovisión y del esquema personal de valores que defiende, en virtud del cual el aborto no es admisible en ninguna hipótesis, pese a lo establecido por el artículo 86 (incs. 1 y 2) del Código Penal.

Desde ese punto de vista, la recurrente se ha limitado a manifestar su mera discrepancia con el sentido de lo que ha resuelto este TSJ: que no hay un caso judicial en propiedad, sino una mera disconformidad con las hipótesis de abortos no punibles contempladas por la norma federal dictada por el Congreso en uso de facultades delegadas por las provincias a la Nación (CN, art. 75, inc. 12). Por vía indirecta, el desacuerdo de Portal de Belén se ha trasladado a la Resolución n° 93/12, en virtud de la cual el Ministerio de Salud de Córdoba estableció un protocolo para la atención de las pacientes que demandaran la interrupción de la gestación en los términos del artículo 86 (incs. 1 y 2) del Código Penal, según la interpretación efectuada y en consonancia con la exhortación en tal sentido realizada por la CSJN en la causa "F., A. L.". Todo ello, sin haber acreditado un agravio concreto y plausible que permita una reedición —o incluso un apartamiento— de lo establecido en dicho precedente.

Por otra parte, la recurrente denuncia como arbitrario el no haber dado preferencia —según su lectura— a las normas provinciales que prohíben a los médicos practicar abortos (Ley n° 6222, art. 7 (inc. d), con soporte en los arts. 4, 19 y 59 de la CP) por encima de la disposición federal que los admite excepcionalmente en dos supuestos. Es decir que, por este andarivel, en vez de reprochar a la sentencia el haberse pronunciado en forma opuesta a un derecho federal (como lo requieren la Ley n° 48 y el art. 3 (inc. e) de la Acordada n° 4/2007), le atribuye todo lo contrario: no haber priorizado las previsiones locales o, directamente, el haberlas vuelto inaplicables. En otras palabras, persigue una salida que contraría expresamente el cometido del recurso extraordinario federal, diseñado para asegurar la supremacía del orden constitucional (arts. 1, 5, 31, 75 (inc. 22), 123 y demás concordantes de la CN).

Como consecuencia, Portal de Belén no ha probado un apartamiento palmario de los presupuestos constitucionales y legales que regulan la cuestión debatida, como para configurar una causa federal (en los términos del art. 14 de la Ley n° 48) que amerite la concesión del REF y, por ende, la intervención de la CSJN. Tampoco ha acreditado que la interpretación propiciada conlleve una lectura irrazonable o descabellada que impida que se la pueda considerar como una derivación razonada del derecho vigente.

VII. Costas

En cuanto a las costas, corresponde imponerlas por el orden causado atento al especial carácter y a la complejidad de la cuestión debatida (art. 68, segundo párrafo, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Así votamos.

Los doctores *Rubio* y *Zalazar* dijeron:

Thomson Reuters

I. Compartimos el relato efectuado de los antecedentes que han enmarcado la sustanciación del presente REF, pero no los fundamentos ni la conclusión a la que llegaron los vocales que nos han precedido con su voto. Procedemos a brindar razones.

II. En los presentes autos media cuestión federal suficiente para habilitar la instancia extraordinaria ante la CSJN por la afectación del derecho de defensa de la clase de los por nacer que podría significar el desconocer la existencia de un caso judicial colectivo (arts. 43 y 18, CN)

De acuerdo con el representante de Portal de Belén (fs. 1931 vta./1932), en estos autos media cuestión federal simple, dado que, en virtud de la Sentencia n° 24 (2018) dictada por este TSJ (fs. 1823/1916) y en virtud de la decisión que se adoptó por mayoría, su parte se habría visto privada de cuatro derechos reconocidos y garantizados por la CN. Esto —según asevera—, al habérsele negado legitimación activa para accionar en clave colectiva (CN, art. 43) en defensa de la presunta clase formada por el grupo de los por nacer en Córdoba, a la cual, a su vez, se la habría excluido de la posibilidad de defenderse judicialmente, en vulneración del debido proceso (CN, art. 18); al haberse desconocido supuestamente la inviolabilidad de la vida humana desde la concepción, asegurada por la CADH y por la CDN; y al haberse transgredido la forma federal del Estado argentino (CN, arts. 1 y 5), lo que habría tornado inaplicables tres disposiciones de la Constitución provincial (arts. 4, 19 y 59), así como la Ley de Ejercicio de las Profesiones y Actividades en General de Córdoba, n° 6222 (art. 7, inc. d).

A lo anterior hay que sumar que la recurrente también consideró que la resolución es arbitraria por ser presuntamente violatoria —entre otros recaudos— de las garantías constitucionales de la defensa en juicio y del debido proceso (CN, art. 18).

En el momento de deducir el presente REF, la parte actora aseguró que la mencionada cuestión federal simple ha sido planteada "ab initio en este pleito conforme la relación de la causa" (fs. 1932) y agregó que ella —se sobreentiende que en los términos en los que la ha formulado— "ha sido aceptada por todas las partes y magistrados intervinientes" (fs. 1931 vta.).

La magnitud de las cuestiones que son objeto de los presentes autos vuelve plenamente aplicables las previsiones del artículo 11 (última parte) de la Acordada n° 4/2007. Dicha cláusula fija como regla que, si el recurrente no hubiera cumplido con algunos de los recaudos programados para la interposición del REF o lo hubiera hecho de forma deficiente, se lo podrá desestimar sin más, salvo que "el incumplimiento no constituya un obstáculo insalvable para la admisibilidad de la pretensión recursiva". Precisamente, esta excepción es la que aquí corresponde considerar, dado que ningún ápice procesal puede mitigar la relevancia de las cuestiones constitucionales que están en juego y que deben ser examinadas —por eso mismo— en la última instancia y ante el último tribunal con el que cuenta nuestro diseño federal. En efecto, cualquiera que sea la perspectiva desde la que fueran enfocadas las aristas debatidas en estos autos el resultado será el mismo: se trata de temas de la máxima trascendencia moral, filosófica y jurídica, en la medida en que están en liza derechos de la más delicada textura posible. Por ello, ningún recaudo formal puede acallar la espesura de lo que se discute ni tampoco puede bloquear —sin pecar de rigorismo desmedido— el acceso a la última instancia recursiva.

Basta con analizar los derechos federales que la recurrente denuncia como vulnerados por la sentencia objetada para dimensionar el riesgo que significaría denegar la habilitación del presente REF. En primer lugar, la actora afirma que se le ha negado legitimación activa para accionar en clave colectiva (CN, art. 43) en defensa de la clase formada por el grupo de los por nacer en Córdoba, a la que, a su vez, se la habría excluido de la posibilidad de defenderse judicialmente, en vulneración de las reglas del debido proceso (CN, art. 18). En ese sentido, le asiste razón a la apelante, porque, tal como lo hemos sostenido en nuestro voto en disidencia en la sentencia impugnada, conviene subrayar lo siguiente: "(S)obre todo ante controversias como las que se ventilan en estos autos, dada la magnitud de los derechos fundamentales en disputa, no hay que perder de vista que la legitimación, además de ser un concepto completamente procesal, tiene detrás sí un 'subsuelo constitucional del cual aquel debe nutrirse por estar vinculado estrechamente con el derecho de peticionar a las autoridades y a la efectiva vigencia de la garantía del debido proceso legal'. En otras palabras, sin desatender las particularidades de cada causa, cuando hay conflictos que versan sobre bienes, intereses o derechos de la máxima entidad y trascendencia —y, por ello mismo, de pertenencia difusa—, la legitimación debe ser analizada cuidadosamente para no sesgar el acceso a la jurisdicción mediante interpretaciones excesivamente formalistas y restrictivas" (fs. 1855 vta.).

Precisamente, en causas como esta son en las que se vislumbra la íntima conexión entre lo procesal y lo sustantivo. Esto, en tanto la legitimación extraordinaria demandada por Portal de Belén lo es para cuestionar una regulación de alcances generales (la

Thomson Reuters

Resolución n° 93/12, del Ministerio de Salud) que puede afectar la intensa garantía de la que goza el derecho a la vida desde la concepción según nuestro bloque de constitucionalidad y de convencionalidad federal. Por ello, en nuestra disidencia también remarcamos: "(E)l análisis de tales requisitos de admisibilidad no puede efectuarse sin considerar el fondo sustantivo de la pretensión entablada, porque en estos supuestos resulta poco aconsejable desarticular lo primero de lo segundo. En definitiva, el problema de la legitimación está encadenado a la singular cuestión constitucional de fondo debatida y en discordia" (fs. 1856).

A lo anterior hay que sumar la pertinencia que aquí cobran las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, situación en la que se encuentra especialmente el colectivo de las personas por nacer por su falta de madurez física y mental. De hecho, la regla n° 2 manda que "(t)odo niño, niña y adolescente debe ser objeto de una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia en consideración a su desarrollo evolutivo". En conexión con esto, la regla n° 25 ordena que se adopten "las condiciones necesarias para que la tutela judicial de los derechos reconocidos por el ordenamiento sea efectiva", para lo cual hay que implementar "aquellas medidas que mejor se adapten a cada condición de vulnerabilidad". Al mismo tiempo, en el plano específicamente procesal, la regla n° 33 prevé la revisión de los carriles procedimentales, siempre en pos de "facilitar el acceso de las personas en condición de vulnerabilidad". Esta reconfiguración debe apuntar tanto a lo relativo a la tramitación, como a los requisitos exigidos para la práctica de los actos procesales. Todo, por cierto, con el norte de la "simplificación" (cfr. la regla n° 34) de los ápices que pudieran significar un obstáculo. En definitiva, ningún ensayo interpretativo de la legitimación en el caso concreto puede prescindir de esta perspectiva o mirada comprensiva de la vulnerabilidad, que es para el Estado argentino una obligación internacional insoslayable —por ende, para los operadores judiciales—, con más razón cuando estuvieran en debate los derechos de la persona humana en el momento más delicado, que es el del comienzo de la vida.

El agravio federal expresado por la recurrente resulta atendible, tal como lo hemos advertido en nuestro voto: "(S)i la Constitución de la Provincia brinda un especial énfasis a la protección de la vida en su nivel más general y común a todos, desde la concepción (arts. 4, 19 (inciso 1) y 59), sería un contrasentido que no se habilitara un mecanismo procesal para defender —con iguales alcances generales— cualquier peligro que pudiera significar un desconocimiento total o parcial de dicho derecho, el primero, en el que se asientan todos los demás" (fs. 1856 y vta.). Como consecuencia, surge con evidencia que la legitimación colectiva que se demanda —y que está taxativamente prevista por el art. 43 de la CN— se transforma en un punto central. Esto, en función de que la resolución administrativa objetada concierne al colectivo, clase o categoría formado por las personas por nacer y que resultaría afectado —potencial o efectivamente— por el mecanismo que propiciaría la interrupción de las gestaciones en curso, que operaría como consecuencia de la práctica que se pretende regular. En ese sentido, también hemos sostenido: "No modifica esto la circunstancia de que el protocolo solo refiera a los abortos que, según la legislación de fondo, no conllevan una consecuencia punitiva. El procedimiento previsto por el Ministerio de Salud de la Provincia igualmente les incumbe en tanto sujetos de derecho" (fs. 1856 vta.). Corresponde insistir en este tópico. En términos constitucionales, la cuestión de la legitimación concita suficiente relevancia como para ser considerada por la CSJN, porque, de otra forma, podría comprometerse el acceso a la jurisdicción de toda una clase. Esto, desde que —como hemos remarcado— "alguien debería ejercer necesariamente la representación de este colectivo" (fs. 1857), que es delicadamente vulnerable por su falta de madurez física y mental (cfr. el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño). Como consecuencia, si se desconociera a la asociación Portal de Belén tal atribución "quedaría literalmente sin defensa jurídica uno de los polos del 'severo conflicto de intereses' que siempre supone una hipótesis de aborto no punible como la contemplada en el artículo 86, inciso 2, del Código Penal, entre los derechos de la mujer que ha sido víctima de una violación (cualquiera sea su estado mental), por una parte, y los del por nacer que es fruto de ese acto antijurídico de violencia, por la otra" (fs. 1857).

En nuestra disidencia habíamos subrayado que, ante situaciones como la presente, en la que están en juego regulaciones generales que pudieran comprometer el derecho a la vida del nasciturus, el caso no puede dejar de ser indefectible y necesariamente colectivo y alguien tiene que contar con legitimación extraordinaria (art. 43, CN) para ejercer la defensa de dicho colectivo. En ese sentido, señalamos lo siguiente: "En otras palabras, dada la intimidad, la confidencialidad y la preservación de los datos personales y familiares que deberán rodear el procedimiento de interrupción del embarazo (cfr. el art. 2, g, de la guía en debate), nadie podría objetar en ningún momento aspecto alguno de la Resolución n° 93/12 en nombre y en representación de los derechos del por nacer afectado por la práctica demandada en concreto. Esto último, con mucha más razón si se considera la celeridad con que tendría que lle-

Thomson Reuters

varse a cabo la intervención quirúrgica; en efecto, la guía prevé como regla que el plazo para efectuarla 'no deberá ser mayor a diez días desde que se haya presentado la solicitud de la mujer o de su representa legal' (art. 3.1, i)" (fs. 1857 vta. y 1858).

La tesitura contraria, según la cual el caso judicial siempre debería ser individual y concerniente en forma exclusiva a la damnificada (gestante cuya vida o salud corrieran peligro, o cuyo embarazo fuera fruto de una violación), deja sin contestar cuál sería la forma de conjurar o siquiera discutir los eventuales perjuicios que una regulación general del procedimiento para la interrupción de la gestación podría ocasionar al colectivo de los por nacer. Por ello, en nuestro voto habíamos manifestado: "(E)sta se presenta como la única oportunidad procesal para analizar —y eventualmente remediar— con alcances generales, omnicomprensivos de toda la clase concernida, los aspectos de la Resolución n° 93/12 que, de otra forma, ante la imposibilidad de individualizar en concreto las solicitudes de prácticas de abortos autorizados (art. 86, inciso 2, del Código Penal), se tornarían plenamente operativos; esto es, sin que pudiera despejarse si resultan irremediablemente dañosos o desproporcionados para todo el colectivo, dada la celeridad y premura con que, según la guía, debe procederse a la interrupción de la gestación, una vez que la demanda del aborto no punible fuera requerida y con la sola condición del consentimiento de la mujer" (fs. 1859). No resulta redundante reiterar otro fragmento de nuestra disidencia porque sirve para poner de manifiesto la magnitud del agravio federal que está en juego. En dicho segmento, manifestamos lo siguiente: "(E)n estos autos, nos encontramos ante un verdadero caso judicial colectivo en donde los derechos individuales homogéneos de una pluralidad indeterminada de sujetos (las personas por nacer) se pueden ver afectados o restringidos por un factor normativo común; en este caso, presuntamente, por las previsiones de la Resolución n° 93/12. Con la particularidad añadida de que, debido a lo antes precisado (la reserva que debe rodear a toda práctica destinada a operar la autorización de la interrupción de la gestación permitida por el artículo 86, inciso 2, del Código Penal), la defensa de los derechos de cada nasciturus en particular no podría ser ejercida en forma individual. En efecto, si desde la pura teoría, cuando media un factor de agresión común contra derechos o intereses homogéneos divisibles, se brinda la posibilidad de que la solución sea sustanciada mediante un único proceso colectivo o que cada afectado accione en forma individual y al margen de la clase, aquí tal disyuntiva no es posible" (fs. 1858 vta.).

El problema de la legitimación extraordinaria que se peticiona adquiere ribetes clave, porque su eventual desconocimiento puede vulnerar el derecho de defensa de todo un colectivo (art. 18, en conexión con el art. 43, ambos de la CN). Por ello, en términos constitucionales, el agravio denunciado por la parte recurrente resulta de una magnitud suficiente como para habilitar la competencia extraordinaria de la CSJN. En efecto, el argumento de la accionante se presenta como atendible cuando afirma: "Habiendo colisión de intereses, ambas partes deben tener legitimación para actuar en juicio en defensa de sus personas y derechos. La madre lo hace por sí misma; el nasciturus debe actuar a través de un representante. El representante legal primigenio (la madre) pide abortarlo. El representante legal promiscuo (art. 103, b.i, Cód. Civ. y Com. de la Nación) nunca podrá actuar por el mecanismo articulado por la guía cuestionada. Por tanto, sus derechos —y, a la postre, su misma vida— solo pueden ser defendidos por nuestra representada, por vía de este amparo colectivo y con una sentencia con efecto *erga omnes*, para abarcar a todos los integrantes de la clase homogénea de las personas por nacer en la provincia de Córdoba —aproximadamente 40.000 mujeres y 40.000 varones por cada año—" (fs. 1936 vta. y 1937).

En definitiva, dada la magnitud del peligro que podría proyectarse sobre derechos de suma relevancia y respecto de un bien (la vida, desde la concepción) especialmente protegido por nuestro bloque de constitucionalidad y de convencionalidad federal, concurren los requisitos exigidos para considerar admisible el REF intentado. Esto, desde que está en juego la inteligencia de dos cláusulas de la CN (arts. 43 y 18) y la sentencia dictada es contraria o impacta en forma negativa en los derechos invocados, con soporte en tales disposiciones, en nombre del colectivo de las personas por nacer (Ley n° 48, art. 14 (inc. 3), y Acordada n° 4/2007, arts. 3 (inc. e) y 11 (última parte)).

III. No constituyen agravios en propiedad las denuncias de que se habría violado la forma federal y de que la sentencia habría incurrido en arbitrariedad

Portal de Belén también formuló otros dos supuestos agravios: a) se habría desconocido supuestamente la inviolabilidad de la vida humana desde la concepción, asegurada por la CADH y por la CDN; y b) se habría transgredido la forma federal del Estado argentino (CN, arts. 1 y 5), lo que habría tornado inaplicables tres disposiciones de la Constitución provincial (arts. 4, 19 y 59), así como la Ley de Ejercicio de las Profesiones y Actividades en General de Córdoba, n° 6222 (art. 7, inc. d).

Thomson Reuters

En forma resumida, la actora parte de dos premisas. La primera es que, "en el conflicto de intereses entre la madre violada y su hijo aún no nacido, debe primar siempre el superior interés del niño a su propia vida —que es inviolable— a poder nacer y vivir" (fs. 1935). Por ello, en función de esto concluye que "la mujer violada deberá continuar con el embarazo" (fs. 1935). La segunda es que "la Resolución n° 93/12, invocando una disposición del Código Penal (en referencia al art. 86, incs. 1 y 2) y un desafortunado precedente de la CSJN (en alusión al caso "F., A. L."), obliga al sistema sanitario provincial a realizar abortos a través de sus agentes" (fs. 1938 vta.). Esto, según su lectura, vuelve ineficaces las disposiciones de la CP (arts. 4, 19 y 59) que consagran la inviolabilidad de la vida desde la concepción, así como el artículo 7, inciso d, de la Ley provincial n° 6222, que prohíbe a los médicos implementar cualquier práctica que suponga interrumpir una gestación en curso en Córdoba. En función de esto, la recurrente entiende que la sentencia "vulnera derechamente el sistema federal de gobierno, tanto de la República Argentina cuanto de la provincia de Córdoba" (fs. 1938 vta.). Estos presuntos agravios no son tales y, por ende, no resultan admisibles, dado que solo expresan la mera disconformidad personal de la recurrente con la legislación penal de fondo y con la interpretación que la CSJN ha efectuado sobre ella. Además, a diferencia de las otras dos transgresiones invocadas (a las garantías reconocidas por los arts. 43 y 18 de la CN), en estas hipótesis, para que resulte admisible el REF, no se cumple con el requisito de que deba tratarse de una decisión contraria al derecho federal invocado (Acordada n° 4/2007, art. 3, inc. e). En efecto, en estos supuestos Portal de Belén denuncia todo lo contrario: que no se ha dado prevalencia al derecho local, provincial, incluso por encima de "una disposición del Código Penal y un desafortunado precedente de la CSJN" (fs. 1938 vta.).

En nuestra disidencia habíamos precisado que la Resolución n° 93/12, cuestionada por la parte actora en estos autos, tenía como telón de fondo la sentencia dictada por la CSJN en la causa "F., A. L.", en la que se había exhortado a las autoridades nacionales y provinciales a que dictaran protocolos para que en los hospitales se pudiera atender a quienes demandaran la práctica del aborto en los supuestos en que este no resulta punible según el artículo 86 (incs. 1 y 2) del Código Penal. También aclaramos que lo fijado en "F., A. L." era el marco en el que debía encuadrarse la regulación administrativa impugnada por Portal de Belén. En la misma dirección, destacamos que, como la recurrente no había cuestionado los términos en que la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 3. a Nominación ratificó la constitucionalidad del artículo 86 del Código Penal, este TSJ no contaba con margen para "un pronunciamiento con semejante alcance sobre dicha disposición" (fs. 1864 y vta.). Esto, teniendo en cuenta que, en el momento de ampliar su demanda, la actora también había objetado la constitucionalidad de dicha cláusula penal.

En esa ocasión, en nuestro voto fuimos terminantes al sostener lo siguiente: "A más de ello, sería inviable que un tribunal provincial tuviera facultades para revisar la resolución dictada por la CSJN, ya que ello iría en contra de nuestro principio federal constitucional y de lo dispuesto por el artículo 2, inciso b, de la Ley n° 4915, que expresamente establece que no será admisible el juicio de amparo cuando el acto emanara de un órgano del Poder Judicial en ejercicio de su imperio jurisdiccional. Esta conclusión supone que no podemos poner en entredicho —a pesar de nuestros valores personales— lo normado por el artículo 86, incisos 1 y 2, del Código Penal, que declara no punible el aborto practicado a la mujer (en particular, a la que tuviera restricciones mentales y hubiera quedado embarazada como fruto de un acto antijurídico) con la ampliación realizada en virtud de la interpretación sentada por la CSJN en la causa 'F., A. L.', ya que en nuestro carácter de magistrados y de operadores del derecho no podemos desconocer la normativa vigente; esto, sin perjuicio de tener presente el reciente rechazo del Senado nacional al proyecto de interrupción voluntaria de la gestación" (fs. 1864 y vta.).

En otras palabras, en todo momento enfatizamos que la recurrente no había demostrado un agravio o interés concreto que permitiera reexaminar la constitucionalidad del artículo 86 (incs. 1 y 2) del Código Penal. Por ende, el marco inexorable sobre la materia sigue siendo el fijado por la CSJN en la causa "F., A. L.". Esto, con independencia de que entendíamos —y entendemos— que la oposición del Congreso de la Nación, en el año 2018, al proyecto de ley que impulsaba la despenalización y legalización de la interrupción voluntaria del embarazo ha "puesto en vilo la interpretación pretoriana efectuada por la CSJN en 'F., A. L.' con relación a la extensión del artículo 86 del Código Penal" (fs. 1864).

Al mismo tiempo, concluimos que la guía de procedimiento para la atención de pacientes que solicitaran la interrupción de la gestación en los términos del artículo 86 del Código Penal, establecida mediante la Resolución n° 93/12, del Ministerio de Salud de Córdoba, es inconstitucional. Esto, por entender que mediante un simple acto administrativo no se pueden regular derechos fundamentales de la máxima relevancia. En ese sentido, puntualizamos que tal resolución supone "una extralimitación de competencias y, por ende, un avance sobre una atribución propia y exclusiva del Poder Legislativo" (fs.

Thomson Reuters

1864 vta.), en la medida en que implica "una evasión de las formas, procedimientos y del esquema mismo de división del poder estatal" (fs. 1865). Por eso, insistimos en que resulta inexcusable la sanción de una ley "para una reglamentación como la que está en juego, cuando se demanda una práctica como la establecida por el artículo 86, incisos 1 y 2, del Código Penal, sumada a la interpretación ampliada por la CSJN en 'F., A. L.'" (fs. 1865).

Todo esto pone de manifiesto que, tal como lo sentamos en nuestra disidencia y al margen de nuestros propias convicciones personales, los protocolos para los hospitales —sancionados mediante normas del más alto nivel y por el órgano legislativo competente— solo procuran reglamentar lo establecido por la legislación penal de fondo (art. 86, incs. 1 y 2), sin que lo fijado en "F., A. L." pueda interpretarse "como una modificación o extensión de dicho articulado del Código Penal" (fs. 1865) ni de las causales de no punibilidad del aborto que allí han sido programadas.

Por el contrario, en este punto, la parte actora pretende que el REF sea habilitado para que, en aplicación de normas locales, sea desplazada una disposición federal de fondo sin que —tal como lo hemos dicho— nada se haya impugnado razonadamente como para que proceda un control de constitucionalidad de tal entidad sobre dicha previsión penal de fondo (cfr. la fs. 1864 vta.). Por ende, no se advierte que, respecto de estos supuestos agravios, medie el requisito de una resolución contraria a un derecho federal que torne admisible la intervención extraordinaria de la CSJN (Ley n° 48, art. 14 (inc. 3), y Acordada n° 4/2007, art. 3 (inc. Finalmente, cabe considerar que, en su recurso, Portal de Belén también invocó como cuestión federal la presunta arbitrariedad en la que habría incurrido la sentencia pronunciada por este Alto Cuerpo. Esto, según la actora, en una doble dirección. Por una parte, por habérsele negado legitimación activa para accionar (art. 43 de la CN) y, por la otra, por la supuesta falta de fundamentación y en las afirmaciones dogmáticas en que habría incurrido la resolución, con la presunta y consiguiente violación de las reglas del debido proceso (art. 18 de la CN).

Esto tampoco constituye un agravio en propiedad, sino solo revela la mera discrepancia personal de la recurrente con el sentido de lo decidido y con la interpretación que, en forma mayoritaria, se ha efectuado de las disposiciones en liza, particularmente en lo referente a la consideración de si media un caso judicial en propiedad y de si Portal de Belén cuenta con legitimación suficiente para accionar en clave colectiva en representación de la clase formada por los nasciturus.

La larga jurisprudencia de la CSJN sobre la cuestión es terminante. Ello, en el sentido de que esta variante procede en forma restrictiva y no para corregir interpretaciones equivocadas o que el recurrente considere como tales, sino para "cubrir casos de carácter excepcional, en que deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo impidan considerar el pronunciamiento de los jueces del proceso como 'la sentencia fundada en ley' a que se refieren los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional" **(35)**. En el mismo sentido, para que la arbitrariedad proceda se exige "un apartamiento inequívoco de las normas que rigen el caso o una absoluta falta de fundamentos" **(36)**.

En función de dichas premisas no se puede concluir que la sentencia del TSJ —en virtud de la posición asumida por la mayoría— haya incurrido en afirmaciones dogmáticas que la vuelvan un ejercicio jurisdiccional absoluto e insalvablemente arbitrario. En la resolución en cuestión, el voto de la mayoría ha dado numerosas razones de por qué interpreta que no media un caso judicial en propiedad y de que, de haberlo, sería individual. Esto, por el especial énfasis que en él se otorga al espacio de decisión personal que se reconoce a la mujer damnificada, en el marco del artículo 19 de la CN y de las hipótesis de no punibilidad del aborto previstas por el Código Penal (art. 86, incs. 1 y 2). Ahora bien, esta interpretación, aun cuando ponga el foco en uno de los cuernos del conflictivo dilema que presuponen las causales admitidas por el mencionado artículo 86 y aun cuando se puede discrepar con ella —como ha sido nuestra tesitura por medio del voto en disidencia—, no puede ser tildada de arbitraria o de ser la expresión de un apartamiento notorio de las normas que rigen la cuestión, con más razón cuando —como ha ocurrido en estos autos— se han brindado fundamentos suficientes para abonar de forma plausible la solución que se propicia.

En definitiva, más allá de su desavenencia con el sentido de lo resuelto, el recurrente no ha acreditado que la sentencia careza de la fundamentación lógica y legal mínima que la vuelva irremediablemente arbitraria, como para habilitar el REF ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación por tal hipótesis.

(35) CSJN, Fallos: 399:499.

(36) CSJN, Fallos: 339:1727 (voto en disidencia de la jueza Elena Highton de Nolasco).

Thomson Reuters

IV. El agravio referido a que la sentencia fue dictada cuando la integración del Tribunal aún no se encontraba firme ha sido motivo de otro recurso extraordinario ya resuelto por este Tribunal Superior de Justicia

Finalmente, cabe consignar que, al formular el tercer agravio (referido a la inteligencia del art. 18 de la CN), los representantes de Portal de Belén esgrimieron que la sentencia de este TSJ también supondría una afectación de las garantías que consagra el debido proceso (juez natural, entre otras) porque habría sido dictada "cuando no estaba firme la integración del tribunal" (fs. 1936 vta., 1937 vta. y 1938).

Respecto de este presunto agravio, la cuestión ha sido debidamente abordada y solucionada por los vocales que nos han precedido con su voto. Como consecuencia, por razones de brevedad, nos remitirnos a lo que ha sido tratado allí (considerando n° V), con lo que coincidimos y a lo que nos adherimos.

V. Conclusión

Teniendo en cuenta todos los argumentos desarrollamos, concluimos que el REF promovido por Portal de Belén resulta formalmente admisible por mediar agravio federal suficiente. Esto, desde que la sentencia, por una parte, afirma que no hay un caso judicial en propiedad; y, por la otra, desconoce a la clase de las personas por nacer, con lo cual niega que la parte actora pueda actuar en clave colectiva, en representación de ese grupo, en contra de la Resolución n° 93/12, del Ministerio de Salud de Córdoba, que ha establecido el protocolo que los hospitales deben seguir respecto de las mujeres que demandaran la interrupción de la gestación en las hipótesis en que lo permite el Código Penal (art. 86, incs. 1 y 2). Así, en virtud de lo decidido, se pone en juego la inteligencia de dos cláusulas de la CN (los arts. 43 y 18), en la medida en que pudieran vulnerarse los derechos de accionar y de defensa de los nasciturus, que han resultado damnificados por la resolución impugnada. Como consecuencia, al concurrir los requisitos exigidos por la regulación correspondiente (Ley n° 48, art. 14 (inc. 3), y Acordada n° 4/2007, arts. 3 (inc. e) y 11 (última parte)), procede habilitar el REF ante la CSJN.

VI. Costas

En cuanto a las costas, corresponde imponerlas por el orden causado atento al especial carácter y a la complejidad de la cuestión debatida (art. 68, segundo párrafo, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Así votamos.

El doctor *Sánchez Torres* dijo:

Comparto y me adhiero a la conclusión a la que han llegado los vocales Luis Enrique Rubio y Claudia Elizabeth Zalazar respecto de cuáles agravios resultan plausibles para admitir el REF planteado por la parte actora. También comparto los fundamentos que han desarrollado, salvo en lo referente a por qué no resulta procedente la denuncia de Portal de Belén de que la sentencia cuestionada habría desconocido las normas constitucionales y convencionales que consagran la inviolabilidad de la vida desde el momento de la concepción, al tiempo de que además habría violado la forma federal. En relación con ambas cuestiones, brindaré mis propias razones.

De acuerdo con Portal de Belén, la resolución habría hecho caso omiso supuestamente de las disposiciones de la CADH y de la CDN —entre otras—, que aseguran la inviolabilidad de la vida humana desde la concepción. También habría transgredido la forma federal del Estado argentino (CN, arts. 1 y 5) y, por este motivo, se habrían tornado inaplicables tres disposiciones de la Constitución provincial (arts. 4, 19 y 59), así como la Ley de Ejercicio de las Profesiones y Actividades en General de Córdoba, n° 6222 (art. 7, inc. d).

En forma resumida, la actora parte de dos premisas. La primera es que, "en el conflicto de intereses entre la madre violada y su hijo aún no nacido, debe primar siempre el superior interés del niño a su propia vida —que es inviolable— a poder nacer y vivir" (fs. 1935). Por ello, en función de esto concluye que "la mujer violada deberá continuar con el embarazo" (fs. 1935). Esa salida, según la recurrente, es la que "permite la armonización de todos los derechos constitucionales y convencionales en juego" (fs. 1935).

La segunda proposición es que "la Resolución n° 93/12, invocando una disposición del Código Penal (en referencia al art. 86, incs. 1 y 2) y un desafortunado precedente de la CSJN (en alusión al caso "F., A. L."), obliga al sistema sanitario provincial a realizar abortos a través de sus agentes" (fs. 1938 vta.). Esto, según su lectura, vuelve ineficaces las disposiciones de la CP (arts. 4, 19 y 59) que consagran la inviolabilidad de la vida desde la concepción, así como el artículo 7, inciso d, de la Ley provincial n° 6222, que prohíbe a los médicos implementar cualquier práctica que suponga interrumpir una gestación en curso en Córdoba.

En función de esto, la recurrente entiende que la sentencia "vulnera derechamente el sistema federal

Thomson Reuters

de gobierno, tanto de la República Argentina cuanto de la provincia de Córdoba" (fs. 1938 vta.)

Estos presuntos agravios no son tales y, por ende, no resultan admisibles, dado que solo expresan la mera disconformidad de la recurrente con la legislación penal de fondo y con la interpretación que, en la causa "F., A. L.", la CSJN ha efectuado de ella tras haberla declarado compatible con el resto de las disposiciones que conforman nuestro bloque de constitucionalidad y de convencionalidad federal. Basta con advertir que, antes que preocuparse por derribar las razones brindadas en la resolución (por el voto que ha resultado mayoritario), Portal de Belén se limitó a desplegar su propia y personal lectura del entramado normativo en juego.

En primer lugar aludiré al argumento de sesgo federal invocado por la parte actora. A lo largo del voto que suscribí en la sentencia impugnada destaqué largamente que, si se otorga alcances absolutos a las disposiciones locales que garantizan la vida desde la concepción (arts. 4, 19 (inc. 1) y 59 de la CP), como pretende Portal de Belén, la colisión entre estas y el artículo 86 del Código Penal resulta frontal, rotunda e insalvable. Como consecuencia, la conclusión sería terminante: "Por este costado, por ende, ninguna guía que reglamentara la posibilidad de que la mujer embarazada como fruto de un abuso sexual con acceso carnal demandara la interrupción de la gestación no punible, en los términos del artículo 86, inciso 2, del Código Penal, pasaría el test de constitucionalidad, sin importar si dicha guía tuviera como origen un simple acto administrativo o una ley. Lo mismo pasaría si la mujer requiriera tal práctica por encontrarse en peligro su vida o salud, y tal circunstancia no pudiera ser evitada por otra vía (art. 86, inciso 1, del mismo código)" (fs. 1880 vta. y 1881). Ahora bien, en dicha ocasión también subrayé que el primado de las normas locales que propicia la recurrente solo es posible a costa de negar, por ejemplo, que el artículo 86, inciso 2, del Código Penal, "norma ahora vivificada por la interpretación amplia efectuada por la CSJN en 'F., A. L.'" (fs. 1887), concede a la gestante "un permiso o autorización que le asiste por la trágica circunstancia de haber sido víctima de un delito que la ha cosificado y que la ha privado de uno de sus derechos más fundamentales, aquel relacionado con la autodeterminación sexual" (fs. 1881).

También argumenté que, en el ejercicio de la autonomía (CN, arts. 1, 5 y 123), las provincias pueden ampliar el piso protectorio de los derechos reconocidos y garantizados por el bloque de constitucionalidad y de convencionalidad federal. Ahora bien, esa atribución "no puede hacerse a costa de fracturar las vigas maestras que dan sentido y cohesión a la unidad jurídica nacional, en el marco de un Estado federal (arts. 1, 5, 31, 75 y 123, entre otros, de la CN)" (fs. 1881 y vta.). Esto pone de manifiesto que, si se consintiera la salida interpretativa que propugna Portal de Belén, "el resultado sería que en Córdoba rige una suerte de Código Penal paralelo —al vigente en el resto de la Argentina—, según el cual el aborto no puede ser justificado ni practicado en ninguna hipótesis" (fs. 1881 vta.); con ello, además, se haría "caso omiso de las atribuciones constitucionalmente reconocidas al gobierno federal, como la de dictar códigos de fondos (art. 75, inc. 12, de la CN)" (fs. 1881 vta.). Ahora puede apreciarse la carencia de plausibilidad de lo que se postula: la apertura de la instancia extraordinaria para, so pretexto de garantizar el Estado federal, admitir una lectura incondicionada de la autonomía provincial que, por el contrario, desconoce los presupuestos bajo los cuales se asienta la organización federal en la Argentina.

Conviene insistir en este punto. La actora, como lo había hecho en las instancias anteriores, más que expresar un agravio concreto, sigue obstinada en su propia reconstrucción del ordenamiento jurídico según su cosmovisión personal. Por esta vía, como ya lo he sostenido, "pretende que, constitucionalmente, Córdoba brinda una respuesta diferente al severo conflicto de intereses" (fs. 1882) que plantea el artículo 86 del Código Penal (en particular, el inciso 2). Esto es inadmisible, teniendo en cuenta que, en la causa "F., A. L.", la CSJN desplegó un intenso control de constitucionalidad y de convencionalidad. Como consecuencia de este concluyó que interrumpir la gestación sin consecuencias penales "es un permiso o derecho expresamente reconocido por el legislador a la mujer" (fs. 1885) por su "particular y trágica condición de víctima de un acto de violencia sexual que, al haber anulado su consentimiento, ha supuesto un ataque a su libertad de autodeterminación sexual y a su dignidad sexual" (fs. 1884).

En otras palabras, como lo he manifestado en mi voto en disidencia: "(L)o que es reconocido como una alternativa legítima por una ley federal de fondo que no ha sido formalmente declarada inconstitucional no puede ser desconocido sin desconocer —valga la redundancia— las bases mismas sobre las que se asienta nuestra organización federal y, con ella, el principio de supremacía de la Constitución de la Nación (art. 31, CN)" (fs. 1882).

La recurrente pretende que el REF sea habilitado —en esta dimensión— para que se dé prioridad a lo que considera como el mayor énfasis de las normas provinciales en pos de la defensa de la vida desde la concepción, así como al presupuesto de que "la mujer violada deberá continuar con el embarazo"

Thomson Reuters

(fs. 1935). En esta línea argumental, tal como lo he remarcado, "ninguna guía o protocolo que posibilitara tal práctica (a la que alude la norma del Código Penal) sería plausible en Córdoba, donde ese mayor énfasis —amén del nomen iuris—, en los hechos, se transforma irrestrictamente en un derecho absoluto, ante el que tiene que ceder —inclusive— el otro polo del dilema: el plexo de derechos (a la autodeterminación personal, sexual y familiar; a la salud, a la dignidad, a la integridad psíquico-física, a una existencia sin violencia y a diseñar un proyecto de vida sin intromisiones arbitrarias) de la mujer o niña, que estarían obligadas a llevar a término el embarazo —aun en contra de su consentimiento— cuando este fuera fruto de una violación" (fs. 1885 vta. y 1886). En otras palabras, de nada valdría siquiera que en dicha hipótesis mediara una causal de justificación atendible (de la interrupción de la gestación), tal como lo ha ratificado la CSJN en la causa "F., A. L".

Todo este desarrollo ha servido para acreditar que, en este punto, Portal de Belén demanda la habilitación de la instancia extraordinaria ante la CSJN para, paradójicamente, defender una tesis que vulnera los postulados sobre los que se monta la propia organización federal. Ahora corresponde hacer lo mismo y demostrar que la preeminencia incondicionada del derecho a la vida que postula, con el soporte añadido de una lectura personal de las normas locales, lejos de permitir "la armonización de todos los derechos constitucionales y convencionales en juego" (fs. 1935), como afirma la parte actora, vuelve a dicha salida —por el contrario— absolutamente incompatible con nuestro bloque de constitucionalidad y de convencionalidad federal. Por ende, entraña una interpretación contraria a la propiciada por los propios tribunales custodios de la vigencia de las disposiciones de los tratados internacionales de derechos humanos (como la Corte Interamericana de Derechos Humanos), razón por la cual no puede dar motivo a la admisión del REF (art. 14, inc. 3, de la Ley n° 48).

El recurrente parte de que, "en el conflicto de intereses entre la madre violada y su hijo aún no nacido, debe primar siempre el superior interés del niño a su propia vida —que es inviolable— a poder nacer y vivir" (fs. 1935). En el voto en disidencia había advertido sobre el peligro de pretender jerarquizar los derechos humanos fundamentales y de sostener que, en esa gradación, el primado absoluto lo tiene el derecho a la vida del nasciturus. Añadí que dicha interpretación conducía a lo siguiente: "Por eso, ante cualquier posible conflicto o colisión, debería ceder cualquier otro derecho, sin que ninguna razón o circunstancia justificante pudiera atemperar la entidad o relevancia que se le otorga a tal preeminencia. Por esta vía, el derecho del nasciturus se erige en una suerte de metaderecho, por encima de los otros, incondicionado, no derrotable, petrificado, con independencia de cualquier contexto fáctico" (fs. 1888).

Asimismo, en dicha ocasión, expresé que, cuando se produce una confrontación irremediable entre derechos fundamentales, "no es posible brindar —de antemano— una respuesta unívoca y uniforme para todos los casos, sino que esto depende de las particularidades de cada situación" (fs. 1889), razón por la cual, en dichas hipótesis, tales derechos "deben ser concebidos y sopesados como si fueran principios; esto es, mandatos de optimización" (fs. 1889). En esos supuestos, asimismo, la ponderación casuística se vuelve clave para determinar cuál derecho resulta preferible, amén de que, en el plano de la validez constitucional, ninguno puede excluir a otro. Por ello, pude concluir: "Precisamente, así como la ponderación permite que, ante la fatalidad de un acto antijurídico (como un abuso sexual con acceso carnal del que resulta un embarazo), el derecho del por nacer ceda excepcionalmente para no vulnerar otros derechos iguales de fundamentales de la mujer víctima, entre otros casos, ese mismo balanceo jugará a favor del por nacer; esto, en la medida en que, para que la mujer haga uso del permiso que le concede el artículo 86, inciso 2, del Código Penal, sea necesario exigir un mecanismo mínimo de control de la verosimilitud del derecho que invoca dicha mujer. En ello radica el plus o énfasis protectorio que la Constitución de Córdoba brinda a la vida desde la concepción, no en la pretendida ponderación del derecho del nasciturus al margen o por encima del resto de los derechos" (fs. 1889 vta.).

En la misma dirección, también subrayé que, tal como lo había hecho la Cámara 3ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial en la sentencia finalmente casada por este TSJ, Portal de Belén impulsaba una lectura fragmentada de las normas locales, en particular de los artículos 4 y 19 (inc. 1) de la Constitución provincial, que no se condice con los principios rectores del derecho internacional de los derechos humanos. Así, esgrimí: "Como puede advertirse, sobre todo en el artículo 4, el énfasis está puesto en la inviolabilidad de la persona como un plexo indisociable que, teniendo a la vida como condición de fondo, comprende también la dignidad y la integridad física y moral de todo ser humano. Precisamente, como se ha dicho con anterioridad, cuando una mujer es sometida a violencia sexual el bien jurídico que se lacera o que se ataca, amén de la libertad de autodeterminación sexual, es la dignidad, además de la integridad física y moral o psicofísica y moral (como reza el art. 19, inc. 1). Y la Cámara no explica por qué, en su consideración, solo se queda con uno de los vectores del plexo, sin ponderar los otros, que también están alcanzados por el especial énfasis protectorio de los artículos 4 y 19, que indudablemente

Thomson Reuters

tejen una red constitucional que desborda la sola protección del nasciturus, como pretende el tribunal a quo" (fs. 1892).

Como puede apreciarse, en este tópico, Portal de Belén persigue la habilitación del REF para defender su propia lectura personal, según la cual las disposiciones federales (que posibilitan excepcionalmente el aborto sin consecuencias penales) deben ceder siempre ante las locales, en el marco de las cuales la prioridad absoluta la tiene —sin excepción— la vida desde la concepción, incluso por encima de la dignidad y de la integridad física y moral; todo lo cual, a su vez, sería lo que mejor engastaría con el bloque de constitucionalidad y de convencionalidad federal. A esa interpretación sesgada le cabe la misma observación que, en mi disidencia, había formulado contra la misma salida que impulsaba la Cámara 3ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial: "En definitiva, en el caso que nos importa, la Cámara ha reducido la riqueza y la complejidad que emana de los artículos 4 y 19 al único énfasis de la defensa de la vida del no nacido, pero sin otorgar el mismo énfasis a la vida digna del ya nacido. Esto, al no haber considerado debidamente, por una parte, el daño irreversible a la autodeterminación —así como a la integridad psicofísica y moral— que supone un abuso sexual con acceso carnal del que resulta un embarazo no querido ni programado en función de un determinado proyecto de vida en marcha, cuando la víctima es una mujer madura, porque, si se trata de una niña, se la priva —incluso— de la posibilidad de proyectar; y, por otra parte, al no haber ponderado el daño a la autonomía y a la dignidad que volvería a fraguarse —en desmedro de las propias normas constitucionales invocadas— si a dichas mujeres se les excluyera el permiso excepcional de decidir llevar adelante (o no) la gestación producto de un acto antijurídico, que les concede el artículo 86, inciso 2, del Código Penal; con ello, la voluntad de las víctimas sería nuevamente obviada o sustituida (por una imposición externa), tal como ya habría acontecido al haber sido objeto del acto de violencia sexual" (fs. 1893 y vta.).

En la misma línea puede señalarse que la reconfiguración normativa que propugna Portal de Belén desconoce la propia forma en que ha sido tramado y concebido el artículo 4.1 de la CADH, según el cual, en el espacio jurídico interamericano, el derecho a la vida debe estar protegido por la ley de los estados parte, "en general, desde el momento de la concepción". Justamente, en la mencionada disidencia, recordé que, en el año 2012, en la causa "Artavia Murillo" **(37)**, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su carácter de intérprete final de la CADH, especificó que "la expresión 'en general' fue añadida para conciliar las diferentes posiciones frente a la formulación absoluta que implicaba la locución 'desde el momento de la concepción'; esto, a raíz de que algunos países americanos —entre los que, precisamente, se encontraba la Argentina— contaban con legislaciones penales que posibilitaban que, en ciertas circunstancias, el aborto no fuera punible, lo que desembocó en la redacción del artículo 4.1 tal como se lo conoce actualmente".

En esa dirección, insistí en que no había que cerrar la vía abierta por el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos "para compatibilizar la defensa de la vida desde la concepción con la concurrencia de causales de justificación que demandaran priorizar excepcionalmente los derechos de la mujer a la salud, a la dignidad, a la integridad psicofísica y moral, así como a proyectar programas de vida, en atención a su condición de víctima de un acto antijurídico atentatorio de sus derechos humanos fundamentales" (fs. 1895 vta.), como lo supone toda violación de la que resultara un embarazo no querido. Ahora puede apreciarse que lo que Portal de Belén denuncia como un desconocimiento de las normas con rango constitucional y convencional por supuesta violación del derecho a la vida desde la concepción no es más que un intento por llevar al paroxismo su propia lectura según la cual, en todos los casos, "la mujer violada deberá continuar con el embarazo" (fs. 1935) y, luego del nacimiento, podrá "liberarse fácilmente de tener a su cargo al hijo dándolo en adopción" (fs. 1935 vta.), como lo ha sostenido en el escrito de su recurso extraordinario. La recurrente pretende la apertura de la instancia federal ante la CSJN en defensa de una perspectiva que desconoce las propias previsiones de numerosos tratados internacionales sobre derechos humanos, así como la interpretación que sobre ellas ha efectuado la Corte IDH. En ese sentido, conviene recordar otro fragmento de mi disidencia: "La Cámara no explica cómo sería posible conjugar la imposición de que el embarazo debería ser llevado a término forzosamente en todos los casos —como consecuencia de la tesis del 'mayor énfasis' protectorio de la vida del por nacer— con el derecho personalísimo de diseñar la propia vida personal, reproductiva y familiar que le asiste a toda mujer (art. 16, en particular el inciso e, de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, que goza de jerarquía constitucional en la Argentina desde 1994). Todos estos derechos, además del reconocido por el artículo 86, inciso 2, del Código Penal, serían

(37) Corte IDH, sentencia (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), caso "Artavia Murillo y otros ('Fecundación in vitro') c. Costa Rica, 28 de noviembre de 2012; especialmente, los párrafos 197, 199, 203 y 204 del voto de la mayoría.

Thomson Reuters

arrasados sin que mediara el consentimiento expreso de la titular, en abierta violación del artículo 55 del Cód. Civ. y Comercial, anteriormente citado, referido a las condiciones bajo las cuales es legítimamente posible disponer de los derechos personalísimos. En la misma línea, dicha imposición —al margen de la posibilidad de decidir de la mujer— supondría una injerencia arbitraria y abusiva en la vida privada de la damnificada (lo que está proscripto por el artículo 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, CADH), además de una confiscación del derecho de toda persona de ser oída en cualquier causa en la que se determinaran sus derechos y obligaciones (art. 8.1, CADH). Esto, por supuesto, cobra especial relevancia cuando la víctima de la violación es una niña, tal como lo establece —en consonancia con la Convención sobre los Derechos del Niño— la Ley n° 26061" (fs. 1899).

Finalmente, Portal de Belén entiende que el primado del derecho a la vida desde la concepción de forma absoluta e incondicionada es el que mejor armoniza y plasma el principio pro homine (fs. 1935 vta.). Por esta vía olvida que esta pauta axial, que está establecida —entre otros— en la CADH (art. 29) y en la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN, art. 41), siempre insta a buscar la interpretación más extensiva y menos restrictiva de los derechos fundamentales, desde que supone una doble preferencia: normativa y hermenéutica. Dicho en otras palabras, manda garantizar lo que se vislumbra como el mejor derecho y como la mejor interpretación posible de acuerdo con las circunstancias del caso.

Por el contrario, el representante de Portal de Belén postula —al parecer— una concepción restrictiva de tal herramienta interpretativa. Por ello, le cabe la misma observación que había formulado —en mi disidencia— a la Cámara 3ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial: "La mayor prueba de la rigidez y de la forma parcializada con que la Cámara operó este principio es que no ha dado razones acerca de por qué, por ejemplo, en virtud del mandato pro homine debería prevalecer el derecho a la vida del por nacer y no, por ejemplo, el de la niña embarazada producto de un abuso sexual con acceso carnal, teniendo en cuenta que también tendría que ponderarse obligadamente el interés superior de esta última (arts. 3 y 41 de la Convención sobre los Derechos del Niño)" (fs. 1890 vta.).

En definitiva, los fundamentos brindados sirven para concluir que, en los términos de la Ley 48 (art. 14, inc. 3), la recurrente no logró acreditar que, en estos puntos, la sentencia impugnada haya desconocido normas constitucionales y convencionales que consagran la inviolabilidad de la vida desde el momento de la concepción, ni que se haya violado la forma federal del Estado argentino.

Así voto.

Por ello, habiéndose pronunciado el fiscal Adjunto del Ministerio Público de la Provincia, este Tribunal Superior de Justicia, por mayoría, resuelve: I. No conceder el recurso extraordinario federal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, interpuesto por el apoderado de Portal de Belén, en contra de la Sentencia n° 24 (fechada el 18 de diciembre de 2018), dictado por este Tribunal Superior de Justicia. II. Imponer las costas por el orden causado (art. 68, segundo párrafo, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Protocolícese, hágase saber y dese copia. — *Domingo J. Sesin. — Aída L. T. Tarditti. — Luis E. Rubio. — María de las Mercedes Blanc Gerzicich de Arabel. — Claudia E. Zalazar. — Julio C. Sánchez. — Silvana M. Chiapero.*

Thomson Reuters

La dignidad y la salud ante todo

Cuando el acceso a lo esencial sigue siendo motivo de debate

Sofía Pelayo (*)

Sumario: I. Introducción.— II. El protocolo hospitalario para atención de abortos no punibles en la provincia de Córdoba.— III. El protocolo hospitalario para atención de abortos no punibles en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.— IV. ¿Cuándo hay caso?— V. Palabras finales.

"... La justicia y la libertad, hermanas siamesas, condenadas a vivir separadas, volverán a juntarse, volverán a juntarse bien pegaditas, espalda contra espalda...."

Eduardo GALEANO (**).

I. Introducción

Las últimas líneas de este artículo han sido redactadas habiéndose cumplido ya más de un mes de aislamiento social, preventivo y obligatorio. El gobierno nacional argentino, con el objeto de "... proteger la salud pública como una obligación inalienable..." **(1)**, ha decidido asumir esta responsabilidad, tomando una medida excepcional con la finalidad de contener, en el número más ínfimo posible, el contagio de la ciudadanía por la epidemia desatada por el COVID-19 **(2)**.

El índice de personas afectadas en períodos de tiempo sumamente reducidos y la facilidad con la cual ha logrado atravesar las fronteras nos permite afirmar que el COVID-19 es un virus que no discrimina. No hace distinción de género, ni de estatus económico, de nacionalidad, ni de religión. Somos todos y todas iguales frente a la posibilidad de sufrir una infección, pero no así en la forma en que nos preparamos para transitar este problema.

¿Cuáles son las consecuencias de tener un Estado presente? Parte de esa respuesta puede verse en las estadísticas **(3)**. Al 22 de abril del 2020, el Ministerio de Salud ha informado la siguiente situación en América **(4)**: la Argentina tenía un total de 3288 casos confirmados de personas infectadas desde el inicio del brote en el mes de marzo, y en otros dos países en similares circunstancias los números eran mucho mayores. En Brasil, el número arribaba a un total de 45.757 personas infectadas y en Estados Unidos un total de 776.907. En la Argentina habían fallecido un total de 159 personas; en Brasil 2906

(*) Abogada egresada de la Universidad Nacional de La Plata. Actualmente trabaja en el Juzgado de Familia Nro. 7 del Departamento Judicial La Plata.

(**) GALEANO, Eduardo, "Patas arriba: escuela del mundo al revés", Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2018, p. 343.

(1) Decreto de necesidad y urgencia publicado el 20/03/2020, DECNU-2020-297-APN-PTE.

(2) Alocución de apertura del Director General de la OMS en la rueda de prensa sobre el COVID-19 celebrada el 11 de marzo de 2020 —en español—: www.who.int/es/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020.

(3) Reporte de la situación mundial actualizado por la OMS. Puede verse en la página web: www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/situation-reports.

(4) Información epidemiológica publicada por el Ministerio de Salud de la Nación al 22 de abril del 2020 en la siguiente página web: www.argentina.gob.ar/salud/coronavirus-COVID-19/sala-situacion.

Thomson Reuters

y en Estados Unidos 37.602. Cuando en estos últimos dos países el crecimiento de los infectados se había dado de manera exponencial, en Argentina, gracias a las decisiones políticas asumidas, se dio de manera lineal **(5)**: el famoso "aplanamiento de la curva" del cual hemos oído hablar en los medios.

En este artículo se buscará analizar el actuar estatal en la provincia de Córdoba y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con relación al protocolo hospitalario para la atención de abortos no punibles. Si bien las circunstancias son disímiles, tienen un trasfondo común: se coloca el acceso a la salud pública como tema de debate, como si no fuera un derecho de carácter universal.

La particularidad del contexto mundial debe servir de parámetro al momento de la lectura de este artículo.

En circunstancias donde el riesgo en la afectación de la salud es en toda la humanidad, puede observarse que las diferentes estrategias abordadas por los sistemas gubernamentales dependen de los recursos económicos, de los intereses y de las ideologías de quienes están a cargo. Por otro lado, frente a la pandemia emerge un reclamo unívoco de la ciudadanía: la esperanza y la exigencia de un Estado presente, el reclamo a los representantes de que actúen arduamente en pos de la protección de la salud y un compromiso social de cuidarse los unos a los otros acatando las normas de prevención.

A modo de espejo, sería deseable —y hacemos votos de que así sea— que este mismo clamor, o al menos idéntico fervor, se agite cuando sea la salud o la vida de parte de la población la que esté en riesgo. Que las creencias personales no pesen más que el sufrimiento y el reclamo individual —el cual es también colectivo— de una mujer o toda persona gestante que solicita poder tomar decisiones que hacen a su autonomía personal y al desarrollo de su plan de vida. Esperemos que todos y todas reclamemos por garantías constitucionales, por el acceso a la atención médica de calidad, por el acompañamiento del Estado y por la satisfacción de los derechos de cada individuo de la sociedad por igual.

(5) Ver evolución actualizada de la pandemia de COVID-19 en Argentina: www.lagaceta.com.ar/nota/838273/actualidad/seis-graficos-para-entender-evolucion-coronavirus-argentina.html.

II. El protocolo hospitalario para atención de abortos no punibles en la provincia de Córdoba

Pese al desarrollo que ha alcanzado nuestro país en materia de derechos humanos y género, al cuerpo normativo que lo asienta y la jurisprudencia que acompaña, siguen existiendo actores que obstaculizan a las personas el acceso al ejercicio de alguno —o varios— de sus derechos personalísimos.

El 13 de marzo del 2012 se dictó sentencia en los renombrados autos "F., A. L. s/ medida autosatisfactiva" **(6)**, en la cual la Corte Suprema de Justicia se expidió respecto de la interpretación del art. 86, incs. 1º y 2º, del Cód. Penal, exhortando a las autoridades nacionales, provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con competencia en la materia a implementar y hacer operativos, mediante normas del más alto nivel, protocolos hospitalarios para la concreta atención de los abortos no punibles y para la asistencia integral de *toda* víctima de violencia sexual. Sin perjuicio de ello, habiendo transcurrido ya ocho años desde aquel fallo de semejante trascendencia, existen aún hoy provincias en las cuales los protocolos hospitalarios no han sido redactados, no son respetados o fueron hechos sin cumplir con las premisas establecidas por la Corte. Se han vulnerado los derechos de niñas y adolescentes, quienes, estando embarazadas a causa de un abuso sexual, fueron obligadas a continuar con el embarazo **(7)**, pese a

(6) CS, 13/03/2012, "F., A. L. s/ medida autosatisfactiva", F: 259:XLVI.

(7) Obligan a parir a una niña de 11 años, víctima de abuso sexual por la pareja de su abuela, en Tucumán: www.contrapoderweb.com/2019/02/28/un-largo-camino-de-torturas-la-historia-de-la-nena-tucumana-a-la-que-obligaron-a-gestar/; joven de 17 años, víctima de abuso sexual, solicita la ILE y culmina en una "adopción prenatal", en Corrientes: www.archivo.elpaisdiario.com.ar/nacionales/item/13860-corrientes-obligan-a-parir-a-una-victima-de-abuso-y-habilitan-la-adopcion-prenatal; obligan a parir a una niña de 12 años, víctima de abuso sexual, en Jujuy: www.eldestapeweb.com/nota/jujuy-finalmente-obligaron-a-parir-a-la-nina-de-12-anos-violada-y-daran-la-beba-en-adopcion-2019-1-18-11-27-0.

Thomson Reuters

tener un cuerpo normativo internacional e interno que respalda su derecho a decidir no continuar con la gestación, sin que ello implique comisión de delito alguno.

De la lectura de nueva jurisprudencia, asombra ver hoy cómo estos actores llevan la arbitrariedad de sus actos no solo al ámbito de lo privado, sino que utilizan mecanismos judiciales de manera errónea con el propósito de imponer sus puntos de vista, sin respetar las vías procesales existentes a los fines de invocar la supuesta ilegalidad de la norma.

II.1. El fallo

El 24 de septiembre del 2019, el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba resolvió no conceder el recurso extraordinario federal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación interpuesto por el apoderado de la Asociación Civil Portal de Belén **(8)**. La recurrente solicitaba se deje sin efecto la resolución en crisis a los fines de que se mantenga la medida cautelar dictada, la cual suspendía la aplicación de la res. 93/2012 —protocolo hospitalario para la concreta atención de abortos no punibles— emitida por el Ministerio de Salud de la provincia de Córdoba. Portal de Belén alegó, principalmente, que estaban en debate la operatividad de tres derechos.

En primer lugar, la legitimación activa de una asociación para ejercer derechos de incidencia colectiva y para obtener una sentencia con efectos *erga omnes*. Manifestó así la aludida asociación que en Córdoba nacen 80.000 personas al año, las que "... conforman el colectivo de las personas por nacer..." y, de habilitarse el protocolo, "... un número hoy indeterminado de ellos será eliminado...". Sostenían que, por esa razón Portal de Belén era el único que podía defender sus derechos. De lo contrario, agregaron, "...nadie lo hará y todo el aparato sanitario público se dedicará a acabar con la vida de todos aquellos cuyos progenitores así lo pidan con solo firmar un formulario, sin riesgo alguno que se investigue si realmente el embarazo fue producto de una violación o de una relación consentida con su marido, pareja o quien fuera...". Esto último resulta manifiestamente contrario a lo resuelto por la Corte Suprema en "F., A. L.", donde se estableció que basta con la manifestación de la voluntad ante el o la profesional tratante —declaración jurada mediante—, destacando la imposibilidad de admitir cualquier tipo de obstáculos que vulneren el goce efectivo de los derechos de las víctimas de delitos sexuales **(9)**.

En segundo lugar, la recurrente sostuvo que con la puesta en ejercicio del protocolo hospitalario se pondría en juego la inviolabilidad de la vida humana desde la concepción, incorporada al plexo constitucional por medio de la reforma de 1994, que incluyó las Convenciones Americana de Derechos Humanos y sobre los Derechos del Niño. Sostuvieron que, en razón de dichas normas, "la mujer violada" debe continuar con el embarazo, ya que es una obligación legal, teniendo la posibilidad de "... liberarse fácilmente de tener a su cargo el hijo, dándolo en adopción...", una vez que el niño o niña nazca.

En tercer lugar, alegó que existe una violación a la forma federal de Estado al hacer inaplicables los arts. 4º, 19 y 59 de la Const. provincial y la ley 6222 —la cual prohíbe a los y las profesionales de la medicina practicar abortos—. Consideró erróneo que el Ministerio de Salud de Córdoba regule el ejercicio de abortos no punibles haciendo alusión al art. 86, incs. 1º y 2º, del Cód. Penal "... y un desafortunado precedente de la CS...", citando el caso "F., A. L.".

Puede observarse cómo desconoce el sistema federal argentino, pretendiendo que las provincias se arroguen facultades que han sido cedidas al Poder Legislativo Nacional, como ser el dictado de los Códigos de fondo. Con ello, el recurso ya no puede prosperar, dado que se está requiriendo que una norma federal ceda ante una norma local: algo impropio de la vía recursiva.

El tribunal así se expide, afirmando en reiteradas oportunidades que la recurrente se ha limitado a manifestar su desacuerdo con la normativa actual y la interpretación de la Corte en "F., A. L.", *sin existir un caso particular para efec-*

(8) TSJ Córdoba, 24/09/2019, "Portal de Belén Asociación Civil c. Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba s/ amparo", Ed. Rubinzal online: 5597080 RC J 10406/19.

(9) CS, 13/03/2012, "F., A. L. s/ medida autosatisfactiva". Ver consids. 27-28.

Thomson Reuters

tuar el reclamo, con el objeto de imponer sus creencias morales personales, persiguiendo una salida que contraría expresamente el cometido del recurso extraordinario federal.

II.2. Derechos humanos: fundamentales y personalísimos

Cuando hablamos de derechos humanos (DD.HH.) en el plano internacional, estamos haciendo referencia nada más ni nada menos que a prerrogativas inherentes a todos los seres humanos, sin distinción de nacionalidad, lugar de residencia, origen, sexo, color, religión, lengua o cualquier otra condición **(10)**. De la propia definición se desprenden dos características esenciales: los derechos humanos son inherentes a la persona y, en consecuencia, son universales **(11)**. Entre ellos se incluyen el derecho a la vida, a la libertad, a no estar sometido a la esclavitud ni a torturas; a la libertad de opinión y de expresión; a la educación y al trabajo.

Cabe así aclarar que, cuando utilizamos el vocablo de "derechos humanos", "derechos fundamentales" o "derechos personalísimos", nos referimos a tres categorías que contienen el mismo objeto, pero tienen su origen en distintos ámbitos del derecho.

Los primeros son reconocidos como tales en el plano internacional. Los "derechos fundamentales" no son ni más ni menos que la denominación que les otorga la norma constitucional a los derechos humanos. Por aplicación del art. 75, inc. 22, nuestra Ley Fundamental le reconoce jerarquía constitucional al derecho internacional de los derechos humanos. Este articulado no implica una mera declaración, sino que consecuentemente imprime en el Estado una responsabilidad. Es por ello que "... [c]ada uno de estos derechos debe estar protegido o alentado por una garantía jurídica, ya sea para protegerlo (abstención) o para alentar su desarrollo (positivas). Las garantías de los derechos fundamentales son el mecanismo por excelencia para dotar de efectividad a los derechos o al normal desenvolvimiento de la vida constitucional. Su naturaleza es reactiva o defensiva, porque operan en caso de vulneración o amenaza de lesión de un derecho fundamental o del estatuto de los poderes. Su naturaleza implicará naturaleza en forma de prestación, en caso que aliente un positivo obrar estatal, por ejemplo: salud, vivienda, educación, cultura, etc. Acudir a las garantías significa intentar obtener, por su intermedio, la preservación o desarrollo del derecho, según se implique un obrar negativo o un obrar positivo..." **(12)**.

Con la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación devino el proceso de "constitucionalización del derecho privado", donde nacen los "derechos personalísimos", que, con su carácter de subjetivos, completan a los derechos fundamentales desde la óptica del individuo. Cifuentes los define como derechos de carácter privado, innatos y vitalicios, que tienen por objeto las manifestaciones interiores de la persona. Agrega que tienen por característica ser extrapatrimoniales y necesarios, razón por la cual no pueden transmitirse ni disponerse en forma absoluta y radical **(13)**.

II.3. La dignidad como condición necesaria

Frente a dicho proceso, no ha sido casual la decisión de dejar manifiesta en nuestro Código Civil y Comercial la importancia del respeto y el reconocimiento de la dignidad humana **(14)** como carácter constitutivo de todo ser humano. Como lo ha expresado la Dra. Eleonora Lamm: "... se parte de que la persona merece que se le reconozca, respete y por ende tutele su digni-

(10) Arts. 1º, 2º, 7º, 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; arts. 1º, 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 3º del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; art. 2º, Convención sobre los Derechos del Niño.

(11) Definición tomada de la página de internet de las Naciones Unidas, www.un.org/es/sections/issues-depth/human-rights/index.html.

(12) FERREYRA, Raúl G., "Manifiesto sobre las garantías de los derechos. A propósito de los veinte años de la 'Constitución reformada'", en MONTI, Natalia (coord.), Constituciones Argentinas. Compilación histórica y análisis doctrinario, Ed. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Buenos Aires, 2015, p. 250.

(13) CIFUENTES, Santos, "Derechos personalísimos", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1995, 2ª ed., p. 200.

(14) Art. 51 del Cód. Civ. y Com.: "La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad".

Thomson Reuters

dad, atento a que esta deriva del hecho de ser, ontológicamente, una persona y, consecuentemente, el derecho debe garantizarle esta dignidad precisamente por ser tal. El respeto por la dignidad de la persona humana comienza por reconocer su existencia, su autonomía y su individualidad, de allí que dicho artículo la considere inviolable..."; asimismo consideró que "... se considera a la dignidad como la 'fuente', el fundamento, el sustrato, en el que se asientan y de la que derivan todos los derechos humanos. Es precisamente la conexión de un derecho con la dignidad humana la que lo convierte en derecho fundamental..." **(15)**.

Bajo esta óptica, se observa que la comisión de un abuso sexual no acarrea únicamente la violación de un "bien jurídico protegido" contemplado en el Código Penal, trae consigo una dolorosa y sistemática violación de derechos esenciales que conforman a la persona: su libertad, su salud **(16)**, su integridad sexual y su seguridad. Todos ellos son quebrantados y, sin perjuicio de ello, existen sujetos que no solo avalan este derrame de afectación de derechos, sino que imponen, ejecutan y organizan detrás de una máscara que dice defender la vida un nuevo mecanismo de violación de derechos y de revictimización.

Lo cierto es que frente a estos casos la responsabilidad del Estado es aún mayor. Basándonos en las Reglas de Brasilia 11 y 12 **(17)**, se considera "víctima" a quien ha sufrido un daño ocasionado por una infracción penal, incluida tanto la lesión física o psíquica, como el sufrimiento moral y el perjuicio económico. Son personas que se encuentran en estado de "vulnerabilidad" al tener una relevante limitación para afrontar los riesgos de sufrir una nueva victimización, o bien para evitar o mitigar los daños y perjuicios ya derivados del ilícito o de su contacto con el sistema de justicia. A modo de ejemplo, se menciona el caso de las personas menores de edad, las víctimas de violencia doméstica o intrafamiliar y a las víctimas de delitos sexuales.

A su vez, la persona puede ser doble o triplemente colocada en estado de vulnerabilidad: ello a causa de la edad —niños, niñas, adolescentes o adultos mayores— o bien por discapacidad, por la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, por migración y desplazamiento interno, por pobreza, género y hasta por encontrarse privada de la libertad.

Ante esta situación, el Estado deberá alentar la adopción de aquellas medidas que resulten adecuadas para mitigar los efectos negativos del delito —victimización primaria—, así como también deberá garantizar, en todas las fases de un procedimiento penal, la protección de la integridad física y psicológica de las víctimas, *sobre todo a favor de aquellas que corran riesgo de intimidación, de represalias o de victimización reiterada o repetida: se deben articular las medidas necesarias para que una misma persona no sea víctima de más de una infracción penal durante un periodo de tiempo.*

Si en un mismo caso podemos reunir niña/adolescente, mujer, con discapacidad, pobre, migrante, víctima de abuso sexual, ¿cuán elevado es el nivel de responsabilidad de dar respuesta del Estado? Alto. Y no debe ser necesaria semejante situación de vulnerabilidad para exigir acciones positivas que aseguren el acceso a derechos. Resulta inexplicable que, existiendo una ley nacional que dispone, desde el año 1921, supuestos de aborto no punible; jurisprudencia constitucional emanada del máximo organismo nacional que no solo reafirma, sino que amplía su interpretación y observaciones de organismos supranacionales **(18)** que se ex-

(15) LAMM, Eleonora, "La dignidad humana", en www.salud.gob.ar/dels/entradas/la-dignidad-humana, publicado el 03/2017.

(16) "La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades". Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud.

(17) Reglas de Brasilia sobre el acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad.

(18) Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos en su 117 período de sesiones año 2016 respecto del Estado argentino en los puntos 11 y 12 bajo el título "Interrupción del embarazo": "... 11. El Comité nota con satisfacción la decisión de la Corte Suprema de Justicia (caso 'F., A. L. s medida autosatisfactiva', 2012) (...). Al Comité le preocupa, sin embargo, que la aplicación de dicha decisión no es uniforme en el Estado parte y que el aborto legal resulte, muchas veces, inaccesible por la falta de instrumentación de protocolos médicos, del ejercicio individual de objeción de conciencia por parte de los trabajadores de la salud u otros obstáculos de facto.

Thomson Reuters

piden respecto de la obstaculización al acceso a la interrupción legal del embarazo, esto siga sucediendo.

Los sistemas judiciales continúan abriendo sus puertas a pretensiones morales que arrasan derechos fundamentales. *Es por casos como el comentado que creemos que es imprescindible el dictado de la legislación en materia de interrupción legal del embarazo que promueven los feminismos y acompañamos todas las personas que creemos en la libertad como uno de los derechos imprescindibles para reconocernos en la igualdad y la no discriminación*.

En el caso traído a este artículo, la recurrente pretende obtener una sentencia judicial que avale su postura "anti derechos". Pretende arribar a la Corte Suprema de Justicia de la Nación a los fines de que ella se expida en contra de derechos adquiridos por las personas gestantes, conforme lo dispuesto en el art. 86, incs. 1º y 2º, del Cód. Penal. Lo cierto es que no debería considerarse obligación de la mujer continuar con su embarazo bajo ningún pretexto. *La única que puede decidir sobre su cuerpo es la persona que lo porta*.

Cabe citar nuevamente al Tribunal Superior de Córdoba cuando refiere que "... si el caso fuera admitido como individual, a la gestante o a su representante legal le corresponderían decidir en forma exclusiva. En cambio, si al caso se lo concibiera como colectivo, por estar en discusión 'un bien colectivo indivisible' (f. 1942), como postula la accionante, otro podría decidir por ella respecto de una delicadísima coyuntura moral cuyas consecuencias (físicas, psicológicas, entre otras), sin embargo, repercutirían solo en ella. En otras palabras: reconocerle legitimación a Portal de Belén, que sostiene que el aborto es punible en todos los casos, sería como admitir que la persona gestante podría ser forzada indirectamente a actuar en contra de la posibilidad de valorar o de resignificar el sentido de la propia vida, algo que le reconoce el Código Penal (...). Así, en forma oblicua, se caería en la violencia de imponer a la mujer un único sentido o significado a su vida, el que propugna la asociación, según el cual el aborto es moral y jurídicamente insostenible en cualquier hipótesis...".

No deben plantearse absolutos: a ellos no ha lugar. El cuerpo normativo argentino, en todos sus fueros, se desenvuelve en un juego de proporcionalidades. Obligar a gestar es inadmisible, inconstitucional y violador de derechos humanos.

No puede darse una respuesta legal que contente a todos cuando se trata de debates sobre temas como la vida y la muerte. Pero lo que sí puede y debe procurarse *es el acceso*: proteger la autonomía personal de quien reclama por sus derechos fundamentales.

También es posible no avalar la re-victimización. Esto se logra cuando aquella persona que desee continuar con el embarazo tenga el apoyo del Estado necesario para hacerlo, así como que aquella que no lo desea, sea por la razón que en su intimidad mantenga, también sea acompañada. Si afirmamos defender derechos humanos, no podemos avalar una muerte producida a causa de la interrupción del embarazo clandestina. Mirar al costado también es avalar.

III. El protocolo hospitalario para atención de abortos no punibles en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Actualmente no todas las provincias del país se han adherido al protocolo para la atención integral de las personas con derecho a la interrupción legal del embarazo del Ministerio de Salud de la Nación actualizado el año pasado, como así tampoco han establecido protocolos internos **(19)**. La Ciudad Autónoma de Buenos Aires posee un protocolo propio desde el año 2012, al cual se le han hecho reiteradas críticas y observaciones desde entonces, por considerarlo obstructivo o dificultoso al momento de garantizar el acceso a las prácticas.

(...) 12. El Estado parte debe revisar su legislación sobre el aborto, incluyendo su legislación criminal, en particular mediante la introducción de excepciones adicionales a la prohibición del aborto, inclusive cuando el embarazo es producto de una violación sexual...".Asimismo, ver Observaciones Finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su 58 período de sesiones del año 2018 respecto del Estado argentino en el punto 56.

(19) Mapa interactivo de la adhesión al protocolo de aborto no punible en la Argentina: www.economiafeminita.com/grito-mundial-por-el-derecho-al-aborto/.

Thomson Reuters

III.1. El dictamen del Ministerio Público Fiscal: admisión parcial de la acción

La Asociación Civil Pro Amnistía interpuso, a través de su apoderada, una acción declarativa de inconstitucionalidad en los términos de los arts. 113, inc. 2º, de la Const. CABA; 38, inc. 2º, de la ley 1903 y 17 y 18 de la ley 402.

El objeto de la presentación fue la declaración de inconstitucionalidad de la res. 1252/2012, sus anexos y toda norma complementaria o modificatoria de ella.

Allí se aprueban el procedimiento para la atención profesional para la práctica de la interrupción del embarazo en los casos de abortos no punibles en los hospitales públicos de CABA y el modelo de declaración jurada que deberán completar las personas abarcadas en el art. 86, párr. 2º, del Cód. Penal.

El 17 de septiembre del 2019, el Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires dictaminó que correspondía declarar parcialmente inadmisible la acción interpuesta y, consecuentemente, admitirla con relación a dos puntos que estiman serían *prima facie* contrarios a la norma de superior jerarquía **(20)**. En primer lugar, entendió que el art. 17 de la resolución contraría el Código de fondo, toda vez que establece que toda persona que transite un embarazo producido a causa de una violación podrá acceder a la práctica dentro del límite gestacional de las doce primeras semanas. En segundo lugar, consideró que la exigencia del art. 9º, referida a la "gravedad" en el riesgo en la salud de la persona gestante, también contraría la norma superior. Estimó que se debe hacer lugar a la inconstitucionalidad únicamente por la extralimitación de facultades en la que recae el Poder Ejecutivo local, rechazando los demás argumentos elaborados por la actora. Hizo saber que no considera que el límite gestacional sea arbitrario, pero que, sin perjuicio de ello, comparte que corresponde al Congreso Nacional establecer plazos o requisitos que regulen el acceso al derecho reconocido en el citado art. 86, incs. 1º y 2º, del Cód. Penal (art. 75, inc. 12, CN).

No está reconociendo que dichas imposiciones vulneran al derecho a la salud —el cual debe ser considerado desde la perspectiva integral definida por la Organización Mundial de la Salud—, lo que resulta erróneo y violatorio de derechos humanos, obstrucciona el acceso al procedimiento porque —en definitiva— dependerá del arbitrio del profesional tratante considerar que el riesgo para la salud o la vida de la gestante sea o no "grave".

Sumado a ello, el art. 9º, inc. a, del protocolo establece que el peligro no debe poder ser evitado por otros medios. Ello también vulnera la autonomía personal de la paciente, consagrada en el art. 19 de la Ley Fundamental, debido a que nuevamente coloca en otra persona la facultad de tomar decisiones sobre su cuerpo, cuando, por el contrario, el deber del profesional debería ser brindarle la información necesaria para poder decidir qué procedimiento médico ejecutar cuando la salud o la vida se encuentra en riesgo. Nuevamente pareciera que se considera "disponible" la opción de garantizar el derecho a la salud de la gestante.

Resulta interesante traer a este apartado una particularidad de cómo es tratado en el protocolo emitido por el Ministerio de Salud de la Nación el "riesgo en la salud y la vida de la persona". Allí se estipula que es posible considerar una serie de situaciones relacionadas con factores de *vulnerabilidad social*, como ser contextos de violencia de género, inequidades en las condiciones de vida o limitaciones a la autonomía.

Asimismo, establece que no debe exigirse que el peligro sea de una intensidad determinada, *sino que bastará con la potencialidad de afectación de la salud* para determinar el encuadre como causal de no punibilidad para el aborto **(21)**.

III.2. La capacidad de ejercicio de los derechos personalísimos

Ahora bien, uno de los puntos sobre los que, bajo la mirada del Ministerio Público, el recurso no debe prosperar, es la falta de reconocimiento

(20) Dictamen de la Fiscalía General Adjunta, "Asociación Civil Pro-Amnistía c. GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. 17190/19, 17/09/2019.

(21) "Protocolo para la atención integral de las personas con derecho a la interrupción legal del embarazo", Ed. Ministerio de Salud de la Nación, 2019, ps. 15-16.

Thomson Reuters

del consentimiento informado otorgado por las personas menores de edad y las personas con discapacidad (arts. 5º, 9º b, 10 b, 13 y 10 del Anexo de la res. 1252/2012). El dictamen expresa que ello no resulta discriminatorio, ni es fuente de una situación de discriminación estructural, como así tampoco contraría a la Constitución Nacional, ni al Código Civil y Comercial.

Conforme lo establecido en los arts. 26, 31, 32, 55, 58 y 59 del Cód. Civ. y Com. y lo prescripto en la ley 26.529, *toda persona competente puede disponer del propio cuerpo a través de un acto que cuente con las características de ser voluntario, libre y revocable, siendo únicamente la ley la fuente que podrá disponer restricciones al efecto* **(22)**.

El protocolo analizado, al invocar como requisito necesario que los representantes legales presten su conformidad, transgrede los principios esbozados en la norma de fondo y, consecuentemente, obstaculiza al acceso al derecho de la salud de personas que ya de por sí se encuentran en situación de vulnerabilidad. Lo cierto es que debería obedecer a las "categorías jurídicas" establecidas para el ejercicio de los derechos de las personas (arts. 24 y 25, Cód. Civ. y Com.) relacionados con la toma de decisiones sobre cuestiones que hacen al cuidado del propio cuerpo y al principio de capacidad de ejercicio (art. 26, Cód. Civ. y Com.). De no existir sentencia judicial de determinación de la capacidad que disponga que la persona no puede tomar decisiones de esta índole, su disposición debe ser acatada como tal. Como vemos, existe un cuerpo normativo nacional e internacional (arts. 5º y 8º, CDN) que atañe a la regulación del ejercicio de los derechos personalísimos a partir de dos pautas inescindibles: la edad y la madurez. Al respecto, la Dra. Famá ha manifestado que en el Cód. Civ. y Com. "... se hace eco del modelo de protección integral de derechos y, por ende, recoge sus reglas estructurales; entre ellas, la concepción jurídica de la infancia como una época de desarrollo efectivo y progresivo de la autonomía personal y social. En este contexto, el Cód. Civ. y Com. reconoce la capacidad progresiva de NNyA dejando atrás la categoría binaria de capacidad/incapacidad emergente del Código Civil, y reformulando los roles tradicionalmente asumidos por los sujetos 'pasivos' de las relaciones que vinculan al niño en el ejercicio de sus derechos: los progenitores (y en su ausencia, otros responsables) y el Estado" **(23)**.

IV. ¿Cuándo hay caso?

El art. 1º del Cód. Civ. y Com. establece que los casos que allí se rigen deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. En su comentario, el Dr. Lorenzetti expuso que por "caso" debemos entender que él "... es contemplado como un supuesto de hecho de la norma, es decir, que todo el sistema de derecho privado regula casos, controversias y no meras declaraciones abstractas (...) Ello debe ser distinguido de la definición de caso como requisito de procedencia de la acción judicial, caracterizado por la necesidad de un interés específico, diferenciado, y no meramente genérico..." **(24)**.

Del análisis efectuado a lo largo de este artículo surge un punto trascendente a considerar al momento de abordar las facultades de plantear un reclamo colectivo.

La apoderada de la Asociación Civil Pro Amnistía interpuso una acción declarativa de inconstitucionalidad a los fines de garantizar el efectivo cumplimiento de los derechos de *todas las personas gestantes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires* que decidan interrumpir su embarazo y se encuentren dentro de las circunstancias observadas por el art. 86, incs. 1º y 2º, del Cód. Penal. La Asociación Civil Portal de Belén interpuso un recurso extraordinario federal a los fines de garantizar los derechos de *las personas por nacer* de la provincia de Córdoba. Ambos recurrentes pretenden que el protocolo hospitalario de su jurisdicción no sea aplicado.

(22) La normativa interna parte del principio de capacidad de ejercicio (art. 23 del Cód. Civ. y Com.). Toda persona podrá ejercer los derechos de los cuales es titular, excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código y en una sentencia judicial.

(23) FAMÁ, María Victoria, "Capacidad progresiva de niñas, niños y adolescentes en el Código Civil y Comercial", LL del 20/10/2015, cita online: AR/DOC/3698/2015.

(24) LORENZETTI, Ricardo L., "Código Civil y Comercial de la Nación comentado", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, t. I, p. 27.

Thomson Reuters

La diferencia está en que, en el caso de CABA, *el tercero está exigiendo el cumplimiento y goce efectivo de derechos humanos de personas nacidas*. En cambio, en el de Córdoba el tercero se arroga derechos de potenciales "80.000" personas que quizás aún no han sido concebidas, exigiendo que se vulneren los derechos personalísimos individuales, exigibles, ciertos y *personales* de personas gestantes, a quienes únicamente les corresponde la toma de decisiones de esa categoría.

Ello fue motivo también del rechazo al recurso interpuesto ante el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, quien resolvió que *no media un caso judicial en propiedad* y que Portal de Belén carecía de legitimación activa, sin que ello pueda considerarse una afectación del derecho de defensa. Para ello afirmó que los derechos o situaciones que por sus particularidades son indivisibles e intransferibles no se pueden colectivizar y que "... hay consecuencias del embarazo no deseado que solo recaen y conciernen a la gestante, por lo que, en dicha hipótesis, como en ninguna otra, estarían en juego la autonomía personal y la privacidad (CN, art. 19) de una damnificada en concreto. Esto ratifica que, en principio, no hay caso, pero, si lo hubiera, sería individual. Porque, según la sentencia cuestionada, no hay margen para universalizar puntos de vistas, concepciones o creencias como si pertenecieran a la sociedad en conjunto, como pretende hacerlo Portal de Belén al sostener en su REF, por ejemplo, que los nasciturus 'constituyen un bien colectivo indivisible'..." (fs. 55).

Retomando el comentario del Dr. Lorenzetti, en la demanda presentada por la Asociación Civil Portal de Belén no media caso en el sentido esbozado por el Código Civil y Comercial, ni en el sentido que resulta necesario para la procedencia de una acción judicial.

Ello debido a que no media un interés individual concreto, sino que *se pretende obtener desde el abstracto y el supuesto una resolución judicial que prive a las personas gestantes de derechos reconocidos en un innumerable cuerpo normativo nacional e internacional*, excediendo de esta manera las facultades que le competen al órgano jurisdiccional.

La Corte Suprema de Justicia se ha expedido recientemente al respecto, haciendo saber que "... se configura un 'caso justiciable' cuando concurren dos recaudos: por una parte, debe tratarse de una controversia que persigue la determinación del derecho debatido entre partes adversas, fundado en un interés específico, directo, o inmediato atribuible al litigante; por otra, la causa no debe ser abstracta en el sentido de tratarse de un planteo prematuro o que hubiera devenido insustancial..." y que "... [d]ebe recordarse que en nuestro sistema constitucional la existencia de un caso judicial es una precondición para la intervención de los tribunales nacionales y constituye un requisito sine qua non de su accionar (art. 116, CN; art. 2º, ley 27). Ello es así con absoluta independencia del mérito o la trascendencia política o de otra naturaleza que pueda tener el planteo que se pretende someter al estrado judicial. Tan central resulta la concurrencia de un 'caso' que su existencia es comprobable de oficio y en cualquier estado del proceso que, como ha sostenido esta Corte, su desaparición importa también la desaparición del poder de juzgar..." **(25)**.

V. Palabras finales

Hay afirmaciones que no debemos obviar ni dejar de reclamar. La única consecuencia de habilitar el debate del acceso de las personas nacidas a su derecho a la salud es el desmedro de un abanico de derechos fundamentales que no puede seguir siendo avalado. No hay caso justiciable cuando no existe un interés específico que se deba reclamar. Muy por el contrario, por todos los fundamentos expuestos a lo largo de este artículo, *sí hubo y habrá causa judicial* reclamable al Estado y denunciable ante el Poder Judicial cada vez que una mujer fallezca por no haber accedido a una atención médica de calidad ante la interrupción de su embarazo, cada vez que una niña víctima de abuso sexual pida terminar con su vida por verse forzada a gestar y a parir y cada vez que una adolescente transite un embarazo no deseado por no haber recibido educación sexual integral de calidad. Porque

(25) CS, 24/04/2020, "Fernández de Kirchner, Cristina en carácter de Presidenta del Honorable Senado de la Nación s/ acción declarativa de certeza", C2SJ 353/2020/CS1, fs. 5 y 65.

Thomson Reuters

hay responsabilidad estatal **(26)**. Porque nos encontramos frente a personas que transitan su vida sufriendo obstáculos que las privan de ejercer los derechos que hacen a su dignidad.

El derecho privado no regula abstractos con caracteres absolutos. Se debe establecer una proporcionalidad que prime el derecho *cierto* de aquel que es titular. El acceso a ellos debe ser igualitario y sin dar lugar a discriminación alguna. En un mismo país se invocan normas similares y se redactan protocolos diferentes. Se judicializa y se resuelve distinto. Es imprescindible que se dicte una ley nacional de interrupción legal del embarazo para poder poner fin a estas acciones. A la vista están los resultados de no hacerlo.

Y a la vista están, también, los resultados de discriminar entre abortos no punibles de aquellos que sí. Porque permitir el aborto a una persona gestante que fue violada y criminalizar a la que no, es, en definitiva, criminalizar su deseo. No solo resulta imperiosa la necesidad de una ley nacional para abortos no punibles, sino que resulta imperiosa, también, la necesidad de aplicar en forma efectiva la Ley de Educación Sexual Integral.

En definitiva, es imperiosa la necesidad de garantizar, de una vez por todas, el aborto legal, seguro y gratuito para que todas las mujeres y personas gestantes puedan, por fin y por vez primera en nuestro país, *sentirse dueñas de su deseo y de su libertad*.

¿O es acaso que las mujeres y personas gestantes no tienen derecho a una salud integral que les sea provista por el Estado frente a la pandemia de las violencias patriarcales?

(26) Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos respecto del Estado argentino, 2016, en los puntos 11 y 12, bajo el título "Interrupción del embarazo" manifestó: "El Comité expresa su preocupación por el 'caso de Belén', en que se utilizó la figura del delito de homicidio agravado para una supuesta alegación de aborto ilegal y que la acusada esté todavía privada de libertad. El Comité también está preocupado por los altos índices de abortos clandestinos que han resultado en mortalidad materna, así como por los embarazos de adolescentes (arts. 3º, 6º, 7º y 17) (...). El Estado debe revisar el 'caso de Belén', a la luz de los estándares internacionales en la materia, con miras a su inmediata liberación, y a la luz de este caso, considerar la descriminalización del aborto. Asimismo, el Estado parte debe multiplicar y asegurar la aplicación de programas de educación y sensibilización a nivel formal (escuelas y colegios públicos y privados) e informal (medios de comunicación y otros) sobre la importancia del uso de anticonceptivos y los derechos a la salud sexual y reproductiva".

Thomson Reuters

VIOLENCIA DE GÉNERO

Prohibición de acercamiento. Solicitud de levantamiento. Requisitos. Cese de las circunstancias fácticas que motivaron su otorgamiento. Transcurso del tiempo. Convivencia con la víctima. Denunciante embarazada. Rechazo.

Con nota de Lourdes Polo Budzvosky

1. — Estando firme la medida de protección de personas, quien pretende su levantamiento, debe demostrar que la situación de violencia que justificó su dictado cesó.

2. — El simple paso del tiempo, la convivencia del denunciado con la denunciante y el hecho de que esta se encuentre embarazada no justifican el levantamiento de una medida de prohibición de acercamiento, en tanto que no garantiza que se hubieran revertido las circunstancias que justificaron la tutela otorgada, ni que hubiera cesado la situación de violencia, ya que es primordial la eficaz protección de la mujer víctima de violencia de género.

CFamilia, Mendoza, 28/10/2019. - Compulsa en autos elevados a cámara de apelaciones de familia N° 3221/17/11f caratulados "I., J. B. contra B., M. E. por medida de protección de derechos".

[Cita on line: AR/JUR/42093/2019]

N° 604/19/11F-198/19

2ª Instancia.- Mendoza, octubre 28 de 2019.

Considerando:

I. Que a fs. 61 el incidentante M. B. interpone recurso de apelación en contra de la resolución recaída fs. 58/59 por la que se rechaza el incidente de levantamiento de la medida de protección ordenada a fs. 21; confirma la vigencia de la misma; emplaza al incidentante a que en el plazo de diez días de notificado se retire del domicilio donde convive con la Sra. J. B. I., bajo apercibimiento de excluirlo con el auxilio de la fuerza pública; se ordena que, cumplido el plazo establecido se practique constatación en el referido domicilio por el oficial de justicia; se hace saber al incidentante que deberá continuar el tratamiento psicológico iniciado, a fin de poder revertir los hechos de violencia que dieron origen a la presente causa; se imponen las costas al incidentante y se regulan honorarios profesionales.

Para así resolver la juez *a quo* tiene en cuenta que no se encuentran dadas las condiciones para hacer lugar a lo solicitado, por cuanto no han sido desvirtuados por otras pruebas, los fundamentos que llevaron a ordenar la medida de protección y, en particular: 1) el resultado de la pericia practicada al incidentante, los rasgos de impulsividad, irritabilidad, temperamentalidad que la misma detecta y las fallas en el control de sus impulsos; 2) la probabilidad de que puedan producirse nuevamente situaciones de agresión en la pareja conyugal resulta muy esperable; 3) que en casos donde se contraponen la protección brindada por la medida tutelar y la libertad de la persona tutelada de reanudar su relación familiar y frente a situaciones de reconciliación, tras la producción de actos o situaciones de violencia de género es necesario analizar si la misma es consciente y voluntaria o viene impuesta por circunstancias ajenas (falta de respuesta esperada, falta de recursos económicos, presiones o amenazas ejercidas por el agresor); 4) la falta de acreditación del tratamiento psicológico que el incidentante afirma haber realizado (solo acompaña constancias de haber asistido a psicoterapia); 5) la afirmación del incidentante en cuanto a que se encuentra conviviendo con I., estando plenamente vigente la medida de protección, resulta una evidente violación de la misma, y una desobediencia a una resolución judicial.

II. A fs. 70/72 funda su recurso el apelante.

Se agravia en cuanto la magistrada estima que no están dadas las condiciones para hacer lugar al levantamiento frente a la falta de desvirtuación de los fundamentos que justificaron la medida tutelar siendo que —aduce— del relato de las partes surge que actualmente se encuentran viviendo juntos nuevamente a la espera de un hijo, siendo su voluntad reanudar su vida en común y resolver los conflictos matrimoniales a la par de realizar terapia individual o de pareja, no pudiendo ignorar el Estado la voluntad de las partes de continuar su vida juntos.

Afirma que: 1) del expediente penal N° P-152083/15 se evidencia que el hecho que desató la conflictiva es único y aislado por lo que el denunciado no presenta antecedentes en violencia familiar; 2) ha pasado un año y seis meses, sin que hubieran nuevos hechos de violencia denunciados; 3) a fs. 6 la denunciante aclara que no desea instar la acción penal y no asiste al cuerpo médico forense para la constatación de las lesiones denunciadas; 4) la medida solo se funda en la pericia psicológica practicada a la denunciante y no hay siquiera una declaración testimonial, por lo que debería haberse indagado un poco más ya que la sola denuncia no es suficiente para acreditar los hechos expuestos por la denunciante; 5) para la adopción de una medida tutelar los hechos denunciados deben ser graves, reiterados y actuales, características que no estaban presentes en la denuncia formulada por I., respecto a una discusión verbal con su pareja,

Thomson Reuters

en la que, al entrometerse el hermano de la misma, terminaría en una discusión mayor entre este último y el denunciado y no surge que la violencia hubiera sido directamente contra la denunciante; 6) la problemática que derivó en la medida de prohibición de acercamiento fue principalmente con el hermano de la denunciante, pues ella misma en su denuncia manifiesta que la pelea se generó con su hermano y no con ella, pues no se constataron lesiones al momento de radicarla; 7) todo indicaría que tras el tratamiento psicológico realizado pudo dialogar con su cuñado, manteniendo una buena relación en la actualidad.

Observa que de la pericia que se le practicó en el marco del incidente, no surge que él fuera una persona violenta ni indicadores de agresividad como patrón estable de comportamiento y que pudo hablar con su cuñado respecto del episodio de violencia, habiendo mejorado el vínculo y el diálogo entre ambos.

III. Corrido traslado de la fundamentación del recurso a la apelada, debidamente notificada, no comparece ni contesta.

IV.1.- Cabe advertir, previo a todo, que en nuestro ordenamiento procesal la falta de contestación a los agravios o su silencio respecto de alguno de ellos no impide ni obsta a que el tribunal de alzada se pronuncie sobre todos, confirmando, revocando o modificando la sentencia apelada (cfr. Podetti, Ramiro J., "Derecho Procesal Civil Comercial y Laboral, V, Tratado de los recursos", p. 173, Ediar, 1958).

IV.2.- Ingresando al análisis de los agravios esgrimidos por el apelante adelantamos que el recurso no debe prosperar.

En efecto, a la fecha del dictado de la resolución apelada, conforme a la acordada N° 18.724 SCJMza., según el art. 7.11 el victimario podía apelar la medida tutelar dictada en el marco de las leyes 6672 y 24.417 o solicitar su levantamiento, modificación o cese.

Bajo tal prisma, este Tribunal reiteradamente ha dicho que el que hubieran quedado firmes y ejecutoriadas las medidas adoptadas, implica el reconocimiento del victimario de la procedencia de los presupuestos que justificaron su dictado, es decir, de la existencia de violencia ejercida sobre los sujetos protegidos por ellas. Por tal motivo, para obtener el cese de las medidas tutelares, se debe acreditar que han cesado las causales por las que fueron adoptadas; que se ha revertido la situación de peligro o riesgo para la vida o la salud física o psíquica de las víctimas (Expte. N° 1085/13, "Calderón, Lidia J. c. Palacio, Mario J. p/ violencia Familiar-6672", 05/06/2014).

En este aspecto se advierte una clara diferencia entre la apelación de una medida tutelar y el pedido de cese o levantamiento de la misma.

Mientras que la primera tiende a obtener en la segunda instancia la revocación de lo decidido por el juez *a quo* y que por tanto se deniegue la medida solicitada por la/s denunciante/s, considerando que al momento de su otorgamiento no se configuraban los presupuestos necesarios para su concesión; en el segundo el interesado debe acreditar el cambio de las circunstancias fácticas que motivaron su otorgamiento.

La misma situación se presenta en el marco jurídico que delimita el nuevo Código Procesal de Familia y Violencia Familiar, tal como lo ha destacado también esta Cámara en reciente pronunciamiento:

En sentido coincidente el nuevo Código Procesal de Familia y Violencia Familiar (ley 9120) prevé que las medidas de protección son apelables en el plazo de tres días sin efecto suspensivo (art. 93 primer párrafo). A continuación establece que, sin perjuicio de los recursos previstos en la ley, el afectado puede presentarse en el expediente en cualquier momento y solicitar la modificación o el cese de las medidas oportunamente ordenadas. La norma prevé que a tal presentación se le imprima el trámite previsto para el proceso abreviado, y que la resolución que allí recaiga también es apelable (art. 93 segundo, tercer, cuarto y quinto párrafos). Entendiéndose que, de no apelar (art. 93 primer párrafo) esto es, sin perjuicio del recurso y de no haberse hecho uso del mismo—, dispondrá en cualquier momento del procedimiento abreviado para pedir la modificación o cese, concluyendo el mismo con la confirmación de la medida o que la misma se modifique o se deje sin efecto (art. 93 segundo párrafo y ss.). A su vez el art. 96 establece que dentro de los diez días posteriores a la notificación de las medidas de protección dispuestas, las partes ofrecerán prueba para acreditar los hechos alegados y probados y producidas las mismas y producidas las mismas, conforme al art. 97 el juez dictará resolución dentro de los tres días, determinando la existencia o inexistencia de violencia y la responsabilidad del denunciado. Es decir que el régimen impugnativo de la nueva ley procesal es, en algún punto, similar al vigente con anterioridad a su dictado: la persona sobre la que pesa una medida de protección podrá pedir su revocación por medio del recurso de apelación ante la Cámara con las limitaciones probatorias impuestas por el art. 39 del CPFyVF y, en caso que se pretenda mayor amplitud de prueba y debate, podrá oponerse por la vía del art. 96, dentro de los diez días. Si no apela, ni deduce la referida oposición, puede solicitar en cualquier momento el cese o modificación por el procedimiento abreviado previsto en el art. 93, pu-

Thomson Reuters

diendo, reiteramos, confirmarse, modificarse o dejarse sin efecto la medida, siendo apelable el decisorio que lo resuelva en todos los casos, en el primero, sin efecto suspensivo y en los dos últimos, con efecto suspensivo. Si deduce la oposición del art. 96 y recae resolución sobre el fondo conforme al art. 97, y la misma deviene firme, podrá a futuro y si hubieran cesado los motivos que dieron origen a la medida, solicitar el cese o la modificación por la vía incidental prevista por el art. 101. Es que el art. 101 establece que en caso que hubieran cesado los motivos que dieron origen a las medidas de protección ordenadas y no hubiesen vencido los plazos fijados en la misma, el interesado podrá solicitar el dictado del cese o limitación o modificación de las medidas, tramitando la solicitud por las reglas del proceso incidental del CPCCyT (autos N° 2712/16/1F - 896/16, "Vilomara, Erica c. Lizarde, Arcangel C. A. p/ violencia familiar, 15/02/2019).

Conforme al marco señalado se visualiza que corresponde la confirmación del decisorio venido en revisión de esta alzada, por cuanto de la lectura de los agravios formulados se advierte claramente que el recurrente ataca el decisorio en el que se otorgó la medida de protección a favor de I. y todos sus argumentos se enderezan en ese sentido.

Siendo que, lo resuelto a fs. 21 y vta. pasó en autoridad de cosa juzgada formal por lo que resulta claro que estando firme la medida, lo que debió probar el incidentante que pretendía su levantamiento era que la situación de violencia que justificó su dictado había cesado, lo cual no ha ocurrido en el ámbito del proceso incidental abierto con la petición de fs. 37/38.

Vertebrado lo cual, no puede ser atendido ninguno de los agravios que giran en torno a que la denunciante de fs. 6 no quiso instar la acción penal; que no se constataron lesiones físicas por el cuerpo médico forense al cual no concurrió la Sra. I.; que la medida se fundó exclusivamente en la pericia psicológica practicada a la denunciante sin que se brindara al menos una declaración testimonial; que la denuncia resulta insuficiente para disponer una media tutelar; que los hechos denunciados carecieran de los requisitos de gravedad, reiteración y actualidad para su despacho o que el episodio violento —que existió— fuera con el hermano de la denunciante con quien se habría retomado el diálogo y una buena relación.

En todo caso, y de resultar procedentes, se trata de argumentos que debieron esgrimirse en una apelación contra la medida adoptada, y no luego de haber consentido la misma y, por tanto, la calidad de victimario de B. invocada por la denunciante y el reconocimiento de los hechos que justificaron la protección requerida por aquella.

Cuando, reiteramos, lo que se debe probar en el incidente respectivo es que cesaron los hechos que justificaron su dictado, o que el incidentante realizó el tratamiento requerido o que, en suma, se superó la situación de violencia que torna innecesaria la protección otorgada en favor de la mujer.

Asimismo, carece de asidero el argumento relativo a que ha pasado —a la fecha de la fundamentación del recurso— un año y seis meses desde la adopción de la medida, ya que el simple paso del tiempo no justifica per se su levantamiento, en tanto que no garantiza que se hubieran revertido las circunstancias que justificaron la tutela otorgada, ni que hubiera cesado la situación de violencia en virtud de la cual la Sra. I. acudió a los órganos jurisdiccionales, ya que es primordial la eficaz protección de la mujer víctima de violencia de género.

En este sentido hemos resuelto que: "el incidente de levantamiento de la medida tiene que estar fundado en un cambio sustancial de las circunstancias que sirvieron de base fáctica para el dictado de la medida de protección y, por lo general, este cambio no se da, como lo pretende el apelante, por el mero transcurso del tiempo, sino por acciones positivas que demuestren que, por parte del presunto agresor, ha existido una intención real y verificable, de superar aquellos motivos señalados como nocivos y riesgosos para la integridad psicofísica y la vida de la víctima de violencia familiar" (autos N° 1923/10/7F - 702/10, "Parenti, Liliana M. c. Franco, Celestino A. p/ VIF-6672, 22/10/2015).

En punto a la pericia practicada a M. E. B. y en tanto que se agravia de su consideración por la juez de grado como prueba para rechazar el incidente, sosteniendo que de la misma no surge que presente indicadores de agresividad como patrón estable de comportamiento, debemos destacar que es cierto que no aparece un patrón violento estable, pero no es menos cierto que, tal como lo evidencia correctamente el decisorio impugnado, el examinado se muestra temperamental, irritable, demandante de atención, exhibe rigidez cognitiva, tendiente a imponer sus puntos de vista; se detectan rasgos de ansiedad e impulsividad, con fallas en el control de los impulsos y baja tolerancia a la frustración; exhibe parcial capacidad de autocrítica y dificultades interpersonales. Refiere abuso de bebidas alcohólicas tiempo atrás, señalando que en la actualidad consumiría los fines de semana y de forma controlada.

Sus rasgos de personalidad favorecen la aparición de episodios en los que se pueda poner en riesgo a un interlocutor que aparezca como más débil y vulnerable y, evidentemente, J. B. I. quien, según relata el recurrente estaría además embarazada, se encuentra en

Thomson Reuters

una evidente situación de desigualdad de poder frente a aquel, no apareciendo tampoco desde esta óptica, con la única prueba rendida en el incidente, que se justifique el levantamiento de la tutela otorgada.

Igualmente, y si bien B. aduce haber realizado un tratamiento psicológico, lo cierto es que solo acompaña constancia de asistencia a psicoterapia, pero no la realización de un tratamiento sostenido en el tiempo ni el alta en el mismo.

Renglón aparte merece el agravio que gira en torno a la intromisión estatal —con el mantenimiento de la medida— siendo que las partes han resuelto reconciliarse, volver a vivir juntas e incluso han concebido un hijo.

Es que, más allá de las expresiones y afirmaciones del incidentante apelante, no escapa a nuestro análisis, que la Sra. I. no contestó el incidente incoado ni tampoco el traslado de los agravios formulados. No compareció ni en la primera instancia ni en la alzada, ni tampoco de alguna manera hizo personalmente conocer su voluntad y que la misma fuera en el sentido expresado por el apelante.

Por tal motivo, aún cuando estuvieran esperando un hijo en común, o que convivieran juntos —en clara desobediencia a la orden judicial contenida en la medida adoptada— esto no significa que las circunstancias que justificaron el dictado de la medida hubieran cesado y que, por ende, resultara procedente el levantamiento de la misma.

La comparecencia de I., quien conforme a la medida adoptada en su favor es la víctima de una situación a la que se pretendió ponerle un coto con aquella, ya sea suscribiendo el pedido de levantamiento, o allanándose al mismo, o contestando los traslados conferidos o asistiendo personalmente en cualquiera de las dos instancias abiertas a cualquiera de los tribunales intervinientes el de origen o ante esta alzada— hubiera permitido despejar toda duda acerca de su verdadera voluntad y clarificar si sus deseos en caso de resultar consecuentes con el levantamiento de la medida— son genuinos o están manipulados o de alguna manera influenciados, o derivan de otras circunstancias desigualdad de poder, situación de inferioridad o vulnerabilidad frente al embarazo, necesidad económica, etc.

No obstante ello, destacamos que en algún precedente, incluso frene a la conformidad de la mujer víctima de violencia, no admitimos el levantamiento de la tutela otorgada en su favor con fundamento en que: "no resulta en principio válida la conformidad expresada por la actora en el levantamiento de la medida de protección ordenada toda vez que no existen elementos de prueba indispensables para poder determinar que su voluntad no se encuentre viciada por la violencia, pudiendo discernir lo que es realmente beneficioso para su vida y su integridad psicofísica y la de sus hijos menores de edad" (art. 260 Cód. Civ. y Comercial) (autos N° 3011/17/10F-144/18, "Cruz Cortez M. E. c. Peralta G. E. p/ med. de protecc. der. (P.A)", 07/05/2019).

Conforme al ciclo de la violencia marital formulado por L. Wolker, como esquema para el análisis de las interacciones violentas que ocurren bajo las condiciones estructurales de organización familiar, la violencia se da en situaciones cíclicas que pueden ser referidas a tres fases, que varían en intensidad y duración, según las parejas: 1) acumulación de tensión; 2) fase aguda de golpes; 3) calma ``amante. La fase 3, en términos relacionales, se distingue por una conducta de arrepentimiento y afecto del hombre golpeador y de aceptación de la mujer que cree en su sinceridad. En esta etapa predomina una imagen idealizada de la relación, acorde con los modelos convencionales de género. Luego, tarde o temprano, todo recomienza y la fase 1 vuelve a escena (cfr. Grosman, Masterman y Adamo, "Violencia en la Familia. La relación de pareja, Aspectos sociales, psicológicos y jurídicos", Ed. Universidad, 1992, ps. 69/73).

Bajo tal prisma, no es que el Estado interfiera en la dinámica familiar o que impida a la pareja desarrollar su vida en condiciones de normalidad, ya que lo que en todo caso impediría tal objetivo, no es la decisión judicial que otorga una tutela contra la violencia sino las causas que justifican la misma.

La obstrucción a la regularidad de la vida familiar no la produce la medida tutelar sino el patrón vincular propio de esta pareja, siendo que la Sra. I. conforme a la pericia de fs. 11/12 presenta indicadores compatibles con ser víctima de violencia y relata situaciones personales independientemente de lo acontecido entre su hermano y el denunciado— que la colocan en una situación de víctima y de altísima vulnerabilidad.

La ley 26.485/2009 de Protección integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los ámbitos en los que desarrollen sus relaciones interpersonales, entre los preceptos rectores que contiene en su art. 7°, impone la adopción de medidas tendientes a sensibilizar a la sociedad, promoviendo valores de igualdad y deslegitimación de la violencia contra las mujeres (inciso b) y la asistencia en forma integral y oportuna de las mujeres que padecen cualquier tipo de violencia, asegurándoles el acceso gratuito, rápido, transparente y eficaz en servicios creados a tal fin, así como promover la sanción y reeducación de quienes ejercen violencia (inciso c).

Thomson Reuters

El derecho a vivir una vida sin violencia es un derecho común a todos los seres humanos, pero como las mujeres históricamente sufren violencia por el hecho de ser mujeres, la Ley de Protección Integral a las Mujeres hace hincapié en el derecho absoluto de la mujer a vivir libre de todo tipo de conductas abusivas de poder que obstaculizan, obstruyen o niegan el "normal y pleno desarrollo personal del que está sujeto a ese tipo de violencia" (Lamberti, Silvio, "Régimen jurídico de la violencia familiar", por Silvio Lamberti y Aurora Sánchez, cap. III, p. 64).

Bajo esta óptica, es claro que el estado a través de sus órganos jurisdiccionales, no se entromete en la voluntad libre de dos personas adultas que desean recomponer su relación, reconciliarse y solucionar sus conflictos anteriores, pero ello debe surgir en forma prístina, lo que no se advierte en el caso, frente a la ausencia total de la Sra. J. B. I. en este proceso y la imposibilidad de conocer sus verdaderos deseos e intenciones.

Por ello, y no habiendo acreditado el recurrente el cambio de las circunstancias que justificaron el dictado de la medida —que no surge del simple transcurso del tiempo, de la mera convivencia del incidentante con la incidentada o del hecho que esta estuviera embarazada—, resulta correcto el rechazo del incidente articulado.

V. Las costas de alzada se imponen al apelante que resulta vencido de conformidad con el principio objetivo de la derrota (arts. 3 inc. i) y 35 CPFyVF y arts. 35 y 36 apartado I del CPCCyT).

Por ello el Tribunal, resuelve: I. No hacer lugar al recurso de apelación interpuesto a fs. 61 en contra de la resolución recaída a fs. 58/59 la que, en consecuencia, se confirma. II. Imponer las costas de alzada al apelante. III. Regular honorarios a la Dra. Silvia Cristina Karl en la suma de pesos ... ($ ...) (art. 15 ley 9131). Cópiese. regístrese. Notifíquese y bajen. — *Estela I. Politino. — Germán Ferrer.*

Medidas de protección urgente para mujeres en situación de violencia: Repensar las deudas en los abordajes jurisdiccionales

Lourdes Polo Budzvosky (*)

Sumario: I. Brevísima reseña del Sistema de Protección Integral para Mujeres.— II. El caso.— III. El rol de la víctima en los procesos urgentes de protección integral.— IV. Las intervenciones del Estado, ¿cuál es el límite?— V. Medidas proteccionales: reconstruyendo conceptos procesales.

I. Brevísima reseña del Sistema de Protección Integral para Mujeres

Históricamente, el movimiento de mujeres ha puesto de relieve los obstáculos con los que se han encontrado para acceder a sus derechos fundamentales. Desde la década del 80 a la actualidad, han instado al Estado al reconocimiento de las violencias por razones de género. En una primera etapa, el Estado comienza a reconocer las violencias contra las mujeres en el contexto familiar, dejando en manos de los juzgados de familia(s) el abordaje de estas.

(*) Abogada. Posgrados en Derechos de las Familias, UBA. Asesora del Ministerio de Seguridad y Justicia de la Provincia del Chaco.

Thomson Reuters

Posteriormente comenzó a darse un marco de institucionalización a los abordajes de esta violencia, evidenciándose una fragmentación del discurso que visibilizó manifestaciones particulares, como la violencia de tipo sexual, en particular, los abusos y el acoso sexual, razón por la que comenzaron a desarrollarse escasas políticas públicas en materia de prevención. Camino a superar dicha fragmentación, desde inicios del siglo XXI, tras las innumerables denuncias de femicidios y al clamor de las voces de los diferentes movimientos de mujeres, el Estado comienza a comprender y a reconocer la raíz estructural de la violencia de género, generando políticas públicas orientadas a dar respuestas integrales, interdisciplinarias e interinstitucionales.

Precisamente, luego de los compromisos internacionales asumidos y de la ratificación de la Convención CEDAW —ley 23.179— y la Convención Belém do Pará —ley 24.632—, la sanción de la ley 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales en el año 2009, rompe la lógica del abordaje de las violencias y se adopta un sistema de protección integral con el objeto de promover acciones positivas, a fin de asegurar a las identidades femeninas el goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución Nacional y los tratados internacionales sobre la materia, afirmando principios, garantías y procesos especiales e invitando a las provincias a adecuarse a ellas.

Tal como su propio decreto reglamentario lo manifiesta en sus considerandos, adopta un enfoque integral e interagencial de las violencias contra las mujeres, que "rebasa las fronteras de la violencia doméstica para avanzar en la definitiva superación del modelo de dominación masculina, proporcionando una respuesta sistémica a la problemática, con una dimensión transversal que proyecta su influencia sobre todos los ámbitos de la vida". Por ello, desde su sanción, el Estado no tiene solo la responsabilidad de proteger y garantizar justicia a las mujeres en situación de la violencia, "sino que, además, le incumben los aspectos preventivos, educativos, sociales, judiciales y asistenciales vinculados a todos los tipos y modalidades de violencia".

La Cámara de Apelaciones de Familia de Mendoza así lo entendió en la causa "I. J. B. c. B. M. E. por medida de protección de derechos", al dictaminar sobre el mantenimiento de una medida de protección integral en octubre de 2019.

II. El caso

El incidentante M. B. interpone recurso de apelación en contra de la resolución recaída en primera instancia por la que el juez *a quo* rechaza el incidente de levantamiento de la medida de protección ordenada a la Sra. J. B. I., confirmando la vigencia de esta, emplazando al incidentante a que en el término de diez días de notificado se retire del domicilio donde convive con la denunciante, bajo apercibimiento de excluirlo con el auxilio de la fuerza pública. Asimismo, ordena que, cumplido el plazo establecido, se practique constatación en el referido domicilio por el oficial de justicia y lo insta a continuar el tratamiento psicológico iniciado a fin de poder revertir los hechos de violencia que dieron origen a la causa.

La Cámara de Apelaciones de Familia de la provincia de Mendoza no hace lugar al recurso de apelación, confirmando el decisorio de primera instancia.

La jueza de primera instancia, al resolver por el mantenimiento de la medida proteccional, sostuvo que no se encontraban dadas las condiciones para hacer lugar a lo solicitado por el Sr. B. M. E., por cuanto no han sido desvirtuados por otras pruebas los fundamentos que llevaron a ordenar la medida de protección a favor de la Sra. I. J. B., en particular: 1) el resultado de la pericia practicada al incidentante, que evidenció rasgos de impulsividad, irritabilidad, temperamentalidad y fallas en el control de sus impulsos; 2) la probabilidad de que puedan producirse nuevamente situaciones de agresión en la pareja conyugal resulta muy esperable; 3) que en casos donde se contraponen la protección brindada por la medida tutelar y la libertad de la persona tutelada de reanudar su relación familiar, y frente a situaciones de reconciliación, tras la producción de actos o situaciones de violencia de género es necesario analizar si ella es consciente y voluntaria o viene impuesta por circunstancias ajenas (falta de respuesta esperada, falta de recursos económicos, presio-

Thomson Reuters

nes o amenazas ejercidas por el agresor); 4) la falta de acreditación del tratamiento psicológico que el incidentante afirma haber realizado (solo acompañó constancias de haber asistido a psicoterapia). Asimismo, sostuvo que la afirmación del incidentante de que se encuentra conviviendo nuevamente con I. J. B., estando plenamente vigente la medida de protección, resulta evidente la violación de esta y, en consecuencia, una desobediencia a una resolución judicial.

III. El rol de la víctima en los procesos urgentes de protección integral

La jueza *a quo*, frente al caso en análisis, sostuvo que "en casos donde se contraponen la protección brindada por la medida tutelar y la libertad de la persona tutelada de reanudar su relación familiar, y frente a situaciones de reconciliación, tras la producción de actos o situaciones de violencia de género es necesario analizar si la misma es consciente y voluntaria o viene impuesta por circunstancias ajenas (falta de respuesta esperada, falta de recursos económicos, presiones o amenazas ejercidas por el agresor)".

Asimismo, notificado el Sr. B. M. E. del rechazo del incidente de levantamiento de la medida de protección ordenada, apela. Corrido traslado de la fundamentación del recurso a la Sra. I. J. B., debidamente notificada, no comparece ni contesta.

El tribunal de alzada, previo a decidir, advirtió que "la falta de contestación a los agravios o su silencio respecto de alguno de ellos no es óbice para que ella se pronuncie sobre todos, confirmando, revocando o modificando la sentencia apelada".

De hecho, la Cámara de Apelaciones de Familias de Mendoza le da un "valor procesal" al silencio de la Sra. I. J. B., quien no contestó el incidente incoado ni tampoco el traslado de los agravios formulados, no compareció ni en la primera instancia ni en la alzada, ni tampoco de alguna manera hizo personalmente conocer su voluntad y que ella fuera en el sentido expresado por el Sr. B. M. E. En consecuencia, la alzada entendió que esto no significa que las circunstancias que justificaron el dictado de la medida hubieran cesado y, en consecuencia, resultara procedente su levantamiento.

En los mismos términos en que la alzada así lo sostuvo, la comparecencia de las víctimas, quienes resulten favorecidas por una medida tutelar para poner fin a una situación de violencia, ya sea suscribiendo el pedido de levantamiento, o allanándose a él, o contestando los traslados conferidos, o asistiendo personalmente en cualquier instancia del proceso judicial, permitirá siempre despejar las dudas acerca de su verdadera voluntad respecto al levantamiento de la medida y permitirá advertirse si es un voluntad genuina o si, por el contrario, derivan de otras circunstancias, como la desigualdad de poder o situación de vulnerabilidad propia de relaciones y situaciones cíclicas de violencias.

Tal como lo sostuvo Bidart Campos: "De las normas a la realidad, hay una distancia semejante a la que existe entre el remedio en la estantería de la farmacia y el remedio aplicado al cuerpo del enfermo" **(1)**. En este sentido, la ley 26.485 promueve y garantiza la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida, el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencias, la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder y, en particular, protege su derecho a gozar de acceso a la justicia como de obtener medidas integrales de asistencia, protección y seguridad a través de un proceso de carácter sumarísimo y gratuito. Estos principios de orden público son obligatorios en todo el territorio nacional e infranqueables ante los casos concretos, esto no es más ni menos que revisar los casos con anteojos de género y desde una mirada interseccional.

En consecuencia, resulta fundamental la escucha activa y la participación en los procesos judiciales de las mujeres que se encuentran en situación de violencia, como así también la experticia de los profesionales intervinientes. Es fundamental que todos aquellos que se encuentren obligados a brindarle protección comprendan que posiblemente sea la primera vez que decide hablar del tema después de un lar-

(1) BIDART CAMPOS, Germán, "La realidad, las normas y las formas jurídicas", Buenos Aires, 1990, p. 680.

Thomson Reuters

go tiempo de haber estado sometida a un ciclo de violencias, pudiendo manifestar inseguridad y dificultad para tomar decisiones e incluso encontrar contradicción en sus sentimientos o dificultad para reflexionar, pues se encuentran con una persona que difícilmente se reconozca como sujeta acreedora de derechos y su empoderamiento dependerá de la ruta crítica que emprenda con un Estado que la escucha, que aborda su caso, que la contiene y protege. Por ello las y los jueces de familias no pueden obviar el contexto en el que la mujer en situación de violencia desarrolla sus lazos socioafectivos, como así también es importante tomar conciencia de que estos procesos no culminan con el mero dictado de la medida de protección, sino que es el inicio de un proceso de empoderamientos de derechos, acompañar un proceso cuyos tiempos y espacios son propios de las mujeres.

Por ello resulta necesario tener presente que ser una mujer no implica *per se* que esa persona sea vulnerable, dado que la vulnerabilidad no debe ser entendida como una condición permanente y categórica o como una etiqueta que es aplicada a alguien bajo ciertas circunstancias (como la falta de poder o incapacidad) y que persiste durante toda su existencia, sino que *la vulnerabilidad está estrechamente relacionado a las circunstancias que la rodean, a la situación que se está analizando y al contexto.* Así como Florencia Luna nos enseña, debemos tomar esta situación como un hecho a ser considerado con sensibilidad y no desde una mirada paternalista. Empoderarlos es diferente de tenerles lástima **(2)**, *es reivindicarla como sujetos de derechos.*

Sin robar mérito de la sentencia de la Cámara de Apelaciones de Familia de la provincia de Mendoza, cabe preguntarnos si los vacíos que se presentan en el expediente, como, por ejemplo, el silencio de la Sra. I., resultan de obviar el seguimiento posterior al dictado de las medidas por parte de los órganos jurisdiccionales, recordando que pesa sobre ellos este deber, es decir, el de controlar la eficacia de las medidas y decisiones adoptadas, ya sea a través de la comparecencia de las partes al tribunal y/o mediante la intervención del equipo interdisciplinario, quienes deben elaborar informes periódicos acerca de la situación.

Asimismo, se evidencia la falta de adopción de la transversalidad que debe estar presente en todas las medidas que se tomen en casos de esta naturaleza, debiendo los órganos jurisdiccionales articular con todas las agencias del Estado, reforzando así todas las acciones conducente a efectivizar principios, derechos y garantías constitucional y convencionalmente reconocidos a fin de prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y la falta de programas de reeducación para quienes ejercen violencia.

IV. Las intervenciones del Estado, ¿cuál es el límite?

Sostuvo la alzada que *no se trata de que el Estado interfiera en la dinámica familiar*, en todo caso lo que impediría tal objetivo no es la decisión judicial que otorga una tutela contra la violencia, sino las causas que la justifican.

En el caso en análisis, la obstrucción a la regularidad de la vida familiar no la produjo la medida tutelar, sino el patrón vincular propio de la pareja, donde se evidenció que la Sra. I. presentaba indicadores compatibles con ser víctima de violencia y de altísima vulnerabilidad.

Bajo esta óptica, es claro que el Estado, a través de sus órganos jurisdiccionales, no se entromete en la voluntad libre de dos personas adultas que desean recomponer su relación, reconciliarse y solucionar sus conflictos anteriores, pero ello debe surgir en forma prístina, lo que no se advierte en el caso, frente a la ausencia total de la Sra. J. B. I. en este proceso y la imposibilidad de conocer sus verdaderos deseos e intenciones.

Por ello, y no habiendo acreditado el recurrente el cambio de las circunstancias que justificaron el dictado de la medida, que no surge del simple transcurso del tiempo, de la mera convivencia del incidentante apelante con la incidentada o del hecho que esta estuviera embarazada, la alzada entendió que resulta correcto el rechazo del incidente articulado.

Es importante no olvidar la diferencia existente entre "tutelar" y "proteger". El Estado pro-

(2) LUNA, Florencia, "Vulnerabilidad: la metáfora de las capas", JA, IV, fasc. 1, 2008, ps. 60-67.

Thomson Reuters

tege cuando dignifica a la persona, cuando las empodera y cuando las respeta, sujetos de derechos que merecen garantías frente a la vulneración o peligro de sus derechos, respetando su autonomía.

V. Medidas proteccionales: reconstruyendo conceptos procesales

El Sistema de Protección Integral para las Mujeres regula un proceso de carácter tuitivo, es decir que, frente a la vulneración o quebrantamiento de los derechos fundamentales de las mujeres, existe un fuerte interés en hacer cesar las situaciones de violencia, de garantizar la seguridad de la víctima y asegurar la no repetición de nuevos actos que configuren violencia. Para ello es importante garantizar la asistencia en forma integral y oportuna de las mujeres en situación de violencia, asegurándoles el acceso gratuito, rápido, transparente y eficaz en los servicios creados a tal fin, como así también, promover la sanción y la reeducación de los agresores. De allí que las medidas para su protección sean preventivas y urgentes.

La doctrina, y en consecuencia la práctica judicial, no ha sido unánime respecto a la naturaleza jurídica y procesal de las medidas reguladas en el art. 26 de la ley 26.485. En consecuencia, muchos tribunales le han dado trámite mediante "medida cautelar", en tanto otros le han imprimido el trámite de "autosatisfactiva".

Cabe advertir que la presentación de una mujer ante un juez o ante un representante del Ministerio Público a fin de denunciar la situación de violencia que la aqueja es un acto esencial por el cual la víctima pone en conocimiento todo su dolor, situación que requiere del despacho judicial inmediato, esto es, el dictado de la medida proteccional que, en principio, no implica una sanción para el violento. De allí que un sector de la doctrina les otorga la naturaleza de medidas autosatisfactivas. Postura a la que adhiero.

Cabe recordar que, según Peyrano, dichas medidas son "un requerimiento urgente formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables que se agota —de ahí lo de autosatisfactiva— con su despacho favorable, no siendo, entonces, necesaria la iniciación de una ulterior acción principal para evitar su caducidad o decaimiento, no constituyendo una medida cautelar, por más que a veces se la haya calificado erróneamente como cautelar autónoma" **(3)**. Insiste él mismo en que "significa responder a situaciones excepcionales de modo excepcional, lo cual equivale a concebir procesos 'conectados' con la medida necesaria de celeridad y eficacia que cada caso particular reclama" **(4)**.

De allí que las autosatisfactivas son tomadas con carácter urgente y se agotan con una resolución favorable, no dependiendo para su mantenimiento de un proceso principal ulterior. Revisten "autonomía propia" **(5)** y permiten "el funcionamiento real de la tutela efectiva como garantía constitucional, arbitrando el proceso "proporcional" que sugiere el Pacto de San José de Costa Rica, adecuando las formas a la materia de tutela **(6)**.

En consecuencia, debemos señalar que las *medidas preventivas urgentes* de nuestro Sistema de Protección Integral para Mujeres se caracterizan por otorgarse frente a la existencia de un peligro en la demora, es decir, frente a la vulneración del derecho de las mujeres de vivir una vida libre de violencias, se trata de evitar con su otorgamiento un daño mayor para la víctima, como así también prevenir nuevos hechos de violencia. En consecuencia, las medidas de protección deben ser ejecutadas inmediatamente, es decir que deben tomarse con celeridad, a fin de garantizar la seguridad, la integridad física y psicológica de la denunciante.

El órgano jurisdiccional interviniente tiene amplias facultades para ordenar e impulsar el proceso, pudiendo disponer las medidas que fueren necesarias para indagar los sucesos. De allí el principio de libertad probatoria para acreditar los hechos de violencia denunciados, bas-

(3) PEYRANO, Jorge W., "Medidas autosatisfactivas", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, p. 968.

(4) PEYRANO, Jorge W. - EGUREN, M. Carolina, "Vigorosa recepción legislativa de las medidas autosatisfactivas", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, p. 75.

(5) VERDAGUER, A. - RODRÍGUEZ PRADA, L., "La ley 24.417 de Protección contra la Violencia Familiar como proceso urgente", JA 1997-I-27.

(6) BARBERIO, Sergio J., "La medida autosatisfactiva", Ed. Panamericana, Buenos Aires, 2006, p. 78.

Thomson Reuters

tando a simple vista la verosimilitud del derecho para dictar la medida o las medidas.

Una vez otorgadas, adquieren estabilidad, por cuanto el proceso mismo se agota, razón por la cual el decisorio adquiere calidad de cosa juzgada. Con relación a su despacho, no necesariamente requiere de contradictorio previo, pudiendo bastar con una breve sustanciación, postergando la bilateralidad. En consecuencia, nuestro sistema de protección integral para las mujeres posibilita la revisión en grado de apelación de las resoluciones que concedan, rechacen, interrumpan, modifiquen o dispongan el cese de alguna de las medidas preventivas urgentes o impongan sanciones (art. 33).

Volviendo al caso en análisis, la Cámara de Apelaciones de Familia, previo a decidir, indicó que, a la fecha del dictado de la resolución apelada, conforme a la acordada 18.724 de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, el incidentante podía apelar la medida tutelar dictada en el marco de las leyes 6672 y 24.417. Asimismo, advirtió que el hecho de que hubieran quedado firmes y ejecutoriadas las medidas adoptadas, ello implica el reconocimiento del victimario de la procedencia de los presupuestos que justificaron su dictado, es decir, de la existencia de violencia ejercida sobre los sujetos protegidos por ellas. Por tal motivo, para obtener el cese de las medidas tutelares, debió acreditar que habrían cesado las causales por las que fueron adoptadas, que se ha revertido la situación de peligro o riesgo para la vida o la salud física o psíquica. En consecuencia, sostuvo que la apelación tiende a obtener en la segunda instancia la revocación de lo decidido por el juez *a quo* y que, por tanto, se deniegue la medida solicitada por la/s denunciante/s, considerando que al momento de su otorgamiento no se configuraban los presupuestos necesarios para su concesión. Mientras que en el incidente de levantamiento, el interesado debe acreditar el cambio de las circunstancias fácticas que motivaron su otorgamiento, conforme lo normado en el Código Procesal de Familia y Violencias de Género de Mendoza, que establece que en caso de que *hubieran cesado los motivos que dieron origen a las medidas de protección ordenadas* y no hubiesen vencido los plazos fijados en ella, *el interesado podrá solicitar el dictado del cese o limitación o modificación de las medidas*, tramitando la solicitud por las reglas del proceso incidental del Cód. Proc. Civ. y Com. y Trib.

Esta es una de las razones en que funda la alzada la confirmación del decisorio en revisión, por cuanto de la lectura de los agravios formulados se advirtió claramente que el recurrente ataca el decisorio en el que se otorgó la medida de protección a favor de la Sra. I. y todos sus argumentos se enderezan en ese sentido.

Vertebrado lo cual, no puede ser atendido ninguno de los agravios que giran en torno a la denuncia que derivó en la medida tutelar, tratándose de argumentos que debieron esgrimirse en una apelación contra la medida adoptada, y no luego de haberla consentido y, por tanto, la calidad de victimario de B. invocada por la denunciante y el reconocimiento de los hechos que justificaron la protección requerida por aquella.

La alzada también refirió acerca de la falta de asidero en el argumento del incidentante apelante relativo a que ha pasado un año y seis meses desde la adopción de la medida, ya que el simple paso del tiempo no justifica por sí mismo su levantamiento, en tanto que no garantiza que se hubieran revertido las circunstancias que justificaron la tutela otorgada, ni que hubiera cesado la situación de violencia en virtud de la cual la Sra. I. acudió a los órganos jurisdiccionales, ya que es primordial la eficaz protección de la mujer víctima de violencia de género.

Sostuvo que si bien B. adujo haber realizado un tratamiento psicológico, lo cierto es que solo acompaña constancia de asistencia a psicoterapia, pero no la realización de un tratamiento sostenido en el tiempo ni el alta en él.

En este sentido, es letra del mismo tribunal que "el incidente de levantamiento de la medida tiene que estar fundado en un cambio sustancial de las circunstancias que sirvieron de base fáctica para el dictado de la medida de protección y, por lo general, este cambio no se da, como lo pretende el apelante, por el mero transcurso del tiempo, sino por acciones positivas que demuestren que, por parte del presunto agresor, ha existido una intención real y verificable, de superar aquellos motivos señalados como nocivos y riesgosos para la integridad psicofísica y la vida de la víctima de violencia familiar".

Thomson Reuters

IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD

Legitimación activa del padre. Necesidad del dictado de una sentencia de mérito.

Con nota de Gabriel H. Quadri

> No puede rechazarse in limine la demanda de impugnación de paternidad interpuesta por el padre del menor que admite la existencia de un margen de duda en torno a su paternidad al tiempo del reconocimiento del niño, ya que no surge una falta de legitimación palmaria y manifiesta, que corresponde ser evaluada en la sentencia de mérito.

CFamilia, Mendoza, 28/10/2019. - M., M. E. c. V. S., V. D. s/ Impugnación de paternidad.

[Cita on line: AR/JUR/42094/2019]

COSTAS

Se imponen al apelante.

N° 1654/18/7F-193/19

2ª Instancia.- Mendoza, octubre 28 de 2019.

Considerando:

1) Llegan las actuaciones a este Tribunal en virtud del recurso de apelación interpuesto a fs. 43 por el actor en contra de la resolución recaída a fs. 41 y vta., que rechaza *in limine* la acción de impugnación de paternidad extramatrimonial instada por el recurrente, le impone las costas y regula honorarios profesionales.

2) Para resolver así, la juez de grado sostiene que: a) el progenitor reconociente carece de legitimación sustancial activa para impugnar el reconocimiento del hijo (art. 593 del Cód. Civ. y Comercial); b) si bien la cuestión es debatida en doctrina y jurisprudencia, se considera forzada la interpretación que encuadra al padre impugnante en la calidad de tercero que invoca un interés legítimo; c) reconocer un hijo voluntariamente implica una responsabilidad de la que el progenitor no debiera poder desentenderse, máxime considerando que el paradigma en materia de filiación ha mutado desde el biologismo puro a la voluntad procreacional; y d) llegado el caso, será la niña causante quien, considerando su edad y su grado de madurez, podrá instar la impugnación de la filiación, contando para ello con el compromiso de la madre de acompañarla en tal decisión.

3) A fs. 48/51 el apelante funda su recurso y solicita que se revoque la resolución apelada.

En síntesis, aduce que: a) si bien reconoció voluntariamente a T. como su hija luego del nacimiento, por las dudas que tenía respecto de su paternidad, se realizó un examen de ADN que dio resultado negativo (fs. 5); b) la progenitora reconoció que no sabía quién era el padre de la niña, la que manifestó en audiencia que quiere dejar de ser su hija y de llevar su apellido (fs. 41 y vta.); c) el criterio adoptado por la juez *a quo* resulta inconstitucional porque cercena de oficio el derecho de acción, estrechamente vinculado al derecho constitucional de petición, debiendo adoptarse una interpretación restrictiva respecto del rechazo *in limine* de la demanda y, ante la duda, revisarse las condiciones de su admisibilidad sustancial en la sentencia de mérito; d) el rechazo de la legitimación del padre con base en la de la niña, supone una ficción que la obliga a transitar sus primeros años de vida hasta la adolescencia con una identidad que no se condice con la realidad biológica, afectándola tanto su faz estática y como dinámica; e) la relevancia de los actos propios del padre reconociente debe ceder ante derechos de jerarquía superior como es el derecho a la identidad de la hija (arts. 7 y 8 de la CDN); f) la irrevocabilidad del reconocimiento tiene validez en el ámbito extrajudicial, pero nada impide que la revocación sea demandada judicialmente porque, en definitiva, es la sentencia la que determinará o no la inexistencia del vínculo; g) la nulidad del reconocimiento, que podría plantear por el error de hecho reconocible en que incurrió al creerse padre de T. (arg. art. 266 del Cód. Civ. y Comercial), conlleva a la misma solución que la acción de impugnación intentada; y h) todos estos argumentos llevan a concluir que la ley confiere interés legítimo al progenitor reconociente (art. 593 del Cód. Civ. y Comercial) y que, por lo tanto, tiene legitimación activa para cuestionar su paternidad.

4) A fs. 53/55 la demandada contesta los agravios y solicita su rechazo con basamento en los argumentos que brinda, a los que se remite en honor a la brevedad.

5) A fs. 587 dictamina el Ministerio Pupilar, solicita el rechazo del recurso de apelación ya que entiende que el actor no ha logrado conmover los fundamentos del fallo apelado, que estima adecuado en función de lo dispuesto por el art. 593 del Cód. Civ. y Comercial, y el resguardo del interés superior del niño.

6) A fs. 59 el Ministerio Fiscal toma intervención, no formula objeciones a lo actuado y considera que se puede dictar sentencia.

7) Tal como lo ha dicho este Tribunal con anterioridad (Expte. 14/17, "L. y Q. p/ medidas precautorias

Thomson Reuters

de no innovar, 13/09/2018; Expte. N° 94/18, "B. C. M. c. P. D. S. p/ alimentos", 12/09/2018; entre otros precedentes) el rechazo *in limine* de la demanda es un género que abarca diversas especies (por demanda inhábil, inatendible, inútil, irregular, imposible u objetivamente improponible). En estas variantes existen diversas circunstancias que impiden que la tramitación de la causa se complete con el dictado de la sentencia de fondo y, en algunas de ellas, se emite un juicio de mérito con anterioridad a lo que es habitual y corriente, que es el momento de la sentencia final. Asimismo, además del rechazo *in limine* de la demanda, existe otra categoría aún más amplia que podría llamarse rechazo inicial de postulaciones procesales (de la reposición notoriamente infundada, del incidente ostensiblemente malicioso, etc.).

En los precedentes citados se destacó que en nuestra provincia tradicionalmente se sostenía que, si bien en el orden nacional, el código de procedimientos preveía expresamente la posibilidad de un rechazo *in limine* de la demanda cuando no se ajustaba a las reglas establecidas, esta facultad, como lo señalaba la jurisprudencia mayoritaria, estaba limitada al análisis del ajuste de la demanda a la ley ritual. El rechazo *in limine* de la demanda no era válido si se basaba en la falta de fundamento sustancial de esta, que era un aspecto propio de la sentencia de mérito. Es que la facultad del juez obraba sobre el aspecto procesal de la relación vinculatoria, pero no sobre el contenido de aquellos actos que, como el fundamento de la acción, quedaban obviamente librados a la iniciativa y cuidado de la parte. Era excepcional su aplicación al análisis de la viabilidad sustancial (Segunda Cámara de Apelaciones en lo Civil, Primera Circunscripción Judicial, Expte. 92.888, "Coop. Viv. C. C. y S. S. 13 de diciembre c. Carlos Pérez p/ ordinario, 21/05/1992, LA 74-132).

Luego, la doctrina procesalista sostuvo que la posibilidad de desestimar al inicio una demanda no viola el derecho de acción ni representa una vituperable valla al acceso a la justicia. Es que el derecho de acción se abastece adecuadamente con la mera promoción de un proceso que se formaliza como consecuencia de la presentación de la demanda. Sin embargo, si esta es, vgr., objetivamente improponible, el demandante no tiene derecho a que, fatalmente, se sustancie todo un proceso que desembocará en el rechazo de la demanda respectiva. El tribunal interviniente puede y debe declarar una pretensión objetivamente improponible aún después de haber admitido inicialmente la demanda, ya sea oficiosamente, ya sea a pedido de parte que puede o no generar una incidencia. Ello está indicando que desde una perspectiva terminológicamente rigurosa, resulta más adecuado referirse al "rechazo sin trámite completo" de la pretensión que emplear la tradicional locución "rechazo *in limine* de la demanda". El juez de hoy puede decretar el rechazo *in limine* de una demanda en ejercicio de atribuciones judiciales implícitas enraizadas en los principios de autoridad, eficacia, economía y celeridad procesal (Peyrano, Jorge W., "Rechazo *in limine* de la demanda", JA, 1994-I, p. 833, Conclusiones, punto XI).

También se mencionó que esta postura fue adoptada por la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, quien expresamente resolvió que "la posibilidad de desestimar ab initio una demanda o un incidente no viola el derecho de acción ni representa una vituperable valla al acceso a la justicia, cuando la acción, el recurso o el incidente resultan objetivamente improponibles..." (SCJ de Mendoza, Expte. 96.083, "Protección Mutual de Seguros de Transporte Público de Pasajeros en J 124.752/31.669 Pérez Emilio c. Megia Hugo p/ d. y p. s/ inc., 23/04/2010, LS 413-001).

Esta facultad del juez ha sido expresamente prevista por el CPCCyT, que en su art. 159 establece: "Si el Tribunal estimare que la demanda es manifiestamente improponible, previa vista al Ministerio Público Fiscal, la rechazará sin más, expresando los fundamentos de su decisión". En sentido concordante, el CPFyVF que, si bien no resulta aplicable al caso, ofrece una valiosa pauta interpretativa en su art. 53 inc. a dispone: "Contestado el traslado de la demanda o reconvención, en su caso, o vencidos los plazos para hacerlo, el/la juez/a en el plazo de dos (2) días: a) Declarará, aún de oficio, la improponibilidad objetiva de la demanda o la ausencia de legitimación manifiesta, sea activa o pasiva".

En consecuencia, como lo expresa Roberto Berizonse, de cara a la demanda, *in limine* litis, se presentan al juez diversas alternativas que derivan del juicio de admisibilidad: a) dar curso a la demanda disponiendo su sustanciación, con lo que implícitamente se estima que no existen motivos de inadmisibilidad formal ni de improponibilidad sustantiva; b) señalar la existencia de defectos o vicios formales requisitos rituales susceptibles de subsanación, en cuyo caso fijará un plazo para su regulación, o c) controlado lo anterior, descender al examen de proponibilidad (Redenti) y, en su caso, pronunciar una decisión anticipada sobre el fondo de la causa y mérito de lo pretendido (Berizonse, Roberto O., "Saneamiento del proceso, rechazo *in limine* e improponibilidad objetiva de la demanda", en Revista de Derecho Procesal, 2004, N° 2, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2004, p. 81).

Al realizar este examen de proponibilidad, uno de los aspectos a analizar por el juzgador es la legitimación activa y pasiva de las partes. En efecto, la falta de legitimación sustancial vendría a representar la improponibilidad subjetiva y, cuando esta resulta manifiesta, evidente, desde el mismo inicio del proceso,

Thomson Reuters

carece de sentido generar un desgaste jurisdiccional y económico de dinero, de recursos materiales y humanos para recién declararlo en la sentencia (Ferrer, Germán, comentario al art. 53, en Ferrer, Germán y Ruggeri, María Delicia, directores, "Código Procesal de Familia y Violencia Familiar Provincia de Mendoza", Mendoza, ACS, 2019, p. 403).

8) En este contexto, en relación con la legitimación sustancial activa del padre para impugnar el reconocimiento del hijo extramatrimonial, en los autos N° 262/10 caratulados "U. F. G. c. M., M. A. por impugnación de filiación este Tribunal ha dicho: En punto a la legitimación del reconociente existen diversas posiciones: desde las más extremas que la niegan en todos los supuestos, admitiendo únicamente la acción de nulidad del acto jurídico (cfr. SCJBA, sentencia del 07/11/1995 "DJBA, 150-27; CNCiv., Sala K, 13/04/2000 "P. S. M. s/ impugnación de paternidad", ED, 1990-129; Bossert G. y Zannoni. E., Régimen legal de la filiación y patria potestad p. 248, Ed. Astrea Bs. As. 1992) hasta aquellas que la admiten sin cortapisa alguna (v.gr. Solari, Néstor, "Legitimación activa del padre reconociente para impugnar el reconocimiento de la filiación extramatrimonial", DJ, N° 45, 08/11/2006; p. 685). También se han desarrollado posturas intermedias como la de Borda que no admite la distinción entre la acción de impugnación y la de nulidad, sosteniendo que la impugnación es válida aún en caso de haber mediado error o dolo en el reconocimiento, pero no en el supuesto del llamado reconocimiento falso o complaciente (cfr. Borda, Guillermo A., "Tratado de Derecho Civil. Familia", Tomo II, p. 53 y ss., 10ª Edición actualizado por Borda, Guillermo J., LA LEY, Bs. As. 2008). Participa también de este criterio Cecilia Grossman quien expresa que el propio autor del reconocimiento, como uno de los interesados, puede impugnarlo aún cuando no se encuentre nombrado expresamente en el texto del art. 263 pero agrega que no podría hacerlo si supo al reconocer que el hijo no era suyo (supuesto del reconocimiento complaciente) (cfr. Grosman, Cecilia P., su comentario al art. 263 en "Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial", tomo 1-B, p. 440, Ed. Hammurabi, Bs. As. 2003).

Por otra parte existen también antecedentes jurisprudenciales en donde promovida por el reconociente la acción por él calificada como de impugnación del reconocimiento luego de haber tramitado todo el proceso, acreditada la existencia de un vicio de error que afectó la voluntad de quien reconoció la paternidad de un menor, el Tribunal declaró, en la sentencia de mérito, la nulidad de tal acto en los términos del art. 1045 del Cód. Civil, sin perjuicio de demostrarse la inexistencia del nexo biológico (procreación) entre reconociente y reconocido (cfr. Tribunal: Tribunal Colegiado de Familia de Quilmes Fecha: 09/09/1999 Partes: F., L. A. Publicado en: LA LEY 2000-B, 60, con nota de Emilio A. Ibarlucía; LA LEY BA 2000, 77 - DJ, 2000-1, 957 - Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho Constitucional - Director: Alberto Ricardo Dalla Via, Editorial LA LEY 2002, 591, con nota de Emilio A. Ibarlucía; Cita Online: AR/JUR/4422/1999). En otras palabras, más allá de la calificación inicial efectuada por el accionante respecto de la acción entablada acción de impugnación—, el juzgador en la sentencia final dio otro encuadre a la acción calificándola como de nulidad de acto jurídico, considerando que se habían acreditado los extremos de procedencia de tal acción. Ello lógicamente recién pudo efectuarse luego de sustanciada toda la prueba (fallo del 15/10/2010).

Este panorama jurisprudencial y doctrinario no se ha visto modificado con la entrada en vigencia del Cód. Civ. y Comercial, que en su art. 593 ordena: El reconocimiento de los hijos nacidos fuera del matrimonio puede ser impugnado por los propios hijos o por los terceros que invoquen un interés legítimo. El hijo puede impugnar el reconocimiento en cualquier tiempo. Los demás interesados pueden ejercer la acción dentro de un año de haber conocido el acto de reconocimiento o desde que se tuvo conocimiento de que el niño podría no ser el hijo.

Ciertamente, el Cód. Civ. y Comercial no toma postura acerca del debate en torno a si el propio reconociente puede impugnar su propio reconocimiento, el que es considerado irrevocable por la ley, ya que la situación fáctica en la cual se pudo haber dado dicho acto de reconocimiento puede ser diferente: creer que efectivamente era el padre biológico, haber tenido dudas pero no hacer nada para despejarlas o, directamente, proceder a un reconocimiento complaciente, es decir, saber perfectamente que no lo une ningún lazo biológico con la persona a quien reconoce. Ante la diversidad de supuestos, el Cód. Civ. y Comercial no da una respuesta única o unívoca al respecto, adoptándose entonces una postura flexible (Herrera, Marisa, comentario al art. 593, en Herrera, Marisa, Caramelo, Gustavo y Picasso, Sebastián, directores, "Código Civil y Comercial. de la Nación Comentado, Buenos Aires, Infojus, T. II, p. 349), debiendo analizarse las circunstancias fácticas en el caso concreto.

En la causa, en la expresión de agravios de fs. 48/51 el apelante reconoce que "...en la particular situación de autos a todas luces surge que ha existido un error de hecho por parte del actor, el cual consistió en creerse padre de la niña..." (fs. 49 vta. cuarto párrafo). Error que estima excusable lo que, considera, le brindaría legitimación por "...la dificultad que se presenta en la práctica cuando quien pretende reconocer al hijo quiere cerciorarse previamente de la existencia del vínculo biológico con el niño, pues requiere de la

Thomson Reuters

realización de una prueba genética con la necesaria conformidad de la madre" (fs. 50 vta. quinto párrafo), y "...las motivaciones que subyacen en todo acto de reconocimiento, en donde la duda no puede colocarlo en situación de negligente al reconocerlo" (fs. 50 vta. quinto párrafo). En otras palabras, es el mismo progenitor quien admite la existencia de un margen de duda en torno a su paternidad al tiempo del reconocimiento de la niña. Incertidumbre que es ratificada por la progenitora demandada en la contestación de la demanda (fs. 31 y vta.) y de los agravios (fs. 53/55).

Frente a la incerteza del actor en cuanto a su paternidad al tiempo del reconocimiento, siendo que para que la acción pueda ser desestimada sin más trámite, "la falta de legitimación" ... debe ser patente, palmaria y manifiesta (expte. 247/18, "C. C. A. y C. C. L. c. C. C. P. por adopción simple, 20/12/2018), tal como lo hiciera este Tribunal en el precedente "Umana Falcone", se concluye que, "...a esta altura del proceso, con los elementos incorporados a la causa, no corresponde dictar pronunciamiento respecto de la legitimación sustancial del accionante a los fines de la promoción de la acción entablada, cuestión que deberá ser analizada al momento de dictarse la sentencia de mérito (Expte. 262/10, "U. F. G. c. M. M. A. por impugnación de filiación, 15/10/2010).

Es que las condiciones de fundamentación o procedencia de la pretensión son revisadas por el magistrado, como regla, en las sentencias de mérito. Es decir, que ello es materia de la decisión final que recae sobre la atendibilidad sustancial de la pretensión accionada, la que determina si en el caso concurren las condiciones de su admisión. Ante la duda, se debe adoptar la solución que permita obtener una respuesta jurisdiccional mediante el dictado de una sentencia definitiva que es el modo normal de terminación el proceso por cuanto es la que mejor armoniza con el ejercicio del derecho garantizado en el art. 18 de la Constitución Nacional, y la que resulta congruente con la interpretación restrictiva que los tribunales han adoptado cuando se trata de desestimar *in limine* una demanda (cfr. Highton-Areán, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Concordado con los Códigos provinciales. Análisis doctrinal y jurisprudencial, T. 6, ps. 430, 435, 436, 439, 440; 443 y 444, Hammurabi, 2007-2008; CNFed. Civ y Com., sala I, 10/05/2005, El Dial, AF29CE).

9) Por los motivos dados, se concluye que corresponde hacer lugar al recurso de apelación impetrado y ordenar la continuación de la tramitación de la causa, debiendo analizarse todo lo atinente a la legitimación del accionante en oportunidad de dictarse sentencia.

10) Siendo que la resolución apelada se dictó a pedido del Ministerio Pupilar, sin mediar contradictorio entre las partes, al disponerse en esta alzada la continuación del trámite del proceso, la imposición de costas y la regulación de honorarios realizadas en primera instancia deben ser dejadas sin efecto (cfr. arts. 141 inc. IV y 35 del CPCCyT), debiendo llevarse a cabo en la etapa procesal oportuna.

11) Atento el resultado del recurso planteado, las costas se imponen a la demandada apelada por resultar vencida (art. 36 inc. I del CPCCyT).

Por todo lo expuesto, el Tribunal resuelve: I. Admitir el recurso de apelación deducido a fs. 43 por el actor contra la resolución de fs. 41 y vta., y, en consecuencia, revocar sus dispositivos III, IV, V y VII, cambiar la numeración del dispositivo VI, al que corresponde llevar el número III, y modificar el dispositivo II, que queda redactado como sigue: "II.- Rechazar la solicitud efectuada por el Ministerio Pupilar en torno al rechazo *in limine* de la acción, debiendo proseguir la causa según su estado". II. Imponer las costas de alzada al apelante. III. Diferir la regulación de honorarios de la alzada para cuando se regulen los de primera instancia. Regístrese. Notifíquese y bajen. — *Germán Ferrer. — Estela I. Politino.*

Thomson Reuters

El rechazo liminar de la demanda y los procesos de familia

Gabriel H. Quadri (*)

Sumario: I. Sintetizando el fallo.— II. El rechazo liminar de una demanda (conceptos generales).— III. Los procesos de familia, tutelas diferenciadas.— IV. El Código Civil y Comercial de la Nación, la interpretación y la aplicación del derecho.— V. Ahora sí: sobre el rechazo liminar de la demanda en el ámbito de los procesos de familia.— VI. A modo de conclusión.

I. Sintetizando el fallo

Frente al rechazo liminar de una demanda entablada por el progenitor reconociente de una niña en orden a impugnar aquel reconocimiento alegando la existencia de un error, la Cámara de Familia mendocina, abordando el recurso del accionante, decide revocar el fallo y mandar a proseguir el trámite del proceso.

Lo hace con abundancia de fundamentos y concluye, en definitiva, que la desestimación resuelta en la instancia previa no se ajustaba a derecho.

Así planteado el tema, creemos que el fallo puede ser un buen puntapié inicial para analizar cómo juega la institución del rechazo liminar de la demanda en el específico contexto de las controversias familiares.

Para ello necesitaríamos sentar algunas premisas previas.

II. El rechazo liminar de una demanda (conceptos generales)

Se ha preguntado la doctrina si le está permitido al juez, fuera de los supuestos de inhabilidad formal de la demanda —defecto legal de su proposición— disponer su repulsa *in limine*, juzgando sin sustanciación acerca de su fundabilidad o mérito —admisibilidad intrínseca—.

Remarcando, en tal sentido, que las condiciones de fundamentación o procedencia (atendibilidad) de la pretensión deben ser verificadas por el juez, como regla, en la sentencia de mérito.

Indicando que la consideración de los supuestos en que la demanda —y no la pretensión que ella porta— aparece objetivamente en el sentido de manifiesta, evidente, que aflora sin más y puede revelarse al cabo de la sola verificación liminar —"improponible"—, lo que alude, más que a la imposibilidad de su planteamiento, a su improcedencia sustancial, exige acotamientos previos ineludibles.

Aclarando que de lo que se trata es de la decisión sobre el fondo de las pretensiones, cuando estas, desde su misma proposición, se manifiestan equivocadamente como sin fundamento en su mero confrontamiento con el ordenamiento jurídico vigente. El poder —y aun el deber— del órgano de repeler *in limine litis* semejante demanda y el virtual efecto de cosa juzgada de la decisión que recaiga, constituyen las notas esenciales de los supuestos que nos ocupan.

(*) Abogado (UM). Doctor en Ciencias Jurídicas (UMSA). Secretario sala 2ª, Cámara Civil y Comercial de Morón. Director honorario del Instituto de Derecho Procesal Civil y Comercial del Colegio de Abogados de Morón. Secretario de redacción "La Ley Buenos Aires". Ganador del premio Accesit de la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires por la obra "La prueba en el proceso civil y comercial". Director de diversas obras especializadas en materia de derecho procesal, entre ellas codirector de "Procesos de familia" (Ed. La Ley, 2018). Autor y colaborador en diversas obras jurídicas especializadas en derecho procesal, como así también de múltiples artículos publicados en revistas jurídicas.

Thomson Reuters

Así, se dice que, en general, resulta "improponible" la demanda, toda vez que el objeto jurídico perseguido esté excluido de plano por la ley, cuando esta impide implícitamente cualquier decisión al respecto; o la improcedencia derive de la inidoneidad, juzgada en abstracto, de los propios hechos en que se funda la demanda (*causa petendi*), los que no son aptos para obtener una sentencia favorable.

En estos casos, si el objeto o la causa en que se sustenta la acción o pretensión que porta la demanda son ilícitos o contrarios a la ley o a las buenas costumbres, o en sí se exhiben constitutivamente inhábiles para hacerse audibles, de disponerse su sustanciación se daría lugar a un proceso infecundo, que habría nacido frustrado *ab origine*.

Señalando que, en estos y en que las aludidas notas aparezcan manifiestas, al cobijo de una concepción publicista dentro de la cual el juez tiene el deber de examinar in limine el contenido de la demanda (y, en general, de los escritos constitutivos del proceso), e igualmente vigilar para que el resultado de la actividad jurisdiccional resulte útil (principio de eficacia), el rechazo de tales pretensiones aparece procedente. Porque aun cuando reúnan aparentemente las condiciones de procedibilidad, es evidente que en lo sustancial se muestran como inaudibles o infundadas. Esa actividad oficiosa del juez es la única que se corresponde con la finalidad del servicio, que excluye la prodigabilidad de la gestión infructífera por inconducente.

Sin embargo, se ha de admitir que este es el punto más álgido de la cuestión: el que plantea la división fronteriza entre el derecho a la jurisdicción y sus alcances (el derecho al proceso) y los poderes del órgano, apoyados en las exigencias del servicio. La sustanciación de las pretensiones articuladas por las partes, con constituir de común el trámite adecuado, con el correlato del principio de la bilateralidad de la audiencia, no puede considerarse esencial o insustituible. El derecho a la jurisdicción y la garantía constitucional correspondiente (art. 18, CN) se satisfacen en plenitud y agotan a través del acto jurisdiccional fundamental, cual es la expedición de la sentencia en el mérito. Argumentando que no existe un derecho a la sustanciación de la pretensión, que, en todo caso, constituye exigencia del debido proceso con relación al contrario, como forma de posibilitar el ejercicio de su defensa.

Empero, como el conocimiento en el mérito es propio, por principio, del estadio decisorio, su anticipación se justifica excepcional y únicamente por las razones de interés general que hacen a la buena marcha del servicio, el cual quedaría indudablemente comprometido de no evitarse el dispendio inútil de la actividad procesal, y a condición de que la infundabilidad de la demanda aparezca manifiesta, evidente, notoria, de los propios términos en que fue concebida **(1)**.

Ya más actualmente, se ha señalado que, encontrándonos inmersos en un sistema procesal inficionado por una sobrecarga de tareas (muchas de ellas nuevas y complejas), casi es de sentido común procurar aliviar el sobrepeso, dejando caer así el lastre de trámites ociosos y a veces violatorios del principio de moralidad. Recordando que el rechazo in limine consiste en una atribución judicial implícita con base en el principio de economía procesal que no admite la sustanciación ociosa de pedidos que se encuentran condenados al fracaso, y también en el de moralidad, que proscribe el abuso de prerrogativas procesales. Aunque destacando que la procedencia de un rechazo in limine debe ser absoluta, es decir inequívoca. Ante la duda, debe preferirse abstenerse de la aplicación del mecanismo que venimos estudiando **(2)**.

Así, el rechazo de la pretensión antes de completarse todas las etapas del proceso debe ser siempre utilizado en forma excepcional **(3)**, lo que impone una hermenéutica restrictiva de las pertinentes condiciones de procedencia y de la debida concurrencia de estas en cada caso concreto, que debe fundarse solo en la certeza indiscutida de que el proceso en que se inten-

(1) MORELLO, Augusto M. - SOSA, Gualberto L. - BERIZONCE, Roberto O., "Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación, comentados y anotados", Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2015, 4ª ed., ampliada y actualizada, t. V, § 564.

(2) PEYRANO, Jorge W., "El rechazo in limine de la demanda", LL 2015-A-1109.

(3) ARAZI, Roland, "Rechazo in limine de la demanda", LL 1994-B-1152.

Thomson Reuters

ta resulta a todas luces innecesario, correspondiendo, en consecuencia, en virtud del principio de economía procesal, impedir *ex officio* su sustanciación **(4)**.

La jurisprudencia ha transitado carriles argumentales similares, señalando que la posibilidad de rechazar liminarmente es de carácter restrictivo y debe manejarse con prudencia **(5)**.

Así, se ha dicho que "salvo casos muy excepcionales en los que es harto evidente la inadmisibilidad de la demanda, o existe una manifiesta falta de fundamentos, o se halla vedada cualquier decisión judicial de mérito, no cabe rechazar de oficio la actividad procesal; tal criterio restrictivo es el que debe primar en tanto el rechazo de oficio cercena el conocido como derecho de acción, estrechamente vinculado por algunos autores con el derecho constitucional de petición" **(6)**.

Que "la potestad de rechazar *in limine* la demanda, debe limitarse a los supuestos de manifiesta improponibilidad, que impida considerar a la misma como un requerimiento con la seriedad que debe tener toda actuación ante la justicia; en todos los casos la facultad de repulsa liminar de la demanda debe ejercerse con debida prudencia, primando el criterio restrictivo, es decir, solo cuando resulta harto evidente la inadmisibilidad de la demanda, sea porque ello surja de sus propios términos o de la documentación acompañada" **(7)**.

O que "el rechazo *in limine* de una demanda por improponibilidad de la misma es un arbitrio del órgano jurisdiccional que debe interpretarse en forma restrictiva, accionándolo solo cuando del inicial examen del planteo que se somete al judicante surge la palmaria improcedencia del mismo; puesto que se encuentra en juego el derecho a la jurisdicción, directamente enraizado con los derechos de defensa y de peticionar ante las autoridades" **(8)**.

Así, por ejemplo, se considera improcedente la repulsa liminar cuando el rechazo es producto de la interpretación del derecho efectuada por el juzgador en una materia que resulta opinable **(9)**.

Por lo demás, esta desestimación temprana puede obedecer, también, a cuestiones vinculadas con la legitimación procesal.

Recordemos que, cuando hablamos de *legitimación*, estamos haciendo alusión a la aptitud que tiene una persona determinada para discutir sobre el objeto sobre el cual versa el litigio **(10)**.

Palacio nos ha explicado que, en tanto se refiere a la posibilidad de figurar como parte en un proceso, constituye una proyección, en el orden procesal, de la capacidad de derecho genéricamente considerada. Definiéndola, por lo tanto, como la idoneidad reconocida por el ordenamiento jurídico para ser titular de derechos y de deberes procesales, de lo cual se sigue que la capacidad jurídica procesal y la capacidad para ser parte constituyen conceptos sustancialmente equivalentes **(11)**.

(4) SORIA LÓPEZ, José I., "Los límites del deber de rechazar in limine la demanda", LLCba 2014 (junio), p. 511.

(5) CNCiv., sala G, 17/06/1998, "Demaría, Alicia c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires", LL 1999-D-460; DJ 1999-3-345; STJ Santiago del Estero, 23/03/1999, "Saad, Elías N. c. Provincia de Santiago del Estero", LLNOA 2000, p. 423, AR/JUR/3119/1999; CCiv. y Com. Corrientes, sala 4ª, 16/06/2015, "F., M. M. c. D., J. R. s/ escrituración y daños y perjuicios en subsidio", LL Online AR/JUR/24322/2015.

(6) CNCiv., sala E, 06/07/2007, "Taiguer SRL c. Consorcio de Prop. Arenales 2852/8", LL del 18/01/2008, p. 4, AR/JUR/3153/2007.

(7) TSJ Córdoba, sala Contenciosoadministrativa, 16/06/2010, "Ferreyra, Nereo E. c. Provincia de Córdoba", LL 70063733.

(8) CCiv. y Com. Morón, sala 2ª, 08/04/2003, "Liberatore, Ángela A. c. Cáceres, Carmen y otro", LL 70005124.

(9) CNCiv., sala K, 11/03/2002, "Casalderrey, Olga I. y otro c. Casalderrey, Juan J. J. y otro", LL del 25/03/2002, p. 6; DJ 2002-1-1040; AR/JUR/124/2002.

(10) PAGÉS LLOVERAS, Roberto - VELERT, Jaime, en LÓPEZ MESA, Marcelo (dir.) - ROSALES CUELLO, Ramiro (coord.), Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2012, t. 3, p. 782.

(11) PALACIO, Lino E., "Derecho procesal civil", Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2017, 4ª ed. actualizada por Carlos Enrique Camps, t. II, nro. 292, e-book disponible en Thomson Reuters Proview.

Thomson Reuters

En tal contexto, uno de los motivos que pueden conllevar a una repulsa inicial puede relacionarse con la ausencia, manifiesta, de legitimación activa para promoverlo.

Una lectura de la ley procesal específica, Código Procesal de Familia y Violencia Familiar (ley 9120), nos muestra que se contempla la posibilidad de que, una vez contestado el traslado de demanda o reconvención, el juez —en el plazo de dos días— declare, aun de oficio, la improponibilidad objetiva de la demanda o la ausencia de legitimación manifiesta, sea activa o pasiva (art. 53, inc. a).

III. Los procesos de familia, tutelas diferenciadas

En ocasiones anteriores **(12)** nos hemos ocupado de la cuestión de los procesos de familia y su caracterización como tutelas diferenciadas.

Decíamos allí que existe una categoría procesal específica, cuyo contorno viene dado por el hecho de operar en el ámbito de las controversias referidas a las relaciones jurídicas familiares y que, en este contexto, el legislador ha contemplado las características específicas del derecho de fondo como justificación suficiente para diseñar ciertos moldes formales (lo procesal) que particularizan las reglas de juego en estas controversias, remarcando que ninguna consideración puede realizarse sobre materia procesal que no contemple las singularidades y la trascendencia de la familia —y de los derechos de sus integrantes— y que no tome como punto de partida lo que, sin lugar a dudas, origina el ingreso de la jurisdicción en la escena familiar (o la escena familiar en la jurisdicción): el conflicto familiar **(13)**.

Memorábamos en tal sentido que, a partir de la segunda mitad del siglo XX, particularmente desde los años sesenta, comienza a generarse un amplio movimiento doctrinario que postula la instalación de un fuero especializado para atender los conflictos familiares. Se individualizan y caracterizan las cuestiones de familia, destacándose su especialidad típica y se propugna su tratamiento, como verdaderos y propios conflictos diferenciados, por órganos jurisdiccionales especializados —tribunales de familia—, mediante un proceso específico: proceso de familia **(14)**.

Recordábamos que ya venía remarcando Morello, hace varias décadas, la necesidad de que exista una justicia diferenciada en materia de familia **(15)**.

Así, se ha dicho que las tutelas procesales diferenciadas son procesos conformados mediante técnicas orgánico-funcionales y procesales que se apartan de las matrices clásicas, para la protección reforzada de los derechos de valoración comunitaria prevaleciente, recogidos en los textos fundamentales **(16)**.

Es que el derecho sustancial familiar requiere que se respeten las directivas que se fijan como patrones ineludibles que se deben seguir en el proceso **(17)** y las particularidades del derecho sustancial exigen especiales previsiones normativas **(18)**.

Como lo destacó Guahnon, los procesos de familia poseen principios y caracteres propios,

(12) Reiteramos aquí algunas reflexiones que ya hiciéramos, junto a Gonzalo Javier Gallo Quintian y María Soledad Pennise Iantorno, en el capítulo inaugural de la obra "Procesos de familia", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2018, t. I, ps. 3-62.

(13) CURA, José María (dir.), "Código Civil y Comercial de la Nación comentado", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 619.

(14) BERIZONCE, Roberto O. - BERMEJO, S. Patricia - AMENDOLARA, Zulma A., "Tribunales y proceso de familia", Ed. Librería Editora Platense, La Plata, 2001, ps. 10-11.

(15) MORELLO, Augusto M., "Familia y jurisdicción. Hacia una tarea interdisciplinaria", JA 1990-IV-879.

(16) MEDINA, Graciela - RIVERA, Julio C. (dirs.) - ESPER, Mariano (coord.), "Código Civil y Comercial de la Nación", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2014, p. 1718.

(17) FERREYRA de DE LA RÚA, Angelina - BERTOLDI de FOURCADE, María V. - DE LOS SANTOS, Mabel, en KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída - HERRERA, Marisa - LLOVERAS, Nora (dirs.), Tratado de derecho de familia según el Código Civil y Comercial de 2014, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, t. IV, p. 425.

(18) DE LOS SANTOS, Mabel A. - CALMON, Petrônio, "La urgencia y la evidencia como fundamento de nuevas estructuras procesales", SJA del 06/07/2011, cita online: 0003/015488.

Thomson Reuters

que definen, orientan, complementan y explican las normas procesales y los procesos en los que se ventilan los conflictos de esa índole, razón por la cual no es posible la aplicación mecánica de las normas alojadas en los ordenamientos procesales que nos rigen, sin atender a las particularidades de este tipo de procesos y de los intereses involucrados **(19)**.

Se lo expresó, con elocuencia, en las Conclusiones del XXVI Congreso de Derecho Procesal (Santa Fe, 2011): "los procesos de familia por su naturaleza exigen principios diferenciados y propios" y bajo la indicación de la necesidad de un fuero especializado, se señaló que "la especialidad que se requiere se vincula a los órganos, a las normas procesales y a la competencia, es decir, a toda la organización jurisdiccional. Asimismo, se impone la especial versación en materia de familia para los operadores jurídicos".

Incluso remarcábamos que, dentro de la categoría de "procesos en materia de familia" queda comprendida una multiplicidad de situaciones en las cuales *el denominador común es*, como lo dijimos, *la materia, pero que —a partir de allí— se fragmentan y atomizan, de manera formidable*.

De este modo, veremos controversias con connotaciones patrimoniales y otras que no las tienen; asuntos urgentes y otros no tanto; discusiones entre personas mayores y plenamente capaces al lado de asuntos ventilados con la participación de personas incapaces, o con su capacidad restringida; y, aun así, personas capaces, pero en situación de vulnerabilidad; procesos sobre derechos disponibles y otros que no lo son. Y así podríamos seguir.

Lo antedicho dispara una nueva consideración: *existen tantas tutelas diferenciadas en materia de familia como categorías de controversias se ventilen ante los órganos del fuero*.

Por ello, *no creemos conveniente hablar de "proceso de familia", en singular, sino de "procesos de familia", en plural*, dado que la diversidad de cuestiones aquí debatidas condiciona, a la postre, las reglas que se aplicarán en cada una de ellas.

En suma: *no hay un proceso de familia, sino múltiples procesos de familia*.

Lo interesante es cómo cada subtipo situacional que integra el conjunto aparece condicionando las reglas de juego (procesales) aplicables en las distintas controversias.

De este modo, lo familiar va articulándose con las normas e institutos procesales, moldeándolos —en muchos casos— según sus propias circunstancias y necesidades **(20)**.

IV. El Código Civil y Comercial de la Nación, la interpretación y la aplicación del derecho

No vamos a abundar sobre este asunto, pues el tema trasciende el artículo.

Pero esto no nos exime de formular algunas reflexiones, que serán provechosas para continuar.

Sabemos que la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación (Cód. Civ. y Com.) tuvo una incidencia muy importante en cuanto a la forma de interpretar y aplicar el derecho.

Hemos escuchado ya, y muchas veces, que el Cód. Civ. y Com. es un código de principios, más que de reglas; que es un "código abierto" y no cerrado y que, en su aplicación, es imprescindible acudir al diálogo de fuentes.

El art. 1º del Cód. Civ. y Com. dice que "los casos que este 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. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los

(19) GUAHNON, Silvia V., "Principios y caracteres diferenciados de los procesos de familia", SJA del 08/02/2017, p. 36.

(20) De hecho, en la obra antes citada ("Procesos de familia") el equipo de autores se ocupa de analizar, a lo largo de tres extensos volúmenes, no solo a los procesos de familia más usuales, sino también a la impronta de lo familiar en los institutos clásicos del derecho procesal (la prueba, la imposición de costas, los recursos, la mediación, etc.).

Thomson Reuters

interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho".

Mientras tanto, el art. 2º nos señala que "la ley debe ser interpretada 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".

Estas formulaciones rompen algunos modelos de trabajo tradicionales.

Según ha entendido la doctrina especializada, el legislador argentino —en un breve artículo— indica que el sistema y la forma de aplicar el derecho —y pensarlo— ya no son los mismos.

Destacando que el art. 2º les pide a los jueces que renuncien lisa y llanamente al modelo clásico decimonónico que se ha practicado durante toda la vigencia del Código anterior (y que se ha enseñado durante tanto tiempo en nuestro territorio patrio), que asuman una nueva concepción y, con ello, una nueva técnica para interpretar y aplicar el derecho **(21)**.

Agregando que en el art. 2º —junto con el deber consagrado en el art. 3º— se ha abierto una puerta a un juez creador de soluciones a partir de interpretar normas con instrumentos que hasta hace poco le estaban vedados y hoy se tornan obligatorios y prioritarios. Los tratados de derechos humanos, el estudio de la axiología jurídica y de la hermenéutica dejan de ser materia de juristas puertas adentro de nuestras universidades e institutos de investigación y se transforman en necesidades básicas para el ejercicio de la judicatura y de la abogacía en general **(22)**.

Gil Domínguez ha hecho buenas reflexiones al respecto.

Señala que el Código Civil y el Código Comercial basaban su aplicación en los denominados "cánones de interpretación" sostenidos por los tradicionales criterios de interpretación gramatical, histórico, sistémico, sociológico y teleológico.

Mientras que el Cód. Civ. y Com. no excluye a los métodos tradicionales de interpretación, sino que los subordina a los principios y valores constitucionales-convencionales y a los cánones que surgen de ellos. De esta manera posibilita que ellos cumplan distintas funciones cuando se apliquen a los casos concretos. La primera es la actualización particularista del ordenamiento civil y comercial. La segunda es la interpretación conforme del ordenamiento civil y comercial. La tercera es la extensión progresiva de los derechos. La cuarta es la resolución ponderada de los derechos en colisión.

Agregando que los principios como sistema de interpretación plantean un escenario de insatisfacción, duda o angustia si se los compara con la construcción ficcional de los viejos Códigos, sostenida sobre el presupuesto de las respuestas totales o la idea de una máquina de las certezas (como una suerte de sistema binario de lo jurídico).

Agregando que el art. 2º del Código es un salto a la discrecionalidad y a la creación por parte del juez. Ya no es lo sustancial lo que quiso decir el legislador en la norma, sino saber cuál es la interpretación más acorde a los tratados de derechos humanos, a los principios y a los valores que rodean al juez y a la comunidad **(23)**.

Ahora, y como se ve, esto trae algunas repercusiones prácticas para la cuestión que estamos analizando, porque, al quedar en evidencia la crisis del modelo decimonónico (y hasta silogístico) y al complejizarse a este nivel la labor en la interpretación y aplicación del derecho, surge claro que —en muchas ocasiones— las soluciones ya no serán tan lineales, sino que hará falta alguna tarea un poco más intensa.

Nos quedamos con esta idea, que era la última que necesitábamos para ir esbozando algún parecer acerca del tema.

(21) GRAJALES, Amós A., "El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y el juez como 'la boca de los principios'. De la subsunción a la ponderación", JA 2015-III-1099

(22) GRAJALES, Amós A., "El nuevo Código...", ob. cit.

(23) GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, "El art. 2º del Código Civil y Comercial: de los métodos tradicionales de interpretación a los principios constitucionales-convencionales de interpretación", RCCyC 2016 (agosto), p. 57.

Thomson Reuters

V. Ahora sí: sobre el rechazo liminar de la demanda en el ámbito de los procesos de familia

V.1. Introducción

Creemos que la cuestión que dispara el fallo ofrece varios niveles dignos de análisis, así que hemos parcelado nuestro razonamiento para ser algo más claros.

V.2. El rechazo liminar y el derecho de familia. De nuevo sobre el caso

Hemos hablado ya —un poco, muy poco— de interpretación y aplicación del derecho, y de cómo el nuevo paradigma del Cód. Civ. y Com. exige una labor hermenéutica mucho más afinada.

Esto, obviamente, es de plena aplicación en el ámbito del derecho de familia.

Es así como, muchas veces, la letra de la ley dice (o parece decir) una cosa, pero la solución —en definitiva— termina siendo otra. O muchas veces hay que definir qué hacer, cuando la ley no dice nada.

Justamente, si volvemos al trabajo ya citado de Gil Domínguez, vemos que el ejemplo del que se vale para mostrar en funcionamiento la aplicación de los principios constitucionales-convencionales de interpretación es un caso del derecho de familia: el de los casos de filiación múltiple y los arts. 558 y 578 del Cód. Civ. y Com., evocando, también, la gestación por sustitución o la filiación post mortem **(24)**.

Así, podríamos seguir enumerando supuestos que, día a día, deben ser abordados por los magistrados de este fuero especializado.

El pluralismo, como se ha dicho, constituye un pilar sobre el cual se edifica el derecho de familia, que parte del reconocimiento social de que existen diversas formas de organización familiar y que todas ellas deben tener su lugar en el ordenamiento jurídico infraconstitucional **(25)**.

Así, en lo relativo al conflicto familiar, es constante la ampliación de las coordenadas que lo delimitaban, producto de los tiempos de reacomodamiento a las nuevas formas familiares, sumándose a ello el fenómeno del reconocimiento de los derechos fundamentales, especialmente los de la personalidad, con una ponderación de la dignidad personal como centro de protección jurídica, visibilización de las asimetrías, correcciones tendientes al empoderamiento de las minorías, arrojando en ocasiones como consecuencia el reconocimiento explícito y la obligatoriedad de protección de los derechos que titularizan grupos vulnerables como mujeres, niños y niñas, personas discapacitadas, ancianos, migrantes, etc. Se advierte, incluso, una modalidad incipiente y sostenida de viraje desde una lógica binaria, fundada en la diferencia, a una lógica de la diversidad, apoyada en la existencia de "lo" complejo y múltiple, en un orden jurídico donde se establece la prioridad del individuo para su autorregulación, con el consiguiente deber de respeto a las conductas autorreferenciales, si con ello no se agreden derechos de terceros o reglas de convivencia democráticas.

Producto, entre otras cuestiones, de los avances científicos y de las formas de comunicación, la vida de las personas se ha diversificado en intensidad y en multiplicidad de cuestiones. Las consecuencias de estas nuevas pautas no son ajenas al derecho.

El ejercicio de la judicatura en el contexto descripto está signado por la incertidumbre de la movilidad permanente, porque su objeto de análisis —la familia— se ha reformulado y está cambiando **(26)**.

Luego, en un contexto tan complejo donde, muchas veces, hay más dudas que certezas y donde, en varias otras, la solución requiere una labor de ponderación bastante ardua, habría que pensar cómo funciona el instituto del rechazo liminar.

(24) GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, "El art. 2º...", ob. cit.

(25) HERRERA, Marisa - DE LA TORRE, Natalia — FERNÁNDEZ, Silvia (colabs.) "Manual de derecho de las familias", Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2019, 2ª ed., capítulo I, punto 1, ps. 1 y ss.

(26) GONZÁLEZ de VICEL, Mariela, "El rol del juez de familia en el Código Civil y Comercial", Ed. Infojus, Id Infojus: DACF140863.

Thomson Reuters

Es decir, ¿cuándo podríamos decir que la improponibilidad es manifiesta o que quien pretende no se halla habilitado por la ley para discutir al respecto (falta de legitimación)?

El caso en análisis es la mejor prueba de ello: el magistrado de primera instancia rechaza liminarmente la demanda y la Cámara, con multiplicidad de fundamentos, le marca algo: que la cuestión invita a diversas interpretaciones.

Por lo demás, y afinando más el análisis, el accionante invoca una situación de error e incertidumbre al momento del reconocimiento **(27)**, lo cual —incluso y según se lee en la sentencia— es avalado por la madre de la niña.

¿Cómo desconocer, entonces, esta circunstancia o cerrar, tempranamente, toda posibilidad de discusión?

Entonces, ante lo controvertido del punto que se llevó a discusión, despunta una conclusión: *no procedía el rechazo liminar*.

Esto, por cierto, no quiere decir que la demanda estuviera destinada a prosperar. Es que semejante afirmación, en este momento procesal, implicaría un evidente prejuzgamiento. En tal sentido, el tribunal mendocino no da su una opinión específica, sino que se limita a indicar que el tema es opinable. Su parecer lo brindará, en definitiva, una vez que tramite todo el proceso, y si alguien apela.

Podríamos dejar el análisis aquí, porque —en definitiva— estamos coincidiendo con la solución del fallo.

Pero el tema invita a reflexionar un poco más.

(27) Memoramos, al respecto, un trabajo nuestro que ya cuenta con varios años (QUADRI, Gabriel H., "El reconocimiento de la paternidad en los albores del nuevo milenio", JA 2006-II-468), donde analizamos las dificultades frente a las que puede encontrarse el padre que, objetivamente, duda de que el hijo o hija a reconocer sea suyo, y las vías procesales que podría transitar para disipar tal incertidumbre. Justamente para evitar que, a la postre, sucedan cosas como las discutidas en este proceso.

V.3. El rechazo liminar en los procesos de familia. Visión general y en el proceso de familia mendocino

Dejando de lado un poco el fallo en glosa, es bueno pensar un poco sobre la funcionalidad del rechazo liminar en los procesos de familia.

Es que, a la luz de lo dicho en el punto anterior, podríamos pensar directamente en descartar el instituto para este tipo de controversias.

Tampoco creemos que esto sea así.

Como decíamos antes, una lectura de la ley procesal aplicable, Código Procesal de Familia y Violencia Familiar (ley 9120), nos muestra que aquí se ha previsto un diseño específico (distinto del previsto para los procesos civiles o comerciales) para el rechazo por improponibilidad o falta de legitimación, el cual no ha de ser liminar (sin darle trámite), sino temprano, es decir, una vez que se ha contestado el traslado de la demanda (art. 53, inc. a).

El tribunal mendocino, con docente claridad, expone muy bien esta posibilidad (aunque luego entiende que en el caso que tiene para fallar no correspondía su dinamización).

O sea, el rechazo liminar (o temprano) siempre sería una alternativa.

Que, para ciertos casos, nos parece valiosa.

En primer lugar, quisiéramos señalar que lo preceptuado por el art. 706, inc. a), del Cód. Civ. y Com., en el sentido de que las normas deben interpretarse siempre en el sentido más favorecedor del acceso a la justicia, de ninguna manera impide el rechazo liminar.

Es que, como lo decíamos antes y también se efectúan consideraciones en el fallo al respecto, nada garantiza que el planteo que las partes introduzcan deba, necesariamente, tramitarse en su integridad y, aun frente a una repulsa temprana, el acceso está garantizado con la posibilidad de introducir su planteamiento. Ello, por supuesto, no implica el aseguramiento de que se vaya a tener un pronunciamiento favorable.

En segundo lugar, tenemos que el propio Cód. Civ. y Com. consagra algunos supuestos —aun

Thomson Reuters

en el derecho de familia— de inadmisibilidad de las demandas; podríamos evocar, por ejemplo, lo establecido por los arts. 425, inc. a), o 577.

Así, no en todos los casos nos hallaremos con cuestiones opinables y, cuando se vea claramente la improponibilidad, nada impedirá decretarla.

Lo mismo cuando sea evidente la falta de legitimación (así, por poner un ejemplo extremo, si planteara el divorcio alguien distinto de las personas mencionadas por el art. 437).

Por otro lado, creemos que el instituto del rechazo liminar puede llegar a tener sus facetas valiosas.

Así, *en el terreno de la economía procesal*, para evitar que los juzgados o tribunales del fuero especializado, que muchas veces ven sobrepasada su capacidad operativa, salgan al cruce y directamente corten de raíz una tramitación, cuando se sabe —claramente— que ella no puede llegar a buen puerto.

Amén de ello, hay otra cuestión para tener en vista: *el rechazo temprano como una herramienta de pacificación* (art. 706, inc. a, parte final, del Cód. Civ. y Com.).

Como muy bien se ha dicho respecto del magistrado de familia, se requiere que, además de juez director, debe ser un juez "de acompañamiento", capaz de pacificar la contienda, con el fin de que el conflicto llevado a tribunales no signifique un quiebre de las futuras relaciones entre los integrantes del grupo familiar, que seguirán vinculados como padres, hijos, hermanos, etcétera **(28)**.

En este sentido, puede suceder que la repulsa temprana de lo que se sabe —a ciencia cierta— que no podría nunca llegar a un pronunciamiento favorable puede evitar que los conflictos intrafamiliares sigan escalando.

¿Para qué anoticiar a la contraparte o discutir durante bastante tiempo una cuestión si se sabe, desde el comienzo, que el pedido no puede prosperar?

Si la existencia de una controversia, en sí misma, puede seguir encendiendo los ánimos, y generando disputas, parece razonable que —desde el órgano jurisdiccional— se gestione esta cuestión y se evite que los planteos infundados se erijan en causa de mayores y nuevas disputas.

Entonces, aparece aquí otra faceta valiosa de los rechazos liminares o tempranos que opera en el contexto, muy específico, de las relaciones intrafamiliares.

Es que, en otro tipo de litigios, donde las partes quizás tengan como único vínculo que las une esta controversia, la cuestión puede ser distinta.

Pero en los asuntos familiares, donde las partes cuentan con una historia de vida que las liga, con múltiples cuestiones que las vinculan (y seguramente seguirán vinculando por largo tiempo), el rechazo inicial, y también el temprano, de lo que se sabe *a ciencia cierta* que no será atendido en un futuro (al momento de la sentencia) puede servir para ir allanando el camino y pacificando algunos puntos conflictivos.

VI. A modo de conclusión

Luego de este breve desarrollo, debemos expresar nuestra coincidencia con lo que ha decidido el tribunal mendocino.

Cerrando, podríamos decir que el instituto de la repulsa liminar puede encontrar su funcionalidad y especial utilidad en el ámbito de las controversias del fuero de familia, pero, como se lo ha venido señalando de manera más o menos pacífica, esto podría tener lugar en aquellos casos en que se presentara clara y manifiesta la improponibilidad objetiva de la pretensión articulada o, en su caso, la falta de legitimación de quien acciona.

(28) GALLO QUINTIAN, Gonzalo J., en AA.VV., Procesos de familia, ob. cit., t. 2, p. 743.

Thomson Reuters

PRIVACIÓN DEL EJERCICIO DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL

Abuelo que solicita la guarda cautelar de su nieto. Conducta de la progenitora. Rechazo. Causales. Art. 700 del Código Civil y Comercial. Abandono de hijo.

Con nota de María Soledad Vieites

1. — La mujer que delegó en la abuela de su hijo su cuidado y que padeció hechos de violencia de género por quien fuera su pareja —y padre del niño— atravesó por sendas dificultades para asumir los deberes derivados de la responsabilidad parental, pero aun así, su conducta no ha sido desinteresada, ni maliciosa y menos aún ha colocado al niño en un estado de desprotección o desamparo requerido por el art. 700 del Código Civil y Comercial a fin de configurar el abandono exigido para hacer lugar a la demanda de privación del ejercicio de la responsabilidad parental, con el criterio restrictivo con el que debe analizarse.

2. — El art. 700, inc. b, del Código Civil y Comercial prevé como causal de privación de la responsabilidad parental el supuesto de abandono del hijo, dejándolo en un total estado de desprotección, aunque hubiera sido dejado bajo el cuidado del otro progenitor o un tercero, y encuentra su fundamento en la ostensible conducta desinteresada, despreocupada y negligente del progenitor, a quien poco le importa el destino de su hijo.

JFamilia, Niñez y Adolescencia Nro. 1 Neuquén, 13/09/2019. - B. M. F. c. G. H. G. y otro s/ Privación ejercicio responsabilidad parental.

[Cita on line: AR/JUR/42089/2019]

COSTAS

Se imponen en un 50% al codemandado y un 50% a la actora.

Expte. N° JNQFA1 91013/2018

1ª Instancia.- Neuquén, septiembre 13 de 2019.

Resulta:

Que a fs. 12/18 se presenta la Sra. M. F. B., por derecho propio e interpone demanda de privación de la responsabilidad parental contra su hijo H. G. G. y A. B. R., de conformidad con lo preceptuado por el art. 700 inc. b) del Cód. Civ. y Comercial y la tutela de la niña.

Solicita asimismo se otorgue la guarda cautelar de su nieta mientras tramita la prevete causa. Relata que ambas pretensiones —tutela y privación de la responsabilidad parental— son interpuestas en conjunto por resultar una condición de procedencia de la otra; y que para que proceda el discernimiento de la tutela es menester no exista una persona mayor que la ejercite. Agrega que de solicitarse exclusivamente la privación de la responsabilidad la obligaría a iniciar un proceso nuevo entre las mismas partes a fin de acreditar los mismos hechos constituyendo un dispendio judicial innecesario vulnerando los derechos de su nieta.

Relata que D. nació en el año 2008 en esta Ciudad. Mientras su hijos estaba en pareja con la Sra. R. aunque sin convivencia, ya que este se encontraba detenido.

Señala que se hizo cargo de la crianza de su nieta desde los 25 días de nacida ya que la madre la llevó a vivir con ella y regresó a su domicilio. Ella se encargaba de llevar a la nena con su progenitora para que tome el pecho cada tres horas, regresando luego y asumiendo el cuidado de la niña.

Continúa relatando que hasta la actualidad la niña vive con ella siendo quien se encarga de inscribirla en el colegio y actividades extraescolares, cocinar sus alimentos, llevarla a las consultas médicas, vestirla, cuidarla, y todas las tareas relacionadas a su crianza. Refiere que el padre de la niña vive en un departamento ubicado en el fondo de su domicilio, pero no participa en los cuidados de la niña, así como tampoco lo hace su madre. Afirma que los progenitores jamás asumieron la responsabilidad parental de su hija, habiendo delegado en la peticionante todas las obligaciones emergentes de la misma desde muy corta edad, aunque si mantienen un trato relativamente frecuente con ella.

Que ello surge de las constancias de autos "G. S. y otro s/ Medida de protección de persona" Expte. 44810/2010 que tramitaron por ante este Juzgado. Señala que la pretensión se funda en la causa de abandono a la que expusieron desde que nació; la conducta desinteresada, despreocupada y negligente de los progenitores. Agrega que se ha interpretado que el incumplimiento de los deberes de asistencia familiar configura la modalidad de esta conducta abandónica. Solicita se discierna la tutela de la niña en el modo previsto por el art. 104 del Cód. Civ. y Comercial.

Ofrece prueba y funda en derecho. A fs. 17 toma intervención la Defensoría del niño. Corrido el traslado de la demanda a ambos progenitores, no la contestan.

Thomson Reuters

A fs. 28 se declara la rebeldía de los codemandados en los términos del art. 59 del Cód. Proc. Civ. y Comercial atento haber sido debidamente notificados sin que comparezcan a contestar demanda ni estar a derecho. A fs. 32 se declara la cuestión de puro derecho. A fs. 34 se señala audiencia con la actora y los demandados, asistiendo la actora a fs. 41 y el codemandado G. a fs. 42. A fs. 38 se unen por cuerda las actuaciones "G. S. y otro s/ medida de protección de persona" Expte. 44810/2010 que tramitaron por ante este Juzgado. A fs. 46 se mantuvo entrevista con la niña. A fs. 47 dictamina la Defensora Adjunta de los derechos del niño, propiciando se haga lugar a la acción de privación de la responsabilidad parental solicitada.

Considerando:

I. El Título VII del Cód. Civ. y Com. de la Nación regula el instituto de la responsabilidad parental, entendido como el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad (art. 638). A su vez, el art. 640 regula la titularidad y ejercicio dentro de las figuras que derivan de dicho instituto. En caso de cese de la convivencia, divorcio o nulidad del matrimonio, el ejercicio de la responsabilidad parental corresponde a ambos (art. 641 inc. b).

Para la resolución del caso bajo análisis resultan aplicables los arts. 700 y siguientes del Cód. Civ. y Comercial. Enseña autorizada doctrina que, "...el art. 700 Cód. Civ. y Comercial establece aquellos supuestos que implican la privación de la responsabilidad parental. A diferencia de la extinción, que opera de pleno derecho, la privación requiere de una sentencia judicial que expresamente la declare, y desde el dictado de la sentencia produce efectos. La única excepción es en el caso de que se hubiera declarado el estado de adoptabilidad del hijo (art. 700, inc. d, Cód. Civ. y Comercial). ... Y justamente como su fundamento último radica en el interés del hijo, la privación de la responsabilidad parental no es definitiva ya que es admitida su rehabilitación, conforme se analizará al comentar el siguiente art. 701 Cód. Civ. y Comercial.

Dada la gravedad de las consecuencias de la privación, la enumeración de casos que la tornan procedente es taxativa. "Código Civil y Comercial Comentado", Herrera, Caramelo, Picasso, Ed. Infojus Tomo II, p. 552.

En cuanto a la naturaleza y finalidad de la privación de la responsabilidad parental, se ha señalado que "... si se juzgara que la privación de la responsabilidad parental es una sanción por la cual el padre pierde los derechos debido a su inconducta y no una medida destinada a la protección del hijo, se estaría penando al padre, junto al hijo, por lo que no sería posible sostener esa interpretación, a la luz de la vigencia de la Convención de los Derechos del Niño. Tratado de Derecho de Familia. Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera, Nora LLoveras, Tomo IV, p. 398.

Es por ello, que la pretensión de privación debe analizarse bajo el prisma del interés superior del niño y en miras a su protección, y no como una sanción al progenitor cuya privación se demanda. La causal invocada por la actora receptadas en el Cód. Civil derogado en el art. 307 inc. 2, subsiste en el art. 700, incs. b) del actual Cód. Civil y Comercial. El art. 700, inc. b, Cód. Civ. y Comercial prevé como causal de privación de la responsabilidad parental el supuesto de abandono del hijo, dejándolo en un total estado de desprotección, aunque hubiera sido dejado bajo el cuidado del otro progenitor o un tercero, y encuentra su fundamento en la ostensible conducta desinteresada, despreocupada y negligente del progenitor, a quien poco le importa el destino de su hijo. En relación al supuesto de abandono, se ha dicho que "sus contornos deberían evaluarse en cada supuesto particular... pero en todos los casos debe tratarse de una abdicación manifiesta, absoluta, prolongada e injustificada de los deberes propios de la responsabilidad parental que suponga un perjuicio hacia el hijo. (Duprat, Carolina. Responsabilidad Parental, Erreius, p. 592).

Es decir que, la abdicación debe ser tal que deje al hijo en un total estado de desprotección. Asimismo, se ha definido el abandono como "una grave desatención de los deberes inherentes que ponga en peligro el futuro del hijo. Implica lisa y llanamente colocar al sujeto vulnerable en una situación de desamparo.... debe concurrir el elemento intencional del abandono, apareciendo la pertinencia de la sanción más como un medio de protección al hijo que de reproche a la conducta del padre, o sea, de conjugarse en todos los casos con el interés superior del niño. (Jáuregui Rodolfo, Responsabilidad Parental, Alimentos y Régimen de Comunicación, Rubinzal Culzoni, p. 386), En suma. El criterio en materia de abandono ha dejado de ser objetivo para centrarse en el análisis de la conducta de cada progenitor, en razón de que las obligaciones emergentes de la responsabilidad parental son personalísimas, indelegables e intransferibles. Es decir que la ley no atiende ni espera que el niño padezca física o espiritualmente el desamparo. El abandono puede presentarse en aspectos diversos: implica un desprenderse, un no preocuparse, situaciones éticas que ha de ser consideradas desde el punto de vista del niño; no importan las razones que hubieran inducido a los padres al abandono (Código Civil y Normas complementarias, análisis doctrinario y jurisprudencial, Bueres, Highton, tomo I, ps. 1294 y ss.).

Thomson Reuters

Por otra parte, el art. 3 inc. 1 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño recepta el llamado interés superior del niño, que obliga a los Tribunales considerarlo en toda decisión que involucre sus derechos. A su vez, el art. 4 de la ley provincial 2302, define el mencionado principio como "...la máxima satisfacción, integral y simultánea de sus derechos. El Estado lo garantizará en el ámbito de la familia y de la sociedad, brindándoles la igualdad de oportunidades y facilidades para su desarrollo físico, psíquico y social en un marco de libertad, respeto y dignidad. (....). Removerá los obstáculos de cualquier orden que limiten de hecho la efectiva y plena realización de sus derechos y adoptará las medidas de acción positivas que lo garanticen." Por último, el Art. 9 inc. 3 de la Convención establece que "Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño."

II. En el marco normativo descrito analizaré la prueba producida, a fin de resolver la pretensión de privación de la responsabilidad parental de los progenitores. Los accionados no contestaron demanda, por lo que de conformidad con lo previsto por el art. 356 inc. 1° del Código Procesal, se situaron en estado de rebeldía atento a lo preceptuado por el art. 59 del mismo texto legal. Ello apareja la presunción de verosimilitud de los hechos expuestos en la demanda por la actora, abuela de la niña, en concordancia con el art. 60 del código ritual e implica tener por reconocidos los hechos pertinentes y lícitos expuestos en la demanda, como así la documental acompañada por la actora. En atención a la importancia de los derechos humanos en juego —derecho a la identidad del niño y a ser criado por sus padres especialmente protegido por la normativa convencional y por el plexo normativo interno—, la ausencia de contradictorio no releva a la suscripta de analizar cuidadosamente la procedencia de la acción, verificando en el caso concreto si las conductas asumidas por los padres aquí demandados encuadran en el supuesto alegado, esto es, el abandono del hijo, contemplado en el inc. b) de la norma.

El Sr. G. manifestó que "El siempre supo que su madre iba a iniciar el trámite y prestó conformidad con ello", que es su deseo "que su hija esté bien" reconociendo que es su madre quien se ocupa mayormente de la crianza de la niña, aunque refirió que comparte momentos con ella, a veces llevándola o buscándola en la escuela. Desde este vértice, la conducta procesal asumida por el codemandado, se encuentra en consonancia con el desinterés alegado por la actora. En consecuencia, cabe tener por probada la conducta abandónica asumida por el Sr. G. y que funda la pretensión de privación de la responsabilidad parental respecto de su hija.

IV. En cuanto a la conducta de la progenitora —Sra. A. B. R.— de la prueba instrumental ofrecida "G. S. y otro s/ Medida de Protección" - que tramitó por ante este Juzgado, surge que la niña se encontraba al cuidado de la Sra. M. B. en forma permanente desde el año 2013 (fs. 82, 108/109, 117); y si bien la niña mantenía contacto con sus progenitores, ambos abdicaron las obligaciones derivadas de la responsabilidad parental en la actora. La jurisprudencia tiene dicho que ... "La privación de la responsabilidad parental es un recurso extremo que solo opera para los casos muy graves, en consecuencia, para tener por acreditada la causal de privación, la interpretación de las previsiones legales tiene que ser restrictiva, correspondiendo aplicar en todos los supuestos un criterio riguroso al realizar el respectivo análisis, sobre todo teniendo en cuenta que el instituto de la responsabilidad parental tiene base constitucional"... "...Para que se pueda decretar la privación de la responsabilidad parental por la causal de abandono claro está que, como dice la ley, se debe dejar al niño en un total estado de desprotección. Esto es que se requiere en el progenitor una conducta altamente censurable que ponga en total desamparo al hijo, de manera que no alcanzará un incumplimiento más o menos irregular de sus deberes ante este y además, la declinación del padre tiene que ser injustificada, maliciosa e intencional..." (CNCiv. Sala B, "P. S. C. c. J. M. N. s/ privación de la patria potestad", 21/09/2017, www.microjuris.com, cita MJ-JU-M-107522-AR).

Teniendo en cuenta la excepcionalidad de la medida de privación de la responsabilidad parental, en el entendimiento que comparto que constituye un recurso extremo que solo debe operar en casos muy graves, corresponde analizar ahora si la conducta alegada por la actora de parte de la progenitora, ha sido injustificada e intencional, y si la abdicación de los deberes derivados de la responsabilidad parental, ha colocado a la niña en un estado de desprotección y desamparo tal que justifique la procedencia de la pretendida privación. En tal sentido, de las constancias de la medida de protección respecto de la niña —y su hermano S.— surge que el cuidado de D. desde su nacimiento fue asumido alternadamente por su progenitora y su abuela paterna, y en menor medida por el Sr. G., quien cuando la niña no había cumplido los dos años de edad, estuvo privado de la libertad por atentar contra la vida de la Sra. R., gozando de salidas transitorias hacia finales del año 2012.

A su vez, y desde una obligada mirada con perspectiva de género que, aplicada al análisis y razonamiento conducirá a una decisión más justa, corresponde analizar los hechos y valorar la prueba considerando las especiales circunstancias y el contexto en que la Sra. R. abdicó el cuidado de su hija D., lo cual surge de los informes sociales y demás actuaciones obrantes

Thomson Reuters

en los autos referenciados como medida de protección, a saber:

Alto nivel de conflictividad en la relación entre la progenitora y la actora y cuestionamientos de esta acerca del desempeño del rol materno, quien manifestó que su hijo estaba preso "por culpa de B. que lo denunció" (fs. 31). A ello se suma el temor que la progenitora tenía en acercarse al domicilio de la actora a buscar a su hijos por miedo a represalias (fs. 36).

Madre víctima de violencia de género por parte de G., quien fue condenado por atentar contra su vida (fs. 19 y 86); amenazas hacia ella y su pareja aún desde el lugar de detención, lo que motivo que dicha pareja fuera trasladado a otra Unidad de detención (fs. 108).

Madre de escasos recursos económicos, desempleada, al cuidado de su hijo S. G. —hermano de D.-, quien por su especial condición —síndrome de down— requirió de cuidados especiales de parte de la progenitora quien, aún con dificultades, asumió dicho rol desde su nacimiento, con la ayuda de su madre. Del contexto descripto se desprende la situación de vulnerabilidad en la que la Sra. R. se encontró desde la primera edad de D., debiendo preguntarnos cual era el comportamiento o la conducta esperada basada en estereotipos sobre el rol de la mujer en el cuidado de los hijos tan arraigados que de no advertirse conllevan una discriminación por razones de género que no ha de tolerarse. Lo dicho hasta aquí y el contexto en el que la progenitora delegó el cuidado de D., no implica desconocer sus dificultades para asumir los deberes derivados de la responsabilidad parental. Aun así, entiendo que la conducta demostrada por la progenitora no ha sido desinteresada, mucho menos maliciosa y menos aún ha colocado a la niña en un estado de desprotección o desamparo requerido por la norma a fin de configurar el abandono, con el criterio restrictivo con el que debe analizarse. Sostener lo contrario implicaría desconocer el rol de contención para la niña que ha ejercido la aquí actora a lo largo de estos años, aún en ocasiones contra la voluntad de la Sra. R.

Nuestro país ha asumido compromisos internacionales sobre derechos humanos de las mujeres —Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer "Belem do Pará" y la CEDAW— y con ello, toda intervención judicial debe ajustarse a los estándares de protección y no discriminación. "...las abstracciones en los conceptos estereotipados permiten quitar relevancia a circunstancias que deberían excluir la responsabilidad de las mujeres...Esta descontextualización es la que permite condenas injustas..." Lo que habría que replantear es la construcción de los estereotipos de "buena madre" o "buena mujer" e indagar si los actuales estándares responden a la realidad de los casos o se abstraen completamente de las condiciones bajo las cuales se suceden este tipo de hechos"..."Se trata de repensar si estas mujeres "se comportan mal" por circunstancias excepcionales por las que no pueden responder.." (Buena madre, buena esposa, buena mujer. Abstracciones y estereotipos en la imputación penal. Cecilia Marcela Hopp, Cap. I).

Valoradas conjuntamente las constancias de autos y los que han sido ofrecidos como prueba instrumental, no encuentro elementos que den cuenta de la conducta de la progenitora que hubiera colocado a la niña en un total estado de desprotección o desamparo, de manera injustificada, maliciosa e intencional como pretende la actora. Por ello, y entendiendo que es la solución que mejor satisface el interés superior de D., quien merece una especial protección, me apartaré de lo dictaminado por la Defensora de los Derechos del Niño correspondiendo el rechazo de la acción respecto de la progenitora.

V. El rechazo de la pretensión de la privación de la responsabilidad parental conlleva el rechazo de la tutela como instituto de protección previsto para los casos de niños cuyos padres han sido privados de la responsabilidad parental, sin perjuicio de mantenerse el status quo de la niña, quien en entrevista mantenida con la suscripta manifestó que convive con su abuela, con quien está acostumbrada a vivir, y que mantiene contacto con ambos progenitores.

Por lo expuesto, y teniendo en cuenta lo normado por los arts. 3, 9 inc. 1° y ccs. de la Convención sobre los Derechos del Niño, Convención Interamericana "Belem do Pará", CEDAW, y artículos 700 y cctes. del Cód. Civil; Fallo: I. Hacer lugar a la demanda de privación de la responsabilidad parental interpuesta por la Sra. M. F. B. contra el Sr. H. G. G. DNI ..., respecto de la niña D. M. G., DNI ..., nacida el 25 de julio de 2008 en la Ciudad de Neuquén, bajo Acta N° 284, y en consecuencia, declarar la privación de la responsabilidad parental del Sr. H. G. G., por la causal prevista en el art. 700 inc. b) del Cód. Civ. y Com. de la Nación, con los efectos previstos por el art. 700 última parte y 704 del Cód. Civ. y Comercial. II. Rechazar la demanda de privación de la responsabilidad parental interpuesta contra la Sra. A. B. R. III. Rechazar la pretensión de tutela. IV. Firme que se encuentre la presente, notifíquese electrónicamente al Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas para su inscripción en cumplimiento del Protocolo aprobado por Acuerdo del TSJ N° 5545, teniéndose por cumplida la remisión del documento digital contemplado en el Pto. 6to. del protocolo mencionado con la notificación de la sentencia firmada digitalmente. V.- Distribuir las costas del presente trámite en un 50% al codemandado G. y un 50% a la actora (art. 71 Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Thomson Reuters

VI. Regular los honorarios profesionales de la Dra. ... por la labor desarrollada como patrocinante de la actora en la suma de pesos ... ($ ...) conf. art. 9 ley 1594. VII. Notifíquese a la actora y a los ministerios públicos por medios electrónicos y a los codemandados en su domicilio real. VIII. Regístrese. — *Fabiana Vasvari.*

La privación de la responsabilidad parental en contextos de género

María Soledad Vieites (*)

Sumario: I. Palabras preliminares.— II. Hechos.— III. Breve marco teórico: responsabilidad parental. Concepto. Principios. Caracteres.— IV. Privación de la responsabilidad parental.— V. El abandono del hijo como causal de privación de la responsabilidad parental en el caso concreto.— VI. Juzgar con perspectiva de género. Contemplación de la situación de violencia familiar.— VII. Conclusión.

I. Palabras preliminares

Estimo de gran valor lo resuelto por la magistrada en el fallo objeto de comentario, por cuanto muestra las buenas prácticas que muchos tribunales logran forjar al momento de juzgar. Como se verá al examinar la resolución, lo decidido responde a un análisis superador, en el que los hechos y la prueba son tamizados por la ineludible mirada de género, que evidencia aquellos estereotipos arraigados culturalmente, que, de no haber sido considerados, hubiese llevado a una decisión injusta.

Concretamente, el análisis se centra en la resolución recaída en el Juzgado de Familia, Niñez y Adolescencia Nº 1 de Neuquén en autos "B. M. F. c. G. H. G. y otro s/ privación ejercicio de la responsabilidad parental", la que revela un contexto de violencia de género concluyente al momento de fallar.

II. Hechos

La causa llega a conocimiento del tribunal con motivo de la demanda de privación de la responsabilidad parental y solicitud de tutela interpuesta por la abuela paterna de la niña contra ambos padres, de conformidad con lo preceptuado por el art. 700, inc. b), del Cód. Civ. y Com. En sus dichos, la actora relata que comenzó a cuidar de su nieta a los veinticinco días de nacida, cuando su madre la deja bajo su protección. Por ese entones, la requirente se ocupaba de trasladar a la niña al domicilio de su madre, a fin de que, cada tres horas tomara el pecho. Asimismo, la peticionante aclara que, desde aquel tiempo y hasta la actualidad, es quien se ocupa de todas las necesidades de la niña referentes a su alimentación, educación, vivienda, salud y todo lo relacionado a su crianza. Aduce que ninguno de los padres asumió ni asume la responsabilidad parental que les compete, habiendo delegado en la accionante todas las obligaciones emergentes de aquella, fundando por lo expuesto su pretensión en la causa de abandono, mediante una conducta desinteresada, despreocupada y negligente. El tribunal, apartándose de lo dictaminado por la defensora de los derechos del niño, rechaza la acción respecto de la progenitora, hace lugar a la demanda incoada contra el padre y declara la privación de su responsabilidad parental interpuesta por la causal prevista en los arts. 700, última parte, y 704 del Cód. Civ. y Com. y rechaza la pretensión de tutela.

(*) Jueza de Niñez, Adolescencia, Violencia Familiar y Género del Juzgado de Primera Nominación de Córdoba. Magíster en Drogadependencia. Coordinadora de la Revista Actualidad Jurídica Familia & Niñez.

Thomson Reuters

La plataforma fáctica da cuenta de ciertas circunstancias que, analizadas en contexto, permiten comprender lo que a la postre tuvo en miras la magistrada para resolver con perspectiva de género, a saber: la biografía familiar que da cuenta de que, al momento de nacida la niña, sus padres se encontraban separados y el vínculo entre ellos era altamente conflictivo; que la progenitora había denunciado a su pareja por hechos de violencia, por los que fue condenado y privado de su libertad; que encontrándose aquel preso, continuaba amenazando a la víctima vía telefónica; que una vez purgada su condena, el denunciado comenzó a vivir en un departamento al fondo de la casa de su madre, marco que exacerbó los conflictos intrafamiliares y resintió el vínculo entre la actora y la madre de la niña, por cuanto aquella responsabiliza a esta por el encierro de su hijo.

III. Breve marco teórico: responsabilidad parental. Concepto. Principios. Caracteres

El avance sobre lo que estimo medular del fallo reclama como paso obligado la aproximación a ciertos conceptos que delimitan la materia sobre la que aquel se asienta. La responsabilidad parental, definida por el Código Civil y Comercial (art. 638) como "el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado", marca una nueva conceptualización que encuentra su correlato en el originario y derogado art. 264 de Código velezano, receptando los cambios que jurisprudencial, legislativa y doctrinariamente se venían gestando en materia de organización familiar, adjudicación de responsabilidades y derechos de la infancia.

De la norma deviene que recaen en cabeza de ambos adultos las mentadas obligaciones y responsabilidades, sobre la base de la igualdad y el respeto recíproco, en el marco de un sistema familiar democrático, ya no jerarquizado y piramidal. En este sistema, en el que prevalecen los lazos de solidaridad, respeto y cooperación familiar, los niños y adolescentes pasan a ser considerados verdaderos sujetos de derechos, dejando atrás el reducido habitáculo en el que se encontraban confinados. Lo expuesto impregna y nutre a la responsabilidad parental, la conecta con distintas nociones que se erigen como principios generales que estructuran y marcan el camino a seguir en esta materia y que, como se verá, apuntan fundamentalmente al resguardo del hijo, a saber: 1. el interés superior del niño; 2. la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos; 3. el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez.

Lo señalado muestra a las claras cómo la responsabilidad parental se vio atravesada en su génesis por conceptos emergentes de la Convención de los Derechos del Niño **(1)** (en adelante CDN), cuyo preámbulo reconoce el derecho de todo niño a alcanzar un "pleno y armonioso desarrollo de su personalidad" en el marco de un contexto familiar donde participen activamente sus dos progenitores "en un ambiente de felicidad, amor y comprensión". A su vez, el art. 7º subraya el derecho del niño "en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos". El art. 9º, en su primer inciso, dispone que "Los Estados parte velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables que tal separación es necesaria en el interés superior del niño". Finalmente, el art. 18 garantiza el principio por el cual "ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y desarrollo del niño". Por su parte, el art. 7º de la ley nacional 26.061 reza que "el padre y la madre tienen responsabilidades y obligaciones comunes e iguales en lo que respecta al cuidado, desarrollo y educación integral de sus hijos".

Asimismo, es de destacar la ligazón que une al instituto bajo exégesis con la igualdad de los progenitores en temas relacionados con sus hijos, paridad receptada expresamente por la Convención sobre la Eliminación de Toda Forma de Discriminación contra la Mujer (CEDAW,

(1) CDN, ratificada por la ley 23.849 e incorporada al texto constitucional con la reforma constituyente de 1994 en el art. 75, inc. 22.

Thomson Reuters

art. 16), que obliga a los Estados partes a adoptar todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares.

Sin dudarlo, esta conjunción normativa que impacta en el régimen jurídico vigente en materia de relaciones paterno/materno/filiales es la que se condice en mayor medida con la efectiva satisfacción del interés de NNA (art. 3º, CDN; art. 3º, ley 26.061), dado que garantiza el sostenimiento de los vínculos entre padres e hijos de una manera más estrecha, cercana y fluida, independientemente de la suerte que corra la relación de los padres. Ahora bien, sabemos que el concepto actual de familia ha evolucionado hasta alcanzar —por estos días— una noción amplia y flexible, que, amalgamada al principio de realidad y multiculturalidad, refleja los cambios sociales y culturales de nuestros tiempos. Ello, captado por el ordenamiento jurídico vigente, ha sido recogido y aplicado por los tribunales. Muestra reciente de ello lo destaca la jurisprudencia de Tucumán **(2)** y Córdoba **(3)**, la que ha reconocido el derecho del NNA a tener más de dos progenitores, desterrando con ello la idea de pensar en forma excluyente en binomios parentales, para dar cabida a un concepto plural de parentalidad. Estos son los avances que en la práctica demuestran cómo los cambios paradigmáticos no se reducen a la sola la letra de los textos, sino que cambian la vida de los seres humanos.

IV. Privación de la responsabilidad parental

Entre las notas distintivas que caracterizan a la responsabilidad parental, le caben la de ser de orden público; irrenunciable e inalienable; delegable; de rango constitucional; temporal; sujeta a control estatal **(4)**; núcleo del junto de deberes y derechos de los padres; reconocimiento del principio de coparentalidad en pie de igualdad sin preferencias basadas en el género; con marcada finalidad de protección, desarrollo y formación integral de los NNA. Finalmente, se agrega la de ser *precaria*, lo que se traduce en la pérdida de la titularidad de la responsabilidad parental frente a los supuestos expresamente previstos por el Cód. Civ. y Com. Su criterio excepcional y taxativo queda robustecido con su carácter eminentemente *temporal*, por cuanto puede ser reestablecida ante la rehabilitación de los padres. De ello deriva el carácter no definitivo de la resolución que la priva.

En cuanto a las causales de procedencia, el art. 700 del nuevo Código contempla cuatro hipótesis: 1. la condena como autor, coautor, instigador o cómplice de un delito doloso contra la persona o los bienes del hijo de que se trata; 2. el abandono del hijo, dejándolo en un total estado de desprotección, aun cuando quede bajo el cuidado del otro progenitor o la guarda de un tercero; 3. el poner en peligro la seguridad, la salud física o psíquica del hijo; 4. el haberse declarado el estado de adoptabilidad del hijo.

Hay coincidencia en la doctrina y la jurisprudencia de que la privación de la responsabilidad parental es un recurso extremo que solo opera para casos de gran entidad. "No alcanzará para decretarla un incumplimiento más o menos irregular, sino que este deber ser palmario; esto es, que resulte irreconciliable con el ejercicio de la función. De ahí que las conductas que den lugar a la mentada privación deben estar claramente reñidas con los fines que persigue la institución, que son —en esencia— la protección y formación integral de los hijos" **(5)**. En otras palabras, esas conductas inapropiadas, deliberadas y manifiestas del padre con relación a su hijo deben conculcar los fines que persigue el instituto de la responsabilidad parental y sus principios fundantes. Cuando ese quebrantamiento acaece, se da paso a la privación de la responsabilidad parental, no como una sanción al progenitor que defeccionó en su rol, sino en resguardo del in-

(2) Juzg. Civ. Familia y Suc. Única Nominación, Monteros, Tucumán, sent. 11, 07/02/2020, "L. F. F. c. S. C. O. s/ filiación", Actualidad Jurídica Familia & Niñez, año XI, vol. 192, abril 2020, p. A. 9810.

(3) Juzg. Niñez Adolescencia Violencia Familiar y Género Córdoba, 3ª, sent. 2, 18/02/2020, "F., F. C. - V. A. F. - F. C. A. - adopción", Actualidad Jurídica Familia & Niñez, año XI, vol. 192, abril 2020, p. A 9834.

(4) ROSSIGNOLO, Vanina M., "Privación responsabilidad parental. Su régimen en el nuevo Código Civil y Comercial", en www.tuespaciojuridico.com.ar/tudoctrina/2019/11/21/1-182/.

(5) MIZRAHI, Mauricio L., "Responsabilidad parental. Cuidado personal y comunicación con los hijos", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2018, p. 480.

Thomson Reuters

terés superior del niño. Su procedencia estará supeditada a que ello resulte más beneficioso para aquel, es decir, a que se constituya "en una herramienta eficaz para proteger al hijo" **(6)**. En este orden de ideas, ya señalaba Cecilia Grosman que, si juzgáramos que la privación de la patria potestad es una sanción por la cual el padre pierde los derechos debido a su inconducta y no una medida destinada a la protección del hijo, al mismo tiempo que se pena al padre se estaría castigando al niño o adolescente que se ve privado del trato paterno-filial. La privación de la patria potestad más que una sanción debe ser considerada como una medida de protección para el hijo **(7)**.

V. El abandono del hijo como causal de privación de la responsabilidad parental en el caso concreto

El abandono —principal motivo de aplicación de la privación de la responsabilidad parental— conlleva la defección total y absoluta de los deberes y responsabilidades emergentes de aquella; supone el descuido, la apatía, la abdicación íntegra, voluntaria e injustificada de dejar al niño en un estado de desprotección, sin perjuicio de que, en los hechos, el hijo quede bajo el resguardo de un tercero que garantice su pleno desarrollo y formación integral.

Ajustando nuestro análisis a los antecedentes, derecho aplicado y lo resuelto en el fallo bajo comentario, concentraremos nuestra atención en el segundo supuesto de privación de responsabilidad parental, por cuanto es la hipótesis sobre la que la actora peticiona la privación de responsabilidad parental de ambos progenitores, requerimiento parcialmente acogido por el tribunal al resolver solo su procedencia respecto al padre.

Avanzando en el estudio del fallo, advertimos que la magistrada traza en su análisis dos ejes sobre los que fundamenta su decisión: uno de ellos, el *interés superior del niño*, y el otro, sobre el que nos explayaremos con mayor detenimiento, el *justipreciar los hechos y la prueba con perspectiva de género*.

Ahora bien, el análisis de los motivos vertidos en el fallo respecto al convencimiento al que arriba la jueza para tener por probada la conducta abandónica asumida por el padre de la niña nos lleva a cuestionarnos si aquellos responden a su mejor interés, es decir, si la prueba colectada y valorada permite, sin dubitaciones, arribar al mérito conclusivo de que la actitud paterna en el caso concreto se enmarca en esa dimisión total, absoluta, voluntaria y censurable, en desmedro de la hija, que la norma reclama.

Cierto es que del líbelo resolutorio surge una actitud del padre despreocupada y despojada de responsabilidad, que deposita en su madre la crianza de su hija, a sabiendas de que la niña está bien cuidada. No obstante, ello, no menos cierto es que el progenitor mantiene contactos con su hija —quizás precarios, frágiles e insuficientes—, pero sí habituales. Así fue que, en oportunidad de audiencia, el accionado adujo "que es su deseo que su hija esté bien", reconociendo que es su madre quien se ocupa mayormente de la crianza de la niña, aunque refirió que comparte momentos con ella, a veces llevándola a la escuela y otras veces buscándola. Ello fue reforzado por la actora al decir que los progenitores de la niña "... sí mantienen un trato relativamente frecuente con ella". Cabe entonces preguntarnos si la conducta desplegada por el codemandado engarza en el supuesto que habilita la privación de la responsabilidad parental, recurso extremo, excepcional y de aplicación restrictiva para aquellos supuestos de extrema gravedad. En la especie, ¿cuál sería el beneficio para la niña que su padre se vea privado de los deberes y derechos que tiene a su respecto? Por qué ello respondería a su mejor interés, siendo que existe un lazo que los une y que en todo caso debería verse fortalecido mediante el auxilio de la interdisciplina, que permita mejorarlo y robustecerlo en miras al futuro, lo que redundará, sin dudas, en una mayor satisfacción de los derechos de la niña.

Cabe señalar que, si bien de la relación de causa surge que el tribunal mantuvo contacto directo y personal con la niña a través de una en-

(6) OLMO, Juan P., "La privación de la responsabilidad parental como medida de protección de los niños y adolescentes. Su proyección sobre la causal de abandono", LLBA, 2009 (agosto), p. 731.

(7) GROSMAN, Cecilia P., "La privación de la patria potestad y el interés superior del niño", LA LEY 2004-F-972).

Thomson Reuters

trevista, dando así cumplimiento a lo dispuesto por el Cód. Civ. y Com., en cuanto dispone en su art. 26, párr. 3º, que la persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne, así como a participar en las decisiones sobre su persona, disposición que se encuentra en consonancia con el art. 12 de la CDN y la Observación General 12 del Comité de los Derechos del Niño, cierto es que la resolución no patentiza en sus valoraciones los dichos de la pequeña, resultando inasequible conocer de la lectura del libelo resolutorio su sentir y parecer respecto a una cuestión tan trascendente para su vida, manifestaciones cuya aproximación permitiría apreciar el lugar que ocupa en su historia vital este papá que vive al fondo de su casa y que suele llevarla al colegio o a veces buscarla, como así también la significancia que esta pequeña de 8 años le da al vínculo con su padre, a quien identifica como tal. Tampoco surge de la causa ni de la merituación de la prueba un informe técnico que ilustre el contexto familiar y la dinámica del vínculo paterno-filial, extremos cuya orfandad dificulta poder comprender las razones que hicieron lugar a lo solicitado por la actora respecto al padre.

VI. Juzgar con perspectiva de género. Contemplación de la situación de violencia familiar

Tal como se adelantó en párrafos anteriores, la resolución apuntada exhibe —al abordar la situación en concreto— la ponderación de un contexto de violencia de género en el que se vio inmersa y resultó víctima la progenitora de la niña, perspectiva de análisis que fue determinante al momento de resolver el no hacer lugar a la petición de privación de la responsabilidad parental a su respecto.

Este método de análisis seguido por la judicante, al decir de la Dra. Caffure de Batestilli: "no es una manera de interpretar, es la manera en que debe interpretarse" **(8)**. De este modo, la magistrada contextualizó la situación fáctica y con mirada aguda logró identificar determinados indicadores de violencia de género que le permitieron alcanzar la decisión, estimamos, más justa respecto a lo solicitado en cuanto a la madre de la niña. Sin justificar la abdicación del cuidado de la hija, la resolución enmarca la conducta de la madre atendiendo a determinados aspectos, a saber:

a) El ser la demandada víctima de violencia de género y la existencia de denuncias realizadas por ella contra el progenitor de su hija que motivaron su condena y privación de libertad, evidenciándose un contexto de violencia de alta conflictividad que se mantuvo incluso mientras el denunciado estuvo preso, oportunidad en que, desde el lugar de su detención, continuaba amenazando telefónicamente a la víctima.

b) El alto nivel de conflicto en la relación entre la progenitora y la actora, en un marco de cuestionamientos de esta acerca del desempeño del rol materno y sus señalamientos acusatorios con relación a que la codemandada era culpable de que su hijo haya sido privado de su libertad.

c) El temor de la progenitora de la niña de acercarse al domicilio de la actora por miedo a represalias.

d) La imposibilidad de acercarse al domicilio donde reside su hija, atento a que el denunciado vive en un departamento al fondo de la vivienda.

e) El ser una madre de escasos recursos económicos, desempleada, al cuidado de otro hijo, quien tiene síndrome de Down y requirió cuidados especiales.

De lo descripto se desprende la situación de vulnerabilidad en que se hallaba la progenitora. En este punto, la magistrada, con gran acierto, se pregunta cuál era el comportamiento o conducta esperada basada en estereotipos sobre el rol de la mujer en el cuidado de los hijos, tan arraigados que, de no advertirse, conllevarían a una discriminación por razones de género que no ha de tolerarse. Entiende que, en este marco, la delegación del cuidado de la niña no implica desconocer sus dificultades para asumir los deberes derivados de la responsabilidad parental, no obstante advertir que la conducta demostrada no ha sido desinteresada, maliciosa y menos

(8) CAFURE DE BATTISTELLI, María Esther, en Centro de Perfeccionamiento Ricardo C. Núñez, curso autoadministrado para destinatarios específicos CADE Juzgar con perspectiva de género, un imperativo para los tribunales de justicia, fecha de consulta: 18/04/2020.

Thomson Reuters

aún ha colocado a la niña en un estado de desprotección o desamparo.

Cierto es que el escenario socio-cultural sostiene modelos, visiones, valores y patrones enraizados desde tiempos lejanos, que impregnan conductas que socavan la igualdad que debe primar en orden al ejercicio de los derechos humanos fundamentales. Ante ello, la comunidad internacional fue gestando convenciones con fuertes mandatos vinculados a la prevención, sanción y erradicación del estigma. No obstante, las estadísticas muestran cómo las mujeres siguen siendo víctimas de violencia de género en todas sus modalidades, lo que nos lleva a afirmar, sin dubitaciones, que las leyes no son suficientes a la hora de juzgar, si el operador del derecho no está preparado para ello.

Ahora bien, ¿qué significa que un/a juez/a esté preparado/a para tal cometido? ¿Qué implica asumir la responsabilidad de fallar con esta visión de género? Al respecto podemos aseverar que se trata de un quehacer que se traduce en acciones positivas, mediante las que se intenta neutralizar las desigualdades sociales y de género a través de una práctica del derecho más justa e igualitaria. En una primera instancia, esta labor de resolver con justeza reclama en forma liminar que el magistrado se despoje de aquellas creencias, miradas patriarcales y conceptos estereotipados que en forma solapada pueda tener arraigados en su propia formación y mellen su decisión. Superado ello, esta herramienta metodológica exige no solo una preparación en la temática de género, sino un esfuerzo permanente y sostenido en reconocer las relaciones desiguales de poder, visibilizando situaciones estructurales de disparidad y estereotipos discriminatorios de género, tanto en la interpretación normativa como en la valoración de los hechos y la prueba. En este sentido, Graciela Medina tiene dicho que "... Es muy importante que el juzgador comprenda que no es posible tener una mirada 'neutral' a la hora de valorar los hechos y las conductas. O se tiene una mirada basada en una perspectiva de género o invariablemente se juzgará con una mirada patriarcal y estereotipada, que ha sido la posición dominante en nuestra cultura y entonces, la situación de vulnerabilidad y dominación de las mujeres no tendrá fin" **(9)**.

El abordaje sobre cuestiones de género, que a partir de la Ley Micaela se ha tornado de carácter obligatorio para todos los efectores del Estado, supone aprehender el concepto de género como punto de partida, como cuestión medular y transversal sobre el que debe girar todo análisis. Debe tomarse como premisa fundamental el no identificar la cuestión del género con una problemática propia de la mujer, por cuanto el género se conforma con la relación entre hombres y mujeres, es decir, es una construcción cultural mucho más amplia y abarcativa. Al decir de Marcela Lagarde, el género es más que una categoría, es una teoría amplia que abarca categorías, hipótesis, interpretaciones y conocimientos relativos al conjunto de fenómenos históricos construidos en torno al sexo. El género está presente en el mundo, en las sociedades, en los sujetos sociales, en sus relaciones, en la política y en la cultura. Asimismo, la autora enfatiza en que la categoría de género es adecuada para analizar y comprender la condición femenina y la situación de las mujeres, y lo es también para analizar la condición masculina y la situación vital de los hombres. Es decir, el género permite comprender a cualquier sujeto social cuya construcción se apoye en la significación social de su cuerpo sexuado, con la carga de deberes y prohibiciones asignadas para vivir, y en la especialización vital a través de la sexualidad. Las mujeres y los hombres no conforman clases sociales o castas, por sus características pertenecen a la categoría social de género, son sujetos de género **(10)**.

(9) MEDINA, Graciela, "Juzgar con perspectiva de género. ¿Por qué juzgar con perspectiva de género? Y ¿Cómo juzgar con perspectiva de género?", en Justitia Familiae Revista de las Comisiones Nacionales PpR Familia y de Implementación de la ley 30.364, 1, año I, Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, 2016, Lima, ps. 16-74, en www.docplayer.es/41062353-Graciela-medina-juzgar-con-perspectiva-de-genero.html.

(10) LAGARDE, Marcela, "El género", fragmento literal: "La perspectiva de género", en Género y feminismo. Desarrollo humano y democracia, Ed. Horas y Horas, España, 1996, ps. 13-38, en www.catedraunescodh.unam.mx/catedra/CONACYT/08_EducDHyMediacionEscolar/Contenidos/Biblioteca/Lecturas-Complementarias/Lagarde_Genero.pdf.

Thomson Reuters

En esta línea, tanto CIDH **(11)** como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) **(12)** han expresado que la definición de género no es un concepto puramente biológico, sino, y ante todo, psicosocial, lo que fue ratificado por la CIDH al señalar que "la identidad personal está íntimamente ligada a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentadas ambas en una experiencia histórica y biológica, así como en la forma en que se relaciona dicho individuo con los demás, a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social" **(13)**.

(11) Opinión consultiva OC/17, sobre Identidad de Género, e Igualdad y No Discriminación a Parejas del Mismo Sexo, de 24/11/2017, párr. 32.

(12) El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso "Christine Goodwin vs. Reino Unido", sentencia de 11/07/2002, párrs. 81/83, 100, considera que para determinar el sexo de la persona no se debe atender únicamente al sexo biológico/cromosómico, sino que también deben tomarse en consideración otros criterios, entre ellos el del sexo cerebral.

(13) Corte Interamericana de Derechos Humanos, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 27/04/2012, "Caso Fornerón e hija vs. Argentina", párr. 123. Citado por RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac, "Igual de diferentes: la identidad de género de niñas, niños y adolescentes en Chile", Revista Ius et Praxis, 1, año 24, 2018, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, ps. 397-436. Acceder en www.revistaiepraxis.cl/index.php/iepraxis/article/view/1086.

VII. Conclusión

No obstante, las disquisiciones apuntadas en torno a lo resuelto respecto a la privación de la responsabilidad parental del progenitor, el fallo analizado tiene el mérito de demostrar cómo las previsiones legislativas logran traducirse en respuestas judiciales justas. A la vez, garantizan la tutela judicial efectiva en el caso concreto y se traducen en un mensaje ejemplificador para toda la sociedad en cuanto a que la violencia en todas sus manifestaciones contra las mujeres y —agregamos— contra toda persona que se autoperciba como tal, no debe ser tolerada.

El justipreciar los hechos y la prueba con perspectiva de género, la labor de contextualizar las circunstancias del caso e identificar aquellos rasgos identitarios propios de una relación de poder en el que la mujer queda ubicada en un contexto signado por la desigualdad, reclaman del judicante —más allá de la materia a resolver— que su análisis tenga como punto de partida una obligada perspectiva de los derechos humanos, resolver con "perspectiva de vulnerabilidad", dado que ese es el enfoque que nos conducirá, como operadores del derecho, a prevenir y erradicar situaciones de violencia y así propender al cambio de patrones y estereotipos culturales que coadyuvan a las distintas formas de sumisión de un género sobre otro.

Thomson Reuters

DERECHOS DEL NIÑO

Abogado del niño. Coexistencia con la figura del Ministerio Público. Incompatibilidad. Letrado patrocinante. Incapacidad de la persona menor de edad de celebrar un mandato. Sistema tutelar. Inconstitucionalidad de las resoluciones del MPD Nº 4/2019 y 229/2019 de Tucumán.

Con nota de Vanina Lamberti

1. — La resolución 4/2019 MPD de Tucumán y su Anexo I infringe un principio clave que emerge de manera clara del artículo 26 del CCyCN como lo es la existencia de intereses contrapuestos. Por lo tanto, la reglamentación de la figura del Abogado del Niño por decisión individual de un órgano del Estado Provincial —cuando la implementación de esa figura debería ser por una ley provincial—conculca principios emanados de normativas que deben ser respetadas.

2. — La pretendida coexistencia de figuras —Ministerio Publico y Abogado del Niño— con roles diferenciados, en una misma órbita institucional conlleva una clara incompatibilidad de funciones e intereses, pues "controlador y controlado" recaen en una misma figura orgánica.

3. — Dado que la persona menor de edad está inhabilitada para contratar —lo que incluye el mandato— la asistencia técnica que ejerce el Abogado del Niño es desde el principio y hasta el final en el carácter de patrocinante.

4. — Dado que el sistema tutelar está derogado, el acto administrativo que se ampara como mínimo en el espíritu de una ley abolida, deviene inexcusablemente en arbitrario e irrazonable; hoy, a la luz del Sistema de Protección Integral —Convención de los Derechos del Niño, CN, Ley 26061, Ley 8293 de Tucumán— los niños no deben ser considerados objetos de protección segregativa como lo marca la resolución 04/2019 del MPD de Tucumán y sus Anexos, sino sujetos de pleno derecho.

Juz. Civ. en Flia y Suc., Monteros, 06/11/2019. - V. C. F. c. V. J. A. s/ Alimentos.

[Cita on line: AR/JUR/61368/2019]

Expte. N° 1045/19

1ª Instancia.- Monteros, noviembre 6 de 2019.

Antecedentes:

Que estos autos se inician con la interposición de la demanda suscripta por el adolescente C. F. V., DNI ... y el letrado Juan Facundo Masaguer, invocando este último el carácter de Abogado del Niño y Adolescentes dependiente del Ministerio Pupilar y de la Defensa.

La pretensión principal es la determinación de alimentos derivados de la responsabilidad parental a favor del adolescente C. F. V.

La acción se dirige en contra de su progenitor, el Sr. J. A. V. Actor y demandado conviven en el mismo inmueble, según lo manifestado. En el escrito inicial se solicita alimentos provisorios.

Mediante decreto de fecha 30/09/2019 dispongo el control de constitucionalidad de oficio para el presente caso, conforme las facultades concedidas en el Código Procesal Constitucional de la Provincia de Tucumán, en sus artículos 5 y 88.

Respecto a los alimentos provisorios requeridos, y a los fines de satisfacer el mejor interés del adolescente, y, tomando el artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño en su triple dimensión: norma de fondo, principio de interpretación y regla procesal (axioma estructurante no solo de este proceso en particular sino de todo el Sistema Integral de conformidad con lo dispuesto en la Observación General N° 14/2013 del Comité de los Derechos del Niño), es que hago lugar y concedo la medida cautelar fijándole un monto mínimo a favor del alimentado, y, como consecuencia del control de constitucional dispuesto, se asigna la intervención del Ministerio de Niñez y Adolescencia en el carácter principal conforme lo estatuido por el artículo 103 inciso b) del Cód. Civ. y Com. de la Nación.

Acorde consta en autos, se cumplió con los requisitos establecidos por el Código de Procedimiento Constitucional en su artículo 88, corriéndose los traslados pertinentes a las partes, como así también la vista al Ministerio Público (fojas 11, 21, 22/26, 28, 29 y 30).

El dictamen del Agente Fiscal es agregado en la hoja 30. Opinión de la que me aparto en esta oportunidad.

Posteriormente, el letrado Juan Facundo Masaguer, a quien no se dio intervención de ley en el carácter alegado, agrega otras piezas procesales, las cuales fueron reservadas en su providencia, a la vista de lo dispuesto en el punto 2) del decreto de fecha 30/09/2019 que instaura —reitero— el control de constitucionalidad y convencionalidad de los instrumentos que invoca aquel letrado como sostén y fundamento del carácter en que se apersona en autos.

Thomson Reuters

En este estado queda el expediente para el control de constitucionalidad de oficio y emitir el pronunciamiento correspondiente.

Considerando:

El letrado Juan Facundo Masaguer, se presenta en el carácter de Abogado del Niño y Adolescente dependiente del Ministerio Pupilar y de la Defensa (MPD).

Para justificar esa representación, acompaña la resolución 229/2019 dictada por el Ministerio Pupilar y de la Defensa. Dicho acto administrativo establece que ese abogado (entre otras personas) sea designado en la Oficina del Abogado del Niño/a y Adolescente y que representará como Abogado los intereses personales e individuales de los niños/as y adolescentes (apartado I. de la parte resolutiva del acto).

A su vez, el texto de la resolución 229/2019 de MPD, en su considerando, indica que mediante resolución 4/2019 de fecha 01/04/2019, se creó en el ámbito de la Secretaria Judicial del Ministerio Pupilar y de la Defensa, la oficina del Abogado del Niño/a y Adolescente.

Textualmente en la resolución 4/2019 se lee "Crear en el ámbito de la Provincia de Tucumán, dependiente del Ministerio Pupilar y de la Defensa, la figura del Abogado del Niño, Niña y/o Adolescente quien debe representar los intereses personales e individuales de los mismos, interviniendo en carácter de parte, sin perjuicio de la intervención de los Defensores de Niñez, Adolescencia y Capacidades Restringidas (artículo 1)".

En este estado corresponde entonces, introducirnos en el análisis sobre la validez constitucional de las resoluciones invocadas por el profesional Luis Masaguer, para presentarse en el carácter y función aludida.

Este análisis sobre la validez constitucional de las normas inferiores —señala la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN)— "es un elemento de nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la constitución para averiguar si guardan o no su conformidad con esta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentra en oposición con ella, constituyendo esta atribución moderadora uno de los fines supremos y fundamentales del poder judicial nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la constitución, contra los abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos" **(1)**.

Veamos:

A) Punto de partida

Sostiene la jurisprudencia reinante, a la cual adhiero, que el control de constitucionalidad exige también el control de convencionalidad, que tiene por finalidad analizar la compatibilidad de las normas o actos de los gobernantes con los tratados, pactos o convenciones internacionales **(2)**.

Con ese control se busca que prevalezcan las convenciones incorporadas a la Constitución Nacional, la misma Carta Magna y las leyes que se dicten en su consecuencia, sobre cualquier otra norma local que se le oponga.

Esta actividad fue desplegada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Almonacid c. Chile" (2010), y a la postre nuestra Corte Suprema de la Nación desarrolló la misma actividad desde siglos pasados, quizás el más antiguo fuera el antecedente Elortondo, en el que la Corte señaló que "en los gobiernos regidos por instituciones monárquicas, que no son las nuestras, no existe el poder político que en nuestro sistema constitucional se acuerda a los tribunales de justicia para juzgar la validez de los actos legislativos" **(3)**. Luego la misma Corte Suprema de la Nación, desarrolló el concepto de control de constitucionalidad y convencionalidad en los casos Simón **(4)**, Mazzeo **(5)** y Videla **(6)** entre otros.

Por lo tanto, siendo el control de constitucionalidad un deber al que debo ceñirme, no solo por el criterio señalado por el Tribunal Superior, sino también por expreso mandato de los artículos 19, 28 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, como así también por los artículos 5 y 88 del Código Procesal Constitucional de la Provincia, es que se emprende el siguiente análisis.

---

(1) "Don Domingo Mendoza y hermano, contra la Provincia de San Luis, sobre derechos de exportación", CSJN, Fallos: 3:131, sentencia del 5 de diciembre de 1865.

(2) CNCas. Penal, Sala II, 21/08/2012, "M., C. A. y otros s/ recurso de revisión", Ed. Constitucional, 20/09/2012, fallo 519, voto de la Dra. Ledesma.

(3) CSJN, 14/4/1988, citado por Roberto Loutaif Ranea en "Control de Constitucionalidad y de convencionalidad", Ed. Astrea, 2018, p. 27.

(4) CSJN, 14/06/05.

(5) CSJN, 13/07/07.

(6) CSJN, 31/08/10.

Thomson Reuters

B) Análisis

Para el tratamiento de esta actividad de cotejo entre normas, se abordaran cuatro [4] ejes centrales:

1°) La fuente del acto administrativo contenido en las resoluciones N° 4/2019 y 229/2019. Por aplicación de tales leyes y de la Constitución Nacional, se considera la función asignada al Ministerio Público, Pupilar y de la Defensa;

2°) El principio de razonabilidad como fundamento de la prohibición de arbitrariedad administrativa;

3°) La figura del Abogado del Niño. Función concreta y delimitada a la luz del Sistema de Protección Integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes;

4°) Supremacía Constitucional, el Bloque de Constitucionalidad y la Regla de Reconocimiento Constitucional.

Procedo:

1°) La fuente de los actos administrativos contenidos en las resoluciones N° 4/2019 y N° 229/2019. La función del Ministerio Público, Pupilar y de la Defensa conforme la manda del artículo 120 de la Constitución Nacional y de las leyes provinciales.

La resolución del MPD N° 229/2019 tiene —a su vez— como fundamento la resolución N° 4/2019 del mismo órgano.

Entonces, como punto de partida tenemos: dos resoluciones emitidas por el Ministerio Pupilar y de la Defensa, por el cual la figura del Abogado del Niño se encuentra ubicada dentro del organigrama de esa Entidad Institucional y bajo su dependencia.

Para poder entender cuál es la exégesis de esas resoluciones, es necesario hacer un breve pero sustancial recorrido histórico de las leyes que erigen al Ministerio Público Fiscal y de la Defensa en la Provincia de Tucumán. Las funciones que la ley les atribuye y los principios básicos sobre los cuales se asienta la creación de estos órganos institucionales.

Ley N° 6238 (1992): "Ley Orgánica del Poder Judicial" (Texto consolidado con Leyes N° 3335, 4509, 6239, 6256, 6359, 6361, 6379, 6490, 6506, 6563, 6574, 6577, 6679, 6719, 6756, 6757, 6759, 7023, 7065, 7104, 7264, 7312, 7365, 7384, 7414, 7523, 7705, 7729, 7790 y 7810).

Modificada por Leyes N° 8317, 8320, 8332, 8356, 8367, 8400, 8405, 8406 (Modificada por Ley 8412 - Ley derogada por Ley 8658),8428, 8429, 8430, 8481, 8562, 8658, 8735, 8743, 8744, 8756, 8775, 8784, 8804, 8833, 8837, 8838, 8868 - Vetada en su artículo 3° por decreto 1505/2014 (BO 20/05/2016) y 8883, 8885 (BO 13/06/2016).

Ley N° 8967 (BO 04/01/2017), 8971 (BO 04/01/2017), 8983 (BO 22/02/2017), modificada por Ley 8992 (BO 29/03/2017).

Luego la Ley 8983 fue declarada inaplicable por Acordada de la Corte Suprema de Justicia N° 198/2017.

Ley 8992, de fecha 23/03/2017, publicada en el Boletín Oficial 29/03/2017, actualmente en vigencia.

En el año 2019: Como consecuencia de las facultades atribuidas al Ministerio Pupilar y de la Defensa, es que se dictan los actos administrativos contenidos en las resoluciones N° 4/2019 (01/04/2019) y N° 229/2019, ya referidas.

Del examen de esas leyes, y de los títulos y apartados que fueron modificándose en el transcurso de los años —a los fines de lograr la autonomía del Ministerio Publico Fiscal y el Ministerio Pupilar y de la Defensa— surge que el artículo 92 de la Ley 6238 (que es la fuente directa de la resolución N° 04/2019, según su propio texto) tuvo una sola modificación en el encabezado, mediante la Ley 8735 (2014). Esta ultima ley establece —solamente— que se reemplace en el primer párrafo con la expresión "Ministerio Público Fiscal y Pupilar", por "Ministerio Público Fiscal, Pupilar y de la Defensa". El resto de su texto no fue reformado y está vigente.

Ese artículo reza lo siguiente:

Artículo 92. Principios fundamentales. La actuación del Ministerio Público Fiscal, Pupilar y de la Defensa se sustenta en los siguientes principios:

1. Tiene por misión preparar y promover la acción de la justicia en defensa del interés público y los derechos de las personas, procurando ante el órgano jurisdiccional sus efectos.

2. En ejercicio de sus funciones actúa conforme a un criterio objetivo, velando por la correcta aplicación de la ley.

3. Desempeña sus funciones a través de órganos propios, con arreglo a los principios de legalidad, imparcialidad, unidad de actuación y subordinación jerárquica en todo el territorio de la Provincia.

4. Es único e indivisible, y es representado por cada uno de sus integrantes en los actos, procesos e instancias en que actúen.

Thomson Reuters

5. Se organiza jerárquicamente bajo la jefatura del Ministro Fiscal quien ejerce superintendencia sobre sus componentes, los que deben acatar las instrucciones por él impartidas, salvo los Defensores Oficiales Penales cuando hubiere intereses contrapuestos. (Artículo 92 primer párrafo sustituido por Ley 8735 - BO 25/11/2014)

Esos principios fundantes del Ministerio Público —a su vez— guardan perfecta relación y coherencia con lo regulado por el artículo 120 de la Constitución Nacional. Esta norma (120 CN) instaura la función del Ministerio Público, señalando que tiene a su cargo promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República.

A nivel provincial, las leyes posteriores a la 6238, que son: N° 8983 y N° 8992, realizan una serie de modificaciones destinadas a estructurar el Ministerio Publico Fiscal y el Ministerio Pupilar y de la Defensa, estableciendo su integración y facultades. En ese marco legal por tanto —nacional y provincial— es sobre el que se afirma que el Ministerio Público de Argentina (en su doble estructura, Fiscal y de la Defensa) es un órgano constitucional, regulado originalmente por el artículo 120 de la Constitución Nacional y las normas infra-constitucionales que en tal sentido se dicten.

En lo que en este caso interesa puntualmente, el Ministerio Pupilar tiene como función la representación legal de las personas menores de edad, por mandato constitucional. Esta representación se integra a la de los padres o tutores de los niños, niñas y adolescentes (NNA) por expresa disposición del artículo 103 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, pero no implica actuar en nombre del niño por parte del Ministerio; sino que ese órgano ejerce el control de legalidad de los procedimientos en los que participan los niños, niñas y adolescentes (NNA), defendiendo los intereses generales de la sociedad y del niño en particular.

La función esencial del Ministerio Pupilar es la de representar con todas las facultades y los deberes que le impone la ley, no la de asistir a las personas menores de edad. En esto radica la esencial diferencia con la figura del abogado del niño, profesional que tiene a su cargo la defensa técnica.

Tal como lo dispone el Cód. Civ. y Com. de la Nación en su articulo 103, el Ministerio Público "representa" a los sujetos que la ley imperativamente establece que no pueden ejercer por sí sus derechos. Ello perdura mientras persista la incapacidad de la persona o mientras que los niños no alcancen la mayoría de edad (artículos 22, 23 y 24 Cód. Civ. y Com. de la Nación).

El Ministerio Público (Pupilar y de la Defensa como dispone el articulo 92 de la ley 6283) en su función exclusivamente "representativa" sustituye la voluntad de su "representado" y ejerce su función conforme la legalidad del proceso e intereses generales de la sociedad, tal como lo indica el 120 de la Constitución Nacional (CN). El abogado del niño —como patrocinante— no sustituye voluntad, sino que ejerce la defensa técnica conforme las instrucciones y pretensiones de la persona que patrocina (artículo 27 de la Ley 26.061 y Decreto Reglamentario 4/2006).

Es más, la representación del Ministerio Público cesa de pleno derecho al momento que las personas menores de edad alcanzan los 18 años (artículo 1° de la Convención de los Derechos del Niño y artículos 22, 23, 24 y 103 Cód. Civ. y Com. de la Nación) o cuando se rehabilitó a la persona declarada incapaz. El Abogado del Niño (no miembro del Ministerio Pupilar y de la Defensa), puede continuar en su patrocinio si es que el cliente así lo decide, cuando alcanza la mayoría de edad, no en el carácter de abogado del niño, sino en el ejercicio de la profesión en los términos y alcances de las leyes provinciales N° 5233 texto consolidado por la N° 5480.

Diferencias aquellas, irreconciliables en la génesis de las dos [2] figuras analizadas.

Respetando tales diferencias, y en una lógica de coherencia integral del sistema legal, así es reconocido por el Decreto Nacional 415/2006 que reglamenta la ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes cuyo artículo 27 dispone en su primer párrafo que "El derecho a la asistencia letrada previsto por el inciso c) del artículo 27 incluye el de designar un abogado que represente los intereses personales e individuales de la niña, niño o adolescente en el proceso administrativo o judicial, todo ello sin perjuicio de la representación promiscua que ejerce el Ministerio Pupilar".

Por lo tanto, la normativa nacional es clara al diferenciar dos funciones y roles diferentes: una es la del Ministerio Pupilar y la otra es la figura del Abogado del Niño: Esta tiene sus cimientos legales en la mencionada ley 26.061 y se refuerza en el Cód. Civ. y Com. de la Nación.

En este marco, es claro que las normativas, reglamentaciones y resoluciones locales deben respetar la estructura legal que ostenta una institución de índole nacional.

Puntualizada la naturaleza jurídica y la función del Ministerio Público (insisto órgano de carácter estrictamente representativo por mandato constitucional) pasamos al análisis mas exhaustivo de las resolucio-

Thomson Reuters

nes dictadas por el Ministerio Pupilar y de la Defensa que —candorosamente— aspira crear la figura del Abogado del Niño. Aquí, vale detenerse sintéticamente para dejar aclarado que, dicha resolución no viene a crear nada nuevo.

Si bien, puede valorarse la intención del Ministerio Pupilar y de la Defensa de enriquecer el acceso a justicia de los NNyA, válido es reconocer y dar la razón que el derecho a la participación activa del niño en los procesos y con asistencia técnica, es una garantía judicial y uno de los cuatro **(7)** principios basales de la Convención de los Derechos del Niño, encuadrado en su artículo 12 (1989), luego incorporado al Bloque Constitucional por el artículo 75 inciso 22 de la CN (1994), más tarde instituido específicamente en el artículo 27 de la Ley 26.061 y su decreto reglamentario 415 (2006). A nivel provincial se lo instaura en el artículo 25 de la Ley 8293 (2010), y para finalizar, en el artículo 26 del Cód. Civ. y Com. de la Nación (2015). Con lo cual la pretendida "creación" de la figura del abogado del niño mediante la resolución N° 4/2019, es una falacia jurídica, que no guarda coherencia con el Sistema de Protección Integral en vigencia.

Hechas estas precisiones, surge que los roles y funciones que se pretende asignar al Abogado del Niño en el mismo ámbito y dependiente del Ministerio Pupilar son —cuanto menos— incompatibles e incongruentes con el mandato constitucional del artículo 120, y las reglas de reconocimiento constitucional.

En este punto, cabría la siguiente pregunta ¿Es posible que dentro de un mismo organismo y bajo una misma autoridad máxima, se pueda controlar el funcionamiento de dos figuras con finalidades diferentes? La respuesta negativa se impone, pues es sabido que sin absoluta libertad, la función de control se desvanece con las consecuencias negativas que ello se deriva en términos democráticos; máxime en lo que respecta a instituciones que tienden —con diferentes roles— a la protección de derechos que comprometen a un colectivo vulnerable como lo son las personas menores de edad y a quienes les cabe un plus de protección debido a su condición de personas en pleno desarrollo.

Sigo ahondando: la resolución N° 4/2019 dispone textualmente en su artículo 1° crear en el ámbito de la Provincia de Tucumán, dependientes del Ministerio Pupilar y de la Defensa, la figura del Abogado del Niño, Niña y/o Adolescente quien deberá representar los intereses personales e individuales de los mismos, interviniendo en carácter de parte, sin perjuicio de la intervención de los Defensores de Niñez, Adolescencia y Capacidades Restringidas. El Anexo I de dicha resolución, establece la modalidad de la designación de los letrados que integraran la lista de abogados pertenecientes al Ministerio Pupilar y de la Defensa (artículo 1), sus funciones (artículo 2), la forma de elección del letrado (artículo 3), la legitimación activa (artículo 6), la forma de peticionarlo (artículo 7), admisión de casos, el rol del abogado del niño (artículo 9), la participación (artículo 10), entre otros.

Del texto de dicha resolución y sus Anexos, se advierte que —sirviéndose de normas de los Tratados Internacionales, de la misma Constitución Nacional y de las normas que instituyen el Sistema de Protección Integral (Ley 26.061 y Ley 8293) - se incurre en un error jurídico al confundir las funciones constitucionales asignadas al Ministerio Público (Pupilar y de la Defensa) con las que le son propias a la figura y rol del Abogado del Niño. La resolución N° 4/2019, lejos de ser un acto discrecional del Ministerio Pupilar, en sí mismo reproduce el prototipo de lo que en la doctrina del Derecho Administrativo llama "arbitrariedad e irrazonabilidad del acto" **(8)**. La arbitrariedad (tal como lo define el diccionario de la Real Academia Española) corresponde al "acto o proceder contrario a la justicia, a la razón o las leyes, dictado solo por la voluntad o capricho". En tal sentido, resulta evidente que la discrecionalidad que pueda tener el Ministerio Pupilar y de la Defensa para el ejercicio de sus funciones, no puede confundirse con la arbitrariedad, so pretexto de asegurar la tutela judicial efectiva.

La resolución N° 4/2019 y sus Anexos (especialmente el artículo 3, 4, 5, 8 del Anexo I, aunque le siguen otro) imprime un sello arbitrario e irrazonable, pues están anclados y aferrados al vetusto sistema tutelar o "de la doctrina de la situación irregular" (Ley 10.903), pues de la misma letra, se colige la conducta paternalista en relación al niño, y por otro lado se advierte la aplicación errónea de la ley vigente —punto este último que analizo más abajo—.

El sistema tutelar está derogado. Por lo tanto el acto administrativo que se ampara como mínimo en el espíritu de una ley abolida, deviene inexcusablemente en arbitrario e irrazonable.

Hoy, a la luz del Sistema de Protección Integral (Convención de los Derechos del Niño, CN, Ley 26.061, Ley 8293) los niños no deben ser considerados 'objetos de protección segregativa' —como lo marca la resolución 04/2019 del MPD y sus Anexos— sino

(7) Los otros principios son: el Derecho a la vida (Preámbulo y artículo 1 CDN), Interés Superior del Niño (artículo 3 CDN), Capacidad Progresiva y no discriminación (artículo 5 CDN).

(8) Cassagne, Juan Carlos "La prohibición de arbitrariedad y el control de la discrecionalidad administrativa por el Poder Judicial".

Thomson Reuters

sujetos de pleno derecho. Los NNA deben recibir protección sistémica y gozar de todos los derechos que tienen las personas adultas, además de un grupo de derechos específicos que se les otorgan por la particularidad de que los niños se encuentran en desarrollo. Los NNA tienen el derecho a ejercer su "defensa activa" y participar en el proceso del que son parte mediante la figura del abogado del niño por elección propia **(9)** —artículos 27 inciso c, de la Ley 26.061— sin ningún tipo de restricciones para la admisibilidad del caso ni profesionales seleccionados (salvo claro está lo que corresponda a la ética profesional), como tampoco puede admitirse el carácter meramente representativo que le atribuye la resolución examinada a los profesionales de "la Oficina del Abogado del Niño del MPD".

De la propia letra del articulo 9 del Anexo I, se lee "...la actuación del letrado será en principio como patrocinante, porque no suple la voz del niño, sino que lo acompaña respetándolo como sujeto de derecho. Excepcionalmente podrá actuar como apoderado invocando justa causa".

En estas circunstancias y de acuerdo a letra de los textos examinados, se corre el riesgo de tropezar con lo que Falcón —siguiendo con las enseñanzas de Aristóteles— denomina la falsa ciencia. Y advierte que uno de los problemas con los que choca la ciencia es detectar y determinar su campo de acción, diferenciándolo de la falsa ciencia, la que generalmente se esconde en el sofisma o la falacia de petición de principio **(10)**. Continúa diciendo Falcón, que la falsa ciencia es aquella serie de exposiciones que se presentan como científicas y que no lo son **(11)**.

En el caso en estudio, y siguiendo la línea de pensamiento de Falcón, del texto de la resolución N° 4/2019 (mas Anexos), y la mixtura de normas invocadas para su sustento, emerge la consumación de esa falsa ciencia jurídica que nos enseña aquel maestro. No solo desnaturaliza palmariamente la figura del Abogado del Niño al hacerla dependiente del Ministerio Pupilar (carácter representativo), sino que, luego se transforma en un profundo y asombroso desacierto de la aplicación del régimen Civil y Comercial Común. Lo que confirma la arbitrariedad e irrazonabilidad de esos actos administrativos.

Veamos concretamente porqué. En el artículo 9 del Anexo I, se indica que el abogado del niño en principio actúa como patrocinante, y que excepcionalmente podrá actuar como apoderado invocando justa causa. Esto último no es jurídicamente admisible.

En ese punto advierto una incoherencia en la aplicación del derecho civil de fondo, específicamente en lo relacionado con las normas sobre la capacidad de derecho y capacidad de ejercicio. Pues la norma inferior no logra distinguir entre la persona menor de edad y los adultos involucrados.

Me explico. Tomo dos temas centrales: 1°) la capacidad de la persona menor de edad para otorgar "mandatos"; 2°) lo normado en el artículo 26 del Cód. Civ. y Com. de la Nación. Releyendo tales normas del derecho civil: como primer punto la ley dispone que la persona menor de edad no puede legalmente "apoderar" a un abogado para que lo represente en juicio. No puede conceder mandatos. Pues no tiene capacidad de derecho ni capacidad de ejercicio (capacidad de obrar en el código velezano) mientras se mantenga en minoría de edad —salvo los actos expresamente previstos por capacidad progresiva que establece el Cód. Civ. y Com. de la Nación y leyes especiales—.

Por otra parte, la resolución 4/2019 y su Anexo I infringe un principio clave que emerge de manera clara del artículo 26 del Cód. Civ. y Com. de la Nación como lo es la existencia de intereses contrapuestos. Por lo tanto, la reglamentación de la figura del Abogado del Niño por decisión individual de un órgano del Estado Provincial —cuando la implementación de esa figura debería ser, sin duda alguna, por una ley provincial— conculca principios emanados de normativas que deben ser respetadas como el Cód. Civ. y Com. de la Nación al disponer en el mencionado artículo 26 del Cód. Civ. y Com. de la Nación en su segundo párrafo que si bien el principio es que las personas menores de edad actúan a través de sus representantes legales "No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada".

La norma es clarísima, la intervención letrada queda habilitada a los supuestos de conflictos de intereses o intereses contrapuestos entre aquellos y sus representantes legales.

Aquí caben otras inquietudes ¿acaso, sería obligatorio que un adolescente intervenga con su propio patrocinio letrado en una acción de alimentos contra el progenitor no conviviente cuando dicha acción es iniciada por su progenitor conviviente para, precisa-

(9) Informe OEA, CIDH, 2017 "Garantías de Derechos Niña, Niño y Adolescente".

(10) Falcon, Enrique "Tratado de Derecho Procesal Parte General" —Volumen I Tomo I, Santa Fé— Rubinzal Culzoni, 2018, p. 44.

(11) Falcon, E., op. cit., p. 45.

Thomson Reuters

mente, no exponerlo a demandar contra aquel? Aquí no hay intereses contrapuestos, el progenitor conviviente demanda alimentos en beneficio de su hijo y lo hace de manera correcta, además lo hace en su protección para no tener que enfrentarlo en un proceso judicial contra el progenitor no conviviente en aplicación, además, lo haría en uso del principio de buena fe y, por lo tanto, que los padres cuidan y protegen a sus hijos salvo que se demuestre lo contrario. ¿Acaso es coincidente con el principio rector del interés superior del niño desconfiar de todos los progenitores al impedirle que ellos puedan incoar acciones en protección de sus derechos? Estos interrogantes no están atendidos ni son tenidos en cuenta en la reglamentación del Ministerio Pupilar y de la Defensa en análisis, contrariando uno de los principios elementales de la regulación de la figura del abogado del niño de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente y que, hasta el momento, su constitucionalidad no se ha puesto en crisis.

Retomando las normas del Cód. Civ. y Com. de la Nación sobre "capacidad de derecho" y "capacidad de ejercicio" de las personas menores de edad, advierto que la resolución que se analiza y sus anexos contienen un claro error conceptual. Al mismo tiempo, lleva implícita una seria incongruencia con las reglas sobre los contratos y las facultades para conceder mandatos, y la representación voluntaria de las personas. Si se toman las reglas que gobiernan estas materias como: a) capacidad de derecho y capacidad de ejercicio de las personas (artículos 22, 23 y 24 Cód. Civ. y Com. de la Nación), b) incapacidad e inhabilidad para contratar (artículo 1001), c) las reglas sobre el mandato (artículo 1319, 1320); d) las reglas sobre la representación voluntaria (artículos 362, 363, 364 y concs.); fácil será colegir que el texto del acto administrativo analizado lesiona dicho sistema. La persona menor de edad —por ley— está inhabilitada para contratar (lo que incluye el mandato). En la representación civil voluntaria el representado debe tener capacidad para otorgar el acto al momento del apoderamiento...(art. 364 Cód. Civ. y Com. de la Nación).

La asistencia técnica que ejerce el Abogado del Niño es desde el principio y hasta el final en el carácter de patrocinante (artículo 27 Ley 26.061, Decreto Reglamentario 415/2006, Cód. Civ. y Com. de la Nación, artículo 26).

Si bien puede advertirse la loable intención del Ministerio Pupilar y de la Defensa, de dictar un acto administrativo que acelere el compromiso que el Estado asumió al suscribir la Convención de los Derechos del Niño (CDN), lo cierto es que dicha función corresponde solo y exclusivamente al Poder Legislativo Provincial.

No obstante aquellas buenas intenciones, lo cierto es que, desde el análisis estrictamente técnico-jurídico, el acto administrativo y sus anexos parecen dar la espalda e incumplen con las disposiciones del sistema legal y constitucional actual. De este modo, insiste en considerar al niño como objeto de protección tutelar (Ley 10.903 derogada), le asigna carácter representativo al profesional concedido como abogado del niño, y pretende aplicar normas de contratos y mandatos que solo pueden ejercer los adultos. Notoriamente un acto administrativo contradictorio e incoherente con el derecho de fondo.

Traigo jurisprudencia que abona esta línea de pensamiento, en la que ya se dijo: "... Por otro lado, ambas figuras pueden coexistir, pues mientras el abogado del niño acompaña, patrocina o asiste al niño/a o adolescente, el asesor de menores defiende los intereses del Estado. (artículo 27 Dec. 415/2006; García Méndez, Emilio, "Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Análisis de la Ley 26.061", Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006, p. 65 citado por Belluscio, Claudio A., "El Abogado del Niño y el Código Civil y Comercial de la Nación", Doctrina, Utsupra, Origen: Argentina, 9-13-2017, Protocolo A00399490674)" **(12)**.

La pretendida coexistencia de figuras (Ministerio Publico y Abogado del Niño) con roles diferenciados, en una misma órbita institucional conlleva una clara incompatibilidad de funciones e intereses, pues "controlador y controlado" recaen en una misma figura orgánica. Con lo cual dicho acto administrativo es impertinente e irrazonable pues está opuesto a la razón o está fuera de ella **(13)**.

Entonces como conclusiones parciales de este 1° apartado, considero que la resolución N° 4/2019 es inconstitucional, porque:

Las funciones del Ministerio Publico y de la figura del Abogado del Niño son diferentes.

El Ministerio Publico tiene una función representativa (artículo 120 CN), y la figura del Abogado del Niño, tiene la función de asistir técnicamente a la persona menor de edad sin sustituir su voluntad (Ley 26.061 y decreto reglamentario 415/2006).

(12) Cámara de Apelación Civil y Comercial - Sala Segunda. Registro N° 132-R, Folio N° 237/40, Expediente N° 166.042. Juzgado de Familia N° 5. "I R. B. c. D. R. CH. F. M. s/ incidente de modificación de cuidado personal de los hijos". Mar del Plata, 11 de abril de 2019.

(13) Guariglia, Carlos "Razonabilidad y legitimidad en el derecho administrativo", ED, Buenos Aires, jueves 3 de agosto de 2017, ISSN 1666-8987. N° 14.237.Año LV. ED, 273.

Thomson Reuters

Ambas figuras son contradictorias bajo la dependencia del mismo órgano.

La persona menor de edad esta inhabilitada para contratar (22, 23, 24, 362, 364, 1001 y concs. Cód. Civ. y Com. de la Nación).

2°) El principio constitucional de razonabilidad como fundamento de la prohibición de arbitrariedad administrativa.

En este apartado, tomo como punto de partida para el análisis emprendido, el artículo 12 de la CDN, en el cual se garantiza al niño la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimientos de la ley nacional.

En el orden interno, la ley Nacional 26.061 en su artículo 27 establece las garantías mínimas procesales a favor de la infancia. El decreto reglamentario 415/2006, comprende y regula el derecho del niño a la asistencia técnica prevista por el inciso c) del artículo 27, e incluye el de designar un abogado que lo asista en sus intereses personales e individuales (de la niña, niño o adolescente) en el proceso administrativo o judicial, todo ello sin perjuicio de la representación promiscua que ejerce el Ministerio Pupilar.

En consonancia con la referida ley nacional, la Ley provincial 8293 prevé entre otras garantías procesales a favor de los niños (artículo 25) el derecho a ser asistidos por un letrado preferentemente especializado en temas de niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que los incluya, proporcionado gratuitamente por el Estado.

La Convención de los Derechos del Niño (artículo 75 inciso 22) remite a la consonancia de la ley local para la regulación y adecuación especifica de la garantía judicial. Garantía que además encuentra otro fundamento cardinal como lo es la garantía del "debido proceso" instituida en el artículo 8 del Pacto de San José de Costa Rica.

En el ámbito interno de nuestra República, la ley especial se corporiza en la Ley Nacional 26.061 (Decreto Reglamentario 415/2006), y en la Ley Provincial 8293.

Romero considera que "de ese plexo normativo surge palmariamente que, lo que se encuentra regulado y reglamentado, es la "asistencia técnica del niño", cuya figura es la del Abogado del Niño, que no tiene carácter representativo, pues no sustituye la voluntad del niño; sino por el contrario su función es la de prestar asistencia y orientación para que este pueda tomar decisiones y ejercer sus derechos fundamentales a ser oído y participar activamente" **(14)**.

A partir de allí, y desde una interpretación holística del sistema legal argentino, las normas que se dicten en consecuencia deben ser razonables y coherentes con aquellas directrices y principios fundantes.

En la doctrina se ha sostenido, en forma pacífica, que el principio de razonabilidad se consolida en el precepto contenido en el artículo 28 de la fórmula original de la Constitución de Alberdi **(15)**, que establece: "Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio".

Esta prescripción constitucional —que también instituye la prohibición de arbitrariedad— si bien aparece circunscripta a normas que dicta el legislativo, se ha juzgado extensiva a los actos de los Órganos Ejecutivo y Judicial **(16)**. Precisamente, Linares apunta que en la ciencia del derecho el tema de la razonabilidad aparece conectado a la búsqueda de la razón suficiente de la conducta estatal. "Esa razón puede ser de esencia, cuando la conducta se funda en una norma jurídica, de existencia, cuando el fundamento es el mero hecho de que el comportamiento jurídico se da; y de verdad cuando tiene fundamentos de justicia **(17)**.

Otras voces autorizadas de la doctrina del Derecho Administrativo como Cassagne, sostiene que la alteración de la Constitución implica, en principio, una irrazonabilidad de esencia, por cuanto el acto administrativo contradice o no guarda proporción con el texto o los fines que persiguen los principios y garantías constitucionales, lo mismo acontece cuando el acto administrativo exhibe una desproporción entre las medidas que involucra y la finalidad que persigue **(18)**.

---

(14) Romero, Clara "Tensiones y conflictos en la implementación de la figura del abogado del niño", en Tratado de Derecho de Niños, Niñas y Adolescentes, Ed. Abeledo-Perrot, 2015, página 2753.

(15) Linares, Juan Francisco, Razonabilidad de las leyes, 2ª ed. Act., Astrea, Buenos Aires, 1970, paginas 165-166.

(16) Badeni, Gregorio, Tratado de Derecho Constitucional, T I°, 2ª ed., LA LEY Buenos Aires, 2006, p. 121; Linares, Juan Francisco, Razonabilidad de las leyes, cit. ps. 224/225 y Gelli, María Angélica, Constitución de la Nación Argentina, p. 248.

(17) Linares Juan Francisco, razonabilidad de las leyes "página 108".

(18) Cassagne, Juan Carlos, op. cit.

Thomson Reuters

En igual sentido Guariglia afirma que tal razonabilidad en la decisión administrativa se extiende naturalmente a la actividad discrecional, en la que la justificación del acto administrativo debe ser más severa en cuanto a su fundamentación, forma y aptitud **(19)**.

Tanto la razonabilidad como lo racional deben estar ordenados a lo justo administrativo y allí se encuentra el núcleo duro de la buena administración; es, como lo dijo el Aquinate, "obrar conforme con la recta razón".

Como conclusiones parciales de este 2° apartado, considero que los actos administrativos analizados, son inconstitucionales porque:

Conllevan la irrazonanilidad del acto, por la ausencia de proporción entre lo que persigue (instaurar la figura del Abogado del Niño en la órbita del Ministerio Publico y bajo su dependencia, y luego pretender atribuirle carácter de patrocinante o apoderado) y las funciones que le son inherentes por mandato constitucional (estrictamente representativas).

El acto administrativo —en cuanto norma inferior— carece de razón suficiente convirtiéndolo (una de las formas de arbitrariedad **(20)**), siendo pasible de la tacha de inconstitucionalidad.

La regulación de la figura del abogado del niño y su ejercicio, es una tarea propia y excluyente del Poder Legislativo, porque así lo ordena el artículo 12 de la CDN y articulo 28 CN.

Con todo lo cual, mientras no haya una ley, ningún otro organismo puede regular de manera general la figura, más allá de que en los casos individuales, los jueces puedan expedirse al respecto porque el derecho a la defensa técnica está efectivamente regulado, pero no la modalidad en su implementación.

3°) La figura del Abogado del Niño. Función concreta y delimitada a la luz del Sistema de Protección Integral de NNyA.

Vengo reiterando —sin temor a ser repetitiva, pues debe quedar claro cuál es el punto cuestionado— que la figura del abogado del niño fue incorporada específicamente por la Ley 26.061 en su artículo 27 y luego es reglamentada por el decreto 415/2006. Dicha norma asume la directriz del artículo 12.2 de la CDN.

Su incorporación a nuestro ordenamiento ha generado diversos interrogantes doctrinarios en relación a su distinción con otras figuras legales, tales como el Defensor de Menores (hoy llamado Defensor de Niñez, Adolescencia y Capacidad Restringida) y el tutor ad litem. Previamente debemos destacar que tanto el Defensor de Menores como el tutor ad litem nacieron bajo el paradigma del niño en situación irregular, mientras que el abogado del niño fue receptado con el paradigma de la protección integral de las niñas, niños y adolescentes.

Es así, que el Defensor de Niñez interviene como parte legítima y esencial en todo asunto judicial en el que intervienen personas menores de edad (artículo 103 Cód. Civ. y Com. de la Nación). La representación del Ministerio Público (Pupilar al decir de la ley 6283) puede ser complementaria o principal, de acuerdo a la actuación de los representantes legales del niño, ya sea ejercida por sus padres o tutores.

La función del Abogado del Niño es la de asistir técnicamente (sin sustituir voluntad), mientras que las del Ministerio Pupilar y tutor ad litem es la de representar (sustituye voluntad del niño y representa intereses generales de la sociedad). En la siguiente hipótesis ¿qué hubiera sucedido si en vez de ser un adolescente quien reclama alimentos contra su padre conviviente —una situación por demás excepcional— se tratara de un niño de 2 años? ¿cuál es la "voluntad" que debería seguir el abogado del niño? Este es otro interrogante que no está saldado en la reglamentación del Ministerio Pupilar y de la Defensa y que comprende aristas centrales en la implementación de la figura. De este modo, si bien es cierto que todo niño, niña y adolescente —tenga o no edad y grado de madurez— tiene derecho a una defensa técnica, lo cierto es que no queda claro cómo se accede a dicha defensa y el contenido, y por ende, rol o funciones de quien defiende deberían ser diferentes. Sucede que cuando se regula igual lo que de base es diferente —tener o no edad y grado de madurez— ello conculca otro principio central del Sistema de Protección Integral de conformidad con lo dispuesto en la ley 26.061 y la Convención sobre los Derechos del Niño como lo es el principio de especialidad y de capacidad progresiva.

Estas diferencias no pueden ser confundidas en materia de Derechos de Infancia, Derecho Civil, Derecho Procesal, y las garantías judiciales del bloque constitucional en vigencia.

Así lo ha dicho la jurisprudencia nacional **(21)** al sostener que "resulta incompatible que un Asesor de Incapaces defienda en mismo proceso los intereses particulares del niño en el rol del abogado del niño y por otro lado, por intermedio de funcionarios en el rol de Asesor, dictamine de acuerdo a lo que percibe

(19) Guariglia, Carlos, op. cit.

(20) Cassagne, Juan Carlos, op. cit.

(21) Cámara Nacional Civil, Sala B, "K., M. y otros c. K. M. B", 19/03/2009.

Thomson Reuters

como más conveniente para el niño, es decir, dictamine conforme a derecho y al interés superior del niño (artículo 3 CDN). Ello resulta insuficiente para proveer al niño la participación mediante una defensa técnica especializada, como lo dispone el artículo 12.2 de la Convención de los Derechos del Niño y artículo 27 inc. c) de la Ley 26.061.

De ahí que se conceptualiza al abogado del niño como aquel letrado "independiente" que asume la defensa de los intereses particulares en un conflicto concreto y presta su conocimiento técnico, conforme a instrucciones que recibe, para que se dicte una decisión jurisdiccional favorable a la voluntad del niño **(22)**.

Como conclusión parcial de este 3° apartado, considero que los actos administrativos analizados son inconstitucionales porque:

El Abogado del Niño no actúa como apoderado ni mandatario. No tiene carácter representativo. Solo asiste y defiende técnicamente los derechos precisados por el propio niño, sin sustituir su voluntad.

La jurisprudencia ha dicho que "...lo que aquellas normas contemplan es la participación de la persona menor de edad en el pleito por su propio derecho y con patrocinio letrado a fin de proporcionarle asistencia profesional y no de sustituir su voluntad, en el marco de la base de garantías a procurar (ser oído, etc.); no se trata de incorporar una representación más a las que ya tiene con motivo de su minoridad (padres, tutores, promiscua del Ministerio Público o propia del tutor "ad litem" que pueda designar el juez en supuestos específicos)" (CNCiv., Sala G, 17/04/2012, Expte. 85.248/10, "R 593.164, "L., A. A. s/ medidas precautorias", elDial.com - AA776B).

4°) Supremacía Constitucional, El Bloque de Constitucionalidad y la Regla de Reconocimiento Constitucional.

Enseña Gil Domínguez que la supremacía constitucional implica que el texto constitucional es la norma entre las normas y la fuente de las fuentes, funcionando como parámetro exclusivo de la validez de las normas inferiores. El Bloque de Constitucionalidad supone la existencia de un conjunto normativo integrado por el texto constitucional y otros elementos normativos internos (leyes, reglamentos, etc) a partir del cual, se validan o invalidan las normas inferiores. La regla de reconocimiento posibilita contar con un parámetro evaluador de la validez de las normas secundarias y su consiguiente pertenencia al sistema jurídico **(23)**.

Las reglas de reconocimiento constitucional por excelencia, lo constituyen el artículo 28 y 75 inc. 22 de la CN. Por su lado, el artículo 1, 2 y 3 del Código Civil y Comercial Común, obliga a la aplicación e interpretación de las normas en el marco del Sistema Constitucional de Derechos.

Tomando estas enseñanzas y aplicadas al caso en estudio, podemos precisar que la resolución del MPD N° 4/2019, no supera el test de constitucionalidad ni aplica en las reglas de reconocimiento constitucional, tornándose inválida como norma inferior, ya que en tanto acto administrativo que es, no se encuentra adecuado a las fuentes internas (texto constitucional 28, 75 inc. 22 y 120; artículo 12 CDN; artículo 27 Ley 26.061 y decreto reglamentario 415/2006; artículo 25 Ley 8293; artículo 92 Ley 6238; Código Civil y Comercial Común, específicamente en los artículos 22, 23, 24, 26, 362, 363, 364, 1001, 1319, 1320) ni a las fuentes externas (ius congens, Tratados Internacionales, Opiniones Consultivas, jurisprudencia internacional, etc.).

La resolución N° 4/2019 y sus anexos no son válidas ni tampoco eficaces, pues están alejadas de los fines perseguidos por las leyes superiores antes citadas. Para abonar esta afirmación, traigo la opinión de Prieto Sanchis **(24)**, quien alega que la norma inferior es válida en la medida que se ajuste al "deber ser" prescripto por la norma superior, pero esta a su vez es eficaz en la medida en que la inferior satisfaga su mandato.

Como conclusiones parciales de este 4° apartado, considero que los actos administrativos analizados, son inconstitucionales porque:

Se caracteriza una regresión en materia de Derechos Fundamentales y garantías mínimas procesales para la infancia y adolescencia.

No se ajusta a la norma superior y en consecuencia no satisface su mandato.

Conclusiones generales:

(22) Veni, Guillermina, "La figura del Abogado del Niño", LA LEY 18/01/2019, 1. LA LEY 2019-A, 555. LA LEY 21/01/2019, 1. DFyP. 2019 (abril), 163.

(23) Gil Domínguez, Andrés "La regla de reconocimiento constitucional argentina", Ediar, 2007, p. 11.

(24) Sanchis Prietto Luis, Apuntes de la teoría del derecho, página 83, Trotta España 2005. Citado por Gil Domínguez, A. "Reglas de reconocimiento constitucional argentina", p. 25.

Thomson Reuters

Para terminar adhiero a la opinión de otra jueza **(25)** del Fuero de Familia de Junín, quien señala la necesidad de contar con normativas no solo más claras sino especificas en relación con la figura el Abogado del Niño. A su vez —dice— debe distinguirse de la función del Ministerio Público y del tutor ad litem.

Tales adecuaciones procesales y reglamentaciones legales es una facultad indelegable del Poder Legislativo Provincial.

La implementación de la figura del abogado del niño en la órbita y dependencia del Ministerio Público no guarda criterio de razonabilidad ni proporcionalidad jurídica.

El Ministerio Público (Pupilar y de la Defensa) no puede asumir los dos roles ni funciones, pues resulta incompatible legalmente.

Tampoco puede asumir funciones legislativas.

Tal desorden normativo, en términos de gravedad e irreversibilidad de las posibles afectaciones a los derechos de los niños **(26)**, es inaceptable en el actual Estado de Derecho.

En esto me pliego con énfasis a las recomendaciones que hace el Comité Internacional de Derechos Humanos **(27)** resaltando la necesidad (por parte de los Estados) de adecuar no solo los procedimientos judiciales a los principios y normativas convencionales/constitucionales —de fondo y de forma antes referenciados— a los Derechos de la Infancia y Adolescencia, sino adecuar los mecanismos propios del acceso a la justicia con asistencia letrada. Porque esta es la única forma de preservar la tutela judicial efectiva.

Además, se agregan, las condiciones especiales en las que se encuentran los NNA que hacen que pueda ser necesario no solo proveer de asistencia jurídica y defensa legal para garantizar sus derechos materiales y procesales, sino que se requiera de otro tipo de asistencia técnica adaptada a sus necesidades que facilite la efectiva y real comprensión y participación de la persona en los procedimientos; ello puede consistir por ejemplo, en un traductor, un intérprete para el lenguaje de signos, entre otros, que puedan ayudar a la persona a comprender de modo adecuado su participación en un procedimiento y las implicancias y las consecuencias que el mismo puede tener para ella y sus derechos.

Es obligación del Estado cumplimentar con el dictado de la normativa adecuada a los estándares convencionales-constitucionales. Y agrego, debería exigirse una formación académica en infancia, niñez y adolescencia, para garantizar una asistencia técnico-jurídica de calidad y especialidad, tal como lo establecen las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad y la Observación General 12 sobre "El Derecho del Niño a ser escuchado" donde dispone que "[d]eberán elaborarse códigos de conducta destinados a los representantes que sean designados para representar las opiniones del niño".

Todo ello garantiza el acceso a justicia, lo cual avala el ejercicio de otros derechos.

En ese sentido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos **(28)**, entiende que el que se disponga o no de asistencia letrada determina con frecuencia que una persona pueda tener o no acceso y una participación real en las actuaciones procesales. Las limitaciones que pueden enfrentar determinadas personas para acceder a una asesoría jurídica y defensa legal de calidad debido a sus condiciones socio-económicas o personales supone, en la práctica, una barrera al acceso a la justicia y al derecho a la protección judicial en condiciones de igualdad para estas personas, y por tanto a la defensa de sus derechos.

Por consiguiente es obligación del Estado Provincial, en la expresión del Poder Legislativo, tomar este tema en la agenda pendiente en materia de Derechos del Niño, y regular la figura del abogado del niño, a la luz del actual Sistema de Protección Integral.

Su tratamiento legislativo es impostergable.

Por lo expuesto resuelvo 1°) Declarar la inconstitucionalidad de la resolución N° 4/2019 de fecha 01/04/2019 y, como consecuencia, de la resolución N° 229/2019 dictadas por el Ministerio Pupilar y de la Defensa. 2°) Disponer, que la Sra. Defensora de Niñez, Adolescencia y Capacidad Restringida de este Centro Judicial, continúe ejerciendo la representación del

(25) Veni, Guillermina, op. cit.

(26) CIDH, Informe 2013. https://www.oas.org/es/cidh/infancia/docs/pdf/Informe-derecho-nino-a-familia.pdf.

(27) CIDH, Informe 2013-2017.

(28) Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28/08/2002. Serie A, N° 17, párrafos 95, 96 y 98. CIDH. Informe N° 83/10, Caso 12.584, Fondo, Milagros Fornerón y Leonardo Anibal Fornerón, Argentina, 29 de noviembre de 2010, párrafo 75, Corte IDH. Caso Furlán y Familiares vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de Agosto de 2012. Serie C, N° 246, párrafos 196, 241 y 242.

Thomson Reuters

adolescente C.F.V.V., DNI N° ... en carácter principal (artículo 103 inc. b del Cód. Civ. y Comercial), conforme lo ordenado en el punto b) del decreto de fecha 15/10/2019 (fs. 16). 3°) Exhortar a la Honorable Legislatura de Tucumán a los fines que dicte la norma que regule la figura del Abogado del Niño en real coherencia y consistencia con el Sistema de Protección Integral en vigencia. A tales fines líbrese oficio al Sr. Presidente de ese Órgano, acompañándose copia certificada de esta sentencia. 4°) Comuníquese mediante cédula digital (Acord. 1229/18 CSJT): a) A la Sra. Defensora de Niñez, Adolescencia y Capacidad Restringida del Centro Judicial Monteros. b) Al letrado Juan Facundo Masaguer, integrante de la oficina del Abogado del Niño y Adolescentes dependiente del Ministerio Pupilar y de la Defensa, por ser abogado interesado en el contenido de esta resolución. (artículos 5 y 88 CPCT), al domicilio digital informado en su presentación de fs. 33 (pto. I), atento al informe actuarial de fs. 42. Hágase saber. — *Mariana J. Rey Galindo*.

ABOGADO DEL NIÑO

Derecho del niño a ser oído. Adolescente de 17 años. Grado de madurez suficiente. Capacidad progresiva. Voluntad del adolescente. Actuación en conjunto con el Ministerio Público Pupilar. Función representativa del Ministerio Público. Razonabilidad de los actos reglamentarios. Tutela judicial efectiva. Opiniones personales de los jueces.

Con nota de Vanina Lamberti

1. — El derecho del niño a ser oído se debe convertir en el patrocinio técnico de un abogado que traduzca los intereses de las personas menores de edad en actos procesales, máxime cuando en el caso concreto se trata de un adolescente de 17 años, donde el "grado de madurez suficiente" se presume.

2. — Afectado por la declaración de inconstitucionalidad que emitió la Sra. Jueza respecto de la figura del Abogado del Niño, el menor se ha visto privado de continuar el proceso con su abogado, con el profesional que el mismo eligió, que le generó confianza, imponiéndosele otro profesional sin haberse escuchado previamente su opinión; se ha visto aniquilado su derecho a elegir, sin consideración alguna a su legitimación activa y al ejercicio de su capacidad progresiva.

3. — El juez a quo al disponer el control de constitucionalidad, respecto a la posibilidad de que intervenga en autos un Abogado del Niño designado por el Ministerio Pupilar y de la Defensa, desecha la palabra del menor de querer participar en el proceso con defensa propia.

4. — La figura del abogado del niño no es incompatible con el esquema de actuación del Ministerio Público consagrado por el art. 103 del CCyCN, aún en el supuesto de actuación principal del Ministerio Público, debido a la diferencia de sus roles.

5. — Por mandato constitucional el Ministerio Público tiene una función representativa, y en el caso particular del Ministerio Pupilar, su función es la representación legal de las personas menores de edad con todas las facultades y deberes que le impone la ley.

6. — En el caso planteado, se tacha de inconstitucionales a las Resoluciones N° 4/2019 y N° 229/2019 dictadas por el Ministerio Pupilar y de la Defensa de Tucumán y se invoca la razonabilidad como fundamento de la prohibición de arbitrariedad administrativa. Sin embargo, la toma de la decisión se construye sobre una argumentación aparente e irrazonable, partiendo de un prejuicio acerca de la coexistencia en un mismo proceso de operadores jurídicos integrantes del Ministerio Público Pupilar y de la Defensa que, en opinión de la Sra. Magistrada, no pueden participar en el juicio en forma simultánea, por cumplir roles diferenciados.

7. — A la luz del principio de la tutela judicial efectiva reforzada, se impone que el juez se desprenda de sus opiniones y elecciones personales y efectué una interpretación de la normativa vigente en clave de efectividad del servicio de justicia.

CCiv., Documentos y Locaciones, Concepción, 20/02/2020. - V. C. F. c. V. J. A. s/ Alimentos. (Rec. de queja por apelación denegada p/p Dr. Juan Facundo Masaguer).

[Cita on line: AR/JUR/11764/2020]

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Se deja sin efecto la declaración de inconstitucionalidad de la Resolución N° 4/2019 y de la Resolución N° 229/2019 dictadas por el Ministerio Pupilar y de la Defensa de Tucumán.

Expte. N° MF1045/19-Q1

2ª Instancia.- Concepción, febrero 20 de 2020.

Thomson Reuters

Considerando:

Que vienen los presentes autos a conocimiento y decisión de esta Sala por el recurso de apelación interpuesto por el adolescente C.F.V. (copia simple obrante a fs. 21 de este incidente) en contra de la sentencia N° 753 de fecha 6 de Noviembre de 2019 cuya copia simple glosa a fs. 4/14 y vta. de las presentes actuaciones.

De las constancias de autos surge que el actor interpuso oportunamente recurso de queja por apelación denegada y denegación de justicia (fs. 26/30), el que fue resuelto mediante sentencia N° 159 de fecha 26/12/2019 (fs. 35/38 y vta.) dictada por esta Excma. Cámara ordenando abrir el recurso interpuesto por el adolescente C.F.V. en contra de los proveídos de fecha 15/11/2019 y 19/11/2019 obrantes a fs. 22 y 25 vta. respectivamente.

En expresión de agravios glosada a fs. 46/53 y vta. y luego de efectuar algunas consideraciones generales vinculadas al derecho de familia, al principio de tutela judicial efectiva con cita del art. 706 del Cód. Civ. y Com. de la Nación y al rol de los operadores judiciales en estos tiempos, en un análisis sistémico e integral, el apelante refiere que la lectura del expediente permite constatar, tristemente, que el accionar de la Sra. Jueza Rey Galindo no ha contemplado los principios citados, aniquilando su expresa voluntad y pretendiendo suplirla, siendo ello absolutamente contrario a los derechos y garantías constitucionales y convencionales que le asisten.

Indica que resulta imprescindible precisar que este proceso se inicia cuando habiendo tomado conocimiento de la existencia de la oficina del Abogado del Niño, Niña y Adolescente mediante un afiche colocado en la Defensoría de Niñez, Adolescencia y Capacidad Restringida de la ciudad de Monteros y ante la necesidad de obtener la satisfacción de su derecho alimentario, se comunicó al contacto telefónico consignado en la misma, habiendo acudido a su encuentro el Dr. Juan Facundo Masaguer, quien luego de escucharlo, le informó acerca de los derechos que le asisten y en virtud de ello, con su patrocinio letrado, interpuso la demanda contra su padre no conviviente a fin de obtener los alimentos que legalmente le corresponden.

Expresa que desde el primer decreto la Sra. Jueza le ha desconocido la actuación en este juicio a su letrado de confianza Juan Facundo Masaguer aniquilando de ese modo su expresa declaración de voluntad de contar con su patrocinio letrado, desconociendo su capacidad progresiva y vulnerando derechos y garantías reconocidos constitucional y convencionalmente. Que dicha postura ha sido mantenida por la Sra. Jueza a lo largo del presente proceso, constituyendo cada una de sus actuaciones en tal sentido una vulneración de sus derechos fundamentales.

Entiende que la obligación de la Sra. Juez *a quo* en el ejercicio de sus funciones, en caso de advertir una posible conculcación de la Constitución Nacional y/o Provincial y de los Tratados constitucionalizados, abstenerse de aplicar la norma contraria a ellas, de conformidad a lo previsto por los arts. 87 y 88 del Código Procesal Constitucional.

Preguntándose si la norma llamada a resolver el caso sometido a la jurisdicción de la Sra. Jueza Rey Galindo es contraria a la Constitución de la Nación Argentina, de la Provincia de Tucumán y los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional relativos a derechos y garantías fundamentales, conforme el art. 88 del Código Procesal Constitucional, se responde que no. Que la cuestión a decidir versa sobre su reclamo de alimentos reglado por el Cód. Civil en sus arts. 658, subsiguientes y concordantes y para hacerlo designó como su letrado patrocinante al Dr. Juan Facundo Masaguer, abogado matriculado y habilitado para ejercer la profesión en el ámbito de la provincia, resultando oportuno aclarar que la circunstancia de pertenecer a la Oficina del Abogado del Niño, Niña y Adolescente no implica restringir la libertad en el ejercicio de la profesión y de elegir la estrategia procesal que su abogado estime pertinente.

Invoca que la Sra. Jueza ha examinado y se ha expedido respecto de aspectos que nada tienen que ver con el fondo de la cuestión reclamada en autos y ha emitido un fallo carente de persuasión al declarar la inconstitucionalidad de las resoluciones N° 04/2019 y 229/2019 del Ministerio Pupilar y de la Defensa, motivada en una cuestión netamente subjetiva sin basamento legal alguno, por considerar que el abogado del NNyA no puede actuar en la órbita del Ministerio Pupilar y de la Defensa, sin expresar cual es la norma legal concreta y específica que así lo impide.

El adolescente expresa agravios concentrándolos en ítems. Así el primero de ellos refiere a una aniquilación de la legitimación activa y de la capacidad progresiva. En el citado ítem manifiesta que de la lectura de las constancias del expediente surge evidente que la Sra. Jueza no solo negó intervención al letrado que designó de manera expresa sino que, en una sorprendente restricción de derechos y garantías y con total prescindencia de la autonomía progresiva que le permite designar a un abogado de su confianza, dispuso que en el proceso debía continuar siendo representado solamente por el Defensor de Niñez, Adolescencia y capacidad Restringida, asumiendo la Sra. Jueza que la misma resultaba suficiente.

Thomson Reuters

Resalta que la representación de la Defensoría de Niñez no suple la asistencia del abogado del niño, ya que ambos tienen funciones diferenciadas, las que fueron desconocidas por la sentenciante a lo largo de todo el proceso.

Explica que el abogado del niño, conforme al art. 27 de la Ley 26.061 actúa en carácter de patrocinante, y no por o en lugar de este. Es decir que no representa al niño y no actúa en nombre de él. Que defiende los derechos definidos por el propio niño/a sin sustituir su voluntad.

Manifiesta que la premisa de tutela judicial efectiva en las cuestiones referentes a NNyA encuentra sentido con la debida participación del NNyA en los procesos en los que se tomen decisiones sobre su persona, ya sea a través de la escucha o la participación a través de su letrado patrocinante, dependiendo ambos supuestos de su edad y grado de madurez.

Argumenta que en el ámbito de nuestro país, la escucha del NNyA está consagrada en los artículos 24 y 27 de la Ley Nacional de Protección Integral de NNyA (Ley 26.061) que encuentra su correlato internacional en el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Señala que el Comité de los Derechos del Niño estableció como marco general el compromiso de los Estados de garantizar la escucha del NNyA, debiendo partir de la capacidad del NNyA para ser oído frente a la incapacidad.

Refiere que surge claro que su derecho a ser oído consagrado constitucional y convencionalmente ha sido vulnerado por la actuación de la Sra. Jueza; que las constancias del expediente constituyen prueba de ello y que la elección del abogado para patrocinarlo fue desoída a lo largo de todo el proceso e inclusive la Juez *a quo* pretendió imponerle un patrocinante (Defensor de Niñez) cuya función y competencia son distintas y más importante aún, no ha sido elegido por él, violando expresamente lo previsto en el art. 707 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, por lo que surge clara y evidente la afectación al debido proceso y al derecho a ser oído que le asiste.

Destaca que la actuación de los menores de edad en el proceso judicial en la actualidad no puede encasillarse en el concepto tradicional de "parte procesal". Precisa que el Cód. Civ. y Com. de la Nación va más allá de los límites del concepto tradicional y regula a lo largo de su articulado diferentes mecanismos que le confieren protagonismos en la defensa de sus intereses y derechos. Cita Opinión Consultiva 17/2001 y declara que la capacidad de decisión de un niño de 3 años no es igual a la de un adolescente de 16 años. Que por ello debe matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos, con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior, objetivo último de la normativa del Derecho internacional de los Derechos Humanos en este dominio.

El apelante opina que S.S. hizo caso omiso del nuevo paradigma en derecho de familia en el que la escucha no constituye únicamente una garantía procesal, sino que se erige como principio rector en toda cuestión que involucre o afecte al niño, niña o adolescente, sea en los ámbitos judiciales, administrativos, familiares, educativos, sociales, comunitarios, etc.

Invoca que en virtud de su edad cronológica y nivel de madurez puede válidamente ejercitar progresivamente los derechos fundamentales que las normas constitucionales y supraconstitucionales le han reconocido por su calidad de adolescente y que este derecho a la autodeterminación le permite decidir autónomamente respecto de las cuestiones que le afectan, en el caso, a designar abogado de su confianza, a exigir la garantía del derecho a ser oído en juicio, a recurrir ante autoridades superiores, entre otros y que en todos los casos, si bien la opinión de la persona menor de edad no es determinante de la decisión, cuando el Juez decide aparatarse de su voluntad debe ofrecer argumentos de peso que la justifiquen, lo que en su opinión, no ha ocurrido en el caso, resultando evidente que en la sentencia recurrida la Sra. Jueza ha vulnerado su derecho de acceso a justicia desconociendo su capacidad progresiva.

Se agravia también cuando, como segundo ítem, alega que en la sentencia hay falta de fundamentación, ya que la Sra. Jueza Rey Galindo declara la inconstitucionalidad de las resoluciones ministeriales N° 04/2019 y 229/2019 sin haber fundamentado de manera razonada su decisión, la que constituye una mera expresión de su voluntad, tornándola arbitraria por no configurar una derivación razonada del derecho vigente.

Expone que una primera lectura del fallo que recurre, pareciera arrojar que el mismo ha sido motivado en las constancias de la causa y en el derecho que resulta aplicable al caso pero que, sin embargo, el análisis exhaustivo de la misma torna fácilmente verificable que los argumentos de los que se valió la magistrada para decidir en el sentido arriba indicado, son aparentes.

Puntualiza en que la mera transcripción de legislación no constituye por sí misma fundamentación suficiente de un pronunciamiento judicial. Que en el caso, la Sra. Jueza transcribe normas, pero no explica su pertinencia al supuesto planteado.

Thomson Reuters

Se agravia igualmente cuando afirma como tercer ítem, que existe aplicación de una norma derogada, atento que la Sra. Jueza para denegar la intervención de su abogado de confianza se vale de una norma legal derogada. Que tal como surge de la sentencia impugnada, la Juez *a quo* utiliza como fundamento normativo de su decisión el art. 92 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y a partir de dicha norma pretende asimilar la esfera de competencia del Ministerio Público Fiscal y del Ministerio Pupilar y de la Defensa, desconociendo que: El art. 92 de la LOPJ: ha sido modificado en dos oportunidades con posterioridad al texto citado en la sentencia impugnada. En primer lugar por la Ley 8983 (declarada inaplicable por Acordada N° 198/17 y luego por la Ley 8992. Que conforme el texto legal vigente, la denominación "Ministerio Fiscal, Pupilar y de la Defensa" fue eliminada y reemplazada por "Ministerio Público Fiscal".

Por otro lado, indica que el marco legal que regula la competencia funcional del Ministerio Pupilar y de la Defensa está previsto por el art. 160 bis, concordantes y subsiguientes de la LOPJT. Que asimismo en el art. 160 ter se establecen los principios fundamentales en que el Ministerio Pupilar y de la Defensa sustenta su actuación, resultando pertinente citar: 1. Protección jurídica, cumplir y hacer cumplir la CN, los instrumentos internacionales de derechos humanos, las leyes, las reglamentaciones, los protocolos de actuación y toda disposición para la protección y defensa de la persona, en especial, el acceso a la justicia de quienes se encuentren en condición de vulnerabilidad o con discriminación estructural; 2. Interés predominante del asistido o defendido; 3. Transparencia e información pública; 4. Gratuidad; 5. Interés predominante de las personas defendidas; 6. Eficiencia y desformalización; 7. Calidad en la atención al público.

Argumenta que la puesta en funcionamiento de la oficina del Abogado del Niño, Niña y Adolescente por el Sr. Ministro Pupilar y de la Defensa representa, sin lugar a discusión alguna, un notable y loable acierto, por erigirse como una herramienta que solidifica el verdadero servicio de justicia y garantiza la gratuidad de la asistencia a los NNyA en todas las etapas del proceso judicial o reclamos administrativos, contando para ello con un equipo interdisciplinario conformado por Psicólogos, Trabajadores Sociales, Médicos Psiquiatras, quienes componen el equipo Psicosocial de la Defensa, y en conjunto con la Oficina del Abogado del NNyA efectúan un abordaje integral de todas las problemáticas concernientes a NNyA y personas con capacidades restringidas.

El recurrente afirma que el Ministerio Pupilar y de la Defensa, a través de la Oficina del Abogado del NNyA, en el marco de su competencia atento que es el principal garante de que los vulnerables tengan acceso de la justicia, cumple y efectiviza el mandato de la Convención Internacional de los Derechos del Niño de adoptar todas las medidas necesarias para hacer efectivos sus derechos reconocidos.

Asimismo se agravia de la sentencia (cuarto ítem) al expresar que la Dra. Rey Galindo hace una interpretación forzada del art. 120 de la CN, cuando sostiene que la función esencial del Ministerio Pupilar y de la Defensa es representar y no asistir a los menores de edad, desconociendo la doble esfera de actuación que conforme lo dispone el art. 160 bis y concordantes de la Ley Orgánica del Poder Judicial corresponde al Ministerio antes mencionado.

Relata que con anterioridad a la separación del Ministerio Pupilar y de la Defensa y del Ministerio Público Fiscal, las Defensorías Oficiales tanto penales como civiles y las Defensorías de Menores (hoy de Niñez, Adolescencia y Capacidad Restringida) dependían orgánica y funcionalmente de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia y en un segundo momento del Ministerio Público Fiscal Pupilar y de la Defensa, y ello de modo alguno implicaba una alteración de las funciones, atribuciones y deberes de cada una de ellas.

Comenta que a partir de la reforma introducida por la LOPJ que otorga autonomía funcional al Ministerio Pupilar y de la Defensa, el mismo se instituye como un órgano que garantiza el acceso a la justicia y la asistencia jurídica integral y gratuita de la ciudadanía, conforme los principios que lo rigen.

Que en el marco de las atribuciones conferidas legalmente, el Sr. Ministro Pupilar y de la Defensa, puso en funcionamiento una oficina conformada por abogados cuya función es la asistencia jurídico integral de NNyA, sin que ello implique cercenar la posibilidad de que dicha asistencia sea ejercida por otros profesionales del derecho pertenecientes a instituciones públicas o privadas. Que ello, a diferencia de lo sostenido por la Sra. Jueza Rey Galindo no vulnera el bloque constitucional, por el contrario, implica el cumplimiento acabado de los compromisos internacionales asumidos por el Estado Argentino, en cuanto garantiza la profesionalidad de los letrados que conforman el mismo, su capacitación permanente en la materia, así como también su independencia frente a los otros sujetos que intervienen en el pleito, aunque las otras partes del proceso puedan pertenecer al mismo Ministerio.

El apelante, en un quinto ítem, se agravia de la sentencia recurrida cuando enfatiza en la absoluta inexistencia de la alegada inconstitucionalidad. Así manifiesta en que resulta inaudita la declaración de inconstitucionalidad de las resoluciones ministeria-

Thomson Reuters

les que permitieron saldar una antigua deuda con la infancia tucumana mediante la puesta en funcionamiento de la Oficina del Abogado del NNyA en el ámbito del Ministerio Pupilar y de la Defensa.

Considera que no es posible sostener argumento jurídico constitucional y convencionalmente válido para considerar que la figura del Abogado del NNyA no puede operar en la órbita del Ministerio Pupilar y de la defensa. Que resulta intolerable pensar que la mayor tutela y la posibilidad de ampliación del ejercicio de los derechos fundamentales sin distinción alguna y al alcance de cualquiera que así lo requiera pueda significar una afectación del bloque constitucional.

Que por lo expuesto, causa estupor que la Sra. Jueza no le haya reconocido a su abogado el carácter de tal, por la sola circunstancia de integrar la oficina del abogado del niño, que en el ámbito provincial desde su puesta en marcha, solo ha contribuido a garantizar el efectivo ejercicio y goce de derechos fundamentales.

Alega que la Sra. Jueza debió admitir la intervención de su abogado de confianza y no haber escogido una herramienta procesal tan gravosa como es la declaración de inconstitucionalidad, antes bien pudo instar a otras instituciones a las implementación de cuerpos de abogados al servicio de la operatividad del plus de protección otorgado a NNyA, garantizando con ello la operatividad de los diferentes compromisos internacionales asumidos por el Estado Argentino y no, como hizo en el caso, destrozar el ejercicio de su voluntad a través de la exclusión de su abogado de confianza, pretendiendo satisfacer los derechos que le asisten a través de la figura del Defensor de Niñez, Adolescencia y Capacidad Restringida.

Expone que lo dicho encuentra correlato en el Decreto 415/2006 reglamentario de la Ley 26.061 por el que se convocó a las provincias a que adopten las medidas necesarias para asegurar la existencia de servicios jurídicos que garanticen el acceso al derecho a contar con asistencia letrada que represente los intereses personales e individuales de los NNyA, sean agentes públicos y/o celebrar convenios con organizaciones no gubernamentales, colegios de abogados o universidades.

Estima que la medida extrema adoptada por la Sra. Jueza Rey Galindo luce desproporcionada e irrazonable. Que no existe perjuicio alguno ocasionado por el desempeño en el ámbito judicial y/o administrativo de la oficina del abogado del niño, la que además cuenta con la asistencia de un equipo interdisciplinario conformado por Licenciados en Psicología y en Trabajo Social de manera de facilitar el abordaje y asesoramiento del NNyA, lo que maximiza los beneficios obtenidos mediante su intervención.

Finalmente se agravia de la sentencia apelada (sexto ítem) cuando expresa que causa perplejidad a cualquier lector común la autocontradicción en la que ha incurrido la Sra. Jueza Dra. Mariana Rey Galindo quien al expedirse en el proceso que le atañe, al pretender fundar el decisorio emitido en fecha 06/11/2019 aniquila la actuación de su abogado de confianza, sin fundamento jurídico alguno. Que en cambio, en una posición diametralmente opuesta en el marco del emblemático caso "González, Gabriel N. s/ adopción" Expte. 363/17" que tramitó en el Juzgado a su cargo, la misma Magistrada ha reconocido la intervención del Defensor Oficial con carácter itinerante como abogado del Niño, quien pertenece a la órbita del Ministerio Pupilar y de la Defensa.

Que en el decisorio de fecha 18/03/2019 la Sra. Jueza ha dicho "Conviene destacar igualmente, que sin perjuicio de las funciones asumidas por el Dr. Agustín Acuña, como Defensor Oficial de carácter itinerante, en este caso y como consecuencia de la Tutela Judicial efectiva a favor de Nicolás, se le otorga el carácter de abogado del niño, por el tipo de asistencia técnica que despliega sin haber sustituido en ningún momento la voluntad de su cliente".

Luego de plantearse varios interrogantes respecto a la decisión tomada por la Sra. Magistrada especifica que la sentenciante se ha expresado también en sentido opuesto a lo dicho en el decisorio recurrido en una publicación de su autoría titulada: "El abogado del niño. Representación de una garantía procesal básica" de la Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud, ps. 35/46.

Declara que resulta imposible sostener la lógica y razonabilidad de los argumentos de la Juez *a quo*. Que en la esfera académica enaltece la figura del Abogado del NNyA y la necesidad de garantizar el derecho a ser oído que les asiste y que en un caso sometido a su jurisdicción celebra la intervención del Defensor Oficial Civil con carácter itinerante como abogado del niño y con posterioridad y sin dar razones jurídicas válidas y so pretexto de una inconstitucionalidad absolutamente falaz, carente de motivación y que responde a su sola voluntad, niega intervención a su abogado de confianza por la sola y única circunstancia de pertenecer a la Oficina del Abogado del Niño del Ministerio Pupilar y de la Defensa.

Concluye en que la declaración de inconstitucionalidad dispuesta por la Dra. Rey Galindo configura un supuesto de voluntarismo judicial, carente de fundamento jurídico alguno, por lo que corresponde se deje

Thomson Reuters

sin efecto la sentencia impugnada, restableciendo el orden jurídico conculcado y así lo solicita.

Formula reserva de recurrir en casación (art. 480 CPPT) y de introducir oportunamente la cuestión federal (art. 14 Ley 48) por encontrarse comprometidos derechos y garantías constitucionales y por considerar que la cuestión debatida reviste gravedad institucional. Asimismo formula reserva de solicitar la intervención de organismos internacionales a fin de restablecer el orden arbitrariamente alterado.

Finalmente pide se consideren los argumentos, fundamentos y gravámenes expuestos y consecuentemente se haga lugar a la apelación deducida, revocándose las sentencia de fecha 06 de noviembre de 2019 y se tenga como parte del proceso a su abogado de confianza y gratuito, Dr. Juan Facundo Masaguer, Abogado del Niño del Ministerio Pupilar y de la Defensa, formulando reserva de recurrir en casación, de introducir la cuestión federal y de solicitar la intervención de organismos internacionales.

A fs. 54 de este incidente mediante proveído de fecha 30/12/2019 se ordena el pase de los autos a despacho para resolver.

A fs. 55 obra proveído de fecha 03/02/2020 que ampliando la providencia anterior y advirtiendo que mediante Resolución N° 753 de fecha 06/11/2019 se declara la inconstitucionalidad de la resolución N° 04/2019 del 01/04/2019 y como consecuencia de la resolución N° 229/2019 dictadas por el Ministerio Pupilar y de la Defensa, previo a resolver se ordena vista a la Fiscalía de Cámara Civil, Comercial y del Trabajo por la inconstitucionalidad. Asimismo, en virtud de lo previsto en el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño y arts. 26 y 707 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, se ordena convocar a una audiencia por ante el Tribunal al adolescente C.F.V., DNI N° ..., para el día 07 de febrero de 2020 a horas 10:00, con presencia del Abogado del Niño y Adolescente del Ministerio Pupilar y de la Defensa.

A fs. 56 mediante informe actuarial se deja constancia de la notificación al actor en el casillero de su letrado patrocinante como así también a la Sra. Defensora de Niñez, Adolescencia y Capacidad Restringida del Centro Judicial Monteros de los proveídos citados.

A fs. 58/60 y vta. obra dictamen de la Sra. Fiscal de Cámara Civil, Dra. Ana Sofía Romero quien se pronuncia por el rechazo del recurso de apelación intentado por el actor y confirmar la sentencia del 06/11/2019.

Entre sus fundamentos, entiende que la figura del Abogado del Niño no podría encontrarse bajo la misma órbita del Ministerio Público Pupilar y de la Defensa, ya que las funciones que tales figuras desempeñan en el proceso son diferentes y se corre el riesgo de generar un conflicto de intereses, incompatible con la garantía del debido proceso. Por otro lado, considera que la Ley 26.061 atribuye esta manda genéricamente al Estado, sin determinar cuál ha de ser el poder o el órgano encargado de cumplirla, reconociendo que la Sra. Jueza por imperio del art. 31 de la CN hace uso de tal facultad de control de constitucionalidad de oficio otorgado a los jueces. Cita doctrina y jurisprudencia en apoyo de su dictamen.

A fs. 61 mediante proveído de fecha 13/02/2020 se tiene presente el dictamen de la Fiscalía de Cámara Civil, Comercial y del Trabajo y se procede a la agregación del Acta de audiencia de fecha 07/02/2020 que se encontraba reservada en Secretaría (fs. 62 y vta.) ordenándose el pase de los autos para sentencia como están llamados a fs. 54 y quedando el presente en condiciones de resolver.

Ingresando al tratamiento del recurso de apelación deducido por el actor, el adolescente C.F.V., corresponde señalar, teniendo en cuenta el tenor de los agravios vertidos por el recurrente en contra de la sentencia de grado de fecha 06 de noviembre de 2019 (fs. 4/14 y vta.), que la cuestión debatida se circunscribe a determinar si es procedente la declaración de inconstitucionalidad pronunciada en autos por la Sra. Jueza de Familia y Sucesiones del Centro Judicial Monteros, Dra. Mariana Josefina Rey Galindo.

Atendiendo a las constancias del expediente principal, que actualmente tramita por ante esta Excma. Cámara, encontrándose simultáneamente en condiciones de resolver, el presente proceso de alimentos fue iniciado el 27 de septiembre de 2019 por el adolescente C.F.V., quien se presenta con el patrocinio del Dr. Juan Facundo Masaguer en su carácter de Abogado del Niño/a y Adolescente del Ministerio Pupilar y de la Defensa (a fs. 4 y vta. se halla incorporada copia de Resolución N° 229/2019 del Ministerio Público de la Defensa que acredita la designación del Dr. Masaguer).

El actor interpone demanda en contra de su padre J.A.V. solicitando se lo condene al pago de una cuota alimentaria a su favor. A la vez, solicita la fijación, en forma cautelar, de alimentos necesarios equivalente al 15% de los ingresos que percibe el demandado como empleado del Ingenio Ñuñorco - SA SER (escrito de fs. 8/9 y vta.).

La Sra. Juez *a quo*, atento al carácter en que se presenta el letrado Juan Facundo Masaguer y la resolución que invoca para justificar su actuación como Abogado del Niño/a y Adolescente, dispone mediante

Thomson Reuters

proveído de fs. 11 el control constitucional de oficio. Asimismo, ordena se corra vista a la Defensoría de Niñez y Adolescencia a los fines de su intervención reglamentaria por la cautelar requerida (art. 120 CN y art. 103 Cód. Civ. y Com. de la Nación).

Por sentencia N° 701 del 17/10/2019 —fs. 17/18 y vta.— se fijan alimentos provisorios a favor del adolescente C.F.V. por el porcentaje requerido y por el término de 12 meses, en tanto por sentencia N° 753 de fecha 06/11/2019 de fs. 43/53 y vta. —ahora apelada— se resuelve: declarar la inconstitucionalidad de las Resoluciones Nros. 4/2019 y 229/2019 dictadas por el Ministerio Pupilar y de la Defensa; disponer que la Sra. Defensora de Niñez, Adolescencia y Capacidad Restringida del Centro Judicial Monteros continúe ejerciendo la representación del adolescente C.F.V., DNI N° ..., en carácter principal (art. 103 inc. b del Cód. Civ. y Com. de la Nación); exhortar a la Honorable Legislatura de Tucumán a los fines que dicte la norma que regule la figura del Abogado del Niño en real coherencia y consistencia con el Sistema de Protección Integral en vigencia, ordenando se libre oficio a tal efecto.

Ello sentado, resulta menester señalar que por la mencionada Resolución N° 4/2019 de fecha 01/04/2019 el Ministro Pupilar y de la Defensa crea en el ámbito de la Provincia de Tucumán, dependiente del Ministerio Pupilar y de la Defensa, la figura del Abogado del Niño, Niña y/o Adolescente a fin de que represente los intereses personales e individuales de los mismos, interviniendo en carácter de parte, sin perjuicio de la intervención de los Defensores de Niñez, Adolescencia y Capacidades Restringida.

En tanto, por Resolución N° 229/2019 (29/04/2019) el Ministro Pupilar y de la Defensa designa como Abogados del Niño/a y Adolescente a los siguientes letrados: Dra. Lourdes Romano Norri; Dra. María de los Ángeles Martínez; Dra. Alejandra María Jorrat; Dr. Gustavo Eduardo Estofan y Dr. Juan Facundo Masaguer, quienes ejercerán como abogados la representación de los Niño/as y Adolescentes cada vez que le sea requerida su intervención.

Asimismo, cabe expresar que el control constitucional en la Argentina tiene dos características centrales: es judicial y difuso. Ello quiere decir que: a) su ejercicio está a cargo de la rama judicial del gobierno, y b) dentro de ella corresponde su ejercicio a todos los jueces sin distinción de fueros o jerarquías.

También, se debe recordar que el art. 5 del Código Procesal Constitucional de Tucumán (CPCT) habilita a los jueces a declarar de oficio, en el caso concreto, la inconstitucionalidad de normas o actos contrarios a la Constitución, imponiéndoles el deber de escuchar previamente a las partes y al Ministerio Público.

A su turno, el art. 88 del CPCT, regulatorio de la intervención oficiosa de la autoridad judicial en el control de constitucionalidad, expresa textualmente en su tercer párrafo que "cuando el Magistrado interviniente estime que la norma que debe aplicar puede adolecer de alguna objeción constitucional, previo a la decisión, correrá traslado a las partes por un plazo de diez (10) días hábiles. El traslado sobre esta cuestión será corrido en cualquier estado de la causa y no implicará prejuzgamiento. Se dará intervención al Ministerio Público".

La Corte Suprema de Justicia de la Provincia tiene dicho al respecto que "El actual Código Procesal Constitucional de Tucumán autoriza a los jueces a declarar de oficio, en el caso concreto, la inconstitucionalidad de normas o actos contrarios a la Constitución, debiendo escuchar previamente a las partes y al Ministerio Público" (CSJTuc., Sent. N° 139 del 18/3/2003, "Abregú Ernesto Ignacio c. Cuozzo Roberto Marcos s/ cobros"; N° 192 del 26/4/2013 "Unión Cañeros Azucarera Ñuñorco Ltda. SA s/ quiebra pedida, incidente").

De conformidad a las normas y jurisprudencia referidas, advertimos que la Sra. Juez de grado ha observado el trámite que los artículos 5 y 88 del CPCT le exigen cumplir con carácter previo a la declaración de oficio de inconstitucionalidad, pues ha escuchado previamente a las partes (actor y Defensora de Niñez, Adolescencia y Capacidad Restringida) y ha dado intervención al Ministerio Público (ver fs. 22/26 y vta.; fs. 28 y vta.; fs. 30 y vta.).

Ahora bien, la declaración de inconstitucionalidad pronunciada en autos se sustenta en cuatro ejes: 1) La fuente de los actos administrativos contenidos en las resoluciones N° 4/2019 y N° 229/2019. La función del Ministerio Público, Pupilar y de la Defensa conforme la manda del artículo 120 de la Constitución Nacional y de las leyes provinciales; 2) El principio constitucional de razonabilidad como fundamento de la prohibición de arbitrariedad administrativa; 3) La figura del Abogado del Niño. Función concreta y delimitada a la luz del Sistema de Protección Integral de NNyA y 4) Supremacía Constitucional, el Bloque de Constitucionalidad y la Regla de Reconocimiento Constitucional.

Dado que el actor ataca uno por uno los ejes de análisis planteados en la sentencia que corre agregada a fs. 4/14 y vta. de este incidente, razones de buena técnica y orden imponen el tratamiento del recurso de apelación intentado conforme el sistema seguido por la Sra. Juez *a quo*.

Thomson Reuters

1°) Fuente de los actos administrativos contenidos en las Resoluciones N° 4/2019 y 229/2019. La función del Ministerio Público, Pupilar y de la Defensa conforme la manda del artículo 120 de la Constitución Nacional y de las leyes provinciales.

Liminarmente nos referiremos a los argumentos vertidos por la sentenciante en apoyo de las conclusiones a las que arriba en este primer eje de análisis.

En esa dirección, comienza indicando las leyes que instituyen al Ministerio Público Fiscal y de la Defensa en la Provincia de Tucumán. En primer lugar, menciona la Ley N° 6238 Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) y sus Modificaciones, precisando que el artículo 92 de la misma, fuente directa de la Resolución N° 4/2019 según su propio texto, tuvo una sola modificación en el encabezado mediante la Ley 8735 (2014) reemplazándose la expresión "Ministerio Público Fiscal y Pupilar" por "Ministerio Público Fiscal, Pupilar y de la Defensa", en tanto el resto del texto de la respectiva norma no fue reformado y se encuentra vigente.

Indica, según lo dispone el art. 92 de la LOPJ, que la actuación del Ministerio Público Fiscal, Pupilar y de la Defensa se sustenta en los siguientes principios: "1. Tiene por misión preparar y promover la acción de la justicia en defensa del interés público y los derechos de las personas, procurando ante el órgano jurisdiccional sus efectos. 2. En ejercicio de sus funciones actúa conforme a un criterio objetivo, velando por la correcta aplicación de la ley. 3. Desempeña sus funciones a través de órganos propios, con arreglo a los principios de legalidad, imparcialidad, unidad de actuación y subordinación jerárquica en todo el territorio de la Provincia. 4. Es único e indivisible, y es representado por cada uno de sus integrantes en los actos, procesos e instancias en que actúen. 5. Se organiza jerárquicamente bajo la jefatura del Ministro Fiscal quien ejerce superintendencia sobre sus componentes, los que deben acatar las instrucciones por él impartidas, salvo los Defensores Oficiales Penales cuando hubiere intereses contrapuestos".

Puntualiza que esos principios fundantes que rigen la actuación del Ministerio Público Fiscal, Pupilar y de la Defensa, guardan relación y coherencia con lo regulado por el artículo 120 de la Constitución Nacional, norma que instaura la función del Ministerio Público, que tiene a su cargo promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República.

Especifica también, que a nivel provincial las leyes 8983 y 8992, posteriores a la Ley 6238, realizan una serie de modificaciones destinadas a estructurar el Ministerio Público Fiscal y el Ministerio Pupilar y de la Defensa, estableciendo su integración y facultades.

Refiere que en ese marco legal —nacional y provincial— el Ministerio Público de Argentina (en su doble estructura Fiscal y de la Defensa) es un órgano constitucional, regulado originalmente por el artículo 120 de la Constitución Nacional y las normas infra-constitucionales que en tal sentido se dicten.

En ese contexto, destaca la diferencia esencial existente entre la función del Ministerio Pupilar y la del Abogado del Niño, agregando que la función esencial del Ministerio Pupilar es la de representar con todas las facultades y los deberes que le impone la ley, no la de asistir a las personas menores de edad. En tanto, el Abogado del niño tiene a su cargo la defensa técnica.

Indica que el Ministerio Público (Pupilar y de la Defensa como dispone el art. 92 de la ley 6238) en su función exclusivamente representativa sustituye la voluntad de su representado y ejerce su función conforme la legalidad del proceso e intereses generales de la sociedad, tal como lo establece el art. 120 de la Constitución Nacional (CN). El abogado del niño —como patrocinante— no sustituye voluntad, sino que ejerce la defensa técnica conforme las instrucciones y pretensiones de la persona que patrocina (art. 27 de la Ley 26.061 y Decreto reglamentario 415/2006).

Resalta que la normativa nacional es clara al diferenciar dos funciones y roles diferentes: una es la del Ministerio Pupilar y la otra es la figura del Abogado del Niño, por lo que es claro que las normativas, reglamentaciones y resoluciones locales deben respetar la estructura legal que ostenta una institución de orden nacional.

Deteniéndose en un análisis más exhaustivo de las resoluciones dictadas por el Ministerio Pupilar y de la Defensa, afirma que la pretendida creación de la figura del abogado del niño mediante resolución N° 4/2019 es una falacia jurídica, que no guarda coherencia con el Sistema de Protección Integral en vigencia. Que los roles y funciones que se pretende asignar al Abogado del Niño en el mismo ámbito y dependiente del Ministerio Pupilar son incompatibles e incongruentes con el mandato constitucional del art. 120 y las reglas de reconocimiento constitucional. Subraya que dentro de un mismo organismo y bajo una misma autoridad máxima no se puede controlar el funcionamiento de dos figuras con finalidades diferentes, pues es sabido que sin absoluta libertad, la función de control se desvanece con las consecuencias negativas que de ello se deriva, máxime en lo que respecta a instituciones que tienden —con diferentes roles— a la protección de derechos que comprometen a un colectivo vulnerable como lo son las personas menores

Thomson Reuters

de edad, a quienes les cabe un plus de protección debido a su condición de personas en pleno desarrollo.

Advierte que dicha resolución y sus Anexos, sirviéndose de normas de los Tratados Internacionales, de la misma Constitución Nacional y de las normas que constituyen el Sistema de Protección Integral (Ley 26.061 y Ley 8293), incurre en un error jurídico al confundir las funciones constitucionales asignadas al Ministerio Público (Pupilar y de la Defensa) con las que le son propias a la figura y rol del Abogado del Niño. Que la resolución N° 4/2019, lejos de ser un acto discrecional del Ministerio Pupilar, en sí mismo reproduce el prototipo de lo que en la doctrina del Derecho Administrativo se llama "arbitrariedad e irrazonabilidad del acto". Que, en tal sentido, resulta evidente que la discrecionalidad que pueda tener el Ministerio Pupilar y de la Defensa para el ejercicio de sus funciones, no puede confundirse con la arbitrariedad, so pretexto de asegurar la tutela judicial efectiva.

Continúa diciendo la Sra. Jueza que la Resolución N° 4/2019 y sus Anexos (especialmente los artículos 3, 4, 5, 8 del anexo I) imprimen un sello arbitrario e irrazonable, pues están anclados y aferrados al vetusto sistema tutelar o de la doctrina de la situación irregular (Ley 10.903). En este sentido, subraya que hoy, a la luz del sistema de Protección Integral (Convención de los Derechos del Niño, Ley 26.061, Ley 8293) los niños no deben ser considerados objetos de protección segregativa como lo marca la resolución 4/2019 del MPD y sus Anexos, sino sujetos de pleno derecho. Refiere que los NNA tienen el derecho a ejercer su defensa activa y a participar en el proceso de que son parte mediante la figura del abogado del niño por elección propia —art. 27 inc. c de la Ley 26.061— sin ningún tipo de restricciones para la admisibilidad del caso ni profesionales seleccionados, como tampoco puede admitirse el carácter meramente representativo que le atribuye la resolución examinada a los profesionales de la Oficina del Abogado del Niño del MPD.

Que de la propia letra del art. 9 del Anexo I se lee "(...) la actuación del letrado será en principio como patrocinante, porque no suple la voz del niño, sino que lo acompaña respetándolo como sujeto de derecho. Excepcionalmente podrá actuar como apoderado invocando justa causa".

Refiere la Sra. Jueza de grado que en el caso en estudio, del texto de la resolución N° 4/2019 (más anexos) surge que no solo desnaturaliza palmariamente la figura del Abogado del Niño al hacerla dependiente del Ministerio Pupilar (carácter representativo) sino que luego se transforma en un profundo y asombroso desacierto de la aplicación del régimen Civil y Comercial Común, lo que confirma la arbitrariedad e irrazonabilidad de esos actos administrativos.

Con contundencia afirma que en el artículo 9 del anexo I, se indica que el abogado del niño en principio actúa como patrocinante, y que excepcionalmente podrá actuar como apoderado invocando justa causa.

Especifica que esto último no es jurídicamente admisible, advirtiendo una incoherencia con las normas de derecho civil de fondo, específicamente en lo relacionado con las normas sobre la capacidad de derecho y capacidad de ejercicio, pues la norma inferior no logra distinguir entre la persona menor de edad y los adultos involucrados.

Tomando dos temas centrales: 1) la capacidad de la persona menor de edad para otorgar mandatos y 2) lo normado en el art. 26 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, indica que la ley dispone que la persona menor de edad no puede legalmente apoderar a un abogado para que lo represente en juicio. No puede conceder mandatos pues no tiene capacidad de derecho ni capacidad de ejercicio mientras se mantenga en minoría de edad —salvo los actos expresamente previstos por capacidad progresiva que establece el Cód. Civ. y Com. de la Nación y leyes especiales—.

Por otra parte, dice que la Resolución 4/2019 y su Anexo I infringen un principio clave que emerge de manera clara del art. 26 del Cód. Civ. y Com. de la Nación como es la existencia de intereses contrapuestos. Que si bien el principio es que las personas menores de edad actúan a través de sus representantes legales "No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada" (art. 26, segundo párrafo, Cód. Civ. y Com. de la Nación).

La Sra. Magistrada expresa que la norma es clarísima, y que la intervención letrada queda habilitada a los supuestos de conflictos de intereses o intereses contrapuestos entre aquellos y sus representantes legales.

Acota que la Resolución 4/2019 y sus anexos contienen un claro error conceptual, al mismo tiempo que llevan implícitas una seria incongruencia con las reglas sobre los contratos y las facultades para conceder mandatos, y la representación voluntaria de las personas. Que el texto del acto administrativo analizado lesiona dicho sistema. La persona menor de edad —por ley— está inhabilitada para contratar (lo que incluye el mandato). En la representación civil voluntaria el representado debe tener capacidad para otorgar el acto al momento del apoderamiento (art. 364 Cód. Civ. y Com. de la Nación).

Thomson Reuters

A modo de conclusión la Sra. Magistrada señala: 1) que la asistencia técnica que ejerce el Abogado del Niño desde el principio y hasta el final en el carácter de patrocinante (art. 27 Ley 26.061, Decreto Reglamentario 415/2006, art. 26 Cód. Civ. y Com. de la Nación); 2) que si bien puede advertirse la loable intención del Ministerio Pupilar y de la Defensa de dictar un acto administrativo que acelere el compromiso que el Estado asumió al suscribir la Convención de los Derechos del Niño, lo cierto es que dicha función corresponde solo y exclusivamente al Poder Legislativo Provincial; 3) que desde el análisis estrictamente técnico-jurídico, el acto administrativo y sus anexos incumplen con las disposiciones del sistema legal y constitucional actual: considera al niño como objeto de protección tutelar (Ley 10903 derogada), le asigna carácter representativo al profesional concebido como abogado del niño, y pretende aplicar normas de contratos y mandatos que solo pueden ejercer los adultos, lo que resulta ser notoriamente a su entender, un acto administrativo contradictorio e incoherente con el derecho de fondo; 4) que la pretendida coexistencia de figuras (Ministerio Público y Abogado del Niño) con roles diferenciados, en una misma órbita institucional, conlleva una clara incompatibilidad de funciones e intereses, pues controlador y controlado recaen en una misma figura orgánica, con lo cual dicho acto administrativo es impertinente e irrazonable pues está opuesto a la razón o está fuera de ella.

Hasta aquí los argumentos sustanciales vertidos por la Sra. Juez *a quo*.

Se advierte en este primer eje de análisis, que la sentenciante concibe que las resoluciones N° 4/2019 y N° 229/2019 dictadas por el MPD se encuentran en clara y abierta pugna con los principios fundantes que rigen la actuación del órgano constitucional Ministerio Público, en su doble estructura Fiscal y de la Defensa.

En efecto, haciendo foco en la norma del art. 120 de la CN —en cuanto instaura la función del Ministerio Público de promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad— y, a la vez, en los principios fundamentales que rigen la actuación del Ministerio Público Fiscal, Pupilar y de la Defensa —art. 92 de la Ley local N° 6238 Orgánica del Poder Judicial, Modificada por Ley N° 8735—, la *a quo* tacha de inconstitucional la creación de la figura del Abogado del NNyA en el ámbito del Ministerio Pupilar y de la Defensa.

Cabe precisar que, además de que la Sra. Jueza invoca como argumento una norma derogada (art. 92 de la LOPJ) en el ejercicio del control de constitucionalidad, la misión del Poder Judicial consiste en asegurar la supremacía de la Constitución y, como eventual consecuencia, invalidar las disposiciones que se encuentren en clara y abierta pugna con la norma fundamental.

El principio de "supremacía constitucional" está destinado a custodiar que las declaraciones, derechos y garantías establecidos en la Constitución, no sean desconocidos por los órganos y actos de gobierno ni por la conducta de los particulares. Garantiza la prelación de las normas supremas y superiores respecto al restante ordenamiento normativo inferior, custodia y asegura el sistema republicano y federal de gobierno y el respeto de los derechos fundamentales de los individuos.

Asimismo, implica una limitación y regulación de los poderes de gobierno, nacionales, provinciales y locales, quienes deben conformar sus leyes, normas y resoluciones de toda clase, a los imperativos constitucionales según el orden de prelación normativo establecido.

En nuestro texto constitucional, la supremacía ha quedado asegurada mediante el artículo 31. Este precepto, integra la Constitución Nacional con los tratados internacionales y las leyes federales y nacionales que el Congreso dicta y conforma lo que en doctrina se denomina, "bloque de constitucionalidad federal".

La cúspide de la pirámide normativa se construye pues con la Constitución Nacional y los tratados internacionales según la jerarquía asegurada por el artículo 75 incisos 22 y 24, instrumentos que reglan en forma conjunta el funcionamiento de las instituciones republicanas y la prelación de los derechos individuales. El trípode de la supremacía se completa con las leyes nacionales y federales que dicta el Congreso de la Nación, en función de las atribuciones y facultades que le confieren los numerosos incisos del artículo 75 de la Carta Magna. Esto indica, que la demás normativa inferior de orden nacional, reglamentaria de las leyes federales y nacionales en los términos del artículo 28 de la Constitución Nacional —decretos, decretos de necesidad de urgencia, resoluciones, disposiciones, etc.— como, asimismo, las contenidas en los ordenamientos locales provinciales se encuentran obligadas a subordinarse y respetar la supremacía constitucional.

Ahora bien, según se desprende del texto del artículo 120 de la CN, el Ministerio Público —integrado por un procurador general de la Nación y un defensor general de la Nación— tiene por función "promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad".

La actividad requirente es la característica de esa institución, sea en aquellos supuestos en que ejercite

Thomson Reuters

el derecho de acción o resistencia, como cuando se limita a emitir opinión sobre aspectos del litigio que interesan al orden público.

Señala Ortiz Pellegrini que "En defensa de la legalidad" significa que el Ministerio Público debe velar por el cumplimiento de la ley, no solo de parte de las personas, sino también por los propios poderes y órganos del Estado, en especial debe velar por la legalidad constitucional, ello debe entenderse como el control del cumplimiento de los derechos y garantías constitucionales. Es la conocida defensa del orden público (Ortiz Pellegrini, Miguel A., "El Ministerio Público en la Constitución Nacional", DJ 1997-2, 1067).

Asimismo, señala el citado autor que el nuevo cometido constitucional de "defender los intereses generales de la sociedad" en el proceso judicial, ha mutado el concepto y la función tradicional del Ministerio Público. Por esta razón, no sería desatinado afirmar que es un genuino representante del pueblo, aunque no sea elegido en forma directa. Que ese interés público o social, cuya tutela se le ha encomendado al Ministerio Público, comprende los siguientes tópicos: observancia de normas de orden público; representación de menores e incapaces; representación de ausentes y carentes de recursos económicos; acción judicial pública en materia penal y civil; declaración de insania; pureza del debido proceso; protección de los derechos humanos; protección de bienes inmateriales vinculados al arte, a la naturaleza, a la historia; etc.

Teniendo ello presente, coincidimos con la Sra. Jueza de grado cuando concluye que por mandato constitucional el Ministerio Público tiene una función representativa, y en el caso particular del Ministerio Pupilar, su función es la representación legal de las personas menores de edad con todas las facultades y deberes que le impone la ley.

Visto así, parecería que está en colisión con la norma constitucional (art. 120 CN) la existencia de la figura del Abogado del Niño, Niña y Adolescente bajo la dependencia del Ministerio Público Pupilar, toda vez que su función no es representar a la persona menor de edad en términos estrictamente procesales sino de brindar asistencia técnica a través de su patrocinio letrado (art. 27 de la ley 26.061, Decreto Reglamentario 415/2006).

No obstante, entendemos que limitar la cuestión y/o debate constitucional a ese aspecto de la competencia funcional, implica en el caso concreto de autos que la tacha de inconstitucionalidad ha sido pronunciada en términos genéricos o abstractos.

En esa línea, es menester recalcar, siguiendo la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que el control de constitucionalidad es la primera y principal misión que corresponde ejercer al Tribunal, uno de los fines supremos y fundamentales del Poder Judicial, y la más delicada de las misiones que puede encomendarse a un tribunal de justicia, de modo, pues, que la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal constituye un acto de suma gravedad institucional, habida cuenta de la presunción de legitimidad de que gozan las leyes o actos emanados de la autoridad (Fallos: 323:2256 (2000); 320:2851 (1997); 316:188 (1993);312:1681 (1989), entre muchos otros). Se trata en consecuencia de la última ratio del orden jurídico. Por ello solo cabe formular la declaración de inconstitucionalidad de un precepto de jerarquía legal cuando un acabado examen del mismo conduce a la conclusión cierta de que su aplicación conculca el derecho o garantía constitucional invocados (Fallos: 315:923 (1992)), y no cuando se ha formulado una escueta y genérica alegación de inconstitucionalidad (Fallos: 316:1718 (1993); Fallos: 322:842 (1999)).

Se ha señalado también, como regla general, que "el control de constitucionalidad debe efectuarse en un marco de estricta prudencia, es decir que la declaración de inconstitucionalidad no ha de efectuarse en términos generales o teóricos, porque se trata de la función más delicada de los jueces. No basta en consecuencia con la aserción de que la norma impugnada pueda causar agravio constitucional, sino que debe afirmarse y probarse que ello ocurre en el caso" (CSJN, Fallos: 258:255 (1964); Fallos: 307:1656 (1985); Fallos: 314:407 (1991); Fallos: 315:952 (1992)).

El presente proceso es iniciado por el adolescente C.F.V. de 17 años de edad, quien con el patrocinio del letrado Juan Facundo Masaguer, Abogado del Niño, Niña y Adolescente designado mediante Resolución N° 229/2019 del Ministerio Pupilar y de la Defensa, interpone demanda de alimentos en contra de su progenitor J.A.V. Es decir, que el adolescente al ejercer su pretensión dejó en claro su voluntad de estar en juicio por sí mismo con la asistencia técnica de un letrado por él elegido (escrito de demanda de fs. 8/9 y vta. de autos principales, copia glosada a fs. 1/2 vta. de este incidente).

Sin embargo, la Sra. Juez *a quo* al disponer mediante proveído de fs. 11 (expte. principal) el control de constitucionalidad, respecto a la posibilidad de que intervenga en autos un Abogado del NNA designado por el Ministerio Pupilar y de la Defensa, desecha la palabra de C.F.V. de querer participar en el proceso con defensa propia.

Thomson Reuters

El derecho a participar en el proceso y las garantías con las que debe contar al hacerlo una persona menor de edad, es un tema que ha ocupado un lugar central en la cultura legal de nuestro país.

La ley Nacional N° 26.061 "De protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes" en su artículo 27, expone las "garantías mínimas de procedimiento" "en los procedimientos judiciales o administrativos".

Al respecto, dispone lo siguiente: "(...) Los Organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías: a) A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente; b) A que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte; c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine; d) A participar activamente en todo el procedimiento; e) A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte".

En la misma dirección, la Ley Provincial N° 8293 establece: "Art. 25. Garantías Procesales. El Estado reconoce a las niñas, niños y adolescentes en el ejercicio de la defensa de sus derechos, en cualquier ámbito donde esta debe ejercerse, las siguientes garantías: 1. A la debida defensa material y técnica en cualquier ámbito en la cual esta debe ejercerse; 2. Al pleno y formal conocimiento del proceso en el que se involucren sus derechos o intereses; 3. A la igualdad en la relación procesal, a cuyo efecto podrán valerse de todos los instrumentos legales necesarios para su debida defensa; 4. A ser asistidos por un letrado preferentemente especializado en temas de niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que los incluya, proporcionado gratuitamente por el Estado (...)".

De tal forma, es evidente que el sistema legal reconoce a los Niños, Niñas y Adolescentes el derecho a ser partes y a contar con una representación legal independiente de la de los padres, como así también, que la función del abogado del niño es contribuir a una mejor defensa de sus intereses.

Advertimos conforme la normativa legal citada, que el sentido de que la defensa técnica esté a cargo del abogado del niño reside, precisamente en que de nada valdría el derecho de ser oído (art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño) si no se lo puede ejercer de modo útil y eficaz.

El Comité de los Derechos del Niño (intérprete autorizado de la Convención) dice en su Observación General 12 que: "Los Estados Partes deben garantizar el derecho a ser escuchado de todo niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio. Estos términos no deben verse como una limitación, sino como una obligación para los Estados Partes de evaluar la capacidad del niño de formarse una opinión autónoma en la mayor medida posible. Esto significa que los Estados Partes no pueden partir de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones. Al contrario, los Estados partes deben dar por supuesto que el niño tiene capacidad para formarse sus propias opiniones y reconocer que tiene derecho a expresarlas".

La Excma. Corte Suprema de Justicia de la Provincia tiene dicho que: "El desarrollo del proceso debe garantizar especialmente el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida especialmente en cuenta para resolver las cuestiones que puedan afectarlo. Sobre el particular, debemos recordar que "Bajo el amparo de la doctrina de derechos humanos en su aplicación particular a las personas menores de edad —que delinea el conocido principio de protección especial de derechos de niños y niñas—, estos no solo titularizan derechos subjetivos propios sino que cuentan con herramientas procesales específicas para asegurar su adecuada tutela en los procesos judiciales" (Fernández, Silvia Eugenia, "La voz del hijo en los procesos de comunicación parental y su imprescindible consideración para definir el contenido del interés superior del niño", RCCyC 2015 - Octubre, 125)" (CSJT, sentencia N° 987 del 25 de julio de 2017, en autos: "W. N. A. s/ especiales (residual). Incidente").

Entonces, desde la perspectiva señalada, es válido inferir que ese derecho a ser oído se debe convertir en el patrocinio técnico de un abogado que traduzca los intereses de las personas menores de edad en actos procesales, máxime cuando en el caso concreto se trata de un adolescente de 17 años, donde el "grado de madurez suficiente" se presume (art. 26, art. 677 del Cód. Civ. y Com. de la Nación).

La disposición del art. 677 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, al remitirse a los trece años (adolescente) resulta congruente con el sistema del Código, en tanto "estar en juicio por sí" supone un acto voluntario, con discernimiento, que se alcanza a una determinada edad de madurez, dentro de la evolución de las

Thomson Reuters

facultades del niño. El discernimiento consiste en la aptitud del espíritu humano que permite distinguir lo verdadero de lo falso, lo justo de lo injusto, y apreciar las consecuencias convenientes o inconvenientes de las acciones humanas. El discernimiento es la versión jurídica de esa potencia humana que los filósofos denominan "entendimiento", y una de las causas obstativas del discernimiento es la inmadurez del sujeto. Además, no debe soslayarse que el discernimiento integra el interés superior del niño —conf. Art. 3°, inc. d, ley 26.061— (cfr. Moreno, Gustavo Daniel, El abogado del adolescente como garantía de acceso a la justicia en el Código Civil y Comercial, en Revista de Derecho Procesal 2016-1 - Capacidad, representación y legitimación. 1ª ed., Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2016).

De esta forma, en el sistema del Cód. Civ. y Comercial el adolescente goza de la presunción de discernimiento para los actos lícitos y, por ende, de la posibilidad de actuar con asistencia letrada de manera autónoma a sus representantes legales, y consecuentemente dar instrucciones (manifestar su voluntad) a un abogado, designándolo y removiéndolo.

A lo dicho cabe agregar que, cuando hablamos de grado de madurez y discernimiento, se trata de conceptos que deben ser llenados por cada magistrado en cada caso concreto. Dicho en otras palabras, será el Juez quien, con asistencia interdisciplinaria adecuada, previa escucha ineludible e inexcusable del NNA (Art. 12 CDN) y con dictamen del Defensor de Menores, quien determinará en el caso concreto si el NNA cuenta con los requisitos de capacidad mínimos para intervenir de forma autónoma directa (sin representantes) asistido técnicamente por un abogado que, preferentemente, debe ser especialista en temas de niñez. Sobre este punto se ha dicho que: "En lo que hace a '¿quién la debe determinar?', entiendo que ha de ser el juez, basado en el dictamen no vinculante de un equipo interdisciplinario y en el del defensor de menores, como también en su propia impresión del menor surgida de escucharlo personalmente." (Leguizamón, Héctor Eduardo, "La capacidad procesal del menor en el Código Civil y Comercial y el abogado del niño"; publicado en: LA LEY 17/03/2017, 1 LA LEY 2017-B, 714 - RCCyC 2017 (mayo); Cita Online: AR/DOC/352/2017).

Pues bien, esa escucha del adolescente no ha tenido lugar en este proceso por parte de la Sra. Magistrada de grado.

Cabe señalar que la figura del abogado del niño no es incompatible con el esquema de actuación del Ministerio Público consagrado por el art. 103 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, aún en el supuesto de actuación principal del Ministerio Público, contemplada en el apartado b, del artículo.

En efecto, ninguna confusión puede suscitarse con el rol del Ministerio Público, aún en la redacción del art. 103 del Cód. Civ. y Com. de la Nación y de conformidad con lo expresamente establecido por el Decreto 415/2006 al reglamentar el art. 27, inc. c, de la ley 26.061, que de manera contundente marca la diferencia de los roles que caben al Ministerio Público y al letrado del niño en un proceso donde resulten afectados sus derechos: "El derecho a la asistencia letrada previsto por el inciso c del art. 27 incluye el de designar un abogado que represente los intereses personales e individuales de la niña, niño o adolescente en el proceso administrativo o judicial, todo ello sin perjuicio de la representación promiscua que ejerce el Ministerio Pupilar".

En función de lo analizado, resulta indudable que la designación de un abogado que defienda exclusivamente los intereses del niño, sin inferencias externas, forma parte del cumplimiento de las garantías del debido proceso en los casos donde intervienen niñas, niños y adolescentes.

En el caso particular denegar esa posibilidad al adolescente C.F.V. sería absolutamente lesivo de los principios de tutela judicial efectiva y los derechos a la defensa en juicio y a ser oído; todo ello con el agravante del deber de garantía de derechos reforzado que tenemos los operadores jurídicos por tratarse de un colectivo vulnerable como lo son las personas menores de edad.

En consecuencia, constituye un obstáculo para la procedencia de la declaración de inconstitucionalidad el haber omitido expresar la Sra. Magistrada de grado de qué manera las resoluciones cuestionadas generan un gravamen irreparable al derecho del adolescente de autos. Los argumentos en que la Sra. Juez *a quo* funda la declaración de inconstitucionalidad trasuntan un análisis dogmático, omitiendo especificar el agravio jurídicamente protegido, concreto y particularizado, que la actuación del Abogado del Niño Dr. Juan Facundo Masaguer provocaría a los intereses del adolescente C.F.V.

Ante ello resultan pertinentes los agravios expresados por el recurrente cuando invoca que tal declaración de inconstitucionalidad aniquila su legitimación activa, restringiendo derechos y garantías con total prescindencia de su autonomía progresiva, que le permite designar a un abogado de confianza en el proceso, imponiéndole otro, en el caso, a la Sra. Defensora de Niñez, Adolescencia y Capacidad Restringida del Centro Judicial Monteros, Dra. Graciela Campos Romero.

Del análisis de las constancias de autos surge que en reiteradas oportunidades el actor ha solicitado ser

Thomson Reuters

oído por la Sra. Jueza, sin que tal petición haya sido atendida por S.S.

Lo que es un derecho del actor (quien cuenta con edad y grado de madurez suficiente) y que fuera reconocido por la Sra. Magistrada en su sentencia, nunca pudo ser efectivizado. C.F.V., en ejercicio de su legitimación activa, y haciendo uso de su capacidad progresiva ha recurrido a una herramienta proporcionada por el Ministerio Pupilar y de la Defensa, y se ha contactado con un Abogado del Niño, integrante de la Oficina creada por el citado Ministerio. Se ha entrevistado personalmente con el Dr. Masaguer y lo ha designado como su abogado, le ha señalado su intención de reclamar alimentos a su padre y ha iniciado, por sí, el proceso judicial tendiente a obtenerlos.

Ahora bien, afectado por la declaración de inconstitucionalidad que emitió la Sra. Jueza se ha visto privado de continuar el proceso con SU abogado, con el profesional que el mismo eligió, que le generó confianza, imponiéndosele otro profesional sin haberse escuchado previamente su opinión. Literalmente, se ha visto aniquilado su derecho a elegir, sin consideración alguna a su legitimación activa y al ejercicio de su capacidad progresiva.

La jurisprudencia ha decidido que: "Si bien en los casos en que los tribunales resuelven cuestiones que involucran a menores sin previamente haberlos escuchado, dicha deficiencia genera la nulidad del pronunciamiento dictado, toda vez que el derecho a ser oído constituye una garantía sustancial que fluye de su consideración como sujeto, el principio debe ser considerado conforme las circunstancias de cada caso en particular ya que por sobre todo ritualismo debe en todo caso necesariamente primar la realización del bien o interés del menor debiendo evitar a todo trance situaciones de inequidad, máxime en casos en los que se encuentra en juego aquel superior interés" (CC y Com., Villa Dolores, 12/04/2010, resumido por LLoveras, Nora - Orlandi, Olga, Actualidad en derecho de familia, Abeledo-Perrot, Buenos Aires 2010, p. 1281.

De tal modo que, la decisión adoptada por la Sra. Jueza resulta desproporcionada y trae aparejada una situación de inequidad que viene a padecerla un sujeto con plus de derechos.

La declaración de inconstitucionalidad, de última ratio como decisión a adoptar por la gravedad institucional que conlleva, fulmina el Interés Superior de un adolescente. Irrumpe de manera irrazonable y desproporcionada en la vida de una persona menor de edad, de 17 años, en situación de vulnerabilidad y lo priva de derechos esenciales; de su derecho a ser oído; de su derecho a que su opinión sea tenida en cuenta; de su derecho a elegir; de su derecho a decidir y a ejercer por sí sus derechos.

La escucha del niño tiene superlativa prioridad, y prueba de ello es la importancia que le ha otorgado el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, señalándolo como uno de los cuatro principios generales de la Convención, junto con el derecho a la no discriminación, el derecho a la vida y el desarrollo, y la consideración del interés superior del niño, lo que pone de relieve que no solo establece un derecho en sí mismo, sino que también debe tenerse en cuenta para interpretar y hacer respetar todos los demás derechos. De este modo, se descarta la idea de que receptar la opinión del niño sea meramente simbólico, tal como sucedería si es oído, pero no se tiene en cuenta su opinión.

Cabe tener presente que el niño, niña o adolescente es partícipe en la construcción de su interés superior, obligando a sus representantes y al juzgador a analizar sus deseos y sentimientos al momento de definir y dilucidar sus derechos. De este modo, constriñe, en su caso, al juez a fundar acabadamente el motivo de su apartamiento en la decisión.

En el caso que nos ocupa, la Sra. Jueza priorizó la declaración de inconstitucionalidad de las resoluciones N° 4/2019 y 229/2019 dictadas por el Ministerio Pupilar y de la Defensa, "devolviéndole" el escrito presentado por el actor (decreto de fecha 15/11/2019 - fs. 22 de este incidente) mediante el cual apelaba su decisión, afectando gravemente su derecho a recurrir.

Asimismo, y luego de haber presentado un escrito de su puño y letra, mediante el cual apelaba la decisión adoptada por S.S., la misma mediante decreto de fecha 19/11/2019 le responde "Hola Facundo! Quiero decirte que leí tu carta y me importa mucho tu opinión. Quiero explicarte que en este momento no puedo darte respuesta en relación a lo que me planteas sobre el Dr. Masaguer, porque los procesos judiciales son trámites que tienen que cumplir una serie de pasos que debemos respetar. Actualmente, este juicio está esperando la respuesta de parte de la Sra. Defensora de Niñez, Adolescencia y Capacidad Restringida, quien expresó su desacuerdo (apeló) con la decisión que tomé sobre la designación del Dr. Masaguer en este juicio. Eso quiere decir que, una vez que la Defensoría acompañe el escrito que falta, este expediente será enviado a la Cámara de Familia de la ciudad de Concepción (nuestro superior) quien va a leer esa resolución que dicté y decidirá si tus intereses están realmente garantizados con la actuación del Dr. Masaguer. Quiero aclararte además, que he cuestionado la intervención del Dr. Masaguer como abogado del niño, figura que está contemplada en dos leyes muy importantes que son la Convención de los Derechos

Thomson Reuters

del Niño y la Constitución Nacional. Allí se establece la función de esta figura (abogado del niño) y mi obligación es velar por el cumplimiento de estas leyes que están por encima de todas las otras leyes o normas que puedan dictarse. Así que voy a guardar tu carta aquí en el expediente y a esperar a ver que nos dicen nuestros superiores".

Pues bien, leído esto, entendemos que la decisión de la Sra. Jueza luce desproporcionada e irrazonable y que, como refiere el apelante en sus agravios, carece de fundamentación. La sentencia se funda en argumentos teóricos y aparentes y como correctamente afirma el actor, la Sra. Jueza transcribe normas, pero no explica su pertinencia al supuesto planteado. En igual sintonía, el dictamen de la Sra. Fiscal de Cámara de fs. 58/60 huérfano de contenido sustancial y desajustado del caso concreto.

El supuesto es claro. El proceso que nos ocupa es de los procesos típicos que a modo de ejemplo y conforme doctrina calificada, son patrocinados por abogados del niño.

Ahora bien, resulta ser que en este, el iniciado por C.F.V., el verdadero protagonista; el actor; el sujeto de derecho; el integrante del grupo vulnerable con plus de derechos ve lesionado su derecho a decidir, a elegir, desoyéndose su voluntad y su deseo.

Resulta grave que en un proceso de alimentos el actor, en este caso una persona menor de edad (actualmente sin concurrir a la escuela, y quien trabaja en una verdulería para cubrir sus necesidades), quien necesita de los alimentos, en una evidente "accesión de vulnerabilidades", sea quien interponga, por sí, un recurso de queja porque su apelación no ha sido siquiera considerada por la Sra. Juez interviniente.

Es preciso señalar que al actor se le ha denegado su derecho de acceso a la justicia "devolviéndosele", tal como expresa el decreto de fecha 15/11/2019 su escrito de apelación. El actor ha tenido que recurrir ante el Superior porque no se ha considerado su petición y en una suerte de justificación dogmática, que nada tiene que ver con las reglas del Sistema de Protección Integral en vigencia ni con las recomendaciones realizadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se le ha "explicado" que su opinión importa pero no se la tiene en cuenta, y que a su pedido "no se le puede dar respuesta"; que su petición, explicitada en una carta "va a ser guardada y se va a esperar a ver que dicen los superiores". Sin embargo, y en el "mientras tanto", se ha priorizado una declaración de inconstitucionalidad —de última ratio— expidiéndose a favor de la misma y se ha exhortado a otro Poder del Estado al cumplimiento de un deber, afectando con ello el principio de división de los Poderes.

Una sentencia que no pone en primer lugar a un sujeto privilegiado de derechos, vulnerando su interés superior es una sentencia a todas luces arbitraria. Cuando sin escuchar al verdadero protagonista se toma una decisión tan abrupta, se lesiona el principio de razonabilidad. Una sentencia que no pondera adecuadamente derechos y provoca un perjuicio irrazonable a la parte más débil de la relación procesal es una sentencia desproporcionada, que no evalúa la realidad, los contextos y las consecuencias que tal decisión provocará. Resolver dogmáticamente no prioriza al ciudadano, no da respuestas, no contiene. El universo de los derechos de las personas menores de edad, requiere ante todo respeto y el respeto es la condición para ser escuchado, para ser valorado en la opinión, para ser considerado un verdadero sujeto de derechos.

En un muy interesante trabajo titulado: "El derecho de las familias como derecho del otro en condición de vulnerabilidad" (publicado en Revista de Derecho de Familia y de las Personas, Año XI, Número 11, Diciembre 2019, Editorial Thomson Reuters LA LEY, p. 15) la Dra. Silvana Ballarín, con vasta y destacada doctrina en la materia refiere: "Es necesario que el juez advierta que su papel como director del proceso no debe confundirse con el de protagonista, ya que son los miembros de la familia en crisis los actores principales del proceso. Entonces, debemos encontrar la forma de hacer silencio y dejar hablar al otro" (Como refiere Emanuel Levinas, "la esencia del lenguaje es la relación con el prójimo" ("Totalidad e infinito", Ed. Sígueme, Salamanca 2012).

El proceso de familia debe dejar hablar al otro en diferentes momentos: al darle voz en la escucha e inmediación y, como consecuencia, legitimándolo en el inicio de acciones hasta ahora poco frecuentes, así como en el diseño mismo de la construcción de las sentencias.

Dejar hablar al otro desde la construcción de las sentencias —prestarle voz a su sufrimiento— significa abrirse a su palabra, no llenarla de consideraciones sobre conceptos jurídicos genéricos ("En la nueva filosofía y las nuevas ciencias sociales abundan los llamamientos a un vocabulario compartido, un mundo común, una comunidad de significados" (Bauman, Zygmunt, "Legisladores e intérpretes", Universidad Nacional de Quilmes, Buenos Aires, 1997, p. 205)

Incluso en la construcción de la sentencia se debe dejar hablar al otro (Ballarin, Silvana, "La eficacia de la sentencia (...)" ob. Cit. Cap. II ("El lenguaje como expresión de la realidad y como creador de la realidad", ps. 87/110) y correrse del lugar central de la escena. El juez no tiene que volcar todo el conocimiento jurídico que sobre el tema haya acumulado, sino, en

Thomson Reuters

primer lugar, analizar y fundar su decisión del caso concreto. En este segmento de motivación de la sentencia, suele observarse cierta desproporción entre el espacio que el juez dedica a una y otra cuestión: nuevamente es el maestro Taruffo el que lo advierte: "Llevada a cierto nivel, la prevalencia que se le da a la mera cuestión de derecho evoca la imagen de un juez que se concibe a sí mismo como el instrumento para la restauración del orden jurídico violado, para la defensa de la certeza abstracta que conlleva a la relación jurídica y, en esencia, para la tutela de una justicia formal. Por el contrario, la prevalencia que se le da a las cuestiones de hecho evoca la imagen de un juez que se concibe a sí mismo como un mediador de los conflictos socioeconómicos concretos, como un instrumento para la tutela de los intereses reales y, en esencia, como creador de una justicia sustancial" (Taruffo, Michele, "La motivación de la sentencia civil", Ed. Trotta, Madrid, 2011, p. 97).

En el caso de autos, la decisión que se adopta no contempla al otro, no se subsana con la concesión de una medida cautelar de alimentos en su favor, privándolo de un derecho esencial y vulnerando su mejor interés. La declaración de inconstitucionalidad de las Resoluciones N° 4/2019 y N° 229/2019 dictadas por el Ministerio Pupilar y de la Defensa, que emana de la sentencia apelada no se ajusta al "caso concreto", no reuniendo los requisitos para ser considerada váldia. De la lectura de la sentencia la decisión surge apresurada, excesiva, desmedida, sin un fundamento concreto que justifique el apartamiento del abogado de confianza del actor, que conforme se desprende de la causa, ha cumplido acabadamente con su rol, a tono con las normas imperantes en la materia y en un todo acorde al bloque de convencionalidad y constitucionalidad.

2°) El principio constitucional de razonabilidad como fundamento de la prohibición de arbitrariedad administrativa.

La Sra. Juez en este segundo eje de análisis expone que los actos administrativos analizados, son inconstitucionales porque: 1) Conllevan la irrazonabilidad del acto, por la ausencia de proporción entre lo que persigue (instaurar la figura del Abogado del Niño en la órbita del Ministerio Publico y bajo su dependencia, y luego pretender atribuirle carácter de patrocinante o apoderado) y las funciones que le son inherentes por mandato constitucional (estrictamente representativas); 2) El acto administrativo —en cuanto norma inferior— carece de razón suficiente convirtiéndolo (una de las formas de arbitrariedad), siendo pasible de la tacha de inconstitucionalidad; 3) La regulación de la figura del abogado del niño y su ejercicio, es una tarea propia y excluyente del Poder Legislativo, porque así lo ordena el artículo 12 de la CDN y articulo 28 CN. Con todo lo cual, mientras no haya una ley, ningún otro organismo puede regular de manera general la figura, más allá de que en los casos individuales, los jueces puedan expedirse al respecto porque el derecho a la defensa técnica está efectivamente regulado, pero no la modalidad en su implementación.

Etimológicamente, razonabilidad o razonable proviene del latín rationabilis, que significa arreglado, justo, conforme a razón. Y si recurrimos al diccionario de la Real Academia Española, establece que la razón es la facultad de discurrir. Con todos estos elementos decimos como primera idea, que el examen de razonabilidad es todo aquello que nuestra sana facultad de discurrir nos indica que es justo.

Bidart Campos expresa que el principio de razonabilidad —derivado de los arts. 28 y 33 de nuestra Carta Magna— importa, dentro de nuestro sistema constitucional, la exclusión de toda arbitrariedad o irrazonabilidad en el ejercicio de las prerrogativas de los poderes públicos. Ello quiere decir que existe un patrón, un criterio, un estándar jurídico, que obliga a dar a la ley —y a los actos estatales de ella derivados inmediata o mediatamente— un contenido razonable, justo, valioso, de modo que alguien puede ser obligado a hacer lo que manda la ley o privado de hacer lo que la ley prohíbe, siempre que el contenido de aquella sea razonable, justo y válido (Bidart Campos, Germán, Derecho Constitucional, Ediar, T. II, ps. 118/119).

Así tenemos que toda norma jurídica debe ser razonablemente justa, tanto en su aspecto formal como material, para tener fuerza ordenatoria y ejemplificadora y ser cumplida por todos nosotros, sumado a que si además se pretende reglamentar un derecho, se debe desarrollar sobre la base de un fin social sin destruir ningún derecho amparo en nuestra Constitución, pero para llegar a esos fines los medios que se utilicen debe tener una razonable adecuación con ellos.

Enseña Linares que la razonabilidad es la adecuación de sentido en que se deben encontrar todos los elementos de la acción para crear derecho: los motivos (circunstancias del caso), los fines, el sentido común jurídico (el plexo de valores que lo integran) y los medios (aptos para conseguir los fines propuestos). Si la razonabilidad de las leyes es la adecuación de todos sus factores con el sentido constitucional, esto significa que tanto las circunstancias del caso tenidas en cuenta por el legislador, como los medios elegidos y los fines propuestos, deben guardar una proporción entre sí (razonabilidad interna del acto) y, además, las leyes deben ajustarse al sentido constitucional formado por los motivos tenidos en cuenta por el constituyente, por los fines propuestos, por los valores jurídicos fundamentales y por los medios previstos

Thomson Reuters

(razonabilidad externa del acto) (Linares, Juan Francisco: "Razonabilidad de las leyes", Astrea, 2 edición actualizada, año 2002).

En consecuencia, la razonabilidad puede ser interna o externa, según que la adecuación entre los distintos elementos de la acción (relación medio-fin) se dé dentro de la ley o entre la ley y la Constitución.

La Razonabilidad interna de la ley se da como razonabilidad técnica social cuando los motivos sociales determinantes (de acuerdo con las circunstancias del caso) hacen que el legislador tome medidas (medios) proporcionadas al fin social propuesto. La razonabilidad técnica social es una simple relación de adecuación entre motivos, medios y fines, pero no implica necesariamente la justicia de la medida, esto forma parte de la razonabilidad jurídica.

En tanto, la Razonabilidad externa de la ley es más compleja que la anterior, se da, en principio, como razonabilidad jurídica. El acto legislativo razonable internamente debe satisfacer el sentido común jurídico de la comunidad expresado en el plexo de valores que lo integran, valores que son recibidos de acuerdo con las modalidades de cada pueblo, por la Constitución del Estado.

Razonabilidad externa de la ley: Es más compleja que la anterior, se da, en principio, como razonabilidad jurídica. El acto legislativo razonable internamente debe satisfacer el sentido común jurídico de la comunidad expresado en el plexo de valores que lo integran, valores que son recibidos de acuerdo con las modalidades de cada pueblo, por la Constitución del Estado.

La razonabilidad jurídica presenta las siguientes modalidades: a) Razonabilidad de la ponderación: se presenta en las leyes cuyas prestaciones guardan una relación de equivalencia con la sanción prevista para el caso de incumplimiento. b) Razonabilidad de la selección: se da en las leyes que respetan la igualdad, de forma tal que, frente a circunstancias equivalentes, la prestación y la sanción es la misma, y solo cuando las circunstancias son diferentes es razonable que las prestaciones o las sanciones sean diferentes. c) Razonabilidad en los fines: se establece cuando los fines de la ley o las medidas dispuestas por ella no violan los fines previstos en la Constitución. Por ejemplo, no es razonable que una ley impositiva grave la propiedad en una proporción tal que implique la confiscación del bien, pues ello está expresamente prohibido en la Constitución Nacional.

Ahora bien, el principio de razonabilidad es una garantía innominada que deriva de los arts. 28 y 33 de la Constitución Nacional, en conjunción con los arts. 16 y 17, y con el Preámbulo de la Carta Magna. Sin embargo, el control de razonabilidad comienza en el art. 28, y decimos que la reglamentación de un derecho por medio de una determinada ley, de un decreto o de resoluciones resulta irrazonable cuando "altera" los principios, las garantías y los derechos reconocidos en el artículo 1° al 27 de la Constitución Nacional. Y es justamente de la palabra "alterar" de la que derivan todos y cada uno de los elementos del principio de razonabilidad (alteración en los medios, en los fines y en la axiología jurídica (arts. 16, 17 y el preámbulo de la CN).

Pero si queremos saber a qué tipo de alteración se refiere el art. 2833, la respuesta la encontramos en el art. 99, inc. 2° (anterior art. 86, inc. 2°), que establece que todas las instrucciones y los reglamentos que expida el Poder Ejecutivo Nacional, para la ejecución de las leyes de la Nación, no podrán alterar el "espíritu" de estas últimas. Si bien esto debería aplicarse tan solo a los decretos, no encontramos obstáculo alguno para que sea utilizado para todo tipo de normativa regulatoria de los principios, los derechos y las garantías enunciados en la Constitución Nacional, como, por ejemplos, las leyes, las resoluciones, las acordadas, las sentencias.

Ello tiene como interpretación lógica que ninguna regulación, por más importante y necesaria que sea, puede aniquilar o destruir un derecho constitucional en su esencia misma, en su principio generador o en su carácter íntimo.

Por lo tanto, la circunstancia de que los poderes constituidos obrasen en ejercicio de facultades reglamentarias, en manera alguna puede constituir un justificativo de su conducta arbitraria, puesto que es precisamente la razonabilidad con que se ejercen tales facultades lo que les va a otorgar validez a los actos de los órganos del Estado y que permite a los jueces, ante planteos concretos de parte interesada, verificar el cumplimiento de dicha exigencia para no alterar la voluntad de los poderes constituyentes.

En el caso planteado, se tacha de inconstitucionales a las Resoluciones N° 4/2019 y N° 229/2019 dictadas por el Ministerio Pupilar y de la Defensa y se invoca la razonabilidad como fundamento de la prohibición de arbitrariedad administrativa. Sin embargo, la toma de la decisión se construye sobre una argumentación aparente e irrazonable, partiendo de un prejuicio acerca de la coexistencia en un mismo proceso de operadores jurídicos integrantes del Ministerio Público Pupilar y de la Defensa que, en opinión de la Sra. Magistrada, no pueden participar en el juicio en forma simultánea, por cumplir roles diferenciados.

Thomson Reuters

Sostiene la Sra. Jueza de grado que las resoluciones conllevan la irrazonabilidad del acto y que el acto en cuanto norma inferior carece de razón suficiente siendo pasible de la tacha de inconstitucionalidad. Por otro lado, refuerza su postura alegando que la regulación del abogado del niño y su ejercicio es una tarea propia y excluyente del Poder Legislativo, porque así lo ordena el articulado de la CDN y artículo 28 CN. Como marco teórico el razonamiento de la Sra. Magistrada se advierte convincente, no obstante al ponderarlo con los derechos en juego y en el caso en particular, cede y se diluye.

Resulta necesario destacar que en nuestra Provincia no existe Ley que regule la figura del Abogado del Niño. Ante la ausencia de legislación, y en el marco del Sistema de Protección de Derechos, se ha implementado la participación del citado profesional en los distintos procesos, a través de la creación de las Oficinas de Abogados del Niño y Comisiones de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes. Lo han implementado inicialmente los Colegios Profesionales (de Tucumán, con sede en la ciudad de San Miguel de Tucumán) y el Colegio de Abogados del Sur (con asiento en Concepción).

Con la separación del Ministerio Público en Ministerio Público Fiscal por un lado y Ministerio Pupilar y de la Defensa por otro, este último ha creado en su ámbito la mentada Oficina, designando a abogados en ejercicio para el cumplimiento de la función.

Es imprescindible aclarar que tanto los Colegios Profesionales como el Ministerio Pupilar y de la Defensa han diseñado, cada uno dentro de su estructura y por vía reglamentaria, las Oficinas y Comisiones de Niñez y Adolescencia en la que se desempeñan letrados como abogados del niño, ya que como expresamos, no existe norma legal que regule específicamente la figura del Abogado del Niño en nuestra Provincia.

Esta iniciativa tanto de los Colegios Profesionales como del Ministerio Pupilar y de la Defensa, con las que se puede estar de acuerdo o no, han sido creadas como una respuesta inmediata a las necesidades puntuales de los niños, niñas y adolescentes de participar en los procesos por sí, y con asistencia letrada. Esto no implica que no deba existir la ley. La ley que regule la figura del Abogado del Niño es indispensable y debe emanar del Poder Legislativo. Pero ahora bien, la realidad indica que ante la ausencia de ley, es posible la participación del citado profesional en los procesos de acuerdo a las normas y principios convencionales y constitucionales vigentes. De otro modo, como podría cumplirse con la adecuada participación, por sí, de los niños, niñas y adolescentes en los procesos??? Con la del Defensor de Niñez, Adolescencia y Capacidad Restringida en ejercicio de la representación amplia prevista en el art. 103 inc. b) del Cód. Civ. y Com. de la Nación como ordena la Sra. Jueza en el punto 2) de la sentencia apelada??? Pues NO. Esa decisión es equivocada y contradice notoriamente la lógica del razonamiento sentencial, viciándolo.

Por un lado la Sra. Magistrada expone prolijamente en sus considerandos, la diferencia entre ambas figuras y luego, al momento de resolver las confunde, incurriendo en la "autocontradicción" señalada por el apelante como agravio.

No solo es que se advierte incongruente en su razonar sino que adopta criterios disímiles y diferenciados respecto de los procesos en los que le toca decidir. Así en la sentencia dictada en el juicio caratulado: "González, Gabriel N. s/ adopción" Expte. N° 363/17 que tomó estado público a través de medios periodísticos, y que constituye una novedosa y destacable pieza procesal, la Sra. Magistrada admite la participación del Sr. Defensor Oficial Civil con carácter itinerante Dr. Agustín Acuña, como abogado del niño, quien pertenece a la órbita del Ministerio Pupilar y de la Defensa, sin expedirse sobre la declaración de inconstitucionalidad de ninguna resolución emanada del citado Ministerio y habiendo escuchado previamente a quien fuera el actor, una persona menor de edad. Nada de ello aconteció en estos autos. No se escuchó al actor, no se consideró su opinión al momento de apelar la resolución, viéndose afectado su derecho de acceso a la justicia y privándolo de seguir interviniendo en autos con su abogado de confianza.

La sentencia recurrida, al considerar inconstitucionales las Resoluciones N° 4/2019 y N° 229/2019, con apreciaciones dogmáticas y aparentes, trasluce una opinión personal de la Sra. Magistrada, expuesta a la opinión pública en el diario de mayor circulación de la Provincia, en publicación efectuada en el diario La Gaceta en fecha 5 de Mayo de 2019 en un artículo titulado: "El abogado del niño: una figura de impostergable atención legislativa" https://www.lagaceta.com.ar/nota/805448/opinion/abogado-nino-figura-impostergable-atencion-legislativa.html pronunciándose específicamente sobre la cuestión que meses después le tocara decidir.

Esta circunstancia no es menor, ya que la prudencia exige que los Sres. Jueces en la toma de decisiones, se aparten de sus decisiones personales, y decidan en base a los presupuestos de hecho y de derecho presentes en la causa.

A la luz del principio de la tutela judicial efectiva reforzada, se impone que el juez se desprenda de sus opiniones y elecciones personales y efectué una interpretación de la normativa vigente en clave de efectividad del servicio de justicia. Esto no acontece

Thomson Reuters

en autos, donde más allá de la loable intención de la Sra. Magistrada en arribar a una decisión innovadora del caso traído a su conocimiento, en una desmedida decisión afecta derechos fundamentales de la persona menor de edad, apartándose de la razonabilidad que en términos teóricos invoca.

Resulta pertinente destacar que la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires tiene dicho que "en los procesos donde se ventilan conflictos de familia y en general cuestiones de interés social, se amplía la gama de los poderes del juez, atribuyéndosele el gobierno de las formas, a fin de adoptar razonable y funcionalmente el orden de sus desarrollos a la finalidad prioritaria de que la protección se materialice. Es evidente que en estos litigios aislar lo procesal de la cuestión sustancial o fondal, limitarlo a lo meramente técnico e instrumental, es sustraer una de las partes más significativas de la realidad inescindible" ("B. G. S. c. M. G. R. A. s/ incidente de modificación de régimen de visitas" en http://juba.scba.gov.ar./VerTextoCompleto.aspx?idFallo=85595; "A., H. J. c. H. G. S. s/ patria potestad, ejercicio, sanciones", en http://juba.scb.gov.ar/VerTextoCompleto. aspx?idFallo=162558.).

A su vez, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha afirmado que: "queda totalmente desvirtuada la misión específica de tribunales especializados en asuntos de familia, si estos se limitan a decidir problemas humanos mediante la aplicación de una suerte de fórmulas o modelos prefijados, desentendiéndose de las circunstancias del caso que la ley manda concretamente valorar" (CS, 13/7/2000 "Provincia de Buenos Aires c. Provincia de Santa Fe"; 02/08/2005, "S.C.", en Revista de Derecho Procesal, Procesos de familia, 2015-2-568).

En su función decisoria, el juez debe resolver entre las diferentes alternativas cual es la idónea para el caso concreto y en su función apreciativa, debe determinar con criticidad, amplitud, ética y transparencia la prueba, el derecho, las posibles consecuencias del fallo y sus alternativas de seguimiento.

En el fallo recurrido se aprecia esta falta de razonabilidad y de proporcionalidad en la decisión adoptada. A riesgo de provocar inseguridad jurídica se declara la inconstitucionalidad —constituyendo decisión de última ratio— de las Resoluciones N° 4/2019 y 229/2019 sin considerar las consecuencias del fallo. En primer lugar para el actor, sujeto privilegiado perteneciente a un colectivo vulnerable, que se ve afectado en derechos esenciales como el derecho a ser oído; a que su opinión sea tenida en cuenta y a participar en el proceso, por sí, con asistencia letrada, en este caso, con su abogado de confianza, violentándose de manera grave su interés superior. Del mismo modo para la ciudadanía, excediendo la reflexión y el análisis que se exige como condición para el desempeño adecuado de la Magistratura.

No se puede valorar desde la propia experiencia, por lo que no se puede decidir un caso traído a conocimiento sobre la base de opiniones personales. Tampoco es legalmente válida la decisión que declarando la inconstitucionalidad de resoluciones administrativas, violenta derechos fundamentales. No hay lógica, no hay congruencia, no se advierte razonabilidad ni proporcionalidad en la resolución recaída en autos, más sí arbitrariedad, con lo que el agravio de la absoluta inexistencia de la alegada inconstitucionalidad planteado por el apelante deviene procedente.

3) La figura del Abogado del Niño. Función concreta y delimitada a la a la luz del Sistema de Protección Integral de NNyA.

Nuevamente en este eje de análisis, la Sra. Juez *a quo* valora que los actos administrativos examinados son inconstitucionales en razón de que la existencia de la figura del Abogado del Niño en el ámbito del Ministerio Pupilar y de la Defensa es contraria a su finalidad: no actúa como apoderado ni mandatario. No tiene carácter representativo. Solo asiste y defiende técnicamente los derechos precisados por el propio niño, sin sustituir su voluntad.

Tal como se expuso en el punto 1°), en el orden nacional la Ley N° 26.061 toma el derecho del NNyA a ser oídos con un alcance mayor al de la Convención sobre los Derechos del Niño, al agregar elementos de garantía importantes para su efectiva implementación.

Ello aparece consagrado con claridad en el art. 2 de la ley por el cual se establece que: "La Convención sobre los Derechos del Niño es de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos".

Es particularmente importante destacar el hecho planteado por ese mismo artículo, en el sentido de que los derechos y garantías de los sujetos de esta ley son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles.

El artículo 27 de la Ley 26.061 introdujo en nuestro orden interno la figura del abogado del niño cuando consagra como un derecho de los niños, niñas y adolescentes, en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, el de "ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y

Thomson Reuters

adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine" (inciso c).

Por su parte, el decreto reglamentario de la Ley 26.061 establece que el derecho a la asistencia letrada previsto en el inciso c del artículo 27 comprende "el derecho a designar un abogado, especializado en niñez y adolescencia que represente los intereses personales e individuales del niño o adolescente en el proceso administrativo o judicial, todo ello sin perjuicio de la representación complementaria que ejerce el Ministerio Público".

El Cód. Civ. y Comercial, en relación con la intervención del niño o adolescente con asistencia letrada, promulga la necesidad de resignificar el sistema de capacidad desde una mirada de derechos humanos, a la luz del principio de autonomía progresiva. Así, a medida que crecen pueden acceder al ejercicio de sus derechos fundamentales, cuestión que deberá ser evaluada en función de las características personales, psicológicas, sociales y emocionales del niño.

Si bien el artículo 24 del Cód. Civ. y Comercial establece la incapacidad de ejercicio de las personas que no cuentan con edad y grado de madurez suficiente, los que sí tienen edad y grado de madurez se encuentran exceptuados de la norma.

Entonces, en el sistema del Código, el niño tiene derecho a contar con un abogado propio siempre que su grado de madurez se lo permita. No limita la figura conforme estándares etarios rígidos, sino en consonancia con el principio de autonomía progresiva de corte convencional-constitucional, receptando su posibilidad o imposibilidad de acuerdo con el grado de madurez del niño. Resaltar que como es el caso de la intervención procesal a través del derecho a ser oído, se trata de un derecho y no de un deber.

Es importante aclarar, que la función del abogado del niño es la de asesoramiento, es quien presenta, patrocina y defiende los intereses del NNyA frente a quien debe tomar la decisión. De allí, que no representa ni sustituye.

También, precisar que la designación de un abogado a un niño que no cuenta con edad ni grado de madurez suficiente para darle instrucciones, no puede ser entendida como algo distinto al ejercicio por representación, conforme art. 24 Cód. Civ. y Comercial, a través de un tutor ad litem o por la actuación del Ministerio Público, conforme art. 103 Cód. Civ. y Comercial.

Del examen del presente incidente y del expediente principal, analizado al momento de resolver, surge que las presentaciones efectuadas por el Dr. Juan Facundo Masaguer lo han sido en el carácter de patrocinante de C.F.V. y han respondido al deseo expresado por el adolescente al momento de elegirlo como su abogado.

El mismo se ha desempeñado con un correcto sentido de justicia y en una evidente actitud de servicio, reflejada no solo en el trato hacia su patrocinado; también en la sana convivencia de roles con la Sra. Defensora de Niñez, Adolescencia y Capacidad Restringida Dra. Graciela Campos Romero y en la dispensa efectuada hacia la abuela del adolescente al informarle acerca del proceso iniciado por el adolescente en contra de su progenitor. Este detalle, muy valioso por cierto, surge de lo relatado en Audiencia de fecha 07/02/2020 obrante a fs. 62 convocada por esta Sala en los términos del art. 12 de la CDN y arts. 26 y 707 del Cód. Civ. y Com. de la Nación a efectos de que C.F.V. fuera escuchado.

A la citada audiencia, en la que el adolescente fue oído por la Sra. Vocal preopinante Ana Carolina Cano, también concurrió la Sra. Defensora de Niñez del Centro Judicial Monteros y en presencia de ambos Funcionarios, de la Sra. Vocal y del Actuario de la Excma. Cámara, el actor expresó: "mi padre me cobra el salario y no me da nada, por eso hablé con la Dra. Silvia Paz, de la Defensoría de Niños y me dio el número de teléfono del Dr. Facundo para explicarle la situación y que mi papá no me da nada. Le pido dinero a mi papá y él no me da nada. Él le da toda la plata a la mujer que tiene, por eso trabajo en la verdulería de mi tío (hermano de mi papá) a la mañana desde las 8:30 hasta las 2 de la tarde" ... "Dejé la escuela y empecé a trabajar en la verdulería. Tengo ganas de volver a la escuela por la noche" ... "Mi mamá cobra la pensión por los 7 hijos y a veces me compra zapatillas. Ahora, desde antes de Navidad, ya no vive en Buenos Aires, sino en Chicligasta, con mi hermanita menor. Volvió de Bs. As y se la llevó con ella y ahora en Julio dice que se las llevará a las más chicas a Bs. As. de nuevo con ella. Tengo cuatro hermanos menores. Uno de 13, otro de 15 otro 10 y otro de 8 años"... "El Dr. Facundo me explicó que íbamos a hacer y me sentí cómodo con el trato que me dieron el Dr. Facundo y la Dra. Campos Romero. Yo quiero que él siga siendo mi abogado. Quiero empezar y terminar con este trámite. A mí me gustaría que mi papá me pase dinero. Mi papá trabaja en el ingenio todo el año en la cachaza y allí cobra el salario"

La contundencia en las palabras vertidas por el actor nos permite inferir la importancia que reviste para él la participación de su abogado de confianza en este proceso. Su deseo se manifiesta, se expresa: "Yo quie-

Thomson Reuters

ro que el siga siendo mi abogado" y ante la firmeza de su elección y la certeza en la designación del Dr. Masaguer como su abogado patrocinante en el rol de abogado del niño, cede la extrema declaración de inconstitucionalidad emitida por la Sra. Jueza de grado.

Esto porque no solo se omitió escucharlo previamente, en abierta contradicción al articulado de la CDN y Ley 26.061 de protección integral de derechos sino porque no se consideró de manera objetiva la correcta intervención del Dr. Masaguer en este juicio. Los términos de la demanda, los escritos de apelación y expresión de agravios y la interposición del recurso de queja por la apelación que le fuera denegada demuestran un trabajo prolijo y coherente con el deseo explicitado por su representado. De igual modo, la adecuada y pertinente intervención de la Sra. Defensora de Niñez, Adolescencia y Capacidad Restringida del Centro Judicial Monteros, Dra. Campos Romero, lo que demuestra que la convivencia entre ambas figuras es posible sin afectación de derechos fundamentales de su representado. De este modo el prejuicio sustentado por la Juez *a quo* como lógica sentencial deviene inconsistente y falto de fundamentación.

Tampoco se ha considerado el contexto en el que se encuentra inmerso el adolescente, quien vive con su abuela; con sus hermanos más pequeños; en la misma propiedad en la que vive su padre, pero sin convivir con él; actualmente sin escolaridad; viéndose compelido a trabajar para satisfacer sus necesidades básicas. Esta "accesión de vulnerabilidades", sumadas a las de su edad, no han sido contempladas en la sentencia, en donde se ha privilegiado la declaración de inconstitucionalidad de las Resoluciones N° 4/2019 y N° 229/2019 por encima de su mejor interés, en una interpretación forzada del art. 120 de la CN tal como lo refiere el apelante.

Yerra la sentencia además en cuanto aplica el art. 92 de la LOPJ y cuando al apartar al abogado del niño designado por el actor, dispone que la Sra. Defensora de Niñez, Adolescencia y Capacidad Restringida del Centro Judicial Monteros continúe ejerciendo su representación, en carácter principal, cuando se trata de dos figuras totalmente diferenciadas.

El ejercicio de la representación amplia, contenida en el art. 103 inc. b) del Cód. Civ. y Com. de la Nación no asimila la figura del Defensor de Niñez, Adolescencia y Capacidad Restringida a la del Abogado del Niño. Tampoco la representación amplia, instaurada en el Cód. Civ. y Com. de la Nación. es equiparable a la "promiscua" del Cód. Civil anterior.

Por otro lado, el Defensor de Niñez no responde en la actualidad al sistema tutelar como se considera en la sentencia apelada. Ambas figuras, a partir de la vigencia de los nuevos paradigmas de protección de derechos, coexisten en el Sistema de Protección Integral con tintes absolutamente diferenciados. Sostener que el Defensor de Niñez responde al sistema tutelar es considerarlo solo en una representación complementaria y no principal, limitando su accionar. Por imperio del art. 103 del Cód. Civ. y Com. de la Nación su ámbito de intervención es mayor, extendiéndose a la faz extrajudicial y a la protección de derechos económicos, sociales y culturales de las personas menores de edad. Por ende la sentencia adolece de serios vicios conceptuales que impiden arribar a una solución justa y adecuada a derecho.

4) Supremacía Constitucional, el Bloque de Constitucionalidad y la Regla de Reconocimiento Constitucional:

A este respecto, la Sentenciante indica que la supremacía constitucional implica que el texto constitucional es la norma entre las normas y la fuente de las fuentes, funcionando como parámetro exclusivo de la validez de las normas inferiores. El Bloque de Constitucionalidad supone la existencia de un conjunto normativo integrado por el texto constitucional y otros elementos normativos internos (leyes, reglamentos, etc.) a partir del cual, se validan o invalidan las normas inferiores. Que la regla de reconocimiento posibilita contar con un parámetro evaluador de la validez de las normas secundarias y su consiguiente pertenencia al sistema jurídico.

Especifica que las reglas de reconocimiento constitucional por excelencia lo constituyen el artículo 28 y 75 inc. 22 de la CN. Por su lado, el artículo 1, 2 y 3 del Cód. Civ. y Comercial Común, obliga a la aplicación e interpretación de las normas en el marco del Sistema Constitucional de Derechos.

Tomando estas enseñanzas y aplicadas al caso en estudio, determina que la resolución del MPD N° 4/2019, no supera el test de constitucionalidad ni aplica en las reglas de reconocimiento constitucional, tornándose inválida como norma inferior, ya que en tanto acto administrativo que es, no se encuentra adecuado a las fuentes internas (texto constitucional 28, 75 inc. 22 y 120; artículo 12 CDN; artículo 27 Ley 26.061 y decreto reglamentario 415/2006; artículo 25 Ley 8293; artículo 92 Ley 6238; Cód. Civ. y Com. de la Nación, específicamente en los artículos 22, 23, 24, 26, 362, 363, 364, 1001, 1319, 1320) ni a las fuentes externas (ius congens, Tratados Internacionales, Opiniones Consultivas, jurisprudencia internacional, etc.).

A modo de conclusión, considera que los actos administrativos analizados son inconstitucionales porque: 1) Se caracteriza una regresión en materia de Derechos Fundamentales y garantías mínimas proce-

Thomson Reuters

sales para la infancia y adolescencia; 2) No se ajusta a la norma superior y en consecuencia no satisface su mandato.

En este tópico valen las consideraciones vertidas precedentemente por este Tribunal en relación con el principio de supremacía de la norma fundamental, como también de la concurrencia de los presupuestos para la tacha de inconstitucionalidad, teniendo presente que se trata de un acto de suma gravedad institucional, de última ratio a la hora de decidir.

Desde esta óptica, reafirmar la conclusión de que declaración de inconstitucionalidad pronunciada por la Jueza *a quo* se funda en argumentos teóricos y aparentes, que no se aplican a la situación concreta de autos.

Tal como lo advertimos, no fueron los intereses del adolescente actor de autos los que se definieron concretamente en la sentencia de grado, todo lo contrario se dio prioridad a un debate abstracto y generalizado por encima del derecho de C.F.V. de ser oído y de que su opinión de participar en el presente proceso con asistencia letrada propia sea tenida en cuenta.

De ahí, que el razonamiento sentencial resulta dogmático en tanto en los hechos importa desconocer las reglas del Sistema de Protección Integral en vigencia (art. 12 CDN; art. 27 inc. Ley 26.061; Decreto reglamentario 415/2006; arts. 24 y 24 de la ley provincial 8293), determinando el resultado injusto de que el adolescente C.F.V. no pueda estar en juicio por sí mismo, con la asistencia de un letrado de su confianza, lo que es su derecho.

En mérito de todo lo considerado, ponderando los derechos en juego en el caso concreto, juzgamos que resultan insustanciales los argumentos plasmados en la sentencia de primera instancia, mediante los cuales se tiene por acreditado que la Resolución N° 4/2019 del MPD —y por ende la Resolución N° 229/2019 dictada en consecuencia— se encuentra en clara pugna con la Constitución y/o los Tratados asimilados.

Es que la declaración judicial de invalidez constitucional requiere no solo la aserción de que la norma impugnada puede causar agravio constitucional, sino que se haya afirmado y probado que ello ocurre en el caso concreto (cfr. CSJN, Fallos: 252:328, consid. 3° y sus citas; 256:602; 258:255; 302:1666, entre otros).

Debemos entender a la sentencia pronunciada por la Sra. Jueza *a quo* como generadora de gravamen irreparable para el adolescente C.F.V., actor de autos, en tanto resulta lesiva de su interés superior, de los principios de tutela judicial efectiva, y los derechos a la defensa en juicio y a ser oído.

Teniendo en cuenta los estándares para garantizar el derecho a ser oído y el interés superior del adolescente de autos, concluimos que en el caso resulta evidente que su opinión no fue tenida en cuenta por la *a quo*.

En virtud de la expuesto y tomando en consideración que la sentencia adolece de un déficit troncal, cual es haber obviado la escucha del adolescente, afectando con ello su interés superior, restando valor a su opinión y a su deseo, y adoptando una decisión tan gravosa como es la declaración de inconstitucionalidad de una norma, es que consideramos procedente el recurso de apelación interpuesto por el actor.

En este caso puntual, la figura del abogado del niño es esencial, más es superlativa la figura del niño, en este caso, del adolescente C.F.V., su voz y su deseo.

En la complejidad de situaciones que se plantean se pierde de vista al verdadero sujeto de derecho, al verdadero protagonista de la historia y es entonces ahí, donde se pierde justicia en la decisión.

Adoptar una decisión tan extrema, que por otro lado no cumple con los requisitos necesarios para la procedencia de la tacha de inconstitucionalidad, en desmedro de un derecho fundamental, resulta por demás irrazonable y desproporcionada, y así lo consideramos.

En virtud de ello, opinamos que corresponde: I. Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto en fecha 14/11/2019 (cuya copia obra a fs. 21 de este incidente) por el actor C.F.V., patrocinado por su letrado Dr. Juan Facundo Masaguer, Abogado del Niño, Niña y Adolescente del Ministerio Pupilar y de la Defensa, en contra de la sentencia N° 753 de fecha 6 de Noviembre de 2019. En consecuencia revocar la sentencia dictada en fecha 06/11/2019 por la Dra. Mariana Rey Galindo, Juez a cargo del Juzgado en lo Civil en Familia y Sucesiones del Centro Judicial Monteros y dejar sin efecto, en el caso concreto de autos, la declaración de inconstitucionalidad de la Resolución N° 4/2019 de fecha 01/04/2019 y como consecuencia de la Resolución N° 229/2019 dictadas por el Ministerio Pupilar y de la Defensa, con fundamento en el Interés Superior del adolescente C.F.V. (art. 3 CDN y art. 27 inc. c) de la Ley 26.061), en su derecho a ser oído (art. 12 CDN); a que su opinión sea tenida en cuenta; en su derecho a elegir y a participar en los procesos, por sí, y con su abogado de confianza (art. 27 de la Ley 26.061 y 25 de la Ley 8293 y art. 26, 2° párrafo del Cód. Civ. y Com. de la Nación). II. Disponer, con fundamento en el categórico deseo de C.F.V. expresado en Audiencia de fecha 07/02/2020 por ante esta Excma. Cámara, que siga interviniendo en el presente proceso como abogado del adolescente C.F.V. el Dr. Juan Facundo

Thomson Reuters

Masaguer, perteneciente al Ministerio Pupilar y de la Defensa y la Dra. Graciela Campos Romero en el carácter de Defensora de Niñez, Adolescencia y Capacidad Restringida en ejercicio de la representación complementaria, conferida por el art. 103 inc. a) del Cód. Civ. y Com. de la Nación. III. Atento la evidente situación de vulnerabilidad del grupo familiar de C.F.V., expuesta en Audiencia de fecha 07/02/2020, se oficie a la Dirección de Niñez, Adolescencia y Familia de la Provincia, a efectos de que, en el marco del Sistema de Protección Integral de Derechos consagrado en la Ley N° 26.061; Ley Provincial N° 8293 y Cód. Civ. y Com. de la Nación, tome intervención ante la amenaza y vulneración de derechos de NNyA, adjuntándose en el oficio a librarse los datos pertinentes, aplicándose a tal fin el Protocolo Interinstitucional de Aplicación del Sistema de Protección Integral de Derechos de N.N. y A.

Dadas las particularidades de la presente causa, no cabe emitir pronunciamiento sobre costas.

Por lo expuesto ello, se resuelve: I. Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto en fecha 14/11/2019 (cuya copia obra a fs. 21 de este incidente) por el actor C.F.V., patrocinado por su letrado Dr. Juan Facundo Masaguer, Abogado del Niño, Niña y Adolescente del Ministerio Pupilar y de la Defensa, en contra de la sentencia N° 753 de fecha 6 de Noviembre de 2019. En consecuencia revocar la sentencia dictada en fecha 06/11/2019 por la Dra. Mariana Rey Galindo, Juez a cargo del Juzgado en lo Civil en Familia y Sucesiones del Centro Judicial Monteros y dejar sin efecto, en el caso concreto de autos, la declaración de inconstitucionalidad de la Resolución N° 4/2019 de fecha 01/04/2019 y como consecuencia de la Resolución N° 229/2019 dictadas por el Ministerio Pupilar y de la Defensa, con fundamento en el Interés Superior del adolescente C.F.V. (art. 3 CDN y art. 27 inc. c) de la Ley 26.061), en su derecho a ser oído (art. 12 CDN); a que su opinión sea tenida en cuenta; en su derecho a elegir y a participar en los procesos, por sí, y con su abogado de confianza (art. 27 de la Ley 26.061 y 25 de la Ley 8293 y art. 26, 2° párrafo del Cód. Civ. y Com. de la Nación). II. Disponer, con fundamento en el categórico deseo de C.F.V. expresado en Audiencia de fecha 07/02/2020 por ante esta Excma. Cámara, que siga interviniendo en el presente proceso como abogado del adolescente C.F.V. el Dr. Juan Facundo Masaguer, perteneciente al Ministerio Pupilar y de la Defensa y la Dra. Graciela Campos Romero en el carácter de Defensora de Niñez, Adolescencia y Capacidad Restringida en ejercicio de la representación complementaria, conferida por el art. 103 inc. a) del Cód. Civ. y Com. de la Nación. III. Atento la evidente situación de vulnerabilidad del grupo familiar de C.F.V., expuesta en Audiencia de fecha 07/02/2020, se oficie a la Dirección de Niñez, Adolescencia y Familia de la Provincia, a efectos de que, en el marco del Sistema de Protección Integral de Derechos consagrado en la Ley N° 26.061; Ley Provincial N° 8293 y Cód. Civ. y Com. de la Nación, tome intervención ante la amenaza y vulneración de derechos de NNyA, adjuntándose en el oficio a librarse los datos pertinentes, aplicándose a tal fin el Protocolo Interinstitucional de Aplicación del Sistema de Protección Integral de Derechos de N.N. y A. de la Provincia. IV. Costas: Sin imposición, según se considera. V. Honorarios: Oportunamente. Hágase saber. — *Ana C. Cano.* — *María C. Menéndez.*

Thomson Reuters

De menores a ciudadanxs a medias: el desmontaje de la escena

Vanina Lamberti (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Plataforma fáctica. Breve síntesis de la resolución ministerial y las sentencias dictadas en consecuencia.— III. Analizar... para desmontar la escena.— IV. Consideraciones finales.

"Aun cuando el 'menor' vuelva a ser niño no se convertirá, solamente por eso, en un ciudadano" (**).

I. Introducción

Cuando se menciona la figura "abogado del niño" **(1)**, ambos términos en una misma frase resultan para muchos desconcertantes, por decir lo menos, hay quienes lo denominan revolucionario y otros/as que, desde el lugar que ocupan, con mucha seriedad y compromiso, luchan para que este derecho sea una realidad efectivizada.

En ese sentido, es posible advertir que, aunque se trate de una figura prevista normativamente desde hace décadas, su implementación, ya sea desde lo legislativo como así también desde lo jurisdiccional, se ha convertido en una ardua tarea. Esto puede vincularse al hecho de que esta figura ha venido a poner en tensión los discursos y prácticas de profesionales e instituciones que trabajan con sujetos de derecho menores de edad, en tanto interpela intervenciones que se sostienen, aún hoy, ancladas en paradigmas anteriores (situación irregular-patronato) **(2)**.

Con esto se pretende destacar que la intervención del "abogado del niño" como herramienta jurídica permite, mediante acciones concretas, desmontar la escena y poner al descubierto eso que se oculta detrás de ropajes jurídicos cuando de la defensa y efectividad de derechos de niñas niños y adolescentes (en adelante, NNyA) se trata.

Si bien el siglo XX fue testigo de un profundo y dinámico proceso de reconocimiento y protección de los derechos de NNyA, considerando especialmente que uno de los mayores logros es el reconocimiento de que todas las personas, incluidos los niños, gozan de los derechos consagrados para los seres humanos **(3)**, el siglo XXI aún contempla la resisten-

(*) Abogada. Egresada de Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Patrocinante de la primera Adolescente Querellante de la Provincia de Córdoba, año 2018. Especialista en Intervención Social en Niñez y Adolescencia. Asesora externa de la Defensoría de los Derechos de Niñas Niños y Adolescentes de la Provincia de Córdoba.

(**) BARATTA, Alessandro, "Infancia y democracia", Derecho a tener derecho. Infancia, derecho y políticas sociales en América Latina, Ed. UNICEF, Montevideo, 1999, t. 4, ps. 207-236.

(1) Denominación empleada por la doctrina, jurisprudencia y legislaciones provinciales para referirse a la asistencia letrada especializada que pueden asumir abogados y abogadas con relación a niñas, niños y adolescentes. En consecuencia, a lo largo del documento esta nominación se utilizará de modo indistinto para referirse a ambos géneros.

(2) Ver BELOFF, Mary, "Protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular. Un modelo para armar y otro para desarmar", Revista Justicia y Derechos del Niño, 1, Ed. UNICEF, Santiago de Chile, 1999, ps. 13-16.

(3) CILLERO BRUÑOL, Miguel, "Infancia, autonomía y derechos. Una cuestión de principios", Infancia. Boletín

Thomson Reuters

cia a la inclusión de esos sujetos de derechos en el pacto social de la modernidad, en el pacto de ciudadanía **(4)**.

Una muestra clara de la afirmación precedente resulta ser la inercia imperante ante la puesta en marcha del sistema de protección integral de derechos, más específicamente, y en lo que al ejercicio efectivo de derechos refiere, en todos los niveles del sistema es posible observar acciones concretas que restringen, mediatizan y condicionan el derecho de NNyA de participar activa y personalmente en el ejercicio ciudadano de sus derechos.

Desde un enfoque de derechos basado en los derechos del niño, es indiscutible que asegurar la asistencia, el asesoramiento y el patrocinio letrado especializado es obligación del Estado como garante de los derechos fundamentales de NNyA. Al mismo tiempo, debe quedar en claro que esta materia, que aún se encuentra pendiente de cumplimiento efectivo en la mayoría de las jurisdicciones de nuestro país, no puede ser satisfecha a costa de resignar ciudadanía, seriedad, legitimidad y especialmente el respeto por las normas fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico.

Efectivizar el derecho a participar de modo real y efectivo, con las garantías constitucionales pertinentes, importa reconocer la ciudadanía que pertenece a NNyA, importa posicionarlos en un lugar mejor en términos de igualdad y no discriminación al momento de ejercer sus derechos.

En el contexto mencionado, se dictan en la provincia de Tucumán dos resoluciones judiciales de primera **(5)** y segunda instancia **(6)**, en la causa: "V. C. F. c. V. J. A. s/ alimentos. Expte. nro. 1045/19", ambos decisorios se pronuncian respectivamente sobre la invalidez y la validez constitucional de la resolución ministerial **(7)** emitida por el Ministerio Pupilar y de la Defensa de esa provincia con el objeto de crear la oficina de Abogado del Niño y regular, de ese modo y para esa provincia, el funcionamiento e implementación de la figura de abogado del niño.

En el desarrollo del presente trabajo será posible constatar cómo los actos administrativos emanados del Ministerio Pupilar y de la Defensa, y las respectivas sentencias recaídas en ambas instancias, cristalizan, ponen en acto cada una de las apreciaciones que he realizado inicialmente, en tanto evidencian el lugar desde el cual se mira, piensa y legisla al colectivo de NNyA, y consecuentemente cuál es la posición que se les otorga en cada una de ellas.

En este punto, y ante la ausencia de una ley nacional que regule de modo específico el funcionamiento de una figura jurídica tan importante para el ejercicio autónomo y efectivo de derechos de NNyA, es oportuno preguntarse si cualquier norma, en sentido amplio, es válida para regular su funcionamiento, y en todo caso si con ese fin es posible admitir medios que no se adecuen a las normas fundamentales. De ser así, en qué posición jurídica y social quedan los sujetos a quienes se les "garantiza" un derecho mediante la resignación de otros.

Cuando la inmediatez y la urgencia en dar respuestas pretende ser ponderada por sobre las deficiencias y la ausencia estatal: ¿se garantiza la condición jurídica de ciudadanos y ciudadanas que les pertenece a NNyA, o se asegura la propia inercia del sistema?

Estas reflexiones encuentran su punto de partida en las ideas del criminólogo Alessandro Baratta, quien invita a preguntarse: "¿en qué medida es ciudadano el niño y el adolescente en el sistema de la Convención?" **(8)**; aquí se extrapola esa pregunta y se circunscribe a los fallos que se pronuncian sobre la reso-

del Instituto Interamericano del Niño, 234, Montevideo, 1997, p. 29.

(4) BARATTA, Alessandro, "Infancia y democracia", ob. cit., ps. 207-236.

(5) Sentencia nro: 753, JCiv. Familia y Sucesiones, Única Nominación del Centro Judicial Monteros, Tucumán, fecha 06/11/2019. Inédito.

(6) Sentencia de segunda instancia, CApels. Concepción, Tucumán, fecha 20/02/2020. Inédito.

(7) Res. ministerial 04/2019 de fecha 01/04/2019 y su consecuente 229/2019, dictadas por el Ministerio Pupilar y de la Defensa de la Provincia de Tucumán.

(8) BARATTA, Alessandro, "Infancia y democracia", ob. cit., ps. 207-236.

Thomson Reuters

lución ministerial referenciada para interpelar: en qué medida los NNyA de Tucumán son ciudadanos y ciudadanas en ese sistema judicial y administrativo.

La respuesta que surja marca un rumbo, y sin dudas evidencia el lugar o el no lugar que NNyA tienen garantizado. Se destaca este punto debido a que se considera que no es una cuestión "menor" pensar en los discursos que alojan a estos sujetos de derecho, especialmente el discurso jurídico, ya que aquello que nomina de un modo determinado hace lugar, inscribe visibiliza, acciona y habilita a que se accione en consecuencia **(9)**.

Por lo tanto, el posicionamiento ideológico desde el cual se legisla no puede resultar indiferente, ya que, aun cuando pretenda velarse, se hará evidente cuando el contenido de la norma determine la invisibilidad de sus destinatarios, por la sencilla razón de estar pensada para sujetos que no pueden inscribirse válida ni legítimamente en ese discurso.

De allí que la actividad jurisdiccional se presente como el único camino posible, cuando no indispensable, para exigir la adecuación de cualquier normativa a valores y principios fundamentales consagrados en nuestro sistema de derecho constitucional convencional. Especialmente para marcar el borde claro y contundente que en definitiva asegure el respeto y la efectividad de la condición jurídica que pertenece a NNyA.

(9) En ese sentido: GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, "El Estado constitucional y convencional de derecho en el Código Civil y Comercial", Ed. Ediar, Buenos Aires, 2015, 2ª ed. ampliada y actualizada, p. 156: "Si bien lo jurídico configura solamente un aspecto del espectro social, dentro del entramado de las construcciones subjetivas de las personas, el discurso jurídico se presenta como el único sendero que, desde lo simbólico, conduce a la visibilidad. Todo aquello que se torna constitutivo para una persona como sujeto busca, como un cauce natural, que el discurso jurídico lo hospede en sus categorías supuestamente técnicas, operando como una Ley del Padre que posibilita el 'nacimiento simbólico'".

II. Plataforma fáctica. Breve síntesis de la resolución ministerial y las sentencias dictadas en consecuencia

II.1. Antecedente normativo

En el mes de abril del año 2019, el Ministerio Pupilar y de la Defensa de la provincia de Tucumán, dicta la res. 04/2019, mediante la cual crea una oficina de Abogado del Niño dependiente y perteneciente a la órbita de ese Ministerio.

Entre sus fundamentos expresa que "(...) sin desconocer el rol asignado al Ministerio Público a través de sus defensores de menores en el art. 103 del Cód. Civ. y Com... el organismo adecuado para la incorporación del Abogado del NNA sería el Ministerio Pupilar de la Defensa". En ese sentido, cita artículos de la Ley Orgánica del Poder Judicial, especialmente el art. 160 sexies, el cual habilita a la creación de organismos que *mejoren el servicio de sus funciones* (el resaltado me pertenece).

La resolución tiene por objeto reglamentar la designación y el funcionamiento de los letrados que serán designados como abogados del niño. Esos letrados y letradas formarán parte de una oficina que dependerá del Ministerio Pupilar. Consecuentemente, se dicta la res. 229/2019, mediante la cual se designan en sus funciones a esos/as abogados/as.

II.2. Primera instancia

En ese marco normativo, se presenta por ante el Juzgado de Primera Instancia Civil en Familia y Sucesiones Única Nom. Monteros, C. F., V., un adolescente de 17 años, patrocinado por un letrado que invoca el carácter de abogado del niño y adolescente dependiente del Ministerio Pupilar y de la Defensa, y acredita tal condición con la res. 229/2019. El adolescente inicia una petición de alimentos provisorios, en contra de su progenitor, J. A. V., pretendiendo, en consecuencia, de modo principal que se determinen alimentos a su favor.

La magistrada competente fija alimentos provisorios en los términos y condiciones que el accionante peticionó. Al mismo tiempo, dispone el control de constitucionalidad de oficio, basada en los arts. 5º y 88, Cód. Proc. Constitucio-

Thomson Reuters

nal de la provincia de Tucumán, de la normativa invocada por el letrado patrocinante para justificar su intervención, esto es: res. ministerial 04/2019 y res. 229/2019. Y atento a esta última cuestión, asigna intervención al Ministerio de Niñez y Adolescencia en el carácter principal, conforme art. 103, inc. b), Cód. Civ. y Com. **(10)**.

Cuatro ejes de análisis estructuran su tarea de argumentación respecto del contralor de compatibilidad de las normas con la Constitución Nacional, como así también con los tratados, pactos o convenciones internacionales que gozan de la misma jerarquía que aquella: 1) la fuente del acto administrativo contenido en las resoluciones 4/2019 y 229/2019. Por aplicación de tales leyes y de la Constitución Nacional, se considera la función asignada al Ministerio Público Pupilar y de la Defensa; 2) el principio de razonabilidad como fundamento de la prohibición de arbitrariedad administrativa; 3) la figura del Abogado del Niño. Función concreta y delimitada a la luz del sistema de protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; 4) supremacía constitucional, el bloque de constitucionalidad y la regla de reconocimiento constitucional.

Finalmente, concluye en la declaración de inconstitucionalidad de las resoluciones ministeriales mencionadas, y, en consecuencia, exhorta a la Legislatura de la Provincia de Tucumán a fin de que dicte las normas que regulen la figura de abogado del niño en real coherencia y consistencia con el sistema de protección integral vigente.

Breve reseña de los argumentos centrales del fallo de primera instancia.

(10) Art. 103, Cód. Civ. y Com.: "Actuación del Ministerio Público. La actuación del Ministerio Público respecto de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida, y de aquellas cuyo ejercicio de capacidad requiera de un sistema de apoyos puede ser, en el ámbito judicial, complementaria o principal. Inc. b) Es principal: 1) cuando los derechos de los representados están comprometidos, y existe inacción de los representantes; 2) cuando el objeto del proceso es exigir el cumplimiento de los deberes a cargo de los representantes; 3) cuando carecen de representante legal y es necesario proveer la representación".

II.2.a. Diferencias sustanciales entre el Abogado del Niño y el Ministerio Pupilar o representante complementario

Ambas figuras jurídicas resultan ser fundamentales dentro del sistema de protección integral para asegurar la participación de NNyA en procesos donde se discuten asuntos que los involucran. No obstante, cada una de estas figuras ha nacido ligada a paradigmas jurídicos diferentes.

Así es que el origen histórico del Ministerio Pupilar se remonta al año 1814, cuando quien era el Director Supremo de las Provincias Unidas del Río de la Plata crea el instituto y se mantiene a lo largo del tiempo. En la legislación de fondo elaborada por Vélez Sarsfield, este instituto fue receptado y legislado partiendo de la noción de incapacidad de hecho, que no solo abarcaba a menores, sino también a dementes, interdictos, personas por nacer e incluso en algún momento a las mujeres. Es un instituto legislado claramente con el objeto de proteger a quienes no eran considerados sujetos capaces de ejercer por sí mismos sus derechos y, por lo tanto, se les proveía de una institución estatal que velaría por el respeto de sus intereses.

Por lo tanto, su función, en términos de participación de NNyA, importa garantizarla de un modo indirecto, ya que ella se asegura a través de la representación que este organismo ejerce. Su intervención se da principalmente para asegurar el respeto de los derechos fundamentales de NNyA, con independencia de las pretensiones, deseos o intereses de estos.

El abogado del niño, por su parte, es una herramienta que nace con el paradigma de la protección integral, desde la consideración de NNyA como sujetos de plenos derechos, capaces de ejercerlos conforme a su autonomía progresiva. Por lo tanto, su función es asegurar la participación directa, real y efectiva de estos sujetos en todos los asuntos que los involucran. Es por eso que su rol es el de prestar asistencia técnica para garantizar que la voz de NNyA ingrese estratégicamente al proceso, y su tarea debe guiarse por lo que ese sujeto pretende, o desea, es decir, el interés superior del niño definido por el propio niño. No hay representación sino patrocinio, asistencia y asesoramiento.

Thomson Reuters

Esas diferencias son las que determinan la incongruencia sustancial y la imposibilidad material y jurídica de que ambas funcionen en la misma órbita y bajo la misma dependencia.

Así lo explica la jueza *a quo* en su sentencia: "... En lo que en este caso interesa puntualmente, el Ministerio Pupilar tiene como función la representación legal de las personas menores de edad, por mandato constitucional. Esta representación se integra a la de los padres o tutores de los niños, niñas y adolescentes (NNA) por expresa disposición del art. 103 del Cód. Civ. y Com., pero no implica actuar en nombre del niño por parte del Ministerio; sino que ese órgano ejerce el control de legalidad de los procedimientos en los que participan los niños, niñas y adolescentes (NNA), defendiendo los intereses generales de la sociedad y del niño en particular. La función esencial del Ministerio Pupilar es la de representar con todas las facultades y los deberes que le impone la ley, no la de asistir a las personas menores de edad. En esto radica la esencial diferencia con la figura del abogado del niño, profesional que tiene a su cargo la defensa técnica".

El análisis pormenorizado y detallado que la magistrada realiza de este punto la lleva a formular la primera pregunta, tan central como clave: "¿Es posible que dentro de un mismo organismo y bajo una misma autoridad máxima, se pueda controlar el funcionamiento de dos figuras con finalidades diferentes?". A lo cual responde: "La respuesta negativa se impone, pues es sabido que sin absoluta libertad, la función de control se desvanece con las consecuencias negativas que ello se deriva en términos democráticos; máxime en lo que respecta a instituciones que tienden —con diferentes roles— a la protección de derechos que comprometen a un colectivo vulnerable como lo son las personas menores de edad y a quienes les cabe un plus de protección debido a su condición de personas en pleno desarrollo".

II.2.b. Principio de razonabilidad y la indispensable adecuación entre medios y fines

En este punto la sentenciante expresa: "... los actos administrativos analizados, son inconstitucionales porque: Conllevan la irrazonabilidad del acto, por la ausencia de proporción entre lo que persigue (instaurar la figura del abogado del niño en la órbita del Ministerio Público y bajo su dependencia, y luego pretender atribuirle carácter de patrocinante o apoderado) y las funciones que le son inherentes por mandato constitucional (estrictamente representativas). El acto administrativo —en cuanto norma inferior— carece de razón suficiente convirtiéndolo (una de las formas de arbitrariedad), siendo pasible de la tacha de inconstitucionalidad. La regulación de la figura del abogado del niño y su ejercicio, es una tarea propia y excluyente del Poder Legislativo, porque así lo ordena el art. 12 de la CDN y art. 28, CN".

II.2.c. Abogado del niño. Delimitación de función. Defensa técnica y su campo conceptual

La confusión de roles y funciones determina regulaciones que no permiten considerar la defensa técnica en sentido amplio, con esto se quiere explicitar que hablar de defensa técnica ampliamente importa que ella puede ser ejercida por distintos actores (representante complementario, tutor especial o abogado del niño), según la singularidad y la autonomía progresiva de cada sujeto.

Al no interpretarse adecuadamente el amplio campo que incluye la defensa técnica de NNyA y las diferentes herramientas jurídicas que pueden asegurar la participación de ellos, el resultado es invisibilizar y restringir derechos.

En ese sentido, la sentenciante expresa: "De este modo, si bien es cierto que todo niño, niña y adolescente —tenga o no edad y grado de madurez— tiene derecho a una defensa técnica, lo cierto es que no queda claro cómo se accede a dicha defensa y el contenido, y, por ende, rol o funciones de quien defiende deberían ser diferentes. Sucede que cuando se regula igual lo que de base es diferente —tener o no edad y grado de madurez— ello conculca otro principio central del sistema de protección integral de conformidad con lo dispuesto en la ley 26.061 y la Convención sobre los Derechos del Niño como lo es el principio de especialidad y de capacidad progresiva. Estas diferencias no pueden ser confundidas en materia de derechos de infancia, derecho civil, derecho procesal, y las garantías judiciales del bloque constitucional en vigencia".

Thomson Reuters

II.2.d. Paradigma constitucional y convencional de derecho

La magistrada ejerce su rol desde el paradigma mencionado, y por ese motivo valora la resolución ministerial a la luz de las disposiciones y principios de la Carta Magna, para concluir que "[s]e caracteriza una regresión en materia de derechos fundamentales y garantías mínimas procesales para la infancia y adolescencia. No se ajusta a la norma superior y en consecuencia no satisface su mandato".

II.3. Segunda instancia: recurso de queja por apelación denegada

En contra de la sentencia de primera instancia, el adolescente, junto a su abogado patrocinante, interponen recurso de queja por apelación denegada por ante la Cámara Civil en Documentos y Locaciones y Familia y Sucesiones de Concepción, sala en lo Civil en Familia y Sucesiones.

La sala interviniente da trámite al recurso y, previo a resolver, incorpora el dictamen de la Fiscalía de Cámara Civil, del cual se aparta, y en cumplimiento del art. 12 de la CDN fija audiencia en el mes de febrero del año 2020, a fin de escuchar al adolescente y conocer su deseo y voluntad en la causa.

Finalmente resuelve: "Revocar la sentencia dictada en fecha 06/11/2019 y dejar sin efecto, en el caso concreto de autos, la declaración de inconstitucionalidad de la res. 4/2019 de fecha 01/04/2019 y como consecuencia de la res. 229/2019 dictadas por el Ministerio Pupilar y de la Defensa". Al mismo tiempo, y expresando que este punto se basaría en el categórico deseo del adolescente, dispone que siga interviniendo en el presente proceso como su abogado el letrado perteneciente al Ministerio Pupilar y de la Defensa, como así también la representante complementaria defensora de niñez, adolescencia y capacidad restringida.

En su análisis, la sala toma los argumentos esgrimidos en primera instancia para responder cada uno de ellos y fundamentar de ese modo su decisión final. Seguidamente se trascriben, en resumen, las ideas centrales de su argumentación.

II.3.a. Diferencias sustanciales entre el Abogado del Niño y el Ministerio Pupilar o representante complementario

En relación a este punto, y al modo en que fue ponderado y argumentado por el órgano de primera instancia, la Cámara comienza expresando su coincidencia: "Visto así, parecería que está en colisión con la norma constitucional (art. 120, CN) la existencia de la figura del Abogado del Niño, Niña y Adolescente bajo la dependencia del Ministerio Público Pupilar, toda vez que su función no es representar a la persona menor de edad en términos estrictamente procesales sino de brindar asistencia técnica a través de su patrocinio letrado (art. 27 de la ley 26.061, dec. reglamentario 415/2006)".

Sin embargo, seguidamente cambia sin más su parecer, se aleja de ese aparente acuerdo con la jueza *a quo* para poner en el centro de su análisis el derecho a participar en el proceso de NNyA. Este cambio se entiende como un intento de traer al debate el derecho a ser escuchado y a participar de los procesos con asistencia letrada de todo NNyA, para justificar así su primera conclusión: "No obstante, entendemos que limitar la cuestión y/o debate constitucional a ese aspecto de la competencia funcional, implica en el caso concreto de autos que la tacha de inconstitucionalidad ha sido pronunciada en términos genéricos o abstractos... Sin embargo, la Sra. juez *a quo* al disponer mediante proveído de fs. 11 (expte. principal) el control de constitucionalidad, respecto a la posibilidad de que intervenga en autos un abogado del NNA designado por el Ministerio Pupilar y de la Defensa, desecha la palabra de C. F. V. de querer participar en el proceso con defensa propia. El derecho a participar en el proceso y las garantías con las que debe contar al hacerlo una persona menor de edad, es un tema que ha ocupado un lugar central en la cultura legal de nuestro país".

II.3.b. En cuanto al principio de razonabilidad y la indispensable adecuación entre medios y fines

La Cámara cita y referencia abundante doctrina para construir la defensa argumental en favor de la validez de la normativa en cuestión; sin embargo, su preludio argumentativo conduce, aun cuando no ha sido esa la intención de la Cá-

Thomson Reuters

mara, a preguntarse si cualquier medio es válido para alcanzar determinados fines: "Así tenemos que toda norma jurídica debe ser razonablemente justa, tanto en su aspecto formal como material, para tener fuerza ordenatoria y ejemplificadora y ser cumplida por todos nosotros, sumado a que si además se pretende reglamentar un derecho, se debe desarrollar sobre la base de un fin social sin destruir ningún derecho amparado en nuestra Constitución, pero para llegar a esos fines los medios que se utilicen debe tener una razonable adecuación con ellos".

De las expresiones vertidas por la Cámara parece surgir la idea de que la urgencia o inmediatez podrían justificar la validez de una norma, independientemente de la adecuación de medios afines: "Resulta necesario destacar que en nuestra provincia no existe ley que regule la figura del Abogado del Niño. (...) Es imprescindible aclarar que tanto los colegios profesionales como el Ministerio Pupilar y de la Defensa han diseñado, cada uno dentro de su estructura y por vía reglamentaria, las Oficinas y Comisiones de Niñez y Adolescencia en la que se desempeñan letrados como abogados del niño, ya que como expresamos, no existe norma legal que regule específicamente la figura del Abogado del Niño en nuestra provincia. Esta iniciativa tanto de los colegios profesionales como del Ministerio Pupilar y de la Defensa, con las que se puede estar de acuerdo o no, han sido creadas como una respuesta inmediata a las necesidades puntuales de los niños, niñas y adolescentes de participar en los procesos por sí, y con asistencia letrada. Esto no implica que no deba existir la ley. La ley que regule la figura del Abogado del Niño es indispensable y debe emanar del Poder Legislativo. Pero, ahora bien, la realidad indica que, ante la ausencia de ley, es posible la participación del citado profesional en los procesos de acuerdo con las normas y principios convencionales y constitucionales vigentes. De otro modo, ¿cómo podría cumplirse con la adecuada participación, por sí, de los niños, niñas y adolescentes en los procesos?". En mi análisis intentaré esbozar alguna respuesta a esta enfática pregunta.

II.3.c. Abogado del niño. Delimitación de función. Defensa técnica y su campo conceptual

En cuanto a la función y rol de abogado del niño, la Cámara lo ha delimitado de un modo preciso, conforme a la normativa vigente, e incluso en coincidencia con las precisiones formuladas por la jueza *a quo*.

Sin embargo, luego utilizará estas descripciones para sostener como válida la designación del abogado del adolescente, miembro de la oficina dependiente del Ministerio Pupilar, desconectando la cuestión de la normativa que le ha dado sustento a su intervención. Y con el mismo fin, validar la intervención del letrado mencionado, tomará las expresiones del adolescente vertidas en la audiencia a la que la Cámara lo citó: "Su deseo se manifiesta, se expresa: 'Yo quiero que el siga siendo mi abogado' y ante la firmeza de su elección y la certeza en la designación del Dr. M. como su abogado patrocinante en el rol de abogado del niño, cede la extrema declaración de inconstitucionalidad emitida por la Sra. jueza de grado". De este modo, la Cámara hace pesar sobre el deseo del adolescente la responsabilidad de convalidar una normativa viciada.

II.3.d. Paradigma constitucional y convencional de derecho

Finalmente, revoca la declaración de inconstitucionalidad, para explicar que hacer primar la supremacía del bloque constitucional y la regla de reconocimiento constitucional "Se trata de un acto de suma gravedad institucional, de última *ratio* a la hora de decidir... A riesgo de provocar inseguridad jurídica se declara la inconstitucionalidad —constituyendo decisión de última *ratio*— de las res. 4/2019 y 229/2019 sin considerar las consecuencias del fallo".

Con este argumento la Cámara se aleja de paradigma constitucional y convencional de derecho vigente desde 1994, ya que, dentro de él, la declaración de inconstitucionalidad no puede ser pensada como la última *ratio* sino como una garantía fundamental **(11)**, como una tarea

(11) En ese sentido, GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, "El Estado...", ob. cit., p. 28: "Los jueces cumplen una función interpretativa y ponderadora argumental de las antino-

Thomson Reuters

esencial y central del Poder Judicial para asegurar precisamente ese Estado de derecho al que suscribimos desde el año mencionado.

III. Analizar... para desmontar la escena

Las palabras y valoraciones contenidas en los fallos bajo análisis dan respuesta a cada una de las preguntas formuladas al inicio de este trabajo. Al mismo tiempo, refuerzan la idea central que guía mi análisis: la imperiosa necesidad de acciones concretas que hagan realidad el paradigma vigente, actos que materialicen y por lo mismo reconozcan de modo real y efectivo la condición jurídica de sujetos de derechos que pertenece a NNyA. De otro modo, serán completamente vacías e insuficientes las nominaciones si no encontramos funcionarios, operadores, abogados y abogadas, adultos en general dispuestos a ponerlas en acto.

Lo afirmado precedentemente resulta acorde con el imperativo moral, ético y normativo que surge del paradigma de protección integral de derechos, y que a esta altura del siglo nos sigue interpelando como sociedad por las implicancias que él tiene. Porque en definitiva se trata de reconocer que NNyA solo podrán mejorar su posición en la sociedad, y hacer efectivos sus derechos, en tanto las personas adultas estén dispuestas a ceder los privilegios de los que gozan mientras predominan ideologías adultocéntricas.

Se trata de ceder espacios de poder para que efectivamente la voz, los deseos y los intereses de NNyA aparezcan con la fuerza y la seriedad que merecen.

Entonces es aquí donde se debe advertir que las resoluciones dictadas por el Ministerio de la Defensa de la provincia de Tucumán, que se presentan como normativa que pretende garantizar derechos fundamentales de NNyA, tal como el derecho a contar con asistencia letrada, al imponer formatos de naturaleza tutelar para la implementación de esta, importa el reconocimiento sesgado y restrictivo de un derecho.

Este tipo de resoluciones administrativas representa una de las tantas manifestaciones de dominación, del biopoder que ideológicamente atraviesa las relaciones con las infancias **(12)**, debido a que se enmascaran argumentaciones con diferentes formas, en este caso la jurídica, para asegurar la relación de dominación sobre niños y adolescentes.

Pretender regular la figura del abogado del niño mediante una resolución ministerial cuyo objeto es crear una oficina que funcione y dependa del Ministerio Pupilar es, cuando menos, una falacia jurídica, como se sostuvo en primera instancia, al mismo tiempo que atenta abiertamente contra el principio de igualdad y no discriminación de los derechos de NNyA.

Y esto no es algo que pueda ser pasado livianamente por alto, toda vez que "[n]o se trata solo de descifrar lo que se juega en el mundo, sino también de la decisión de qué de esto se legitima y *cómo se lo legisla pues esto tendrá consecuencias en los sujetos*" **(13)** (el resaltado me pertenece).

La base ideológica que sustenta las acciones no puede ser inadvertida, porque en definitiva "(...) la ideología desactiva la forma comunicativa del lenguaje para servir a los intereses del poder. Y si las formas de la comunicación son sistemáticamente distorsionadas, se producen dos cuestiones cruciales para entender su vigencia en la lucha política: la apariencia de normatividad y la imparcialidad" **(14)**.

Entonces, es importante pensar en la resolución ministerial en estos términos, en tanto, bajo apariencia de normativa válida, pretende regular una figura jurídica trascendente para la participación directa y legítima de NNyA en los procesos como es el abogado del niño, desnaturalizándola, toda vez que la incorpora a la órbita

mias y lagunas que existen entre la Constitución y la ley cuando deben resolver un caso concreto mediante el ejercicio del control de constitucionalidad (de oficio o a pedido de parte). Deben invalidar las leyes contrarias a la Constitución (...)".

(12) Para profundizar esta idea, ver BUSTELO, Eduardo, "El recreo de la infancia. Argumentos para otro comienzo", Ed. Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2007.

(13) LUBATTI, Ana, "El nuevo Código Civil. Consecuencias en el inconsciente", Notas de Niños Revista de Psicoanálisis. Inconsciente, año 3, nro. 3, Ed. Departamento de Investigación de Psicoanálisis con Niños CIEC-NRC, 2018, p. 74.

(14) BUSTELO, Eduardo, "El recreo...", ob. cit., p. 35.

Thomson Reuters

de control y dependencia de un organismo que, por mandato constitucional, debe cumplir con una función también de defensa, pero desde un lugar completamente diferente dentro del sistema de protección integral.

Por lo tanto, no tener en claro los roles de cada uno —Ministerio Pupilar y abogado del niño— y pretender que su desempeño puede darse libremente dentro de una misma estructura, importa necesariamente dictar normativas que no se adecuen a la finalidad que pretenden cumplir y, por lo mismo, sean arbitrarias e irrazonables tanto como discriminatorias.

Seguidamente se explica y profundiza la afirmación precedente: se trata de instituciones que nacen al amparo de paradigmas diferentes, así lo ha destacado el fallo de primera instancia, al igual que calificada doctrina, en tanto el Ministerio Público ha nacido ligado al patronato, al sistema tutelar y por lo mismo piensa y concibe a las infancias desde lo que no pueden, desde la incapacidad, así es que "... se engendró un sistema que consideraba a los niños y jóvenes objetos de protección-tutela, donde sus intereses eran llamados a ser protegidos-tutelados por el defensor público de menores, sin que en nada interfiriera la voluntad del representado" **(15)**. Por lo tanto, su función era y sigue siendo la "... de pronunciarse conforme a derecho, no debiendo inclinarse necesariamente por la posición más favorable a los intereses del niño, aun cuando su dictamen contraríe las pretensiones sustentadas por el representante individual de aquel" **(16)**.

Esta es una primera y sustancial diferencia con el rol que asume en la defensa técnica el abogado del niño, quien defiende estratégicamente los intereses particulares del sujeto al que patrocina, asesora y asiste, y, conforme ha sido resaltado *supra*, no puede apartarse ni sustituir la voluntad de la persona menor de edad.

Por lo tanto, tener en claro estas diferencias constitutivas de cada figura tiene consecuencias prácticas inevitables. Una de ellas que aparece de modo notorio es la que impide que funcionen en una misma órbita ambas instituciones, porque contralor y controlado no pueden materialmente estar sujetos a la misma autoridad máxima, conforme lo destaca la magistrada de primera instancia.

Ambas figuras defienden al mismo sujeto, pero lo hacen desde lugares y con intereses diferentes. Luego, estos últimos deben prevalecer conforme sus funciones, esto es: el interés general de la sociedad y el interés superior del niño, definido desde la mirada adulta, es el que debe primar en caso del Ministerio; por su parte, el abogado del niño debe custodiar estratégicamente el interés particular del niño, pensado y expresado desde el NNyA al que defienda y patrocine.

En este punto en que se ponen de resalto las consecuencias prácticas, es posible plantear el caso en que el dictamen del representante complementario no coincidiera con lo pretendido por el NNyA, como algunas veces ocurre, resulta válido preguntar, por vía de hipótesis, cuál de las dos posturas prevalecería en su defensa en un marco normativo como el de Tucumán, cuando ambos funcionarios dependen de la misma autoridad.

Más aún, estas dicotomías pueden dar lugar a diferentes planteos y estrategias jurídicas dentro de un mismo procedimiento, y cada actor procesal, en el marco de sus funciones y competencias, intentará lograr que prevalezca la postura que defiende. Ahora bien, se presenta la duda, entonces, de si esto sería posible de realizar en el contexto normativo descripto.

Es decir, si ambos funcionarios dependen de la misma autoridad, la cual por mandato constitucional (art. 120, CN) debe "... promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, los intereses generales de la sociedad en coordinación con las demás autoridades de la República", cómo podría ese organismo, válidamente

(15) RODRÍGUEZ, Laura, "El asesor de menores nació ligado al Patronato y el abogado del niño, ligado a la protección integral de derechos. ¿Es posible compatibilizarlos?", en Redefiniendo el rol del asesor de menores, monografías seleccionadas en el concurso realizado en las XXII Jornadas Nacionales de los Ministerios Públicos 2009, Eudeba, Buenos Aires, ps. 38-39.

(16) D'ANTONIO, Daniel H., en GIL DOMÍNGUEZ, Andrés - FAMÁ, María Victoria - HERRERA, Marisa, Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes. Comentada, concordada y anotada, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2012, ps. 481-482.

Thomson Reuters

y sin incumplir con lo que la Constitución le ordena, permitir que uno de sus dependientes, el abogado del niño, actúe contrariando esos intereses generales.

Debe enfatizarse, porque no es una cuestión menor, que en ese régimen instaurado por el Ministerio mencionado sería muy complejo imaginar cómo el abogado del niño defendería el interés particular de un niño si este no se adecua a los intereses generales de la sociedad.

Y entonces, llegados a este punto, se advierte sin dificultad que *la independencia orgánica y profesional del abogado del niño* resulta ser clave para lograr la asistencia letrada de NNyA, y su consecuente defensa de derechos e intereses, de modo serio e irrestricto.

Lo que ha hecho el Ministerio Pupilar y de la Defensa de la provincia de Tucumán al regular de ese modo el funcionamiento del abogado del niño *es reconocer derechos de modo simbólico*, y consecuentemente asegurar que los discursos dominantes, aquellos restrictivos de derechos, se sostengan bajo la apariencia sesgada de la defensa del derecho a participar.

Fraser lo explica de modo claro y elocuente cuando expresa: "(...) importa que los grupos dominantes mantengan su preeminencia e invisibilicen a aquellos que aun diciendo no son escuchados, son silenciados, alentados a mantener incipientes sus deseos, es así que mediante el desconocimiento de las diferencias se logra la dominación de los grupos más débiles. Se fuerza a unos a participar utilizando el lenguaje, el tono o las palabras de otros para expresar sus pensamientos" **(17)**.

En este supuesto bajo análisis, se fuerza a que NNyA tengan asistencia letrada para participar en los procesos enmascarando la tarea de estos funcionarios que, en la práctica, ¿tendrán la suficiente independencia funcional para apartarse sin mayores dificultades de los lineamientos, principios y reglas de funcionamiento del Ministerio del cual dependen? No hay previsión normativa que habilite esa posibilidad en las resoluciones ministeriales, y en ese sentido los inconvenientes prácticos parecen ser insalvables, desde que no han sido considerados ni mucho menos regulados.

Toda la normativa en cuestión revela el sesgo desde el cual ha sido creada, lo cual resulta coherente con la institución que la dicta y, por lo mismo, flagrantemente inconstitucional, si se contrasta con las normas fundamentales que dan sustento a la figura de abogado del niño.

A continuación, se mencionan algunos artículos de la resolución para poner de resalto la afirmación formulada precedentemente.

Art. 4º **(18)** *de la res. 04/2019:* refiere a las designaciones de los/as letrados/as que formen parte de la oficina creada para patrocinar a NNyA y puntualmente expresa que ellas "(...) serán irrenunciables, salvo causales de excusación o recusación con causa, elevadas al Ministerio Pupilar y de la Defensa".

Hay aquí dos cuestiones a destacar: por un lado, el abogado/a que toma un caso no puede renunciar al patrocinio del sujeto, eso no se condice con el ejercicio de la profesión liberal y su correspondiente servicio de abogado/a patrocinante, cuestión que no debería haber pasado desapercibida, ya que se trata de la regulación de la figura abogado del niño.

Por otra parte, poniendo de relieve el mismo punto, no se ha previsto la posibilidad de que el sujeto patrocinado pueda revocar el patrocinio, solo se habla de excusación o recusación, por lo tanto el NNyA, en esta normativa, se encuentra obligado a peticionar la recusación por ante el Ministerio Pupilar, conforme los términos de la normativa, o aguardar a que su patrocinante se excuse, por ante ese mismo órgano, de seguir interviniendo.

(17) FRASER, Nancy, "Repensar el ámbito público: una contribución a la crítica de la democracia realmente existente", Debate Feminista, año 4, vol. 7, 1993, México, p. 36.

(18) Res. 04/19, art. 4º: "Excusación o recusación. Una vez designado el letrado, se informará a la autoridad administrativa o judicial solicitante el nombre del profesional que intervendrá en el caso concreto. Las designaciones serán irrenunciables, salvo causales de excusación o recusación con causa, elevadas por escrito al Ministerio Pupilar y de la Defensa. La inobservancia del profesional a alguna de las reglas o deberes establecidos en la presente, derivará en sanciones previstas por el Sr. Ministro Pupilar y de la Defensa".

Thomson Reuters

Los términos utilizados revelan que la figura del abogado del niño no encuadra en sus previsiones, esta normativa no se corresponde con la defensa técnica a la que NNyA tienen derecho conforme los términos que lo prevé la normativa nacional (art. 27, ley 26.061) e internacional (art. 8º, Convención Americana de Derechos Humanos; arts. 37 y 40, Convención de los Derechos del Niño; Reglas 7, 14, 15.1, y 18 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, "Reglas de Beijing").

En el mismo artículo, el párrafo siguiente reconoce la posibilidad de que *el Ministro Pupilar y de la Defensa sancione a los funcionarios "abogados de niño"* que no cumplan con sus funciones. Y es aquí donde se debe regresar a los planteos y preguntas formuladas en torno a cuáles serán los principios y lineamientos que prevalecerán, en este caso, para guiar la actividad del órgano que tiene la potestad sancionatoria. Se entiende que en la valoración de la actuación del abogado del niño y la posible aplicación de sanciones serán los mandatos del Ministerio Pupilar los que se tomarán en cuenta, debido a que la norma no da lugar a otra posibilidad, de hecho, *la sanción se habilita en tanto son sus dependientes.*

Sin embargo, la actuación de abogados del Niño *debería regirse por el código de ética que regula el ejercicio de la abogacía*. Lo cierto es que de la normativa analizada no surge esa posibilidad, ni resulta habilitada esa interpretación, atento a que se trata de funcionarios dependientes de un ministerio, con lo cual aplicar ese Código sería una incongruencia.

El *art. 8º* **(19)** *de la resolución ministerial*: refiere a un funcionario que será el encargado de admitir casos. Es decir que el ejercicio personal del derecho a contar con asistencia letrada especializada debe ser sometido a un previo control administrativo para admitir o denegar su ejercicio. Es este un condicionamiento imposible de pensar desde el paradigma de protección integral de derechos, ya que obliga al titular del derecho a peticionar a un órgano administrativo la admisión de su ejercicio. La mera lectura del artículo citado pone de resalto la incongruencia con la figura que pretende regularse.

Por su parte, el *art. 9º* **(20)** prevé la posibilidad de ejercer el rol de abogado del niño como apoderado invocando justa causa. Es decir que el propio abogado/a será el que invocará justa causa y se "auto otorgará" el poder para representar al sujeto de derechos menor de edad, esta es la única interpretación posible conforme los términos de la propia norma, y atento a que de toda la normativa del Código Civil resulta que los NNyA no se encuentran facultados para otorgar poderes. La mirada adultocéntrica y tutelar impregna sobremanera esta disposición, junto con la invisibilización del sujeto al que pretende destinar su contenido.

Es oportuno aquí recordar que "el derecho, cuando *esconde, silencia o no regula*... excluye" **(21)** (el resaltado me pertenece).

III.1. El debate constitucional: sobre su oportunidad y pertinencia

Luego del análisis de la norma en cuestión, se advierte que cuando en el fallo de segunda instancia se afirma: "No obstante, entendemos que limitar la cuestión y/o debate constitucional a ese aspecto de la competencia funcional, implica en el caso concreto de autos que la tacha de inconstitucionalidad ha sido pronunciada en términos genéricos o abstractos", se desconoce

(19) "Art. 8º.— Admisión de casos. La Oficina del Abogado del Niño tendrá un encargado quien tendrá la función de admisión de casos y distribución de los mismos. En caso de negativa deberá fundar su decisión y comunicar al peticionante las razones por las cuales no se admite la actuación del abogado del niño. En materia penal atento a que su implementación será progresiva se tendrá en cuenta la intervención conforme cantidad de requerimientos y operatividad de la oficina".

(20) "Art. 9º.— Rol del abogado. El patrocinio letrado de niñas, niños y adolescentes es la asistencia técnica especializada que constituye la garantía del debido proceso y el ejercicio del derecho a ser oído de manera útil y eficaz, cualquiera sea su edad, condición, y estado de salud, considerando y haciendo primar la capacidad progresiva y su estado de madurez. La actuación del letrado será en principio como patrocinante, porque no suple la voz del niño, sino que lo acompaña respetándolo como sujeto de derecho. Excepcionalmente podrá actuar como apoderado invocando justa causa".

(21) HERRERA, Marisa, "El derecho cuando no regula o silencia, excluye", Revista Registros Tomo Verde, Colección Diálogos, Buenos Aires, 2014, p. 39.

Thomson Reuters

que es precisamente ese aspecto valorado por la jueza *a quo* lo que pone en el centro de la escena al verdadero protagonista para decirle a él, y en su nombre al colectivo de NNyA, que no será resignando ciudadanía, independencia, ni mucho menos de modo regresivo y tutelar, que se permitirá la regulación y ejercicio de derechos tan trascendentes como el de participar de un proceso con garantías legales.

Ha sido precisamente ese debate constitucional el que ha jerarquizado el lugar de sujeto de plenos derechos de NNyA, para asegurar que un medio tan arbitrario como ilegítimo no atraviese el ejercicio de sus derechos.

En ese sentido se ha pronunciado otro juez de la provincia tucumana, resolviendo también la declaración de inconstitucionalidad de la norma y expresando acertadamente: "(...) no pretendo desconocer la loable intención del Ministerio Pupilar y de la Defensa de brindar asistencia letrada especializada a los NNyA para que puedan ejercer sus derechos en los diferentes procesos en que lleguen a ser parte o deban ser oídos; pero lo cierto es que recordando aquella frase atribuida al monje francés San Bernardo de Claraval: 'El camino al infierno está empedrado de buenas intenciones', no puedo dejar pasar por alto la esencial diferencia entre la función de Ministerio Pupilar con la figura del Abogado de NNyA —profesional que tiene a su cargo la defensa técnica del mismo— y la inconveniencia de que tal letrado especializado se encuentre bajo la órbita pupilar del mencionado órgano cuya función esencial es absolutamente distinta. Todo ello con el agravante de que Tucumán carece hasta la fecha de una norma que regule la actuación del Abogado de NNyA en la provincia, siendo una deuda legislativa de carácter impostergable..." **(22)**.

Por su parte, la Cámara de Apelaciones omite ponderar esta normativa a la luz de las disposiciones constitucionales y convencionales, y toma el derecho a participar de los procesos con asistencia letrada como un baluarte que, según surge de sus propios dichos, justificaría la implementación de normas que la regulen de modo inválido.

Por tanto, cuando se pregunta: "De otro modo, ¿cómo podría cumplirse con la adecuada participación, por sí, de los niños, niñas y adolescentes en los procesos?", es aquí donde se intentará responder, siguiendo el paradigma vigente: para que una *participación sea adecuada*, cada uno de los actores del sistema de protección integral *debe conocer y ejercer correctamente su rol*, para ello el Ministerio Público de la Defensa puede y debe, en el estricto cumplimiento de sus funciones, exigir a los órganos competentes (Legislatura provincial) el dictado de normas y de políticas públicas consecuentes para asegurar el respeto por los derechos fundamentales de NNyA a quienes, por otra parte, están facultados para representar también de modo principal e incluso extrajudicial (art. 103, inc. b).

IV. Consideraciones finales

"... Y estos niños a los que les escupen, mientras tratan de cambiar sus mundos, están inmunes a sus consultas. Son muy conscientes de lo que están viviendo..." **(23)**.

Es importante enfocar el análisis y la ponderación de las normas más allá de la finalidad explícita, para hacer ingresar en la tarea aquello que le da sustento.

Es en esa ardua tarea que el principio de igualdad y no discriminación puede marcar una pauta muy interesante en casos como el que se encuentra bajo análisis, toda vez que, tras la máscara de garantizar el derecho a ser oído con patrocinio letrado, se regulan, y consecuentemente implementan y convalidan, normativas donde aparecen situaciones discriminatorias ocultas e indirectas, tal como enseña Gil Domínguez **(24)**.

(22) JPenal de Menores, 2ª Nom., 28/11/2019, "Ch. B., T. W. s/ robo y robo agravado en concurso real. Víctima: R. F. O. - A. C. C.".

(23) JONES, David R. —David Bowie— (1947-2016), músico y compositor británico de rock, ejerció a su vez como actor, productor discográfico, arreglista y diseñador gráfico.

(24) GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, "El Estado...", ob. cit. Al respecto, enseña: "(...) las situaciones discriminatorias ocultas e indirectas se encuentran agazapadas en actos u omisiones que invocan determinadas razones en principio ajenas a los criterios prohibidos para limitar el ejercicio de derechos fundamentales, pero que, en reali-

Thomson Reuters

Este supuesto es el que ha ocurrido con la res. ministerial 04/2019, como así también con la sentencia de Cámara que la convalida, y esto debe ser puesto en evidencia debido a que se les ha dicho a NNyA de Tucumán que tendrán derecho a contar con asistencia letrada especializada, pero lo que no se les ha explicitado es que podrán ejercerlo conforme a las reglas y condicionamientos que el organismo ha delineado y establecido desde su posicionamiento tutelar.

No se les informa que en realidad su derecho es más amplio, y permite la libertad de elegir a un letrado/a especializado/a, que si no contaran con recursos económicos, el Estado debería igualmente proveerle de uno/a. Que el derecho a la defensa técnica que les pertenece importa obligaciones para el Estado, entre otras, de asegurar un patrocinio especializado, gratuito y por sobre todas las cosas independiente. Se difunde e implementa enmascarando la mirada adultocéntrica que predomina en todo el contenido de la norma analizada.

En esa lógica argumental ingresa el razonamiento de la sentencia de Cámara, la cual afirma que, pese a que "parecería inconstitucional", su validez se sostiene porque, aunque no sea por una ley, al menos encuentran los NNyA de Tucumán "algo", por así nombrarlo, que les permitiría ejercer su derecho a participar de un proceso y ser oído con garantías procesales.

Se desentiende del contenido de esa normativa, no importa que su naturaleza sea netamente tutelar, importa el fin. No importa que vuelva en su regulación un siglo para atrás, no interesa que en definitiva lo que se reconozca sea una "ciudadanía a medias".

Es sin dudas un "entramado argumental perverso, negador y ocultador" **(25)** y, por tanto, "También es muy importante que encuentre a jueces y juezas capacitados transdisciplinariamente para que puedan captar y resolver cuestiones que no se reducen exclusivamente a lo jurídico" **(26)**.

Por lo tanto, parafraseando al prestigiosos constitucionalista **(27)**, se enfatiza en que el desafío en un Estado constitucional y convencional de derecho es desmontar la escena, esa que se juega en otro lado pero que ingresa al discurso jurídico en la medida en que nos atrevemos como parte de esta sociedad a proponerlo, esa que sustenta, en definitiva, las regulaciones explícitas que toman la forma de normas, resoluciones o sentencias.

En algunos casos ese desmontaje permitirá incluir y reconocer con pluralismo y tolerancia eso que sucede en la sociedad más allá de lo normativo. Y en otros casos, *como en el supuesto bajo análisis*, importará descubrir que detrás de esa escena que se presenta como garantista hay un sesgo tutelar que solo pretende dominar, restringir y, por lo mismo, regular una figura jurídica trascendente para el ejercicio autónomo de derechos de NNyA contrariando normas fundamentales.

dad, utilizan categorías discriminatorias envueltas en la supuesta asepsia técnica del discurso jurídico (...)", p. 169.

(25) *Ibidem*, p. 171.

(26) *Ibidem*.

(27) *Ibidem*, p. 157.

Thomson Reuters

DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

Inmueble adquirido en cuotas abonado íntegramente por la mujer. Perspectiva de género. Disidencia.

Con nota de Roberto Malizia

1. — Corresponde aplicar la perspectiva de género, ya que es la mujer quien abonó las cuotas con el producido de su trabajo mediante cesión de haberes, sin oposición de la contraria ni acreditación de contribución alguna al respecto, por lo que, admitir el derecho de recompensa desde que se produjo la disolución de la sociedad conyugal, no solo implica vulnerar derechos de la parte actora sino también no responder al orden natural en que se han desarrollado los hechos de la vida cotidiana en este caso concreto; sumado a esto, cabe la consideración especial a la actora en su condición de mujer en situación de vulnerabilidad, materializado en una medida de protección de persona, dictada en otro proceso.

2. — El juzgador se encuentra facultado a corregir aún de oficio la planilla de liquidación cuando no guarde estricta correspondencia con las pautas fijadas en la sentencia que condena al pago de una suma de dinero, razón por la cual, la falta de impugnación de la contraria no resulta obstáculo para que el juez, en su condición de director del proceso, procure el cumplimiento adecuado de lo dispuesto por sentencia firme y proceda en consecuencia, a practicar nueva liquidación acorde a los parámetros establecidos, evitando dilaciones innecesarias. (Del voto en disidencia de la Dra. Menéndez).

3. — La sentencia impugnada no se expide sobre el alcance de la recompensa en cuestión, sino que se limita a verificar que se observen los parámetros establecidos en la sentencia dictada con anterioridad alcanzada por autoridad de cosa juzgada, por lo que los agravios que pretenden modificar tal decisorio no pueden prosperar al haber precluido la oportunidad de hacerlo. (Del voto en disidencia de la Dra. Menéndez).

CCiv., Documentos y Locaciones, Concepción, 04/09/2019. - D. G. D. V. c. D. J. D. s/ Disolución de la sociedad conyugal.

[Cita on line: AR/JUR/61370/2019]

Expte. N° 616/14

2ª Instancia.- Concepción, septiembre 4 de 2019.

Considerando:

Que vienen los presentes autos a conocimiento y decisión del Tribunal, por el recurso de apelación interpuesto, en tiempo y legal forma, por la actora en autos, en contra de la sentencia N° 194 de fecha 22 de Marzo de 2019, obrante a fs. 187/190 fte. de autos.

En fundamento del recurso de apelación, la recurrente pide se revoque la sentencia cuestionada y se reconozca su derecho a ser recompensada con la adjudicación del único inmueble objeto de la litis, con costas.

Sostiene expresamente que "esta parte promueve incidencia de ejecución de sentencia luego de que mediante fallo de fs. 112/116 (03/11/2017) se le reconociera el derecho de recompensa por el pago de las cuotas que esta parte efectuó para adquirir el inmueble sito en ...".

Indica que "...En efecto, el punto II° de la sentencia aludida expresamente dice: Reconocer... el derecho de recompensa en contra de la comunidad por el reintegro de las sumas abonadas en concepto de cuotas abonadas (sic) respecto del inmueble de carácter ganancial descripto en el punto anterior...".

Menciona que es claro que en este punto crucial, el fallo se refiere al derecho de recompensa por la totalidad de las sumas abonadas en concepto de cuotas. Que al no hacer ningún tipo de distinción, se entiende que el derecho de recompensa comprende íntegramente la suma abonada por esa parte desde el momento mismo en que se inició el trámite administrativo para lograr la vivienda en cuestión.

Refiere que ello es lo que ha sucedido en la realidad. Que el demandado jamás aportó ni un solo centavo para cubrir el costo de las cuotas del pago de la vivienda. Que esto quedó perfectamente en claro desde que se inició el proceso de separación de bienes, oportunidad en que manifestaron que se accedió a la posibilidad de obtener la vivienda merced a su cargo docente.

Relata que contemporáneamente con estos hechos (la de poder acceder a un plan de viviendas) el demandado no solo ya estaba separado de hecho, sino que hacía tiempo ya que se encontraba en situación de desempleado y totalmente entregado al ocio y la bebida, desarrollando un carácter violento y agresivo hacia esa parte.

Thomson Reuters

Manifiesta que precisamente en tales circunstancias es que obtuvo una medida de protección de persona con exclusión del demandado en el proceso previo de divorcio ("D., G. D. V. c. D., J. D. s/ divorcio Vincular - Expte. N° 220/10)", tramitado por ante el Juzgado Civil en Familia y Sucesiones de la II° Nominación de este Centro Judicial.

Refiere que desde el principio, el costo de la adquisición de la vivienda siempre fue soportado exclusivamente por su parte.

Destaca que a lo largo de todo este proceso —inclusive antes— desde la época inmediatamente posterior a la concesión de la medida de protección. el demandado jamás participó, a pesar de haber sido notificado en cada oportunidad para que ejerciera su derecho (traslado de la demanda, apertura a prueba, notificación de sentencia, etc.), con lo cual, este juicio se desarrolló sin contradictor.

Aclara que de ahí que le agravie el fallo de fecha 22/03/2019 (fs. 187/190) al ser evidente que no ha aprehendido las razones expuestas, y que surgen como una natural consecuencia del punto II° del fallo de fs. 112/116.

Alega que es claro que el demandado no aportó prueba, ni acreditó en modo alguno, que él haya colaborado de alguna forma con el pago de las cuotas de la vivienda declarada ganancial, y sobre la cual esa parte tiene derecho a recompensa.

Indica que, concomitantemente, como si fuera la otra cara de la misma moneda, queda claro también que únicamente esa parte logró acreditar, de manera innegable, el haber solventado de modo íntegro la totalidad de las cuotas que significaron pagar el costo de la vivienda declarada ganancial. Que esa última circunstancia no es un dato menor, e implica aceptar que se coloca a la suscripta en una repugnante condición de desigualdad frente a su ex cónyuge, quien se vería beneficiado con el reconocimiento de derechos sobre un bien por el cual no aportó un solo centavo.

Argumenta que la decisión adoptada por el *a quo*, beneficiando al demandado con un cómputo inexacto de la actualización del capital, desde un punto de partida para el cálculo que desconoce por completo el esfuerzo desplegado exclusivamente por esta parte, al solventar en soledad el costo de la vivienda sobre la cual tiene derecho a recompensa, rompe con el principio de igualdad de oportunidades reconocido por la Ley N° 26.485 (art. 3, inc. j). Cita doctrina en apoyo de su argumentación resaltando la moderna perspectiva de género volcada en la Ley N° 26.485, la que ha sido omitida en el fallo que impugna.

Esgrime que amén de ello, la decisión también resulta contraria al punto II° del fallo de fs. 112/116, ya que en este punto, al no hacerse ningún tipo de distinciones, se le reconoce a su parte el derecho de recompensa por la totalidad del precio pagado en cuotas por la vivienda de ...

Plantea que la cuestión no tuvo oposición de ningún tipo, lo cual también deslegitima el pronunciamiento apelado, ya que viola las exigencias de los inc. 4 y 6 del art. 265 Procesal, al tomar una decisión que va más allá de lo planteado en el proceso. Cita jurisprudencia local.

La apelante manifiesta que el fallo en crisis resulta arbitrario y contrario a derecho, yendo a contramano de la perspectiva de género, consagra una desigualdad de la mujer frente al hombre, reconociéndole a este un derecho "extra" sobre un bien por el que no aportó absolutamente nada; es una solución a la que arriba ignorando el criterio del propio Juez *a quo*, expuesto con anterioridad en el punto II° de la sentencia del 03/11/2017 (fs. 112/116), al formular una distinción que el fallo no contempla para el cálculo de las recompensas; cayendo a su vez, en una solución extra petita, ya que, rompiendo el principio de congruencia, se pronunció sobre cuestiones que no fueron planteadas en el proceso, y sobre las que no hubo controversia alguna por falta de contradictor.

Que como corolario de esa situación, advierte que debe imponerse una solución lógica que a su vez evite mayores e innecesarias dilaciones para la finalización de este proceso. Que para el caso, y de acogerse favorablemente el recurso, no solo cabría la posibilidad de revocar íntegramente el fallo impugnado, sino que, en sustitutiva, también correspondería, además, de aprobar la planilla propuesta por esa parte y efectuar la adjudicación directa del bien a la demandante, evitando un eventual proceso de subasta, ya que en definitiva - su parte ha llegado hasta aquí en busca del reconocimiento de su derecho a gozar de lo que legítimamente le corresponde, por haberlo obtenido individualmente con el fruto de su propio esfuerzo.

Finalmente pide se resuelva la cuestión conforme la actual legislación vigente respecto a la perspectiva de género (Ley 26.485) y que oportunamente se haga lugar íntegramente al recurso, revocándose íntegramente la sentencia del 22/03/2019; se tenga por aprobada la planilla practicada por esa parte, y se adjudique de modo directo la vivienda de ..., en reconocimiento del derecho de recompensa que le corresponde.

Corrido el traslado pertinente al demandado mediante cédula N° 2220 (fs. 200) este no contesta los

Thomson Reuters

mismos, conforme surge del informe actuarial obrante a fs. 201.

Elevados los autos a esta Excma. Cámara se ordenó mediante proveído de fecha 03/06/2019 se pongan los autos a despacho para resolver (fs. 203).

Entrando al análisis de la cuestión planteada en autos, podemos decir que "A partir de la disolución del régimen de comunidad se actualiza la expectativa de los cónyuges o sus herederos con relación al conjunto de los bienes gananciales formados durante la vigencia de la comunidad, y que, dadas las características de su gestión separada, recién en ese momento pasan a constituir una masa partible.

El art. 1315 del Cód. Civil derogado establecía como regla: "los gananciales de la sociedad conyugal se dividirán por iguales partes entre los cónyuges, o sus herederos sin consideración alguna al capital propio de los cónyuges, y aunque alguno no hubiese llevado a la sociedad bienes algunos".

De este modo, si no hay acuerdo en contrario, se imponía y se impone la regla de la división por mitades de los bienes sin consideración al aporte económico de cada uno de los cónyuges, solución que se fundamenta en los principios de asistencia, cooperación y solidaridad durante la vida matrimonial.

Es decir, la regla de la división por mitades constituía y constituye, como veremos, un régimen legal supletorio siendo que el art. 236 del Cód. Civil derogado y el vigente art. 498 del Cód. Civ. y Comercial habilitan a los cónyuges a celebrar acuerdos en materia de bienes".

Por otro lado, el Cód. Civ. y Comercial vigente dedica dos secciones, la séptima y octava del capítulo 2 sobre "Régimen de comunidad", a regular lo atinente en materia de: a) liquidación —arts. 488 a 495— y b) partición —arts. 496 a 504—.

La regulación del proceso de liquidación se interesa por dos cuestiones: a) la aplicación de la teoría de la recompensa y b) la distinción entre cargas de la comunidad y cargas personales de cada cónyuge con el fin de establecer la masa ganancial común partible una vez efectuadas las recompensas, pagadas las deudas y efectivizados los créditos a favor de la comunidad.

El art. 488 del Cód. Civ. y Comercial enuncia: "Extinguida la comunidad, se procede a su liquidación. A tal fin, se establece la cuenta de las recompensas que la comunidad debe a cada cónyuge y la que cada uno debe a la comunidad, según las reglas de los artículos siguientes."

Las recompensas son los créditos que se generan a favor uno de los cónyuges contra la comunidad, y a la inversa, a favor de la comunidad contra uno o ambos cónyuges, para que, con motivo de la disolución y posterior liquidación de la comunidad, las masas de los bienes propios de cada uno de los cónyuges y la que conforman la masa común partible de todos los bienes gananciales, queden incólumes. Es decir, que ninguno de los cónyuges sufra un empobrecimiento o enriquecimiento a costa o en razón del matrimonio.

Las recompensas permiten, justamente, recomponer de manera equilibrada el patrimonio de los cónyuges tras la disolución de la comunidad, para que este no se vea disminuido o acrecentado, según corresponda, en desmedro de otra u otras masa/s de bienes.

El principio general en materia de recompensas está contenido en el primer párrafo del art. 491 del Código vigente: "La comunidad debe recompensa al cónyuge si se ha beneficiado en detrimento del patrimonio propio, y el cónyuge a la comunidad si se ha beneficiado en detrimento del haber de la comunidad".

La prueba del derecho a recompensa incumbe a quien la invoca, y puede ser hecha por cualquier medio probatorio (art. 492).

Ahora bien, conforme las constancias de autos, por resolución N° 1257 de fecha 3 de Noviembre de 2017, el Sr. Juez *a quo* resolvió hacer lugar a la demanda de liquidación de la sociedad conyugal promovida por G. D. V. D. (DNI N° ...) en contra de J. D. D. (DNI ...) y en consecuencia declarar el carácter ganancial del inmueble ubicado en ..., Provincia de Tucumán (punto I de la resolutiva) reconociendo a la actora G. D. V. D. el derecho de recompensa en contra de la comunidad por reintegro de las sumas abonadas en concepto de cuotas abonadas respecto del inmueble de carácter ganancial descripto en el punto anterior (punto II de la resolutiva), reservando la partición del bien descripto en el apartado I) para su oportunidad (punto III).

Si bien en la resolutiva no se aclara si la suma abarca la totalidad de las cuotas abonadas por la actora, de los considerandos surge que es así, cuando expresamente el Sr. Juez expresa: "...Ahora bien, la actora manifiesta que fue ella quien abonó en su totalidad las cuotas de dicho inmueble, lo que se acredita con informe remitido por el IPV, el que rola agregado a fs. 55 y el que da cuenta de ello y de que dichos pagos fueron soportados por la actora mediante la cesión de sus haberes...".

Thomson Reuters

A continuación la mencionada sentencia en sus considerandos expresa: "No obstante lo anterior, y en atención a lo normado por el art. 465, inc. "d" del Cód. Civ. y Comercial, los frutos civiles de la profesión, trabajo, comercio o industria de uno u otro cónyuge devengados durante la comunidad tienen el carácter de gananciales. Es decir, que a pesar de que la adquisición del inmueble fue abonado con los haberes percibidos por la actora, es dable advertir que estos tenían el carácter de ganancial y esta circunstancia —que eran "haberes percibidos por la actora" mientras estuvo vigente la comunidad— no cambia el carácter de ganancial del inmueble.

Ahora bien, en el presente, y según surge del informe remitido por el IPV; el que rola agregado a fs. 69/71, surge que fueron abonadas ciento veintitrés cuotas, desde fecha 22/10/2003 hasta fecha 10/12/2013, de las cuales cuarenta y cinco, es decir, las abonadas con posterioridad a la fecha de disolución de la comunidad conyugal (12/04/2019), fueron también abonadas por la actora, cuando la comunidad estaba extinguida...".

Esta apreciación del Sr. Juez es contundente y permite dilucidar la cuestión traída a esta Alzada.

De las constancias del expediente surge fehacientemente acreditado que quien abonó la totalidad de las cuotas para adquirir el inmueble sito en ... es la Sra. G. D. V. D., lo que generó su derecho a reclamar recompensa.

Que conforme surge del art. 492 del Cód. Civ. y Comercial, ha probado su derecho con documental que ha sido receptada en la sentencia de fecha 03/11/2017, la que se encuentra firme. Resulta importante destacar la importancia de esta prueba, consistente en informe expedido por el Instituto Provincial de la Vivienda, glosado a fs. 55, el que expresa: "...de acuerdo a nuestros registros, la vivienda identificada con el Código 89/102, desde el 04/11/2003 hasta el 23/02/2015, los pagos se hacían mediante Cesión de Haberes, sobre la cuenta N° ..., cuyo titular es la Sra. D., G. D. V., DNI N° ...".

Que si bien el inmueble, ya cancelado definitivamente, conforme Resolución N° 002862 de fecha 17/05/2016, (fs. 54 y 85) ha sido declarado ganancial, se le ha reconocido su derecho a recompensa en contra de la comunidad, al quedar acreditado que los pagos de las cuotas para adquirir el inmueble fueron realizados con fondos propios de la actora, lo que en ningún momento ha sido cuestionado o motivo de oposición por parte del demandado.

Por ende, y atento a la plataforma fáctica analizada en este expediente, a las resultas de la sentencia de fecha 03/11/2017, a la falta de oposición por parte del demandado quien ha sido debidamente notificado de este proceso y de cada una de sus actuaciones, conforme cédulas de notificaciones de fs. 15, 35, 41, 93, 108, 111, 118, 133, 137, 177, 186, 192, 200 y 205, por aplicación del art. 491 del Cód. Civ. y Comercial corresponde receptar el recurso de apelación interpuesto por la actora.

La sentencia de fecha 22 de Marzo de 2019 no guarda congruencia con el decisorio anterior de fecha 3 de Noviembre de 2017, en evidente contradicción a lo resuelto en su punto II°. Tampoco considera la prueba documental obrante en el expediente, colocando a la actora en una posición desventajosa respecto del demandado, en violación al art. 491 primer párrafo del Cód. Civ. y Comercial que de manera clara y categórica acerca la respuesta al planteo en debate.

La sentencia atacada ignora el art. 710 del Cód. Civ. y Comercial, conforme el cual en los procesos de familia la carga de la prueba recae en quien está en mejores condiciones de probar. El demandado no prueba en modo alguno que haya abonado alguna cuota para adquirir el inmueble, ni antes ni después de la sentencia que hace lugar a la demanda de liquidación de la sociedad conyugal, como tampoco cuestiona lo manifestado por la actora en este proceso, o se opone a la documental acompañada, adjuntando alguna otra que demuestre lo contrario.

Es por esto entonces que resulta necesario hacer base sobre el contexto vivencial de las personas involucradas. Desde allí que se impone, por imperativo ético y convencional, una obligada perspectiva de género, la que es admitida y aplicada en conflicto sobre bienes (Herrera, Marisa; De La Torre, Natalia; Fernández, Silvia Eugenia; "Derecho de las familias en el NEA. Desde la perspectiva jurisprudencial", Seba, Sonia Cristina; ConTexto; Chaco 2019), p. 205).

En este caso puntual corresponde aplicar la perspectiva de género, ya que es la mujer quien abonó las cuotas con el producido de su trabajo mediante cesión de haberes, sin oposición de la contraria ni acreditación de contribución alguna al respecto, por lo que, admitir lo resuelto en la sentencia impugnada, no solo implica vulnerar derechos de la parte actora sino también no responder al orden natural en que se han desarrollado los hechos de la vida cotidiana en este caso concreto.

Hay que reconocer que si bien algunas normas han cambiado, también se ha modificado el lugar desde donde el intérprete las analiza y ello hace que - aunque las palabras puedan o no ser las mismas - no sea lo mismo lo que se prescribe. Tal ocurre debido a que el paradigma decimonónico dentro del cual surgió el

Thomson Reuters

código velezano (donde la ley quedaba entronizada con principal y casi única fuente de los derechos) ha mutado hacia uno nuevo que amplía el concepto de norma no solo para superar la identificación de ley con legalidad sino también para incluir dentro de aquel a los principios.

Resulta imposible ignorar que el reciente Cód. Civ. y Comercial fluye de un hontanar diferente y que sus reglas deben ser analizadas, comprendidas y aplicadas desde una perspectiva diversa, a la luz de la influencia decisiva de los artículos 1 y 2 nuevos.

Así la jurisprudencia de nuestro país ha reflejado esta nueva mirada en novedosos pronunciamientos sobre conflicto de bienes, contestes con los nuevos paradigmas, entre los que se pueden citar: Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz, Tributario y Familia, San Rafael, Mendoza, 05/07/2016, "L. S. c. T. R. O. s/ división de condominio", Rubinzal Online, Cita: RC J4532/16"; Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, Sala Primera, 05/09/2016; "E. C. c. B. V. E. s/ separación de bienes, rec. extraordinario de casación", en MJ-JU-M-100604-ARMJJ100604; Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, 25/10/2017, "A. M. A. c. A. C. A. s/ división de condominio", disponible en http:/www.pensamiento civil.com.ar/fallos/3410.

Sumado a esto cabe la consideración especial a la actora en su condición de mujer en situación de vulnerabilidad, materializado en una medida de protección de persona, citada en el expediente (Autos: "D. G. D. V. c. D. J. D. s/ divorcio vincular" - Expte. N° 220/10 tramitado por ante el mismo Juzgado) y tampoco considerada por el Juzgador. Esta medida dictada a su favor patentiza la vulnerabilidad de la apelante, legitimando su posición, por lo que la decisión que ponga fin al conflicto debe, necesariamente, contener perspectiva de género.

De este modo entonces, y por aplicación de los arts. 1, 2, 491, 492, ss. y cdtes. del Cód. Civ. y Comercial, principios generales de los procesos de familia contenidos en el art. 706, y consideración a la perspectiva de género, considera esta Cámara que corresponde hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la actora, y revocar íntegramente la sentencia de fecha 22/03/2019, dictando en sustitutiva: I) Aprobar la planilla de actualización presentada por la actora obrante a fs. 175 y vta., la que asciende a la suma de ($678.784,67) Pesos seiscientos setenta y ocho mil setecientos ochenta y cuatro con 67/100, por lo considerado.

En cuanto a las costas, atento a la particular situación planteada en autos, no corresponde su imposición (art. 105 incisos 1 y 3 del CPCyCT).

Por ello, se resuelve: I. Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la actora G. D. V. D., en contra de la sentencia N° 194 dictada el 22/03/2019 por el Sr. Juez en lo Civil en Familia y Sucesiones de la II° Nominación de este Centro Judicial, Dr. Reymundo Bichara, obrante a fs. 187/190 fte. de autos. En consecuencia revocar íntegramente la misma, dictando en sustitutiva: I) Aprobar la planilla de actualización presentada por la actora obrante a fs. 175 y vta., la que asciende a la suma de ($678.784,67) pesos seiscientos setenta y ocho mil setecientos ochenta y cuatro con 67/100, por lo considerado. II. Costas: Como se consideran. III. Honorarios: Oportunamente. Hágase saber.

Voto en disidencia de la doctora *Menéndez:*

Considerando:

Que en presentación obrante a fs. 196/198 la recurrente manifiesta que viene a expresar agravios en contra de la sentencia de fecha 22/03/2019, solicitando que, en merito a las razones que invoca, que se la revoque y se le reconozca el derecho a ser recompensada con la adjudicación del único inmueble objeto de la litis.

Relata que se promueve incidencia de ejecución de sentencia, luego que mediante fallo de 03/11/2017 (fs. 112/113) se le reconociera el derecho de recompensa por el pago de las cuotas que esa parte efectuó para adquirir el inmueble que fuera sede del hogar conyugal.

Manifiesta que resulta claro que en el punto II° de la sentencia aludida se refiere al derecho de recompensa por la totalidad de las sumas abonadas en concepto de cuotas desde el momento mismo en que se inició el trámite administrativo para lograr la vivienda en cuestión.

Refiere que, desde el principio el costo de la adquisición de la vivienda siempre fue exclusivamente soportado por su parte, que se accedió a la posibilidad de obtenerla merced al cargo docente de la suscripta. Señala al tiempo del acceso al plan de viviendas el demandado no solo se encontraba separado de hecho, sino que además se encontraba en condición de desempleado y totalmente entregado al ocio y la bebida, desarrollando un carácter violento y agresivo hacia su parte.

Señala que el demandado jamás participó del proceso a pesar de haber sido notificado para que ejerza su derecho, que este no acreditó en modo alguno que haya colaborado en forma alguna con el pago de las cuotas de la vivienda declarada ganancial, sobre la cual su parte tiene derecho a recompensa.

Thomson Reuters

Indica que queda claro también que solo su parte logró acreditar de manera innegable el haber solventado de modo integro la totalidad de las cuotas de la vivienda, lo que coloca a la suscripta en una condición de desigualdad frente al ex-cónyuge, quien se vería beneficiado con el reconocimiento de derechos sobre un bien por el cual no aportó un solo centavo.

Afirma que la decisión adoptada por el *a quo*, beneficiando al demandado con un cómputo inexacto de la actualización del capital, desde el punto de partida para el cálculo que desconoce por completo el esfuerzo realizado exclusivamente por esa parte para solventar en soledad el costo de la vivienda, lo que rompe con el principio de igualdad de oportunidades reconocido en ley 26.485 (art. 3 inc. j).

Agrega que la cuestión no tuvo oposición de ningún tipo, lo cual también deslegitima el pronunciamiento apelado, ya que viola las exigencias de los arts. 4 y 6 del art. 265 procesal, al tomar una decisión que va más allá de lo planteado en el proceso. Cita jurisprudencia al respecto.

Sostiene que el fallo en crisis resulta arbitrario y contrario a derecho, yendo a contramano de la perspectiva de género, consagra la desigualdad de la mujer frente al hombre, reconociéndole un derecho "extra" sobre un bien por el que no aportó absolutamente nada; que se ignora el criterio del propio juez *a quo* expuesto con anterioridad en el punto II° de la sentencia del 03/11/2017, al formular una distinción que el fallo no contempla para el cálculo de las recompensas, cayendo a su vez en una solución extra petita, ya que, rompiendo el principio de congruencia, se pronunció sobre cuestiones no planteadas en el proceso y sobre las que no hubo controversia alguna por falta de contradictor.

Advierte que debe imponerse una solución lógica que evite mayores e innecesarias dilaciones para la finalización del proceso y para el caso de acogerse favorablemente, no solo cabría la posibilidad de revocar íntegramente el fallo impugnado sino que en sustitutiva también correspondería, además de aprobar la planilla propuesta por su parte y efectuar la adjudicación directa del bien a la demandante, evitando un eventual proceso de subasta.

Corrido el traslado pertinente, el demandado no contesta los agravios formulados en el plazo conferido, conforme nota actuarial de fs. 201.

Que analizados los términos de los recursos interpuestos, este Tribunal entiende que en principio y en general corresponde considerarlos, en razón de contar con la crítica básica a los efectos del art. 717 Procesal, atento a que para determinar si el memorial satisface o no las exigencias legales debe adoptarse un criterio amplio favorable al apelante, de modo tal de preservar el derecho de defensa (CSJT, Sentencia N° 654-1995). Ello sin perjuicio, de que algún agravio en particular no se ajuste a tales parámetros y por ende resulte inadmisible su tratamiento.

En materia de agravios esta Sala tiene dicho que en este caso se dejará de lado las alegaciones que —cualquiera que pudiera ser su eficacia— carecen de trascendencia en el presente, ello atento a que no es menester analizar todos los argumentos de la expresión de agravios en forma exhaustiva, sino solamente los conducentes para la adecuada decisión del pleito (Sent. N° 90/02 entre otras).

Introduciéndonos al examen de la cuestión traída a conocimiento de esta Alzada se aprecia que se impugna la sentencia dictada en 22 de marzo de 2019 por la cual se desestima la planilla presentada por la actora (fs. 175), aprobando la liquidación practicada de oficio por el juzgador.

De las constancias de autos se desprende que la actora G. D. V. D. deduce demanda de separación de bienes en contra de J. D. D., a los efectos de obtener la adjudicación exclusiva del bien donde funcionó le hogar conyugal, —al que considera propio por haberse hecho cargo del pago de las cuotas del plan para su adquisición—, quedando extinguido el vínculo conyugal que los unía por imperio de sentencia de fecha 15/04/2013 dictada en autos "D. G. D. V. c. D. J. D s/ divorcio vincular - Expte. N° 220/10".

En sentencia de fecha 03 de noviembre de 2017 (fs. 112/116) se resuelve hacer lugar a la demanda de liquidación de sociedad conyugal promovida por la actora D. y declarar el carácter ganancial del inmueble ubicado en ..., Pcia. de Tucumán (punto I de la parte resolutiva), y reconocer a la actora el derecho de recompensa en contra de la comunidad por reintegro de las sumas abonadas en concepto de cuotas abonadas respecto del inmueble de carácter ganancial descripto en el punto anterior, como se considera (punto II de la parte resolutiva). Determinándose expresamente en los considerandos que el inmueble referido es de carácter ganancial, pero los pagos de cuotas posteriores al 12/04/2010 (fecha a la que considera disuelta la sociedad conyugal) le otorgan un derecho de recompensa a la actora en contra de la comunidad, por haber sido efectuado con fondos propios, pues ya no existía dicha comunidad.

Habiendo quedado firme la sentencia en cuestión, atento a la admisión por resolutiva de 22/03/2018 (fs. 136) del desistimiento formulado por la actora (fs. 127) respecto al recurso de apelación deducido por

Thomson Reuters

esta (fs. 119), la mencionada accionante promueve ejecución de tal sentencia por vía incidental (fs. 175).

En tal sentido alega que, de acuerdo a lo dispuesto en el pronunciamiento recaído en 03/11/2017, se le reconoce una recompensa en contra de la comunidad por el reintegro de las sumas abonadas respecto del inmueble de carácter ganancial. Estima que debe tomarse en cuenta a tales efectos el valor del inmueble en plaza consignado en la demanda (07/05/214), el que actualizado a la fecha de esa presentación, arroja la suma de $678.784,67, según liquidación acompañada. Afirma que le corresponde la suma $339.392 en concepto de compensación económica por el costo del inmueble, solicitando para el caso de que el demandado no cumpliere su obligación al ser intimado, la adjudicación directa del bien a la suscripta en compensación por la deuda no saldada.

Corrido traslado a la contraparte, no contesta el mismo en el término otorgado.

En el pronunciamiento impugnado de fecha 22/03/2019 se considera que la planilla practicada por la actora no es correcta, pues toma el valor del inmueble de la litis para determinar la recompensa en contra de la comunidad, cuando en la sentencia de fecha 03/11/2107 se establece que la recompensa comprende el valor de las cuotas pagadas con posterioridad a la fecha de la disolución de la comunidad, esto es en 12/04/2010.

A continuación se practica liquidación de las cuotas pertinentes tomando como base el extracto de cuotas pagadas emitido por el IPVyDU agregado a fs. 69/71 (desde la N° 79 de fecha 20/04/2010 hasta la N° 123 de 10/12/2103), actualizando el monto de cada una hasta el momento del dictado de tal sentencia conforme tasa activa que publica el Banco de la Nación Argentina, arribándose a la suma de $7.811,31. A ello se le adiciona el importe de $8.808 abonado por la actora en concepto de capital y gastos administrativos respecto del mencionado inmueble, según comprobante de fs. 83, que actualizado alcanza la suma de $17.640,02. De la suma de ambos rubros resulta el importe total de planilla de la recompensa correspondiente a la actora de $25.451,33.

En su contra se interpone por la accionante recurso de apelación en los términos expresados *ut supra*.

De lo reseñado se aprecia que no le asiste razón a la recurrente en cuanto afirma que en la sentencia de fecha 03/11/2017 se le reconoce una recompensa por la totalidad de las cuotas pagadas para adquirir el inmueble reconocido como ganancial.

En efecto, como se expresa precedentemente, en la resolución de referencia se admite una recompensa a favor de la actora en contra de la comunidad conyugal consistente en el reintegro de las sumas pagadas por esta para la adquisición del inmueble de la litis, limitándose exclusivamente a las abonadas con posterioridad a la fecha que se considera operada la extinción de la sociedad conyugal, esto es 12/04/2010, y no todas las cuotas pagadas para su adquisición como postula la apelante.

Continuando con el tratamiento de los fundamentos del recurso, se imputa al fallo impugnado incurrir en decisión extra petita al pronunciarse sobre cuestiones no planteadas en el proceso donde no hubo contradictor.

Al respecto cabe precisar que el principio de congruencia —normado en el segundo párrafo del art. 34 Cód. Proc. Civ. y Comercial, implica la necesaria conformidad que debe existir entre la sentencia y las pretensiones deducidas en juicio, surge del principio dispositivo, en virtud del cual se confía a la actividad de las partes tanto el estímulo de la función jurisdiccional como la aportación de los materiales sobre los cuales ha de versar al decisión del juez.

La congruencia de la sentencia debe ser analizada desde su resguardo procesal o externo y desde su contenido interno.

El primer aspecto se proyecta en la estricta correspondencia que debe guardar entre lo reclamado y lo decidido desde un triple punto de vista: sujetos, objeto y causa. Conforme a tales preceptivas, está vedado a los jueces otorgar algo que no ha sido pedido o distinto de lo pedido, desde lo cualitativo (extra petita), o más o fuera de lo pedido desde lo cuantitativo (ultra petita), u omitir decisión sobre algunas de las cuestiones planteadas por las partes conducentes a la resolución del pleito (citra petita).

El segundo aspecto se refiere al razonamiento lógico seguido por el juez para arribar a la decisión: si el fallo exhibe contradicción o incoherencia entre los fundamentos y la decisión o entre puntos comprendidos dentro de los tramos del pronunciamiento, el mismo adolece de incongruencia interna.

Analizando la sentencia en crisis a la luz de los parámetros precitados, se advierte que la misma resulta congruente en los aspectos mencionados: ajustándose a las peticiones formuladas por las partes y presentando estricta correspondencia entre la decisión y sus fundamentos.

En lo que hace al cuestionamiento de la recurrente, se aprecia que se resuelve la cuestión propuesta por la

Thomson Reuters

actora, esto es sobre la planilla de liquidación presentada por esa parte, rechazándola por no adecuarse a las pautas fijadas en la sentencia de fondo de la acción de disolución de la sociedad conyugal y aprobando la liquidación practicada en dicho pronunciamiento acorde a las pautas fijadas en el decisorio definitivo, todo ello de acuerdo a la normativa aplicable al caso.

De conformidad con la norma del art. 267 CPCCT, cuando la sentencia definitiva de la causa impone una obligación de pago de frutos, intereses, daños y perjuicios, o un crédito, como acontece en el presente caso, fija su importe en cantidad líquida, o, en su caso, establece las bases sobre las cuales habrá de hacerse la liquidación. También fija el rubro intereses (CPCCT, Concordado, Comentado y Anotado, T. II, ps. 541/542).

Nuestra jurisprudencia se ha pronunciado en el sentido de que "procesalmente, la liquidación no es más que el acto por el que se establece el monto aritmético de la suma debida, e importa determinar cuantitativamente la deuda según las pautas de la sentencia definitiva. Por ende, como acto de fijación destinado a hacer cesar la incertidumbre del pronunciamiento que difiere la cuantificación de la condena, no constituye título independiente ni abstracto (CSJT, Apestey José R. c. SA Miguel Seleme A. y C. s/ Cumplimiento de contrato, Fallo 879, 03/11/2004).

La liquidación debe guardar coherencia con la sentencia que condena a pagar sumas de dinero, por lo tanto, es natural que deba ser practicada dentro de los límites, bases o pautas sentadas en la misma, porque de lo contrario se transgrediría el principio de autoridad de cosa juzgada que goza de jerarquía constitucional, sin que sea admisible resolución alguna que contraríe lo decidido con ese efecto, sea sobre lo principal o lo accesorio como son los intereses. (López Mesa - Rosales Cuello, CPCyC de la Nación, Comentado y Conc. con Cód. Proc. Provincias Arg. y Anot. con Jurisprudencia, T. IV, p. 236).

El juzgador se encuentra facultado a corregir aún de oficio la planilla de liquidación cuando no guarde estricta correspondencia con las pautas fijadas en la sentencia que condena al pago de una suma de dinero, conforme surge del art. 556 procesal, razón por la cual, la falta de impugnación de la contraria no resulta obstáculo para que el juez, en su condición de director del proceso, procure el cumplimiento adecuado de lo dispuesto por sentencia firme y proceda en consecuencia, y conforme lo autoriza la norma citada, a practicar nueva liquidación acorde a los parámetros establecidos, evitando dilaciones innecesarias.

Aún si se rechazara por genérica la impugnación —de la planilla— formulada, ello no obligaría al juez a aprobar, sin más, la liquidación practicada por la actora. Obsérvese que el texto legal citado —artículo 556 procesal—, en forma expresa establece que aún cuando no se formulen observaciones —situación equivalente a la que se presentaría de ser rechazada la impugnación—, aquel puede aprobarla o rechazarla. (CCCC, Sala 3, Sent. N° 203, fecha: 23/05/2014).

Así el hecho que las partes no hubieran respondido o nada haya dicho con relación al traslado que se le corriera de las planillas de liquidación practicadas, no obstaba la facultad del *a quo* de resolver lo que estimara pertinente, sin que se encontrara obligado ante aquella circunstancia a aprobar las planillas tal cual fueron confeccionadas. O sea, que no estaba compelida en el referido supuesto a convalidar la planilla directamente como le venía formulada, sino de acuerdo a derecho, lo que implicaba resguardar las bases de la sentencia.

El tribunal Cimero Provincial ha expresado como doctrina legal: "La planilla de liquidación de los montos de una condena y el cálculo de intereses que no se ajusta a las pautas fijadas en la sentencia definitiva y firme, vulnera el instituto jurídico de la cosa juzgada y por lo tanto debe ser anulada" (CSJT Sent.N° 943, fecha: 03/11/2005).

En razón de lo expresado este agravio alcanza resultado negativo.

Ahora bien, en lo que atañe a los restantes agravios, relativos a que el fallo en crisis consagra la desigualdad de la mujer frente al hombre, reconociéndole al demandado un derecho sobre un bien por el que no aportó absolutamente nada, se aprecia que los mismos no pueden prosperar, desde que se dirige a cuestionar lo resuelto en una sentencia anterior alcanzada por el instituto de la cosa juzgada, habiendo precluido la oportunidad para su impugnación.

La cosa juzgada significa, en general, la irrevocabilidad que adquieren los efectos de la sentencia cuando contra ella no procede ningún recurso que permita modificarla. Supone fundamentalmente la inimpugnabilidad de la sentencia, o lo que es igual, la preclusión de los recursos que procedan contra ella (tanto por no haberse deducido cuanto por haberse consumado la facultad de deducirlos). Al operarse tal preclusión, que obsta el ataque directo de la sentencia, se dice que esta adquiere autoridad de cosa juzgada en sentido formal. (Lino Palacio, Manual de Derecho Procesal Civil, Tomo II, ps. 32/33).

De la compulsa de autos surge que en sentencia de fecha 03 de noviembre de 2017 (fs. 112/116) se resuelve hacer lugar a la demanda de liquidación de la sociedad conyugal seguida por la actora D. en contra

Thomson Reuters

del demandado D., declarando el carácter ganancial del inmueble de la litis y reconociendo a la actora un derecho a recompensa en contra de la comunidad por reintegro de las sumas pagadas por la misma para la adquisición, circunscribiéndose únicamente a los pagos efectuados con posterioridad a la fecha en que se tiene por disuelta la comunidad conyugal (12/04/2010).

Habiendo planteado la accionante apelación en su contra (fs. 119), posteriormente desiste de dicho recurso (fs. 127) siendo admitida su petición por resolución de 22 de marzo de 2018 (fs. 136), adquiriendo plena eficacia dicho pronunciamiento en relación a las partes.

La sentencia objeto del presente recurso no se expide sobre el alcance de la recompensa en cuestión, sino que se limita a verificar que se observen los parámetros establecidos en la sentencia dictada con anterioridad alcanzada por autoridad de cosa juzgada, por lo que los agravios que pretenden modificar tal decisorio no pueden prosperar al haber precluido la oportunidad de hacerlo.

Cabe destacar al respecto que el límite temporal es necesario para el debido orden del proceso, preservación de la igualdad de las partes en sí mismo. La existencia de plazos en el proceso responde a la necesidad de un orden en el acontecer de los actos procesales, impiden pretender calificar, a la exigencia de su observación, de excesivo rigor formal. Tan es así que esa fijación de tiempos (plazos) y orden necesarios para el debido progreso del proceso hasta su acto conclusivo, con carácter de definitivo e irrevisable, es el fundamento del principio de preclusión. Este alcanza no solamente a la facultad de renovar las cuestiones que fueron planteadas y decididas, sino también a la de proponer cuestiones no planteadas y que habrían podido plantearse. (CSJT, Sentencia: 398 Fecha: 08/07/1994).

Se aprecia pues que la ley adjetiva prefija los plazos con la finalidad de otorgar certeza y uniformidad en la tramitación de la litis, evitando su prolongación indefinida; lo que hace a la eficacia del servicio de justicia. Por ende, la actuación de la recurrente en cuanto a la impugnación de la sentencia atacada debió ajustarse a los límites instituidos por la ley ritual. Desde este enfoque, no cabe la restitución retroactiva de términos ya fenecidos, admitiendo extemporáneamente vías recursivas, a riesgo de generar inseguridad jurídica e incertidumbre.

En razón de lo considerado, se rechaza el recurso de apelación interpuesto en todas sus partes.

En cuanto a las costas: atento al resultado arribado, las mismas se imponen al apelante vencido por ser de ley expresa (art. 107 y cctes. Cód. Proc. Civ. y Comercial, ley 8240).

Así, se resuelve: I. No hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la actora a fs. 193, y en consecuencia confirmar la Sentencia de fecha 22 de marzo de 2019 de fs. 187/190 de autos conforme a lo considerado. II. Costas: Se imponen al apelante vencido como se considera (art. 107 y cctes. Procesal). III. Honorarios: Oportunamente. Hágase saber. — *Ana C. Cano. — Elda Aguilar de Larry. — María C. Menéndez* (en disidencia).

Thomson Reuters

Cuestiones sobre la calificación de los bienes en el régimen patrimonial del matrimonio y su relación con el derecho de recompensa

Roberto Malizia (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Aspectos procesales. La cosa juzgada.— III. Aspectos de derecho de fondo: marco teórico normativo.— IV. Bienes de los cónyuges.— V. Determinación o calificación de los bienes.— VI. Las recompensas.— VII. La cuestión de la perspectiva de género.— VIII. Principio de cooperación o solidaridad según que el régimen elegido sea el de comunidad de bienes o separación de bienes.

I. Introducción

Del análisis del fallo en comentario surge que el juez de primera instancia le reconoció a la parte actora el derecho de recompensa por los pagos que efectuó para adquirir el inmueble que fuera la sede del hogar conyugal.

En efecto, la sentencia dictada el 3 de noviembre de 2017 en los autos caratulados: "D. G. V. D. c. D. J. D. s/ disolución de sociedad conyugal" hizo lugar a la demanda de liquidación de sociedad conyugal, declaró ganancial el único inmueble que integraba la comunidad de bienes y le reconoció a la parte actora el derecho de recompensa en contra de la comunidad por reintegro de las sumas de dinero descontadas de su sueldo para cancelar la cuota correspondiente al inmueble ganancial posteriores al 12 de abril de 2010, fecha en que se consideró disuelta la sociedad conyugal.

El juez de primera instancia, al resolver el incidente de ejecución de las recompensas, decidió que la liquidación practicada por la parte actora no era correcta, toda vez que computar el valor actualizado del inmueble ganancial para determinar el valor de la recompensa y la totalidad de las cuotas abonadas, que, según la planilla de actualización, asciende a $678.748,67, no se ajusta a la sentencia (firme) dictada el 3 de noviembre de 2017, que estableció que la recompensa reconocida comprendía el monto de las cuotas abonadas con posterioridad a la fecha de la disolución de comunidad de bienes, que se produjo el 12 de abril de 2010.

En razón de lo expuesto, el juez de primera instancia consideró que el monto total de la recompensa ascendía a la suma de $25.451,33, por

(*) Abogado, Universidad de Buenos Aires (UBA) Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Juez subrogante de familia, Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nº 7. Secretario de la CNCiv. (sala H). Profesor titular de Derecho de Garantías, Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES). Profesor adjunto de Elementos de Derechos Reales, Universidad de Buenos Aires (UBA). Profesor invitado, convenio marco con la Universidad Nacional de la Patagonia "San Juan Bosco". Profesor invitado convenio marco con el Superior Tribunal de Justicia de Chubut. Doce libros en la especialidad de derecho civil (derecho de familia, responsabilidad civil, derecho procesal civil y comercial). Supervisión y actualización jurisprudencial digital en la página web correspondiente a la Ed. Rubinzal y asociados SA. Autor de numerosos artículos en la revista La Ley y en página web de la Ed. Rubinzal-Culzoni.

Thomson Reuters

lo cual no hizo lugar a la suma pretendida por la parte actora en la planilla de actualización obrante a fs. 175.

Frente a la resolución dictada, la parte actora interpuso recurso de apelación y al fundar los agravios solicitó que se revocara la resolución recurrida y que se le reconociera su derecho a ser recompensada con la adjudicación del inmueble ganancial que integra la comunidad de bienes.

Alega que, según la sentencia dictada el 3 de noviembre de 2017, tiene una recompensa a su favor por las cuotas abonadas para adquirir el inmueble y estima que a los fines de su cuantificación debe computarse el valor del inmueble actualizado y la totalidad de las cuotas que fueran descontadas de su sueldo de docente, tal como surge de la prueba producida y no controvertida por el demandado.

En definitiva, considera que la suma asciende a $678.392, por lo que le corresponde el 50% ($339.392) en concepto de recompensa. Asimismo, peticiona que para el supuesto de que, una vez intimado al pago de su acreencia, no cumpla en tiempo y forma, se le adjudique el inmueble.

Por último, entiende que en el caso debe resolverse la cuestión planteada desde una perspectiva de género.

La Cámara de Apelaciones en lo Civil en Documentos, Locaciones y Familia y Sucesiones del Centro Judicial de Concepción, al resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, decidió por mayoría de votos (no por unanimidad) "Hacer lugar al recurso interpuesto y en consecuencia revocar íntegramente la resolución dictada por el juez de grado y aprobar la planilla de actualización presentada por la parte actora a fojas 175".

El voto en disidencia de la Dra. Menéndez, María Cecilia, resolvió: "No hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte actora y en consecuencia confirmar la sentencia dictada por el magistrado de grado".

El voto de la mayoría, al esgrimir sus argumentos, sustenta su postura en los siguientes postulados:

1. De las constancias del expediente, y particularmente de la prueba producida, se encuentra fehacientemente acreditado quién abonó la totalidad de las cuotas para adquirir el inmueble sito en ..., lo que generó su derecho a reclamar recompensa.

2. Que, si bien el inmueble ha sido declarado ganancial, se le ha reconocido su derecho a recompensa en contra de la comunidad, al quedar acreditado que los pagos de las cuotas para adquirir el inmueble fueron realizados con fondos propios de la parte actora.

3. Que el demandado no ejerció en su debida oportunidad procesal el derecho que le asiste a presentarse en el proceso y cuestionar lo peticionado por la actora o bien oponerse a la prueba documental aportada y aportar alguna otra que demuestre lo contrario.

4. Que corresponde aplicar el criterio de perspectiva de género, ya que la actora (mujer) es quien abonó las cuotas con el producido de su trabajo mediante cesión de haberes, sin oposición de la contraria ni acreditación de contribución alguna al respecto, por lo que admitir lo resuelto en la sentencia impugnada no solo implica vulnerar derechos de la parte actora sino también no responder al orden natural en que se han desarrollado los hechos de la vida cotidiana en este caso concreto.

Seguidamente expondré los argumentos esgrimidos por la Dra. Menéndez en su voto en disidencia.

1. En la sentencia de fecha 3 de noviembre de 2017 se resolvió hacer lugar a la demanda de liquidación de la sociedad conyugal promovida por la parte actora, declarar ganancial el inmueble sito en ... y reconocer a la actora el derecho de recompensa en contra de la comunidad por reintegro de las sumas abonadas respecto de las cuotas posteriores al 12/04/2010, fecha a la que se considera resuelta la sociedad conyugal, razón por la cual no le asiste razón a la recurrente en cuanto afirma que en la sentencia se le reconoce una recompensa por la totalidad de las cuotas pagadas para adquirir el inmueble reconocido como ganancial.

Thomson Reuters

2. Que la sentencia dictada y las pautas allí establecidas para reclamar la recompensa reconocida se encuentra pasada en autoridad de cosa juzgada, por lo que los agravios que pretenden modificar tal decisorio no pueden prosperar, ello por haber concluido la oportunidad procesal para hacerlo.

3. En cuanto a los agravios a que la sentencia recurrida consagra una desigualdad de la mujer frente al hombre, reconociéndole al demandado un derecho sobre un bien por el que no se aportó absolutamente nada, se aprecia que ellos no pueden prosperar, desde que se dirige a cuestionar lo resuelto en una sentencia anterior alcanzada por la institución de la cosa juzgada, habiendo precluido la oportunidad para su impugnación.

Habiendo sintetizado los argumentos que sustentan el fallo, tanto de la mayoría como de quien votó en disidencia, procederé a expresar mi opinión, adelantando desde ya que comparto los argumentos esgrimidos por la Dra. Menéndez, que rechazó el recurso de apelación y confirmó el fallo de primera instancia.

Considero que el fallo en comentario requiere de un análisis desde el punto de vista procesal y también desde la perspectiva de las normas del derecho de fondo que regulan el aspecto patrimonial del matrimonio, su disolución, liquidación, el carácter de los bienes y el régimen de recompensas.

II. Aspectos procesales. La cosa juzgada

Del examen del caso surge en forma clara y contundente que la sentencia dictada en los autos caratulados: "D. G. V. D. c. D. J. D. s/ disolución de sociedad conyugal" hizo lugar a la demanda de liquidación de sociedad conyugal, declaró ganancial el único inmueble que integraba la comunidad de bienes y le reconoció a la parte actora el derecho de recompensa en contra de la comunidad por reintegro de las sumas de dinero descontadas de su sueldo para cancelar la cuota correspondiente al inmueble ganancial posteriores al 12 de abril de 2010, fecha en que se consideró disuelta la sociedad conyugal.

Desde dicha perspectiva, no cabe duda de que la pretensión efectuada por vía incidental por la parte actora a fin de que se le reconozca la totalidad de las cuotas abonadas a los efectos de adquirir el inmueble resulta alterar esencialmente los alcances de una sentencia firme y pasada en autoridad de cosa juzgada.

La cosa juzgada es un atributo de las sentencias judiciales que tiene por finalidad impedir que lo decidido pueda ser alterado y/o modificado, ya sea dentro del proceso o por medio de un proceso iniciado con posterioridad.

Este principio está sustentado en la seguridad jurídica que deben tener las decisiones jurisdiccionales a los fines de otorgar certeza.

La cosa juzgada formal es el efecto inherente a la firmeza o inimpugnabilidad de la sentencia e implica la imposibilidad de que se revise una vez dictada en el proceso. La imposibilidad de revisión es como consecuencia de que la sentencia, en tanto que definitiva e inapelable, es irrecurrible.

La cosa juzgada formal despliega su efecto dentro del proceso mismo: respecto del juez o tribunal que la ha dictado, en el sentido de sujeción a ella, de manera que no puede alterarla, y en cuanto a las partes, porque ya no pueden impugnarla, por haberse originado la preclusión definitiva de alegaciones y de impugnaciones **(1)**.

III. Aspectos de derecho de fondo: marco teórico normativo

La liquidación y partición de los bienes de la comunidad debe abordarse a la luz de lo previsto en las disposiciones normativas que emergen de los arts. 463; 475, inc. c), 480 y concs. del Cód. Civ. y Com., que disponen: "A falta de opción hecha en la convención matrimonial, los cónyuges quedan sometidos desde la celebración del matrimonio al régimen de comunidad de ganancias... La comunidad se extingue por... c) el divorcio o la separación de bienes producen la extinción de la comunidad con efecto retroactivo al día de la notificación de la demanda o de la petición conjunta de los cónyuges. Si la separación de hecho sin voluntad de unirse precedió

(1) ACOSTA ESTÉVEZ, José B., "La cosa juzgada", www.international.vlex.com/vid/cosa-juzgada-281812.

Thomson Reuters

a la anulación del matrimonio o al divorcio, la sentencia tiene efectos retroactivos al día de esa separación; extinguida la comunidad, se procede a su liquidación".

III.1. Marco teórico y normativo

La comunidad de bienes gananciales encuentra regulación expresa en los arts. 465, 466, 480 y ss. del Cód. Civ. y Com. Sabido es que son bienes gananciales aquellos adquiridos durante la vida en común a título oneroso, por el esfuerzo de cualquiera de los cónyuges. Es lo que se denomina el principio de ganancialidad o presunción de ganancialidad de toda adquisición a título oneroso ocurrida durante la vigencia del matrimonio, *ergo*, quien pretenda lo contrario debe acreditarlo en el proceso.

Por otra parte, advierto que el caso merece ser subsumido en los arts. 488, 491 y 495 del Cód. Civ. y Com., en cuanto expresan: "Recompensas. Extinguida la comunidad, se procede a su liquidación. A tal fin se establece la cuenta de las recompensas que la comunidad debe a cada cónyuge. Casos de recompensa: La comunidad debe recompensa al cónyuge si se ha beneficiado en detrimento del patrimonio propio... Liquidación: Efectuado el balance de las recompensas adeudadas por cada uno de los cónyuges a la comunidad o por esta a aquel, el saldo en favor de la comunidad debe colacionarlo a la masa común, y el saldo en favor del cónyuge debe ser atribuido a este sobre la mansa común...".

Es menester abordar el asunto de la calificación de los bienes a tenor del art. 466 (párr. 1º) del Cód. Civ. y Com., que resulta lapidario en cuanto afirma: "Se presume, excepto prueba en contrario, que son gananciales todos los bienes existentes al momento de la extinción de la comunidad". La regla mencionada presume, salvo prueba en contrario, que son gananciales todos los bienes existentes al momento de la extinción de la comunidad, si no se prueba que pertenecen a alguno de los cónyuges como propios. La carga de la prueba recae sobre quien afirma el carácter propio del bien. En efecto, existe la posibilidad de probar que determinados bienes no son gananciales sino propios, pudiendo al respecto acudirse a cualquier clase de medios probatorios, incluidos indicios y presunciones **(2)**.

No existe en la ley ninguna disposición expresa que prohíba a los cónyuges demandarse recíprocamente, aún vigente la comunidad, para que judicialmente se declare la calidad de propio o de ganancial de un inmueble, cuando el título de dominio no refleja la verdad de los hechos. Y para ello les asiste el derecho de recurrir a cualquier género de prueba que permita establecer el origen del dinero y el verdadero carácter que debe asignarse al bien o bienes objeto de discusión. En este sentido, se ha sostenido que nada obsta a que cualquiera de los esposos pueda demostrar a través de algún medio el origen de esos fondos con los que se efectuó la operación inmobiliaria, o sea, la existencia de una subrogación real, y el que no hizo manifestación alguna con relación al origen del dinero tiene derecho a probar que los bienes son de carácter propio por haber sido donado por sus padres **(3)**. Véase que, en el caso en examen, a partir de los dichos efectuados por la actora en su exordio inicial como de la prueba colegida en el proceso, no hay lugar a la menor duda de que el inmueble resulta ser de carácter ganancial.

En efecto, la operación de compraventa ocurrió cuando la sociedad conyugal estaba vigente, y nada hace suponer que no haya sido con fondos de la comunidad, en tal caso, rige plenamente la presunción de ganancialidad normativamente aludida.

Ahora bien, la cuestión no se ve alterada por el hecho de que luego (tiempo después) los cónyuges se hubieren divorciado y uno de ellos haya asumido el pago de la totalidad de las cuotas restantes del inmueble. No es admisible en el régimen legal vigente cambiar la categorización de un bien ineludiblemente ganancial (arg. art. 465, inc. a, Cód. Civ. y Com.) a la calidad de propio.

La conclusión resulta evidente: el inmueble objeto del caso en comentario es un bien ganancial de la comunidad.

---

(2) MÉNDEZ COSTA, María J., "El cónyuge adquirente y la prueba en contra de la ganancialidad", LA LEY 1992-B-188.

(3) CNCiv., sala D, LA LEY 122-467 y 142-417.

Thomson Reuters

Sorteado este valladar, la petición formulada por la incidentista impone su subsunción en las normas que regulan las denominadas "recompensas". Autorizada doctrina refiere: "Las recompensas son los créditos que se generan a favor de uno de los cónyuges contra la comunidad, y a la inversa, a favor de la comunidad contra uno o ambos cónyuges, para que, con motivo de la disolución y posterior liquidación de la comunidad, las masas de los bienes propios de cada uno de los cónyuges y la que conforman la masa común partible de todos los bienes gananciales, queden incólumes. Es decir, que ninguno de los cónyuges sufra un empobrecimiento o enriquecimiento a costa o en razón del matrimonio" **(4)**. Asimismo, es cierto que, no obstante, la ambigua postulación efectuada por la actora con respecto a las recompensas, esta es la oportunidad para zanjar la cuestión, ya que la sociedad conyugal se encuentra disuelta por la sentencia de divorcio.

De la prueba producida en la causa surgía con meridiana claridad que el inmueble fue adquirido durante la vigencia del matrimonio y estando vigente la otrora sociedad conyugal, y que las cuotas, a los fines de pagar el valor del inmueble, eran descontadas del sueldo de docente que percibía la parte actora.

Si durante la vigencia de la sociedad conyugal se establece una presunción de ganancialidad de los bienes subsistentes a la disolución, presunción que cabe extender a los fondos, una vez disuelto el régimen la presunción debe ser inversa.

Así las cosas, la actora, como bien lo dispuso la sentencia dictada el 03/11/2017, tiene una recompensa a favor de la comunidad de bienes por las sumas abonadas a partir del 12 de abril de 2010, que es la fecha en que se tuvo por disuelta la sociedad conyugal.

El art. 465, inc. d), en función de las directrices trazadas por los arts. 468 y 488 del Cód. Civ. y Com., dispone: "... Los frutos civiles de la profesión, trabajo, comercio o industria de uno u otro cónyuge, devengados durante la comunidad...".

No cabe duda de que los salarios percibidos por una de las partes durante la vigencia de la sociedad conyugal son de carácter ganancial y, por ende, la utilización que de ellos se haga para adquirir bienes que integraran la comunidad de bienes no da lugar a solicitar una recompensa en la oportunidad que se solicite la liquidación de la sociedad conyugal.

Es por ello que no comparto lo decidido en el fallo de la mayoría cuando expresa: "... al quedar acreditado que los pagos de las cuotas para adquirir el inmueble fueron realizados con bienes propios de la actora...".

Solo pueden integrar el monto de la recompensa solicitada todas aquellas cuotas que fueron abonadas con posterioridad al 12 de abril de 2010, fecha en que se consideró disuelta la sociedad conyugal, lo cual quedó firme y pasado en autoridad de cosa juzgada.

El art. 488 del Cód. Civ. y Com. dispone que "Extinguida la comunidad, se procede a su liquidación. A tal fin, se establece la cuenta de las recompensas que la comunidad debe a cada cónyuge y la que cada uno debe a la comunidad, según las reglas de los artículos siguientes".

El carácter ganancial o propio de un bien solo puede ser establecido por la ley *(numerus clausus)* y no puede ser modificado por la voluntad de las partes ni por vías de interpretación jurisdiccional, ya que se trata de normas de orden público y, por ende, reitero, una facultad privativa de la ley.

IV. Bienes de los cónyuges

En el régimen de comunidad deben distinguirse los bienes propios de cada uno de los cónyuges de los bienes gananciales.

La distinción entre bien propio o ganancial no depende de la voluntad de los cónyuges, sino que es la ley la que establece en forma precisa, concreta y determinada cuáles son los bienes propios y gananciales, tal como surge de los arts. 464 y 465 del Cód. Civ. y Com.

(4) HERRERA, Marisa, "Manual de derecho de las familias", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 230.

Thomson Reuters

V. Determinación o calificación de los bienes

Es fundamental determinar el carácter de los bienes de cada uno de los integrantes, ya que ello tiene incidencia en distintos aspectos del régimen patrimonial en cuanto a sus efectos y alcances jurídicos.

Desde dicha perspectiva, cabe señalar que los bienes gananciales se dividen por partes iguales entre los cónyuges al momento de la disolución de la comunidad por cualquiera de las causas previstas en la ley.

V.1. Bienes gananciales

Los bienes gananciales, en principio, son aquellos adquiridos durante la vigencia del matrimonio y, si no se optó por el régimen de separación de bienes, integran la comunidad de bienes.

Son bienes gananciales todos los adquiridos indistintamente por cualquiera de los cónyuges desde la celebración del matrimonio y hasta su disolución. Aclarando: siempre que estemos bajo el régimen (supletorio) de comunidad de ganancias, ya que no puedo dejar de señalar que el nuevo Cód. Civ. y Com. estableció un sistema patrimonial matrimonial que consiente que se opte entre dos regímenes patrimoniales preestablecidos y que regulan la manera de gestionar los bienes propios y gananciales y la responsabilidad de cada cónyuge frente a sus acreedores, tanto durante la vigencia de la sociedad conyugal como a su disolución. Habilita también a los futuros cónyuges a someterse, mediante convención matrimonial instrumentada por escritura pública al efecto, al régimen de separación de bienes, perdiendo allí importancia esta clasificación referida debido al sometimiento de la totalidad de los bienes al carácter de propios de cada uno de sus adquirentes (titulares). Otros autores califican por descarte, es decir, son bienes gananciales todos los que no son propios. La calificación de un bien puede presentarse durante la vigencia del matrimonio e incluso posteriormente a su extinción, en estos momentos será importante tener certeza de la calidad del bien en cuestión para poder luego, de ser necesario, enajenarlo, ya sea para cumplir con el requisito del asentimiento del cónyuge no titular o para repeler a un acreedor que acciona contra él **(5)**.

La característica principal de dichos bienes es que pertenecen a ambos cónyuges por igual, independientemente de quién de los dos los haya obtenido y lo normal es que para disponer de ellos baste con que el negocio jurídico lo acuerde uno de los dos cónyuges, siempre y cuando exista la aceptación de este por parte del otro cónyuge.

Ahora bien, como la comunidad no es una persona jurídica, los bienes no son de propiedad de ella, sino de los cónyuges que lo tienen a su nombre, se trata de bienes muebles y/o inmuebles registrables y sobre los cuales tendrá su administración en los términos y con los alcances que la ley le impone (art. 470 del Cód. Civ. y Com.).

La ganancialidad de un bien no significa que este sea de propiedad compartida entre ambos cónyuges y que cada uno de ellos tenga un porcentaje, sino que es un derecho potencial que se materializa en la oportunidad en la que se disuelve la comunidad por alguno de los supuestos previstos por la ley, momento en el cual deberán dividirse los bienes gananciales y hacerse valer las eventuales recompensas, tal como lo disponen los arts. 475 a 504 del Cód. Civ. y Com.

Por último, resta señalar que nada impide que durante la vigencia del matrimonio y bajo el régimen de la comunidad los cónyuges adquieran bienes en forma conjunta, lo cual implica que revisten respecto a ellos el carácter de condóminos, lo cual no implica que los bienes pierdan el carácter de gananciales (arg. art. 471 del Cód. Civ. y Com.) **(6)**.

El art. 465 del Cód. Civ. y Com. enumera cuáles son los bienes gananciales, entre los que menciona:

(5) BORDA, Guillermo, "Tratado de derecho civil. Familia", Ed. Perrot, Buenos Aires, 6ª ed. act., t. I, nro. 302, p. 251.

(6) MALIZIA, Roberto, "Derecho patrimonial en el ámbito del derecho de familia", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2019, ps. 58 y ss.

Thomson Reuters

"a) los creados, adquiridos por título oneroso o comenzados a poseer durante la comunidad por uno u otro de los cónyuges, o por ambos en conjunto, siempre que no estén incluidos en la enunciación del art. 464;

"b) los adquiridos durante la comunidad por hechos de azar, como lotería, juego, apuestas, o hallazgo de tesoro;

"c) los frutos naturales, industriales o civiles de los bienes propios y gananciales, devengados durante la comunidad;

"d) los frutos civiles de la profesión, trabajo, comercio o industria de uno u otro cónyuge, devengados durante la comunidad;

"e) lo devengado durante la comunidad como consecuencia del derecho de usufructo de carácter propio;

"f) los bienes adquiridos después de la extinción de la comunidad por permuta con otro bien ganancial, mediante la inversión de dinero ganancial, o la reinversión del producto de la venta de bienes gananciales, sin perjuicio de la recompensa debida al cónyuge si hay un saldo soportado por su patrimonio propio.

"Sin embargo, si el saldo es superior al valor del aporte ganancial, el nuevo bien es propio, sin perjuicio de la recompensa debida a la comunidad;

"g) los créditos o indemnizaciones que subrogan a otro bien ganancial;

"h) los productos de los bienes gananciales, y los de las canteras y minas propias, extraídos durante la comunidad;

"i) las crías de los ganados gananciales que reemplazan en el plantel a los animales que faltan por cualquier causa y las crías de los ganados propios que excedan el plantel original;

"j) los adquiridos después de la extinción de la comunidad, si el derecho de incorporarlos al patrimonio había sido adquirido a título oneroso durante ella;

"k) los adquiridos por título oneroso durante la comunidad en virtud de un acto viciado de nulidad relativa, confirmado después de la disolución de aquella;

"l) los originariamente gananciales que vuelven al patrimonio ganancial del cónyuge por nulidad, resolución, rescisión o revocación de un acto jurídico;

"m) los incorporados por accesión a las cosas gananciales, sin perjuicio de la recompensa debida al cónyuge por el valor de las mejoras o adquisiciones hechas con sus bienes propios;

"n) las partes indivisas adquiridas por cualquier título por el cónyuge que ya era propietario de una parte indivisa de carácter ganancial de un bien al extinguirse la comunidad, sin perjuicio de la recompensa debida al cónyuge en caso de haberse invertido bienes propios de este para la adquisición;

"ñ) la plena propiedad de bienes cuya nuda propiedad se adquirió a título oneroso durante la comunidad, si el usufructo se consolida después de su extinción, así como la de los bienes gravados con derechos reales que se extinguen después de aquella, sin perjuicio del derecho a recompensa si para extinguir el usufructo o los otros derechos reales se emplean bienes propios.

"No son gananciales las indemnizaciones percibidas por la muerte del otro cónyuge, incluso las provenientes de un contrato de seguro, sin perjuicio, en este caso, de la recompensa debida a la comunidad por las primas pagadas con dinero de esta".

V.2. Bienes gananciales: análisis del art. 465, inc. c), del Cód. Civ. y Com.

"c) Los frutos naturales, industriales o civiles de los bienes propios y gananciales, devengados durante la comunidad".

El art. 233 del Cód. Civ. y Com. establece que frutos son los objetos que un bien produce, de modo renovable, sin que se altere o disminuya su sustancia. Asimismo, clasifica los frutos en: a) naturales: son las producciones espontáneas de la naturaleza; b) industriales: son los que se producen por la industria del hombre o la cultura de la tierra; c) civiles: son las rentas que la cosa produce.

Thomson Reuters

Las remuneraciones del trabajo se asimilan a los frutos civiles.

Producto; son los objetos no renovables que, separados o sacados de la cosa, alteran o disminuyen su sustancia.

Los frutos naturales e industriales y los productos forman un todo con la cosa, si no son separados.

Todos los frutos devengados y percibidos mientras se encuentren vigente el régimen de comunidad son bienes gananciales, aun cuando ellos provengan de bienes propios de uno de los cónyuges.

"d) Los frutos civiles de la profesión, trabajo, comercio o industria de uno u otro cónyuge, devengados durante la comunidad".

El art. 1347.1 del Cód. Civil español, en sentido concordante al inciso en estudio, expresa: "son bienes gananciales los obtenidos por el trabajo o la industria de cualquiera de los cónyuges".

Lacruz Berdejo señala en este sentido que por trabajo ha de entenderse cualquier actividad de un esposo de carácter económico, o sea, destinada a producir rentas, salarios, ganancias o incrementos. Cualquier actividad manual o intelectual, productiva o inventiva, a título habitual o episódico y sin importar, en su caso, la naturaleza de la remuneración. P. ej., una propina es tan ganancial como un sueldo.

Son gananciales los salarios u honorarios, incluso los cobrados después del matrimonio, pero por trabajos hechos durante su vigencia.

La primera cuestión a plantear es la de dilucidar qué significado debe darse a las voces "trabajo" e "industria". Creemos que por trabajo ha de entenderse cualquier actividad de un esposo de carácter económico, o sea, proporcionada a producir rentas, salarios, ganancias o incrementos, comprendiendo los trabajos de aficionado y sin importar, en su caso, la naturaleza de la remuneración, ya sea en especie o en efectivo. Mientras que por industria debe comprenderse cualquier actividad del cónyuge, encaminada a la obtención de un resultado que pueda recaer en el consorcio, cuando no suponga un trabajo en el sentido habitual de la palabra. Cabe señalar que, aunque indudablemente la generación de gananciales por la vía del trabajo de los cónyuges tiene valor de regla general, caben excepciones, p. ej., el cónyuge que se confecciona sus propios vestidos, indiscutiblemente trabaja, pero el producto de su creación es un bien propio, sin que altere su condición de propio la circunstancia de que sea producto de su trabajo personal.

El producto del trabajo será o no ganancial de acuerdo al momento en que se realiza; así, será ganancial siempre que la actividad que lo genera se haya llevado a cabo durante el régimen de comunidad. El criterio determinante es el del momento de la realización de la actividad, que ha de efectuarse durante la vigencia del régimen de gananciales. Aunque es un criterio más sencillo y fácil de probar tener en cuenta el momento en que se realizan los ingresos provenientes de esas actividades, creemos que debe prevalecer el momento de realización de la actividad, fecha en la que se produce el devengo o nacimiento del crédito. Cuando la actividad se realice durante la vigencia del régimen de gananciales y en el momento de la disolución aún no se haya percibido el ingreso, la comunidad ostentará un crédito que se transformará en dinero ganancial cuando se perciba lo adeudado.

Se comprenden en este precepto las remuneraciones dinerarias de los trabajadores por cuenta ajena (salarios, trienios, complementos y participaciones en traspasos a otros clubes), las retribuciones en especie, los ingresos que generen las actividades profesionales, comerciales e industriales, los premios y las pensiones contributivas, las retribuciones obtenidas por la explotación comercial de los derechos de la personalidad y la contraprestación por la cesión de los derechos de explotación de la propiedad intelectual **(7)**.

VI. Las recompensas

"Son los créditos que se generan a favor de uno de los cónyuges contra la comunidad y, a la inversa, a favor de la comunidad contra uno o ambos cónyuges, para que, con motivo de la

(7) MALIZIA, Roberto, "Derecho patrimonial...", ob. cit., ps. 86 y ss.

Thomson Reuters

disolución y posterior liquidación de la comunidad, las masas de los bienes propios de cada uno de los cónyuges y la que conforman la masa común partible de todos los bienes gananciales queden incólumes. Es decir, que ninguno de los cónyuges sufra un empobrecimiento o enriquecimiento a costa o en razón del matrimonio" **(8)**.

El argumento es simple, ya que, si durante la vigencia de la sociedad conyugal se establece una presunción de ganancialidad de los bienes subsistentes a la disolución, presunción que cabe extender a los fondos, una vez disuelto el régimen la presunción debe ser inversa. Dentro de las operaciones que deben efectuarse para liquidar el régimen de comunidad, reviste fundamental interés el análisis de las recompensas que la comunidad debe a cada cónyuge y la que cada uno debe a la comunidad, normadas a partir del art. 491 del Cód. Civ. y Com. El propósito de la recompensa es restablecer la debida composición de las masas patrimoniales propias de cada cónyuge, teniendo en cuenta los bienes que las constituían al iniciarse la comunidad, como así también los que fueron adicionándose y/o bien sustrayéndose posteriormente. Este proceso abarca, tanto el caso en que la comunidad, integrada por los bienes gananciales de cada cónyuge, tenga que reintegrar (compensar) a uno de los cónyuges los valores con que, a falta de reinversión, ingresaron a ella como gananciales, como también aquel supuesto en el que la comunidad se haya visto privada de valores que aprovecharon exclusivamente a uno u otro cónyuge, por ingresar a su propio patrimonio o por acrecido o mejorado bienes propios. De esta forma, el Código establece, como principio general, el deber de compensar los supuestos en los que hubo provecho de una u otra masa (ganancial o propia), en detrimento de la otra, por uso de fondos que no le pertenecen (art. 491 del Cód. Civ. y Com.).

Producida la disolución de la sociedad conyugal, cada cónyuge puede llegar a ser acreedor de ella si la ha enriquecido con bienes propios y, a la inversa, la sociedad conyugal es acreedora de los cónyuges que han enriquecido sus bienes propios con fondos gananciales.

De conformidad con lo establecido por el art. 1316 bis del Código derogado, las recompensas deben determinarse y evaluarse al tiempo de la liquidación, a fin de establecer las masas patrimoniales que van a corresponder a cada cónyuge, atendiendo a lo que les pertenecía cuando se inició la comunidad y los bienes o valores que se fueron agregando o detrayendo durante su trayectoria **(9)**.

Además, se ha establecido como principio general que cada uno de los cónyuges es (a la disolución de la sociedad conyugal) acreedor de todo aquello con lo cual ha enriquecido a la comunidad a sus expensas, durante todo el tiempo que ella ha durado y, a su vez, toda vez que uno u otro cónyuge se ha enriquecido a expensas de la comunidad, debe o es deudor de la recompensa a ella **(10)**.

De tal forma, el propósito de la recompensa consiste en establecer la debida composición de las masas patrimoniales propias de cada cónyuge, teniendo en cuenta los bienes que las constituían al iniciarse la sociedad y los que fueron adicionándose o sustrayéndose después y por ello su determinación tiende a evitar que el haber propio de cada cónyuge aumente a expensas del común o disminuya en beneficio de la masa ganancial **(11)**. Y así, el crédito surgido en oportunidad de disolverse la sociedad conyugal otorga al cónyuge una acción personal carente de todo privilegio frente a terceros acreedores, y que se resuelve en una operación contable previa a la partición, de conformidad con lo establecido por el art. 1316 bis, Cód. Civ. y Com., en cuanto prevé la determinación de los créditos de los cónyuges contra la sociedad conyugal **(12)**.

(8) HERRERA, Marisa, "Manual...", ob. cit., p. 230.

(9) CIFUENTES, Santos, "Código Civil, comentado y anotado", Buenos Aires, 2011, t. III, p. 247, con citas de FLEITAS ORTIZ de ROZAS — ROVEDA, "Régimen de bienes del matrimonio", p. 155, y BORDA, G. A., "Tratado...", ob. cit., t. I, nro. 485.

(10) BUERES, A. - HIGHTON, E., "Código Civil y normas complementarias, análisis doctrinal y jurisprudencial", Buenos Aires, 2005, t. 3-C, ps. 223-224.

(11) BELLUSCIO, A., "Manual de derecho de familia", Buenos Aires, 1987, t. II, p. 156.

(12) BUERES, A. - HIGHTON, E., "Código Civil...", ob. cit., ps. 224-225 y 251.

Thomson Reuters

El art. 488 del Cód. Civ. y Com. establece que "Extinguida la comunidad, se procede a su liquidación. A tal fin, se establece la cuenta de las recompensas que la comunidad debe a cada cónyuge y la que cada uno debe a la comunidad, según las reglas de los artículos siguientes".

La teoría de las recompensas, desarrollada por Pothier, sostiene que, en los casos en que la comunidad sea deudora de uno de los cónyuges por haberse enriquecido a su costa y cuando los cónyuges o uno de estos se aprovecharon de la comunidad beneficiando sus bienes propios, deberá existir una compensación a la masa que corresponda.

Es decir que habrá recompensas cuando el patrimonio propio de uno o de ambos disminuyó en directo y correlativo beneficio de la sociedad conyugal o porque esta se perjudicó en beneficio del patrimonio de uno de los cónyuges.

La liquidación es la oportunidad para formular el reclamo, ya que la sociedad conyugal se encuentra disuelta por la sentencia de divorcio.

Esta teoría se encuentra actualmente plasmada en los arts. 491 y ss. del Cód. Civ. y Com., el que, a su vez, determina que, si durante la comunidad uno de los cónyuges ha enajenado bienes propios a título oneroso sin reinvertir su precio, se presume, salvo prueba en contrario, que lo percibido ha beneficiado a la comunidad. De esta manera, el primer párrafo del artículo establece que las recompensas serán debidas entre los cónyuges al liquidarse la sociedad conyugal, siempre que se den los supuestos de que a) la comunidad haya acrecido o se haya beneficiado con valores en su origen propios de cualquiera de los cónyuges, o b) el patrimonio de alguno de los cónyuges haya acrecido o se haya beneficiado con los valores gananciales **(13)**.

Luego, la norma se aboca a detallar dos supuestos típicos de recompensas, prescribiendo, en el primero de ellos, que, ante la venta de un bien propio sin reinversión del precio, se presumirá que la suma recibida ha sido gastada en beneficio de la comunidad, salvo prueba en contrario. Agregamos a esto que también pudo ser reinvertida en mejoras a algún bien propio del otro cónyuge y en ese caso también se deberán recompensas.

Por otra parte, el art. 492 del Cód. Civ. y Com. determina sobre quién debe pesar la carga de la prueba cuando afirma que aquel que la invoca tiene sobre sí el peso de la prueba, la que puede ser efectuada por cualquier medio probatorio.

Ambos artículos, el 491 y el 492, parecen contradictorios en lo referido a este tema. La doctrina ya se había expresado al respecto, dividiéndose entre la postura que entendía que la prueba debe estar en cabeza de quien solicita la recompensa y la que sostenía que estaba a cargo de quien la rechaza. Lo cierto es que ya la teoría procesalista de las cargas dinámicas de la prueba, las que se acentúan cuando de lo que se trata es de cuestiones de familia, a pesar de que las presentes son de índole económico, hacen hincapié en la colaboración entre las partes, siendo la carga de la prueba un principio trabajado desde la solidaridad entre ellas. Tema este corroborado por el art. 710 del Código, que establece que los procesos de familia se rigen por los principios de libertad, amplitud y flexibilidad de la prueba. La carga de la prueba recae, finalmente, en quien está en mejores condiciones de probar. Con lo que concluimos que no se valorará tanto quién haya aportado la prueba como que ella exista y sea contundente. Una vez determinada la existencia de recompensas, se deberá evaluar si los bienes sobre los que dichos créditos se han hecho efectivos han adquirido un mayor valor al que tenía con anterioridad a las mejoras efectuadas. Este mayor valor deberá ser tenido en cuenta para determinar el monto de la recompensa. La determinación del valor de las recompensas siempre ha sido un tema de posiciones encontradas tanto en doctrina como en jurisprudencia. Parte de ella sostenía que los valores a otorgar debían resultar de una comparación adecuada de los antecedentes y circunstancias de la especie, según el prudente arbitrio del juzgador, procurándose que la justa compensación del acreedor no perjudique indebidamente los intereses del deudor. Así, con este criterio y para resolver la disparidad entre el valor de lo invertido y el beneficio o provecho obtenido por uno de los cónyuges o por la comunidad, el legislador receptó el sistema ideado por los dere-

(13) ZANNONI, Eduardo, "Derecho de familia", t. 1, p. 512.

Thomson Reuters

chos español y francés, los cuales toman el valor más bajo de ambas cifras, dejando a salvo que la recompensa no puede ser menor que el gasto efectuado, así como tampoco puede ser menor que el beneficio subsistente **(14)**.

VI.1. Monto y valuación de la recompensa

La pauta para efectuar dicho procedimiento la encontraremos en el art. 493 del nuevo ordenamiento, el que determina que el monto de la recompensa será igual al menor de los valores que representa la erogación y el provecho subsistente para el cónyuge o para la comunidad.

El Cód. Civil derogado establecía que los créditos por recompensa de los cónyuges contra la sociedad debían ser reajustados equitativamente teniendo en cuenta la fecha en que se hizo el gasto y las circunstancias del caso. Esta norma suscitó diversas interpretaciones, por cuanto omitía considerar las recompensas debidas por los cónyuges a la comunidad y fijaba pautas de valuación judicial que no necesariamente operaban sobre base matemática, lo que llevó a prestigiosa doctrina a propiciar el reconocimiento de tales créditos como obligaciones de valor que debían estar sujetas a pautas predeterminadas de reajuste y no sometidas a la discrecionalidad judicial. Se discutía si el valor de la recompensa era el que tenía al momento de la inversión y luego se aplicaban intereses, o si correspondía tomar el valor de la inversión al momento de la extinción de la comunidad, o al momento de la liquidación **(15)**.

El Cód. Civ. y Com. cierra este debate al incorporar una regla, ausente en el anterior, que reconoce fundamento en la prohibición del enriquecimiento sin causa. Para obtener tal monto se cotejan dos valores: el gasto, inversión o erogación efectuada por un cónyuge con dinero propio en beneficio del haber ganancial, o con fondos comunes en beneficio propio, y el provecho que tal gasto significó para la comunidad y/o para el cónyuge al momento de la extinción de la comunidad. De estos dos valores se toma el menor. En consecuencia, quien demande recompensa deberá probar el gasto con fondos comunes en beneficio propio y/o la afectación de fondos propios en beneficio de la comunidad, así como la existencia del provecho. Dado que lo que se reconoce en carácter de recompensa es un crédito por el beneficio, si no hubo provecho, el monto de la compensación será la cuantía del gasto en valores constantes al momento de la liquidación de la comunidad (art. 494, Cód. Civ. y Com.). Ello no empece a que, en caso de que el menor valor reconocido en concepto de recompensa suponga un enriquecimiento ilícito del patrimonio beneficiado, se pueda reclamar un monto mayor, con fundamento en los principios generales de buena fe y el abuso del derecho, pilares sobre los que se asienta la reforma, tal como se señala en los Fundamentos del Anteproyecto. La disposición alude a "valores constantes", con lo cual corrige las distorsiones derivadas de la depreciación o revalorización monetaria, al tiempo que modifica la solución acordada por el régimen anterior (art. 1316 bis, Cód. Civil, que tomaba, como pauta para la determinación del crédito por recompensa la fecha en que se hubiere efectuado la inversión), reconociendo amplia discrecionalidad al juez para la fijación del crédito por recompensa.

La fórmula plasmada en la norma glosada pone fin a las múltiples interpretaciones a que daba lugar la anterior redacción, estableciendo los dos momentos concretos a considerar y las pautas que serán ponderadas para obtener el monto final de la recompensa, fórmula que debería comprender la depreciación monetaria de que se trate. La regla contenida en la norma glosada debe ser concordada con el art. 494, Cód. Civ. y Com., para obtener un resultado comprensivo de la depreciación monetaria. Se supera así la solución insuficiente provista por el régimen reformado. La enorme trascendencia de las normas relativas a recompensas es haber sistematizado su extensión, oportunidad para su reclamo, procedimiento de valuación y posibilidad de devengar intereses, ausentes en el ordenamiento anterior **(16)**.

(14) FLEITAS ORTIZ de ROZAS - ROVEDA, "Régimen de bienes en el matrimonio", ob. cit., p. 82.

(15) MALIZIA, Roberto, "Derecho patrimonial...", ob. cit., ps. 233 y ss.

(16) Comentario a los arts. 493 y 494, en HERRERA - CARAMELO - PICASSO (coords.), "Código Civil y Comercial de la Nación comentado", Infojus online.

Thomson Reuters

VII. La cuestión de la perspectiva de género

El fallo en análisis expresa al respecto: "... se impone, por imperativo ético y convencional, una obligada perspectiva de género, la que es admitida y aplicada en conflicto sobre bienes... En este caso puntual corresponde aplicar la perspectiva de género, ya que es la mujer quien abonó las cuotas con el producido de su trabajo mediante cesión de haberes, sin oposición de la contraria ni acreditación de contribución alguna al respecto, por lo que, admitir lo resuelto en la sentencia impugnada, no solo implica vulnerar derechos de la parte actora sino también no responder al orden natural en que se han desarrollado los hechos de la vida cotidiana en este caso concreto...".

Considero que en el caso no se dan los presupuestos para fallar de conformidad con una visión de perspectiva de género.

En todo caso, si no se está de acuerdo con lo que dispone la ley al enumerar en forma taxativa cuáles son los bienes propios y gananciales, deberá plantearse la inconstitucionalidad de la norma o bien los jueces, como intérpretes de la Constitución, decretarla de oficio, ello, claro está, si considera que se vulnera alguno de los derechos de raigambre constitucional, como podría ser el de igualdad.

Con el mayor de los respetos que me merecen los jueces de Cámara que emitieron el fallo, considero humildemente que la sentencia no se ajusta a la normativa vigente, que, reitero, es de orden público.

Uno de los regímenes patrimoniales del matrimonio es el de la sociedad de ganancias, donde las ganancias del matrimonio se ponen en común. A estas ganancias se las conoce con el nombre de "bienes gananciales". A la vez, podemos encontrar dentro de estos últimos varios tipos:

— Los obtenidos por el trabajo de los cónyuges.

— Los intereses derivados de esas ganancias.

— Las empresas o negocios que se formen durante el matrimonio.

Frente a los "bienes gananciales" nos encontramos con los denominados "bienes privativos", que son aquellos que únicamente pertenecen a uno de los miembros de la pareja. Estos pueden ser las ganancias obtenidas con antelación al matrimonio o aquellos recibidos por donación o herencia a título gratuito, los objetos personales, los materiales necesarios para llevar a cabo la profesión de cada uno de los cónyuges, etcétera.

El régimen de comunidad se caracteriza por la estrecha comunidad de intereses que crea entre los cónyuges. Cada uno de los cónyuges tiene bienes propios, pero el goce de estos bienes es común; por otra parte, algunos bienes están afectados más especialmente a los intereses del hogar: son los bienes comunes que, en principio, se reparten por mitades entre los cónyuges o sus herederos en la oportunidad de la disolución del matrimonio.

Durante el matrimonio hay unidad de administración, uno de los cónyuges administra los bienes personales (propios) y también se encuentra facultado para administrar los bienes comunes (gananciales).

La ley, a fin de mantener la igualdad entre los cónyuges y de esta forma evitar que uno de ellos se enriquezca en detrimento del otro, determina en forma expresa y taxativa cuáles son los bienes propios y cuáles los gananciales.

En muchos casos, cuando ambos cónyuges trabajan y generan utilidades por su profesión, arte o industria y seguramente (así lo indica el común de los casos) con parte del sueldo de uno de ellos se pagan las cuotas de un crédito hipotecario o de una cuota para adquirir un inmueble que se descuenta del salario que percibe (como en el caso en examen) y con el sueldo del otro se paga la cuota del colegio de los hijos, la medicina prepaga, el seguro del automotor, etc., es por ello que la ley le otorga el carácter de ganancial al fruto del trabajo personal.

Justamente, la igualdad implica que ambos cónyuges realicen aportes durante el matrimonio, ya sea en dinero o en especie (en la medida de sus posibilidades), razón por la cual la "igualdad" esta ínsita en la ley, que considera que todos los bienes que se incorpora durante

Thomson Reuters

la vigencia del matrimonio son gananciales, es decir, le corresponden en partes iguales a cada cónyuge, sin importar el menor o mayor aporte que hubieren realizado en la oportunidad en que él se incorporó a la comunidad de bienes, más allá del derecho de recompensa que podrá hacerse valer al momento de la disolución del régimen.

VIII. Principio de cooperación o solidaridad según que el régimen elegido sea el de comunidad de bienes o separación de bienes

El conjunto de normas imperativas se basa en este principio. Los deberes, restricciones a los derechos patrimoniales, facultades y responsabilidades regulados por este régimen primario denotan el compromiso que las personas casadas deben asumir para el bienestar de su pareja y del grupo familiar todo.

Según cuál sea el régimen elegido, los principios de autonomía y cooperación o solidaridad presentan manifestaciones diversas.

En la separación de bienes se acentúa la autonomía, entendida como la independencia de cada uno de los cónyuges en materia patrimonial; hay un proyecto de vida en común limitado, porque no se traduce en compartir los beneficios o perjuicios económicos producidos durante la relación.

En la comunidad de bienes, en cambio, se acentúa la cooperación o solidaridad, porque, tras la extinción, todo lo generado por el esfuerzo de cada cónyuge durante el régimen se compartirá por partes iguales **(17)**.

(17) Cfr. GALLI FIANT, "Pareja y patrimonio", Erreius online, enero 2016.

Thomson Reuters

PLURIPARENTALIDAD

Padre biológico. Responsabilidad parental compartida. Obligaciones del Estado. Interés superior de la niña. Sentencia sin formato rígido y tradicional.

Con nota de César Julio Gómez

1. — El Estado debe reconocer a la familia conformada por una niña, su padre jurídico- no biológico, su padre biológico-no jurídico —con quienes convive— y su madre, en una constitución pluriparental devenida de la filiación socioafectiva- biológica-originaria, y a la luz de lo establecido por el art. 17 de la Convención Americana de los Derechos del Hombre.

2. — La niña cuya filiación se reclama en el caso tiene razón en negarse a optar entre quien es su padre jurídico y su padre biológico, porque ambos cumplen con la función de padre; ambos ejercen plenamente las funciones parentales, le dan amor y se encargan de su cuidado; con ambos vive y comparte.

3. — Es un derecho intrínseco, esencial, individual y personalísimo de una niña a continuar en la conformación familiar y parental que tiene y que disfruta (serie de opciones de vidas propias de una sociedad pluralista): esto es ser hija de su padre jurídico y su padre biológico, con quienes vive, tal cual ella la describe y la experimenta.

4. — El Estado no puede limitar la opción de una niña de asumir y disfrutar de dos padres —el legal y el biológico, con quienes convive—, porque esa elección constituye su biografía personal, su libertad individual —en sentido amplio— y su propia dignidad.

5. — El derecho autónomo de una niña de "no elegir entre dos padres" —el legal y el biológico, con quienes convive— lleva implícito el derecho a que se reconozca a su familia en la constitución que tiene y que existe; y, como derivación directa de ello, se debe evitar que, por reconocer a un padre un mejor derecho que a otro, se derive en una forzada desintegración de los lazos familiares preexistentes; y, en consecuencia, la injerencia estatal no solo es ilícita sino con un claro sentido de injusticia.

6. — Las bases biológicas y las connotaciones jurídicas que se relacionan con la filiación y la parentalidad entre una niña, su padre jurídico y su padre bilógico no son excluyentes para que se constituya ese sentimiento único, sino excepcional, de intimidad, de amor, de confianza y comprensión recíproca que se adquiere a través de interfuncionamientos prolongados entre el niño y el adulto. Ambos son sus padres y ella se siente hija de ambos, se autopercibe como hija de ambos.

7. — Una niña tiene el mismo derecho que los/as otros/as niños/as (ciudadanos/as argentinos/as) a que se reconozca y garantice la pluriparentalidad o diversaparentalidad derivada de los vínculos afectivos y biológicos preexistentes (filiación biológica y filiación socioafectiva), a partir de los cuales la niña tiene su desarrollo desde la primera infancia.

8. — El art. 558 del Cód. Civ y Com., en cuanto reconoce solo el modelo binario en la filiación, constituye —en este caso— una franca transgresión a los estándares internacionales en vigencia, y específicamente al deber del Estado en el reconocimiento, protección y garantías de los derechos del niño (CDN).

Juz. Civ. en Flia y Suc., Monteros, 07/02/2020. - L. F. F. c. S. C. O. s/ filiación.

[Cita on line: AR/JUR/132/2020]

1ª Instancia.- Monteros, febrero 7 de 2020.

Esta sentencia (decisión final en este proceso) se desarrollará en las siguientes partes: I. Antecedentes del caso (resumen de los elementos agregados y del procedimiento), II. El relato de la historia. La decisión final y las explicaciones que desarrollo para llegar a esa solución (análisis completo y detallado de las circunstancias del caso y los argumentos jurídicos y no-jurídicos que —entiendo— aplican para la resolución), III. El fallo: es la parte titulada como "Resuelvo", en donde hago conocer técnica y precisamente mi decisión y sus alcances (es decir, qué implica).

Anticipo que no voy a escatimar ni tinta ni empeño para desarrollar esta decisión. Pues el Estado —en este caso el Poder Judicial— está obligado a adoptar medidas hasta el máximo de los recursos que disponga y del esfuerzo para garantizar los derechos económicos, sociales y culturales de las personas **(1)**.

Antes de pasar a desarrollar cada punto que dijera en el primer párrafo —alejándome de todo formato rígido y tradicional que tenemos los jueces y las

(1) Convención de los Derechos del Niño (artículo 4), Convención Americana de los Derechos del Hombre (artículo 2).

Thomson Reuters

juezas para escribir los fallos, sin que tales formas hoy merezcan tanto valor— me permito citar una reflexión del libro El Principito, que enseña: "Solo se ve bien con el corazón. Lo esencial es invisible para los ojos [...] Los ojos son ciegos. Hay que buscar con el corazón" **(2)**. Y es que para poder dar una solución jurídica a este caso —pues a decir verdad [el caso] ya está resuelto por la vida misma y mucho antes de esta sentencia— no solo tuvimos que mirar más allá de la apariencia, sino también tuvimos que deshacernos de nuestros prejuicios y estereotipos para conectar realmente con las personas que participan en esta historia. Especialmente con J. de 9 años, que es no solo la protagonista sino quien conquistara la solución.

En definitiva, es la niña la que mostró qué era —y sigue siendo— "lo esencial de este caso" [como El Principito], y al mismo tiempo exige [al Estado] echar una mirada a su vida con todos los sentidos.

A continuación, despliego cada punto.

I. Antecedentes del caso:

Este expediente (conjunto de documentos) se inicia con la demanda (petición ante la justicia) que presenta el Señor R. L., con el propósito de lograr el reconocimiento legal como padre de J. S.

Por esa acción judicial, lo que pretende R. L. es la impugnación de la filiación **(3)** paterna del Señor J. S., quien figura como padre de J. en el acta de nacimiento.

El escrito de demanda está agregado en las páginas 02 a 06. Como se puede observar, el Señor L. realiza su presentación con el patrocinio (asistencia jurídica) del Dr. Jorge Rubén Molina, MP ... CAS, y constituye domicilio a los fines de las notificaciones de este proceso en el Casillero N° 210 de este Centro Judicial. Indica que es el padre biológico de J. S., y es por eso que dirige la demanda en contra del Señor J. S., quien reconoció a la niña como su hija. Luego expone —brevemente— la historia de vida que tuvo con la Sra. L. C. (mamá de J.) y señala que se casó con ella meses después que nació la niña.

En la página 11 y 12 se agregan el acta de nacimiento de la niña y el acta de matrimonio entre L. y C.

Con todo ello, y por lo que pretendía inicialmente el Sr. L., dispongo enviar el expediente a la Señora Agente Fiscal de este Centro Judicial para que opine sobre la incorporación de la Señora L. C. a este proceso, pues esta última no había sido inicialmente convocada por el accionante (como codemandada). Ver página 15.

El Agente Fiscal **(4)** emite su dictamen (opinión técnica), en el cual considera que debe incluirse en este expediente a la Señora L. C. y a la niña J. S. por entender que la participación procesal de ambas es necesaria.

En consecuencia, según decreto del 01 de febrero de 2018 (página 21), dispongo enviar copia de la demanda al Sr. S. y a la Sra. C. Asimismo, ordeno correr vista (que tome conocimiento del estado del expediente) a la Defensora de Niñez de este Centro Judicial, quien representa complementariamente a la niña.

En ese ínterin, el Señor L. se presenta con otro abogado, el Dr. Roberto Charcas y constituye domicilio procesal en casillero N° 251.

En las páginas 34 a 38 agregamos la contestación que hace el Señor J. S. Este último se presenta con el patrocinio de la Dra. Ingrid Lausberg MP ... CAT, y constituye domicilio en casillero N° 292. En dicho escrito, solo plantea la excepción de prescripción y la caducidad **(5)** de los plazos legales para interponer su reclamo. Sustenta su argumento en lo dispuesto en el artículo 593 del Cód. Civ. y Com. de la Nación (en adelante Cód. Civ. y Com. de la Nación). De esa pieza procesal, puede leerse que la paternidad biológica de R. L., no fue ni un hecho ni un aspecto controvertido por J. S.

Del planteo de prescripción se ordena correr traslado (es decir que R. L. sepa y diga algo respecto del planteo de S.). Ver página 39.

En la hoja 41, R. L. responde a las cuestiones de esos plazos vencidos, y refiere que todo eso es contrario a los derechos que se consagran en la Convención de los Derechos del Niño.

Por otro lado, la Sra. L. C. no contesta demanda. Tampoco se presenta en este juicio.

(2) Antoine de Saint-Exupéry, "El Principito"

(3) Diccionario de la Real Academia Española: 'Conjunto de los datos identificativos de un individuo' y, en especial, 'procedencia de una persona respecto de unos determinados padres'. Otro: "La filiación es un derecho jurídico que existe entre dos personas donde una es descendiente de la otra, sea por un hecho natural o por un acto jurídico". https://es.wikipedia.org/wiki/Filiacion.

(4) Órgano que actúa en los casos en que se encuentre comprometido el orden público y en los previstos por las leyes especiales (Ley Orgánica del Poder Judicial y sus modificatorias)

(5) Instituto jurídico por el que un derecho se extingue o, si se quiere, muere a consecuencia del transcurso del plazo legalmente establecido para su ejercicio sin que este se hubiera ejercitado.

Thomson Reuters

Con todo ello solicito nuevamente la intervención de la Sra. Agente Fiscal. Al mismo tiempo, en la página 51 dispongo correr vista a la Defensoría de Niñez para que emita opinión técnica en relación a los planteos sobre la identidad de la niña, y las cuestiones procesales planteadas en el expediente.

A la par, y a los fines de garantizar los derechos de fondo y de forma (es decir los que ya se estaban ventilando sobre la identidad de J. y su derecho a participar activamente en este juicio) dirijo oficio al Colegio de Abogados del Sur, a fin que proponga a algún profesional preferentemente especializado en materia de infancia, que pudiera asesorar y asistir técnicamente a la niña si ella lo quisiera. En la página 55, es agregada la contestación del oficio por parte de las autoridades del Colegio de Abogados del Sur, informando sobre la propuesta de dos profesionales: las Dras. F. d. l. B. y N. d. V. E. Sin embargo, la niña no tomó contacto con ninguna de esas profesionales.

En la página 57, es agregado el dictamen de la Defensoría de Niñez y Adolescencia.

En la hoja 59 ordeno convocar formalmente a J. a participar en este proceso haciéndole, saber que tiene derecho a expresar su opinión y a tener asistencia técnica (abogado del niño). Que para ello contaba con dos abogadas propuestas por el Colegio de Abogados del Sur, para el caso que ella lo quisiera y así lo decidiera.

Dado que la niña reside en la zona de Amaicha del Valle (lugar alejado de este Juzgado y en zona de montañas —Valles Calchaquíes—) y que su traslado hasta mi oficina podría significar una barrera territorial y temporal (por el diligenciamiento de cédulas) disuasoria del acceso efectivo a la justicia, dispongo que la entrevista con J. fuera en su lugar de residencia **(6)**, y que el traslado sería de esta jueza conjuntamente con el actuario del juzgado, profesional del Gabinete Psicosocial, y el Ministerio de Niñez (página 66).

En efecto, el día 20 de mayo de 2019, se lleva a cabo la entrevista con la niña en el lugar donde ella habita, con la colaboración del Lic. Marcelo Paz Aparicio (psicólogo del Poder Judicial), y la Sra. Silvina Giuliante en representación de la Defensoría de Niñez del Poder Judicial. Es importante destacar, que la charla se realizó con total sujeción a las disposiciones de la Convención de los Derechos de los Niños (en adelante CDN) y a la Ley 26.061 sobre Protección Integral de la Niñez. En ese sentido, se le explicó a la niña en términos sencillos el motivo del encuentro, cuál era la razón para charlar sobre el asunto que se trataba en el expediente. Luego de esas explicaciones y darle la información que nos pidiera, le preguntamos si podíamos continuar con la entrevista. Ella aceptó. En esa oportunidad, J. contó cómo está conformada su familia. Nos explica que tiene dos -2- papás: J. y R. Que su mamá vive en otro lado. Que tiene cuatro hermanos más, tres mujeres y un varón. Una hermana por parte del papá J., otra hermana por parte del papá R., más una hermana y un hermanito de meses por parte de la mamá. Que ella vive parte del tiempo con J. (a quien llama "papito") y parte del tiempo con R. (a quien llama "papá"). Que comparte tiempo con sus hermanas y hermanito. También expresó su preocupación, pues le "habían dicho que tenía que conversar con la jueza para elegir entre sus dos papás y que ella no quería hacerlo" (sic). Continua diciendo que ella quiere tener a los dos papás. Que quiere seguir llamándose J. S.

Luego se le informó sobre el derecho que tiene a resguardar el acta [el papel donde escribimos lo charlado] en privado para que se preserve lo conversado, o bien que se agregue al expediente y pueda ser conocidos por otras personas. Con total claridad y contundencia nos pidió que la agreguemos al expediente.

Frente a lo charlado con J., es que ordeno librar oficio a la Lic. Valeria Rivero, quien se desempeña en el área de Servicios Locales de la Dirección Infancia, Niñez y Familia (en adelante DINAyF) de Amaicha del Valle, para que envíe informe completo y detallado sobre las intervenciones que realizaron en relación a la niña y a su grupo familiar; y del mismo modo convocar a una audiencia en el marco del artículo 38 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Provincia de Tucumán (en adelante CPCCT) a ambas partes, es decir, al Señor L. y Señor S. (p. 75).

En la página 86, y por medio tecnológico se presenta J. con la Dra. Gabriela Gómez Peña, del Centro de Acceso a la Justicia de Amaicha del Valle. Mediante dicha pieza procesal, la niña junto con su abogada solicita que se respete el derecho de identidad en el doble aspecto: dinámica y estática. La Dra. Gabriela Gómez Peña reitera textualmente el pedido de J. diciendo que "no quiere elegir entre ambos padres, que ella tiene los dos y que a los dos los quiere. Que quiere seguir llamándose J. S.". Luego, la abogada asienta y justifica tales pretensiones en los derechos fundamentales y constitucionales de la niña.

En la página 97, es adjuntada el acta de audiencia que se hiciera con el Sr. L. el día 12 de junio de 2019. En ese momento R. L. es acompañado por otro abogado, el Dr. Diego Eduardo Vals, quien solicita repre-

(6) Acciones positivas relacionadas a la exigibilidad y acceso a la justicia para los niños, niñas y adolescentes. Adaptación y adecuación de las formas procesales a favor de la infancia, exigido por la CIDH en el informe "Hacia la garantía de los derechos de niñas, niños y adolescentes", noviembre 2017.

Thomson Reuters

sentación de urgencia, sin revocar el poder conferido al Dr. Charcas. No se presenta el Sr. S., ni la profesional patrocinante, Dra. Ingrid Lausberg, a pesar de estar notificados (hoja 83). Una vez que comienza la audiencia, se le explica al Señor L. el rol protagónico de la niña en este proceso, y se le hace conocer su opinión y petición. R. L. manifiesta que "es consciente de la voluntad de su hija". Finalmente, el Ministerio de Niñez solicita que se dicte sentencia. Así fue dispuesto en el mismo momento, previo pago de la planilla fiscal (hoja 97 vta.).

En la página 98 se practica planilla fiscal, es decir, los gastos generados por el uso del servicio de justicia.

En las páginas 101 a 103, el Dr. Vals acompaña recaudos legales (bonos profesiones, boleta de aportes establecidos por la ley 6059, requisitos que todos los abogados deben cumplir al momento de iniciar o de presentarse en un juicio). En la página 107 bis es acompañada tasa de justicia por pago de planilla fiscal.

Desde la página 117 a 122 es agregado el informe detallado de la Licenciada Valeria Rivero, quien se desempeña para la DINAyF en la localidad de Amaicha del Valle. De dicho informe surge el resultado de las intervenciones que hiciera con la familia de la niña.

En las páginas 124 y 125, es adjuntado el dictamen de la Señora Agente Fiscal de este Centro Judicial. En dicho instrumento, concluye la titular del Ministerio Fiscal que: "[...] a fin de tutelar sus vínculos afectivos, respetando la construcción de su identidad dinámica de la niña, y contando esta con la madurez suficiente como para decidir sobre su identidad de origen, entiende este Ministerio Público Fiscal que S.S. puede hacer lugar a las presentes en base al pedido de la niña, con ajuste a las Convenciones de fondo y en forma".

Con estos elementos queda este expediente en condiciones de resolver, correspondiendo ingresar en el tratamiento de lo solicitado por la niña y por las partes adultas intervinientes en este proceso.

Los hechos y acreditaciones de autos:

La demanda: R. L. pide que se desplace a J. S. como padre de J. El Sr. R. L. afirma que es el padre biológico de la niña.

La contestación de la demanda: J. S. no discute la paternidad biológica de R. L. El hecho no está controvertido. Solo pide que se rechace la demanda por haber vencido los plazos concedidos por la ley para iniciar la acción judicial.

La participación procesal y protagónica de la niña en el proceso. Participación con asistencia técnica (figura del abogado del niño) **(7)**: J. S. reconoce como padres a los dos. Conoce su origen biológico y su origen legal. Solicita que se respete su identidad tal cual se configura en la realidad sin que tenga que elegir (desplazar de la función paterna) entre sus padres. Señala que los quiere a los dos en los papeles. Finalmente solicita mantener su nombre tal cual figura en el acta de nacimiento.

*Los informes de la DINAyF: dan cuenta de la realidad socioafectiva de la niña. La composición de un modelo familiar diferente a lo tradicional. Todos los miembros de ese grupo familiar (ambos padres, madre, abuelos y abuelas, hermanas/o de la niña) conocen el origen biológico y legal de J. La niña y los demás miembros de la familia tienen no solo las necesidades básicas satisfechas, sino resguardados sus derechos fundamentales: a la vida familiar **(8)** en el contexto socioafectivo reinante (cuidados parentales compartidos entre dos padres, comunicación con la madre, vínculos fraternos garantizados, educación y salud).

Opinión del Agente Fiscal: aconseja que el caso se resuelva en perspectiva de los derechos de la niña. Que frente al derecho fundamental de identidad de la niña y los pedidos expresados por ella, los plazos de caducidad más la inconstitucionalidad planteados por J. O. S., no amerita tratamiento alguno. Considera que no existe conflicto en torno a la identidad de la niña, toda vez que ella conoce los roles de cada padre y su procedencia biológica. Aconseja respetar la identidad dinámica de la niña y su derecho a mantener la conformación familiar tal cual se refleja en la realidad. Finalmente entiende que el pedido de la niña debe ser admitido.

II. Un caso. Una historia

El caso y la historia del caso:

Esta sentencia es para J. S., y sus dos papás: R. L. y J. S. A partir de ahora, voy a nombrarlos por el primer nombre a cada uno de ellos.

(7) Convención de los Derechos del Niño (artículo 12), Pacto de San José de Costa Rica (artículo 8: Debido proceso legal), Constitución Nacional (artículo 18 y 75 inciso 22), Ley 26.061 (artículo 26: Garantías mínimas procesales), Ley provincial 8293 (artículo 25).

(8) Pacto de San José de Costa Rica (artículo 17), Convención de los Derechos del Niño (artículos 3, 6, 7, 8 y ccds.), Constitución Nacional (artículo 14 bis), Informe de la Comisión Internacional de Derechos Humanos (CIDH) del año 2013 "El derecho a vivir en familia".

Thomson Reuters

J. tiene una historia interesante. Ella es una niña de 9 años y vive en Amaicha del Valle, Tucumán. Concurre a la escuela N° 10 de Amaicha. Pasó a cuarto (4°) grado. Le gusta la matemáticas y quiere ser maestra cuando sea grande. Durante la semana vive con su papá J. (S.), su hermana N. (S.) de 11 años, y doña H. —hermana de J.—. Los fines de semana vive con su papá R. (L.) y su hermana H. (L.).

La mamá de J. se llama L. y vive en otro sitio. Allí —en la casa de su mamá— también tiene dos hermanos más pequeños. Ellos se llaman L. y N., ambos son muy chiquitos —nos cuenta J.—.

J. sabe que ella es hija biológica de R. Pero que, cuando nació fue reconocida por J. De todas maneras, ambos se compartan como auténticos papás de ella. Comparten todo. Ella reside tiempo en ambas casas, la del papito J. y la del papá R. Así los nombra ella. Su vida y la vida de los papás se organiza de esa manera (acta de audiencia de fecha 20/05/2019).

J. conoce perfectamente su origen. Vive conforme siente, es decir, que J. y R. son sus papás. Disfruta de su familia y de esa forma de vivir.

Actualmente J. y R. —ambos— se encargan del cuidado y la crianza compartida de J. A ello se suma, la misma tarea (cuidado y educación) que cada padre tiene de sus otras hijas.

J. comparte ambas familias y tiene vínculos no solo parentales sino fraternos fuertemente afianzados en el amor y el apego familiar (padres, madre, hermanas y hermano).

En definitiva, ella siente (pues así lo manifestó) que es hija de J. y R. De uno tiene el apellido y el afecto, y del otro reconoce que es su padre biológico e igual afecto. Vive con los dos. Comparte con ambas familias. Vivencia sus lazos de afecto con hermanas/o, tíos/as y abuelo/as cotidianamente. En la charla con J., ella nos explicó todo esto y de una forma tan simple como real.

Y en la misma charla, le preguntamos a J. si ella siente que tiene los dos papás, y nos dice que sí. Luego avanzamos sobre estos puntos, y le preguntamos si quiere tener a los dos papás en los papeles, como los tiene en la vida real, a lo que responde que sí.

Y eso —debo admitir que fue la pretensión más simple, pero más significativa y reveladora que tengo para resolver— me exhorta (y exhorta al Estado) a una reflexión profunda. A mirar lo esencial y no ser ciega ante la realidad de esta familia —al decir del Principito—.

A lo que jurídicamente podría traducirse en la necesaria humanización de la Justicia y el proceso **(9)**. El régimen civil y comercial en vigencia reconoce dicha humanización o constitucionalización de la ley, pues así lo dejaron plasmado los redactores del Código Civil y Comercial Común en los fundamentos del Anteproyecto **(10)**.

A partir de ahí, entonces me pregunto:

-¿Podría el Estado desoír la voz de J. y su consecuente petición de "no elegir entre sus padres" (J. y R.)?

-¿Acaso J. tiene algo o a alguien que elegir en este proceso?

-¿A quién se le ocurre que una hija elija entre dos padres a quienes ella ama?

-¿Podría el Estado —en el actual sistema normativo— legalizar o legitimar que J. tenga que posicionarse en alguna elección? (entre J. y R.)

-¿Puede el Estado "elegir" por ella entre sus padres?

-¿Cabría la posibilidad de desplazar a uno de ellos, ya sea por inexistencia de vínculo biológico o por el mero vencimiento de plazos legales?

---

(9) El Derecho, como todas las demás ciencias humanas ha experimentado desde las primeras décadas del siglo XX profundos cambios a partir de una nueva concepción del ser humano, este ha dejado de ser un instrumento para convertirse en un fin en sí mismo, provocando el desapego a las doctrinas individualistas, patrimonialistas y formalistas que, por siglos, han inspirado y dominado la escena jurídica. http://www.saij.gob.ar/mario-masciotra-funcion-social-juez-codigo-civil-comercial-nacion-.

(10) Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación: Aspectos Valorativos: ... En nuestro anteproyecto, en cambio, tomamos muy en cuenta los tratados en general, en particular los de derechos humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptar la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina. Esta decisión se ve claramente en casi todos los campos: 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 derechos humanos con el derecho privado.

Thomson Reuters

-¿Existe algún orden público capaz de impedir la continuidad del ejercicio real y efectivo de la paternidad por parte de R. y J.?

-¿Podría resolverse la "cuestión del padre" **(11)** en un laboratorio y mediante una prueba de ADN, en el que se confirme el origen biológico de J.? O bien ¿podría resolverse "la cuestión del padre" por el solo transcurso del tiempo —supuestamente por inacción—?

-¿Qué tanto poder tiene el Estado para disponer —en esta historia— cuál de los dos señores es el verdadero padre? ¿el legal o el biológico?

Todas las respuestas fueron en sentido negativo. Y en consecuencia no caben las elecciones. Pues lo esencial es otra cosa. Solo desde el amor y el apego se construye la parentalidad (paternidad y maternidad). Es una creación diaria. Pues es necesario contar con el deseo y la demanda de aquellos que pretenden un hijo/a **(12)**. En esta historia puede advertirse que —desde la primera infancia de J.— ambos padres articularon ese deseo.

Por su lado, la niña se nombra, se constituye e identifica como hija de ambos.

La familia de J. en la conformación que tiene (dos padres y una madre), debe ser no solo reconocida como una realidad preexistente sino que debe ser protegida y legitimada ante la sociedad y ante la ley **(13)(14)**.

Dicho eso, ahora me dirijo a J. para decirte: "J. tenés razón cuando decís que no querés 'legir entre tus dos papás'". Tenés derecho a conservar a los dos, al papá R. y al papito J. También tenés razón al no permitir a los grandes —y admiro tanta valentía— que te exijan ese tipo de elección. No hay nada que elegir. Vos no tenés que elegir entre J. y R. Porque según lo que hablamos y me hiciste saber, es que sentís que los dos son tus papás. Listo, eso es lo importante. Y así lo voy a escribir en esta sentencia. Te anticipo que voy a reconocer legalmente ese derecho a tener a tus papás en los papeles (a los dos) y a reconocer el derecho a vivir de esa forma y en familia. Esto quiere decir, que voy a hacer que el Estado registre en tu acta de nacimiento a R. además de J. y L. A los tres: con lo cual vos vas a tener en los papeles (acta) dos papás y una mamá. Y con eso, ellos tres tienen los mismos derechos y obligaciones (ellos con vos y vos con ellos). Básicamente las obligaciones de ellos tres son: cuidarte, acompañarte en la vida, y asegurar tu bienestar físico y económico (alimentos, vivienda, estudios, etc.). Entre ellos deben organizarse para cuidar de vos (autorizaciones reciprocas cuando vos salgas de viaje fuera del país o si decidieras casarte antes de los 18 años, derechos de comunicación con vos, cuidados personales, y esas cosas, ¿sabes?...). Esto es una explicación sencilla, pero, todo está descripto en la ley y te la voy a detallar más abajo para que la leas si querés, para cuando quieras y necesites hacerlo **(15)**. Eso ya queda en vos.

Para poder hacer todo eso que te digo más arriba, es que necesariamente debo precisar algunas cosas, y a partir de ahí explicaré cómo voy a proteger tus derechos y el de tus papás: R. y J.

Veamos:

-El origen biológico de J. no fue controvertido. (R. afirma ser padre biológico. J. no lo niega, solo aduce el vencimiento del plazo legal para la acción intentada).

-La niña conoce su procedencia biológica (es hija de R.).

-La familia nuclear (padres/niñas/hermanas y madre) y la familia ampliada (tíos y abuelos) funcionan en base a los lazos afectivos, biológicos y legales. (Reconocen la coexistencia de ambas fuentes filiales en J.: biológica y socioafectiva).

(11) Término acuñado por Marta Jerez Ambertín en "Avatares del padre", Actualidad Psicológica, Diciembre 2006, p. 6.

(12) Gerez Ambertín, Marta op. cit.

(13) La actual legislación civil y comercial propone cambios trascendentales no solo de redacción sino de adaptación de los tratamientos, de modificación y propuesta de nuevas figuras, de dialogo de fuentes internas con las internacionales de Derechos Humanos (Fundamentos del Proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación 2015)

(14) Asamblea General de Naciones Unidas (Resolución 74/133, del 18/12/2019) por la que reconoce que la familia tiene la responsabilidad primordial en el cuidado y la protección de los niños, de manera que redunde en el interés superior de estos, y que los niños, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, deben crecer en el seno de una familia y en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. Igualmente insta a todos los Estados partes a que intensifiquen sus esfuerzos para cumplir las obligaciones que les impone la Convención sobre los Derechos del Niño de preservar la identidad del niño, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares, tal como reconoce la ley, de proteger a los niños en cuestiones relativas al registro de nacimientos, las relaciones familiares.

(15) Código Civil y Comercial Común, Libro II, Titulo IV, Título V, Titulo VII; Libro V. y toda legislación concordante con la filiación biológica. Derechos alimentarios, de comunicación, sucesorios, patrimoniales, etc.

Thomson Reuters

-R. pretende ser emplazado legalmente como padre.

-J. intenta no ser desplazado como padre.

-J. pide que se reconozca el derecho a conservar a sus dos papás.

-Básicamente (J., J. y R.) coinciden en que desean preservar las relaciones familiares que tienen y sienten. Ser padres de J.

Y J. ser hija de ambos.

Así las cosas, y tal cual funciona en la realidad, entiendo que J. tiene razón en negarse a optar entre ellos. Porque en las condiciones que surgen del expediente, ambos cumplen con la función de padre. Ambos ejercen plenamente las funciones parentales. Ambos le dan amor y se encargan de su cuidado. Con ambos vive y comparte. Tanto J. como R. se desempeñan como sus auténticos papás.

Esa es la historia de este caso. Esa es la realidad. Quizás este tipo de familia no fue siquiera concebida por quienes hacen las leyes (legislador), y si se la imaginó pues no le puso nombre. Sin embargo, no tener "un nombre para este tipo de familia" **(16)** no significa que no exista. Lo que ocurre es que yo [en la investidura del Estado] tampoco puedo ignorarla al momento de resolver. Es más, debo "nominarla". Debo ponerle nombre a "eso diferente", pues el derecho de las familias es respetuoso de la diversidad **(17)**. Es otro tipo de familia que merece trato igualitario ante la ley **(18)**. Debo reconocer y proteger la multiculturalidad que en este caso se esboza.

Avancemos: en cuanto a la denominación de este tipo de familia. Algunos estudiosos **(19)** del derecho le llaman multiparentalidad o pluriparentalidad. Lo que significa que una persona puede tener más de dos progenitores (sean padres o madres). No voy a entrar en una disquisición en el orden lingüístico. Solo pretendo nombrar a este "otro tipo de familia", y entonces voy a llamarla la familia pluriparental **(20)**, simplemente en alusión a la diversidad de progenitores (no hay solo 2, hay más).

En ese sentido considero, que es un derecho intrínseco, esencial, individual y personalísimo de J. a continuar en la conformación familiar y parental que tiene y que disfruta (serie de opciones de vidas propias de una sociedad pluralista). Tal cual ella la describe y la experimenta. Ese es su autoproyecto de vida **(21)**. Entrometerme en eso —su vida— e impedir a cualquiera de los papás de J. que sigan funcionando como tal (como su auténtico papá) sería una verdadera torpeza e imprudencia jurídico-estatal.

Tal como lo adelantara voy a reconocer el derecho de J., de J. y de R., a que todos encuentren sus nombres inscriptos en el acta de nacimiento de la niña. Voy a ordenar que se registre (se agregue) a R. L. como padre de J. S., conservando desde ya la inscripción de J. S. también como padre de la niña. A la par, voy a mantener la inscripción de L. C. como su madre —por supuesto—. A su vez, la niña continuará con el apellido S., pues así se nombra, se reconoce y desea seguir llamándose (así lo expresó al momento de nuestra char-

(16) En el Código Civil y Comercial Común se reconoce la familia constituida tradicionalmente (conformada a partir del vínculo matrimonial o de pareja), ensamblada, uniparental.

(17) Ballarin Silvia, "El derecho las familias como derecho del otro en condiciones de vulnerabilidad", Revista de Derechos Familia y de las Personas N° 11, Diciembre 2019, Thomson Reuter, p. 13.

(18) Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial Común. Aspecto Valorativo: ... Código para una sociedad multicultural. En materia de familia se han adoptado decisiones importantes a fin de dar un marco regulatorio a una serie de conductas sociales que no se pueden ignorar. En ese sentido, se incorporan normas relativas a la filiación que tienen en cuenta la fecundación in vitro; en el régimen legal de las personas menores de edad también se receptan muchas novedades como consecuencia de los tratados internacionales; en materia de matrimonio, se regulan los efectos del sistema igualitario ya receptado por el legislador y la posibilidad de optar por un régimen patrimonial; también se regulan las uniones convivenciales, fenómeno social cada vez más frecuente en la Argentina. Ello no significa promover determinadas conductas o una decisión valorativa respecto de algunas de ellas. De lo que se trata es de regular una serie de opciones de vidas propias de una sociedad pluralista, en la que conviven diferentes visiones que el legislador no puede desatender.

(19) De La Torre, Natalia - Silva, Sabrina A. "Ampliando el campo de la pluriparentalidad: poliamor, socioafectividad y biología. Publicado en: RDF: 2017-VI, 13/12/2017, 310. Cita Online: AR/DOC/4218/2017

(20) Pluriparentalidad fue el término que adoptó aprobado en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Bahía Blanca 2015, por la Comisión N° 6 Familia: "Identidad y filiación". Aunque solo se la concibiera para la tercera fuente filial incorporada al CCC, que es la voluntad procreacional.

(21) Constitución de la República Argentina, articulo 19: "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe".

Thomson Reuters

la/audiencia y luego en la presentación por escrito). Esto es lo que se conoce como el derecho a la identidad en su faz dinámica y el impacto de la apertura al afecto como valor jurídico **(22)**.

En definitiva es respetar y legalizar la opción de vida de esa familia. Quiere decir además, que ambos (J. y R.) serán legalmente los padres de J., y que uno y otro tienen la misma responsabilidad y derechos frente a la ley **(23)**. Quiere decir que J. no tiene que elegir entre ellos.

A esto lo voy a explicar y fundar desde el plano jurídico. Esto se llama argumentación. Ahí voy a explicar con más detalles jurídicos y no-jurídicos, qué cosas hago valer para proteger los derechos de J., J. y R. Quizás para J. hoy —al momento de escribir esta sentencia— sea un poco más difícil comprender la totalidad de lo que escribo, pero no descarto que cuando crezca —tal vez— mantenga interés en releer este papel (sentencia) y entienda cada vez más el alcance de estas líneas (integridad del fallo) y las leyes que invoco para resguardar sus derechos en este momento.

A los Señores J. S. y R. L., les adelanto que intentaré exponer de la forma más clara posible los fundamentos de mi decisión, explicando la legislación y los conceptos, que considero aplicable para la resolución de este caso. Pero, si aun así, quedara algún término sombrío o incomprensible, será tarea de los profesionales que los acompañan (Dra. Ingrid Lausberg, Dr. Diego Valls y Dr. Roberto Charcas) agraciarlos con más explicaciones.

Y, para el caso que no estuvieran de acuerdo con la decisión que tomo, pues tienen otras vías para fundar tales circunstancias y pedir la revisión.

Fundamentos de la decisión judicial

A- Argumentos jurídicos y aspectos axiológicos **(24)**

Avanzo en esta argumentación, haciendo conocer que resulta un espinoso —pero interesante— ejercicio tener que evidencia y justificar ante esta familia en particular y ante la sociedad en general, que los derechos que reclaman J., R. y J. (ser padres e hija) constituyen garantías esenciales. Incluso, que tales derechos fueron reconocidos mucho tiempo atrás por los Tratados Internacionales **(25)**.

En estos casos, el Estado (mi función en el Poder Judicial) está obligado a desarrollar una tarea de interpretación holística de las normas que conforman el Sistema Reglamentario Nacional. Esto quiere decir, que debo tomar la actual legislación familiar e interpretar sus mandatos a la luz de las pautas que indican los textos internacionales (Tratados Internacionales en los que Argentina es parte). El Derecho Constitucional-Convencional de familia es el resultado del cruce entre Derecho Humanos y Derecho de Familia y el escenario obligado sobre el cual se debe realizar cualquier análisis jurídico **(26)**.

De la misma manera tengo que reconocer que, además de la riqueza normativa con la que contamos, también es cierto que J. y sus papás lograron —con este caso y su historia— quitar aquellas creencias culturales y sociales por las que se entendía que las familias biológicas tienen una sola forma de instituirse,

(22) La concepción multifacética e interdisciplinaria de la identidad repara en la importancia del tiempo y el afecto en desarrollo el intersubjetivo de la persona, a lo que el derecho no debe hacer oído sordo. El paradigma Constitucional-Convencional nos impone considerar los contextos socioafectivos en los cuales se construye la identidad filiatoria. El nuevo articulado abre la puerta del mundo jurídico al amor, como valor autónomo y capaz de producir efectos jurídicos en el reconocimiento de las relaciones tal cual son. (Daniela A. López y Sabrina A. Silva, "Comisión N° 14 Identidad y Filiación", Jornadas Derecho Civil 2015, Bahía Blanca. https://jndcbahiablanca2015.com)

(23) Deberes de alimentos y cuidados personales. Derechos de comunicación. Derechos hereditarios. Y todos los que la legislación nacional y supranacional conceda como consecuencia de la filiación biológica.

(24) Definición de la Real Academia Española (RAE): El aspecto axiológico o la dimensión axiológica de un determinado asunto implica la noción de elección del ser humano por los valores morales, éticos, estéticos y espirituales.

(25) Cód. Civ. y Com. de la Nación, artículos 1, 2 y 3. La regulación completa de las fuentes es un tema que hoy se analiza en el derecho constitucional, porque tiene la amplitud necesaria para comprender desde los tratados internacionales hasta la reglamentación administrativa. De este modo, el sistema adquiere un núcleo que lo caracteriza y que sirve de marco de comprensión de una gran cantidad de cuestiones de interpretación y de integración de lagunas. Convención Americana de los Derechos del Hombre y Convención de los Derechos del Niño.

(26) Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación: "...Los casos deben ser resueltos conforme a un sistema de fuentes...La aplicación de la ley significa delimitar el supuesto de hecho y subsumirlo en la norma, es decir una deducción. De todos modos, queda clara y explícita en la norma que la interpretación debe recurrir a todo el sistema de fuentes. Así, se alude a la necesidad de procurar interpretar la ley conforme con la Constitución Nacional y los tratados en que el país sea parte

Thomson Reuters

es decir, en el siguiente binomio: 1 madre + 1 padre= 2 progenitores.

Notoriamente, ellos (J. y sus papás) nos demostraron que existe más de un modelo familiar. Y el suyo es otro. Distinto. Propio. Genuino. Válido entre sí, para el resto de los miembros de la familia, y para la comunidad en general.

Y esa es la razón por la que la ley debe protegerlos, concediéndole los mismos derechos que a los otros modelos familiares.

Como dije anteriormente, la argumentación de esta sentencia y la realidad sobre la que se apoya, es un ejercicio jurídico que tiene su anclaje en las fuentes de derecho y la interpretación de la ley según los estándares de los Derechos Humanos (artículos 1, 2 y 3 del Código Civil y Comercial Común —en adelante Cód. Civ. y Com. de la Nación—) **(27)**.

En este aspecto y para ahondar en los fundamentos de mi decisión, me permito seguir los pensamientos del filósofo Confucio **(28)**, quien enseñaba: "saber que es lo justo y no hacerlo, es la peor de las cobardías". Lo justo es que J. no elija entre sus padres, pues su subjetividad e identidad como hija se construye a partir de la presencia de ambos —J. y R.—. Cobarde sería escudar una solución jurídica en normas rígidas y carentes de valoraciones humanitarias.

La interpelación legal de J. al Estado por y para el reconocimiento de sus derechos civiles y sociales (derechos humanos fundamentales) es no solo justa sino legítima y merecen amparo legal.

Igualmente adhiero a lo que nos enseña el jurista Gil Domínguez cuando expresa que una compleja combinación de elementos jurídicos y no jurídicos, permitirá comprender el derecho como un fenómeno público, social e histórico advirtiendo que la interpretación es una operación de naturaleza social que adquiere sentido y legitimación en el contexto de una cultura. La estructura abierta del lenguaje Constitucional Convencional posibilita construir una subjetividad, a partir de la escucha del deseo de las personas, y nos conduce necesariamente a una sociedad plural y tolerante; donde el pensamiento monocromático —como una suerte de expulsión a los que portan una construcción biográfica distinta— no tiene cabida **(29)**.

Es decir, que a esta historia y el fenómeno jurídico que nos revela, lo tomo desde la perspectiva de sus tres elementos esenciales: conducta, norma y valor (Teoría Trialista del Mundo Jurídico) **(30)**. Sin pretender dar inicio al campo de la Filosofía del Derecho, solo he de señalar —para que los destinatarios de esta sentencia comprendan mejor, y además fue un compromiso asumido para con ellos —que para el Derecho las conductas son comportamientos humanos; las normas (las leyes) son descripciones de las conductas; y el valor se refiere a la justicia— que como valor que es— nos permite apreciar (valorar) las conductas y las normas.

En este caso, esta teoría se refleja en el siguiente modo:

-Las conductas: de J. y R. en la función paterna y la conducta de J. como hija de ambos.

-Las normas: J. es el padre reconociente de J. pues figura en el acta de nacimiento. La niña lleva su apellido y se identifica como tal. R. es el padre biológico de J., cumple la función paterna en los hechos. La niña conoce su origen y tiene vínculos afectivos y convive con ambos. (Artículos: 80, 240, 243, 246, 248, 258, 269 y concordantes del Código Civil Argentino [derogado];

-La valoración: ¿qué sería "lo justo" en el caso que tengo a resolver?

Ahora sí, me introduzco directamente en lo que me interesa describir, principalmente para que J., R. y J. sepan cuáles son las normas jurídicas y los aspectos no jurídicos que he tenido en cuenta para llegar a mi decisión final. Qué elementos y condiciones juzgo (valoro) como legal y razonable en sus pedidos.

Me explayo:

B. La obligación del Estado y los derechos esenciales a proteger:

---

(27) Con relación a los tratados internacionales, cabe señalar que todos los que ha suscripto el país y resultan obligatorios, deben ser tenidos en cuenta para decidir un caso. Esa es la función que tienen como fuente de derecho referida en el artículo 1 del Cód. Civ. y Com. de la Nación. Pero además, cuando se interpreta una norma, tienen especial relevancia los tratados de derechos humanos, porque tienen un contenido valorativo que se considera relevante para el sistema. Esta es la función que tienen en materia hermenéutica a la que se refiere el artículo 2 del Cód. Civ. y Com. de la Nación (Fundamentos del Proyecto del Cód. Civ. y Com. de la Nación).

(28) Reconocido pensador chico. Vivió en el 551 A.C. Su filosofía recibe el nombre de confucianismo.

(29) Gil Domínguez, Andrés, Estado constitucional de derecho, psicoanálisis y sexualidad, Bs As, Ediar, p. 17 y ss.

(30) Goldschmidt, Werner "La teoría Trialista del mundo jurídico", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1967.

Thomson Reuters

-Para J.: la integridad personal, la libertad de pensamiento y de expresión. El derecho al nombre, a la personalidad jurídica y a la dignidad. Su interés superior. El derecho a participar en el proceso, a peticionar al Estado y exigir "no elegir entre sus padres". Su opinión como razón central de esta decisión. El derecho al mismo trato ante la ley.

-Para J. y sus padres: la protección de esa familia. El reconocimiento del amor como elemento constitutivo de la función paterna de ambos. La relevancia de la filiación socioafectiva.

-Para este caso (historia de vida) en particular: la declaración de inconstitucionalidad del artículo 558 del Cód. Civ. y Comercial Común y el reconocimiento de la pluriparentalidad como un derecho constituyente de la dignidad personal (de cada uno de ellos) y la identidad familiar (para este grupo).

A continuación, paso a desarrollar cada uno de esos derechos, a señalar dónde se encuentran ubicados, y lo que cada de ello y todos conjuntamente implican.

B.1 - El interés superior de J., la integridad personal, la libertad de pensamiento y de expresión. Derecho al nombre, a su personalidad jurídica y su dignidad. (Todos esos derechos están enunciado en: la Convención sobre los Derechos Humanos **(31)**: artículos 1, 2, 3, 8, 11, 17, 18, 24, 25 y concs.; la Convención de los Derechos del Niño **(32)**: artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 9, 12, 14, 18 y concs.; la Constitución Nacional **(33)** artículos 14 bis, 16, 28, 75 inc. 22 y concs.; el Cód. Civ. y Com. de la Nación **(34)**, artículos 1, 2 y 3)

-¿Qué se entiende por el superior interés de J.? La confluencia con otros derechos esenciales.

La jurisprudencia nacional **(35)** ha concebido al interés superior del niño como "el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona y los bienes de un menor dado, y entre ellos el que más conviene en una circunstancia histórica determinada, analizado en concreto (...). Una definición aproximativa caracteriza al interés del niño como el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona y los bienes de un niño dado, y entre ellos el que más conviene en una circunstancia histórica determinada, analizado en concreto, ya que no se concibe un interés del menor puramente abstracto. Al respecto, hemos sostenido que el interés superior del niño excluye toda consideración dogmática para atender exclusivamente a las circunstancias particulares que presenta cada caso (del voto del Dr. Pettigiani).

En esa línea de pensamiento —del mismo modo— importantes maestros del derecho, han dicho que el concepto de interés superior del niño se conecta con la idea de bienestar "en la más amplia acepción del vocablo, y son sus necesidades las que definen su interés en cada momento de la historia y de la vida" **(36)**.

La ley 26.061 dice, al respecto, en su art. 3: "A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley. Debiéndose respetar: a- Su condición de sujeto de derecho; b- El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; c- El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d- Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; e- El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; f- Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia. Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse. Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros".

Habiendo esbozado el concepto, considero que en el caso concreto de J., su mejor interés se sintetiza en: a) reconocer y garantizar su derecho a mantener los dos padres que en la vida personal (íntima y familiar) tiene y disfruta; b) reconocer que es un derecho de J. "filiarse **(37)**" como hija de J. por el vínculo afectivo y legal que los ensambla, e hija de R. por el vínculo biológico y afectivo que también los ensambla; c) pro-

(31) En adelante CADH.

(32) En adelante CDN.

(33) En adelante CN.

(34) En adelante Cód. Civ. y Com. de la Nación.

(35) Corte Suprema de Justicia de Buenos Aires, causa C. 99.273, "F., M. B. contra R., L. Venia supletoria", fecha 21/05/2008.

(36) Kuyundjian de Williams, Patricia, "El traslado del menor a otra provincia y los derechos del progenitor no conviviente. Pautas", RDF 2004-I-135; íd., Grosman, Cecilia, Los derechos del niño en la familia, Universidad, Bs. As., 1998, ps. 23 y ss.

(37) Real Academia Española: 1. tr. Tomar los datos personales de alguien; 2. prnl. Inscribirse o hacerse inscribir en el asiento militar; 3. prnl. afiliarse.

Thomson Reuters

teger la familia de J. en la forma que está conformada y los vínculos jurídicos-biológico-afectivos que los ubica en esa (su) relación paterno/filial; d) abstener al Estado de cualquier injerencia ilícita en su vida privada so pretexto de aplicar normas internas en vigencia que impliquen transgredir el máximo bienestar de la niña, y en consecuencia vulnere los estándares convencionales dominantes.

Todo aquello no es más que revalidar y consolidar en el marco de este proceso judicial el régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales de J. Y tal como lo establece la CADH (Pacto de San José de Costa Rica), reconocer que los derechos esenciales de la niña (identidad, protección de su nombre, protección de su familia y de los lazos parentales existentes) no nacen del hecho de ser nacional de nuestra República Argentina, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno.

B 1.1 La confluencia del superior interés de J. con otros derechos (un núcleo duro de Derechos Humanos)

Ese interés superior también se relaciona con los siguientes derechos (que son considerados como la estructura vertebral del sistema de Derechos Humanos): la integridad personal, la libertad de pensamiento y de expresión de J. Derecho al nombre, a su personalidad jurídica y su dignidad. Explico.

La Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 5 reconoce expresamente el derecho a la integridad personal, física y psíquica, cuya infracción "es una clase de violación que tiene diversas connotaciones de grado y [...] cuyas secuelas físicas y psíquicas varían de intensidad según los factores endógenos y exógenos que deberán ser demostrados en cada situación concreta". Además, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "La Corte") ha sostenido en otras oportunidades que la mera amenaza de que ocurra una conducta prohibida por el artículo 5 de la Convención, cuando sea suficientemente real e inminente, puede en sí misma estar en conflicto con el derecho a la integridad personal **(38)**.

En el caso de J., esa afectación de derechos estuvo materializada cuando se mostró intimidada al momento de la audiencia, porque le dijeron que "tenía que elegir entre sus padres". Claramente, advierto que —en ese contexto— pudo haber atravesado momentos de angustia y total incertidumbre no solo por la decisión a la que podría enfrentarse, sino de los resultados que tal decisión podría aparejar.

En este punto, es importante garantizar el derecho a la libertad de pensamiento y expresión de J., cuando dice "no quiero elegir entre mis dos papás". Este derecho incluye —según el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos **(39)**— el no ser molestado a causa de las propias opiniones, lo que implica el derecho de investigar y recibir información, y el derecho de difundirlas sin limitación de fronteras por cualquier medio de expresión (el contenido del acta de audiencia de la página 73).

En el caso de J. —al momento de la audiencia— se habló de sus derechos y se amplió información. Estaba presente el Ministerio de Niñez y el profesional del Gabinete Psicológico de este Centro Judicial. Además, también concurrieron los profesionales de la Oficina de Acceso a la Justicia dependiente del Gobierno Nacional. En ese momento la niña expresa su más grande reclamo "no quiero elegir entre mis papás, los quiero a los dos" **(40)**. Luego inscribe formalmente esta pretensión por intermedio de su abogada, la Dra. Gabriela Gómez Peña (en la figura del abogado del niño).

De este modo, es deber del Estado —en mi función jurisdiccional— desempeñar un papel central para el respeto y garantía de los derechos humanos en general, y de los de protección judicial y debido proceso en particular (en este expediente principalmente para J.) **(41)**.

Es aquí, donde cabe la garantía de la libertad de expresión de J. y corresponde que se garantice el "derecho a no elegir entre sus papás", y que no sea importunada (molestada) por esa forma de sentir y de vivir. Reconociendo que la niña, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno

(38) Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso "Masacre de Santo Domingo c. Colombia". Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012

(39) Párrafo 2 del artículo 19 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, vigente desde 1976. Artículo 13 de la CADH.

(40) Derecho de la niña a expresar libremente su opinión en los procesos que la afecten (art. 12 CDN y articulo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos), derecho a la preservación de las relaciones familiares y la identidad personal (art. 3, 6, 7 y 8 de la CDN), derecho a la integridad personal (art. 5 y 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos).

(41) Convención Americana de Derechos Humanos (art. 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos).

Thomson Reuters

de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión **(42)**.

Esto se enlaza directamente con el "derecho a la identidad de J., a su personalidad jurídica y a su dignidad".

Lo explico:

Entendemos que la identidad y la identificación (individual y familiar) está compuesta por aquellos elementos (nombre, nacionalidad, sexo, género, datos genéticos, etc.) que permite diferenciar a las personas humanas. Es un derecho fundamental y es un atributo de la personalidad **(43)**; en tanto que, según su autoproyecto de vida, el ser humano puede construir y fijar su identidad personal, puede exigir el reconocimiento de su individualidad y ser tratado como distinto y distinguible.

Esto comprende y se relaciona directamente con la identificación y el reconocimiento afectivo que tiene J. con ambos padres. Con ellos la une el afecto, además del lazo legal con uno y el lazo biológico con el otro. Concretamente en esta historia, J. vive y disfruta de dos padres: J. y R., más la mamá L. Esa y no otra, es su realidad, su identidad familiar y la construcción de su vida cotidiana. Situación que tanto la sociedad como el Estado deben respetar y abstenerse de cualquier intromisión en su proyecto de vida personal y familiar (CDN, Artículo 8: 1. Los Estados Partes se comprometen a respetar, el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas...).

Al respecto la Corte Interamericana recuerda —en la Opinión Consultiva 24/2017— que la Convención Americana protege uno de los valores más fundamentales de la persona humana entendida como ser racional, esto es, el reconocimiento de su dignidad. Es así como ese Tribunal ha señalado en otras oportunidades que ese valor es consustancial a los atributos de la persona, y es, en consecuencia, un derecho humano fundamental oponible erga omnes como expresión de un interés colectivo de la comunidad internacional en su conjunto, que no admite derogación ni suspensión en los casos previstos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos **(44)**. Por añadidura, debe entenderse que esa protección se encuentra establecida de forma transversal en todos los derechos reconocidos en la Convención Americana.

En relación con lo anterior, la Convención Americana contiene una cláusula universal de protección de la dignidad, cuyo basamento se erige tanto en el principio de la autonomía de la persona como en la idea de que todas las personas deben ser tratadas como iguales, en tanto son fines en sí mismos según sus intenciones, voluntad y propias decisiones de vida. Además, la Convención Americana también reconoce la inviolabilidad de la vida privada y familiar, entre otras esferas protegidas. Este ámbito de la vida privada de las personas —ha sostenido la Corte— se caracteriza por ser un espacio de libertad exento e inmune a las injerencias abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública **(45)**.

Por otra parte, la misma la Corte ha precisado que la protección del derecho a la vida privada no se limita al derecho a la privacidad, pues abarca una serie de factores relacionados con la dignidad de la persona, incluyendo, por ejemplo, la capacidad para desarrollar su propia personalidad, aspiraciones, determinar su identidad y definir sus relaciones personales. El concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior. La efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada es decisiva para la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona **(46)**.

Aplicado todo aquello en el caso J.: considero que el reconocimiento de la dignidad (de su dignidad y personalidad) lo constituye la posibilidad de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme

(42) Pacto Internacional de Derechos Humanos: Preámbulo, artículos 1, 2, 10 y concs.

(43) Art. 11 y 18 de la Convención de Derechos Humanos, art. 7 y 8 de la CDN.

(44) OEA, Comité Jurídico Interamericano, Opinión "sobre el alcance del derecho a la identidad", resolución CJI/doc. 276/07 rev. 1, de 10 de agosto de 2007, párr. 12, y Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párr. 123.

(45) Caso I.V. c. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 149; Caso de las Masacres de Ituango c. Colombia. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148, párr. 194, y Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara c. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 299, párr. 200.

(46) Caso I.V. c. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 152; Caso Fernández Ortega y otros c. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215, párr. 129, y Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") c. Costa Rica, párr. 143.

Thomson Reuters

a sus propias opciones y convicciones. Es decir, al proceso subjetivo de constitución individual (se reconoce y se ubica como hija de R. y de J.).

En este marco juega un papel fundamental el principio de la autonomía de la persona, el cual veda toda actuación estatal que procure la instrumentalización de la persona, es decir, que lo convierta en un medio para fines ajenos a las elecciones sobre su propia vida, su cuerpo y el desarrollo pleno de su personalidad, dentro de los límites que impone la Convención de los Derechos Humanos **(47)**.

Es decir, el Estado no puede limitar la opción de J. de asumir y disfrutar de dos padres, porque esa elección constituye su biografía personal, su libertad individual —en sentido amplio— y su propia dignidad **(48)**.

B 1.2 - La voz de J. en el proceso. Garantías mínimas judiciales: derecho a participar en el proceso, ser oída y que su opinión sea tenida en cuenta (CADH, artículos 8, 25 y concs., CDN art. 12, CN artículo 18, 75 inciso 22, Cód. Civ. y Com. de la Nación artículo 706 y concs.)

Como es sabido, los textos internacionales conceden garantías judiciales a los niños **(49)**. Específicamente el art. 12 de la CDN **(50)** les reconoce el derecho a participar y expresar libremente su opinión.

Vengo haciendo hincapié en lo que dijera J. al momento de nuestro encuentro (audiencia del artículo 12 CDN y luego cuando lo expone por escrito en las páginas 87 a 89). Su pedido de "no elegir entre sus padres" fue no solo preciso, sino también acorde a su desarrollo en todas sus facetas personales —nivel educativo, cognitivo, emotivo, psicológico y social— (principio de la autonomía progresiva **(51)**). En este aspecto considero que ese sentimiento, esa idea que ella señala, decididamente es la que cuenta en este proceso y es el eje rector de esta decisión **(52)**. El solo hecho que J. tenga 9 años, no me permite rechazar o desatender su sentir (opinión + emociones) **(53)**.

Es así que, "No elegir entre dos padres", lleva implícito el derecho a que se reconozca a su familia en la constitución que tiene y que existe. Y como derivación directa de ello, me obliga a evitar que por reconocer a un padre mejor derecho que a otro, conlleve una forzada desintegración de los lazos familiares preexistentes. Y en consecuencia, la injerencia estatal no solo es ilícita sino con un claro sentido de injusticia.

Ese derecho a no elegir entre sus dos padres es un derecho autónomo de J. ejercitado por ella misma. Es el derecho a crecer y desarrollarse en condiciones de

---

(47) Opinión Consultiva 24/2017, p. 45.

(48) CADH, articulo Artículo 11.2: "Protección de la Honra y de la Dignidad. [...] 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación". Artículo 18: "Derecho al Nombre. Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario"

(49) La Comisión de los Derechos del Niño, utiliza la palabra "niño" para referirse indistintamente a todas las niñas, niños y adolescentes, entendiendo por estos a todas las personas menores de 18 años cumplidos, conforme el concepto utilizado por la CDN y el corpus iuris internacional en la materia

(50) CDN Artículo 12: 1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimientos de la ley nacional.

(51) CDN: Artículo 5: Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.

(52) El deber de protección hacia la niñez con carácter especial, adaptado y reforzado, reconocido en los artículos 19 de la CADH y VII de la DADH, y en la CDN, se fundamenta en el reconocimiento de las condiciones especiales del niño quien, debido a su desarrollo progresivo en todas sus facetas personales —a nivel físico, cognitivo, emotivo, psicológico y social—, depende de los adultos para el efectivo acceso y disfrute de todos sus derechos, así como para el ejercicio de las acciones jurídicas tendientes a exigir los mismos. CIDH, "Hacia la garantía efectiva de los derechos de los NNyA", informe 2017, op. cit.

(53) conf. Burrows, David, A child's understanding, Law Family, 1994, vol. 24, p. 579, cit. por Kemelmajer de Carlucci, Aída, "El derecho constitucional del menor a ser oído", en Rev. de Derecho Privado y Comunitario N° 7, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994, p. 167.

Thomson Reuters

igualdad, a expandir sus potencialidades y contribuir al desarrollo en sociedad.

Para cerrar este apartado voy a recordar que en casos como este (la historia de J. y sus dos papás), los niños son la centralidad **(54)**. Esa centralidad implica tres cosas: a) reconocer a la niña (J.) titular de todos los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, y partir de la lógica del desarrollo integral de los NNA; b) reconocer su capacidad para ejercer sus derechos de forma independiente en función de su edad y madurez; c) reconocer y promover su derecho a participar y a que su voz y opinión sean tomada en consideración en la petición que hacen sus padres como en la decisión que me corresponde tomar, y que decididamente la afectará.

B 1.3 - La protección de la familia y de la vida familiar (CADH artículo 1,2,17; CDN artículos 1, 2, 4, 6, 7, 8, 9, 16; CN artículo 14 bis y 16)

La familia y el escenario social. La deconstrucción de un único concepto de familia.

Se afirma **(55)** que en la sociedad occidental estamos siendo testigos, desde hace décadas, de cambios y transformaciones económicas estructurales, en el modelo de producción y reproducción, ideología y valores desde la revolución industrial que han supuesto e incidido necesariamente en alteraciones en la organización familiar, en la movilidad social y en la protección de derechos individuales. Todo ello sin duda, ha condicionado y afectado al concepto de familia y a su funcionamiento. Continúan diciendo, que este nuevo panorama nos muestra un caleidoscopio de situaciones diferentes donde conviven elementos de estructuras anteriores con otros nuevos y donde encontramos:

-Parejas separadas, familias reconstituidas, familias monoparentales, familias de parejas homosexuales, familias de parejas abiertas o poliamorosas.

-Tendencia a la idealización y mistificación en la forma de vivir la maternidad/paternidad, rechazo de la misma, así como a la no diferenciación de funciones parentales.

-Acceso a la maternidad/paternidad desde técnicas novedosas de concepción y reproducción asistida.

-Multiplicidad de modelos de crianza que conviven unidos o de forma simultánea.

-Mayor libertad para elegir maneras de organizarse en la familia y modelos educativos diferentes.

-Parejas y personas solteras que se plantean como opción elegida no ser padres/madres.

-Etcétera.

Concluyen **(56)** refiriendo que la institución familiar es una construcción social, sujeta a necesarias variaciones conforme a una diversidad cultural en continua evolución y transformación. Por tanto, esta construcción social se encuentra sujeta a modas, ideologías imperantes que son cambiantes según modelos, criterios y pautas de conducta, pudiendo interferir e incidiendo de forma variable, en las diversas formas de vivir las maternidades/paternidades, evolucionando a veces, en un vaivén de movimientos pendulares, concibiendo escenarios y situaciones vitales diferentes con respecto a generaciones anteriores.

No obstante (desde cualquier ciencia) partimos de la idea común de que la familia, dentro de cualquier modalidad y para cualquier individuo que nace, es lugar de pertenencia y de sostenimiento.

En el Sistema Interamericano de Derechos, la familia encuentra protección especial en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre **(57)**, el artículo 17 de la CADH **(58)**; artículo 8 de la CDN **(59)**, Opinión Consultiva N° 17/02 y 21/14 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

A partir de tales normas internacionales, la Corte ha sentado el criterio que el concepto de familia es amplio, obligando a los Estados a no distinguir entre los modelos familiares a la hora de proteger este seno social.

Ejemplo de ello fueron los siguientes pronunciamientos:

(54) Hacia la garantía de los derechos niños, niñas y adolescentes", Informe de CIDH, Noviembre 2017.

(55) Grupo de Perinatilidad SEPYPNA https://www.sepypna.com/documentos/

(56) Grupo de Perinatilidad, op.cit.

(57) Declaración Universal de los Derechos Humanos, Artículo 16: 1...,2..., 3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

(58) CADH: Artículo 17. Protección a la Familia: 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. 2..., 3...,4...5.

(59) CDN: Artículo 8: 1. Los Estados Partes se comprometen a respetar, el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. 2....

Thomson Reuters

"Además, este Tribunal ha señalado que 'el niño tiene derecho a vivir con su familia, llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas. El derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia, forma parte, implícitamente, del derecho a la protección de la familia y del niño [...] **(60)**."

"La Corte constata que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege solo un modelo 'tradicional' de la misma. Al respecto, el Tribunal reitera que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio **(61)**."

"La Corte ha establecido que el Estado se encuentra obligado a favorecer el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. Asimismo, ha afirmado que implica el derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia, así como también que los Estados tienen obligaciones positivas a favor del respeto efectivo de la vida familiar. El Tribunal también ha reconocido que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia **(62)**."

"Además, es pertinente recordar que la familia a la que toda niña y niño tiene derecho es, principalmente, a su familia biológica, incluyendo a los familiares más cercanos, la cual debe brindar la protección a la niña y al niño y, a su vez, debe ser objeto primordial de medidas de protección por parte del Estado. No obstante, la Corte recuerda que no existe un modelo único de familia. Por ello, la definición de familia no debe restringirse por la noción tradicional de una pareja y sus hijos, pues también pueden ser titulares del derecho a la vida familiar otros parientes, como los tíos, primos y abuelos, para enumerar solo algunos miembros posibles de la familia extensa, siempre que tengan lazos cercanos personales. Además, en muchas familias la(s) persona(s) a cargo de la atención, el cuidado y el desarrollo de una niña o niño en forma legal o habitual no son los padres biológicos. Más aún, en el contexto migratorio, los 'lazos familiares' pueden haberse constituido entre personas que no necesariamente sean jurídicamente parientes, máxime cuando, en lo que respecta a niñas y niños, no han contado o convivido con sus padres en tales procesos. Es por ello que el Estado tiene la obligación de determinar en cada caso la constitución del núcleo familiar de la niña o del niño. Por consiguiente, en el desarrollo de la presente consulta en el marco de la situación de las personas migrantes, la Corte utilizará en un sentido amplio el término 'progenitores' de la niña o del niño empleado en la consulta formulada a la Corte, comprendiendo en él a quienes efectivamente constituyen parte de la familia de la niña o del niño y, por lo tanto, son titulares de la protección a la familia acordada en los artículos 17 de la Convención y VI de la Declaración Americana. En igual sentido, el Comité de los Derechos del Niño ha sostenido que 'el término 'familia' debe interpretarse en un sentido amplio que incluya a los padres biológicos, adoptivos o de acogida o, en su caso, a los miembros de la familia ampliada o la comunidad, según establezca la costumbre local' [hay nota], de conformidad con el artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y que las previsiones del artículo 9 relativo a la separación de las niñas y los niños de los progenitores, es aplicable 'a cualquier persona que tenga el derecho de custodia, los tutores legales o habituales, los padres adoptivos y las personas con las que el niño tenga una relación personal estrecha **(63)**."

Ciertamente la familia nuclear de J. no responde al "modelo tradicional", es decir, 1 madre + 1 un padre = 2 progenitores (tipo binario de la familia biológica o por naturaleza).

Por el contrario, en el caso de J., ambos padres defienden el deseo de ser "reconocidos legalmente como tal" y en la vida de su hija. Todo acredita que ambos padres, se encargan del cuidado personal y afectivo de su hija. En ese escenario natural es en el que se desarrolla y se satisfacen las necesidades emocionales de la niña. En ese espacio familiar están dadas las condiciones apropiadas para que ella alcance un nivel de vida óptimo, y desarrolle su pleno potencial **(64)**.

Bajo estas condiciones, la protección de esta familia es un elemento destacado en la protección de los derechos del niño (de J.), pues constituye el derecho "a su familia", a contar con ambos padres en sus registros de identidad y a ser cuidada por ellos **(65)**.

(60) CorteIDH. Caso Chitay Nech y otros c. Guatemala. Sentencia del 25 de mayo de 2010. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas.

(61) CorteIDH. Caso Atala Riffo y niñas c. Chile. Sentencia del 24 de febrero de 2012.

(62) CorteIDH. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activistas del Pueblo Mapuche) c. Chile. Sentencia del 29 de mayo de 2014.

(63) Corte Interamericana de Derechos, Opinión Consultiva N° 21/14.

(64) CIDH, Hacia la garantía efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes..., opt. cit., p. 153

(65) Artículo 8 de la CDN.

Thomson Reuters

No tiene por qué ni por quién elegir.

Por el contrario, es mi deber como Estado promover y propiciar un apoyo adecuado a estas personas que conforman esa familia **(66)** para que puedan cumplir con sus responsabilidades parentales en el cuidado y la crianza de su hija, y a su vez a la hija para que pueda crecer en ese núcleo natural y originario, para que de ese modo quede garantizada la protección de sus derechos **(67)**.

B 1.4 - La pluriparentalidad: el elemento constituyente de la identidad familiar y dignidad personal. El deseo y el afecto de los padres como los componentes estructurantes de la función paterna. La biología y el amor como causa fundante de la vinculación parental (paternidad). (CADH artículos 1,2, 17,19 y concs.; CDN artículos 1, 2, 4, 8, 16 y concs.; CN artículos 28, 31, 75 inc. 22).

La noción de parentalidad, si bien surgida en el campo de la clínica psicoanalítica, ha sido trabajada desde diversas disciplinas, obteniendo un lugar en el campo educativo y en el jurídico, hasta volverse un término del lenguaje cotidiano asociado a diferentes sentidos **(68)**.

La sociología del derecho ha propuesto tres maneras de identificar la parentalidad; "Refiere un componente biológico (que alude al genitor/a), un componente doméstico (con el que identifica a la persona que educa en el día a día al infantil sujeto) y un componente genealógico cuando el título con el cual se inscribe cada descendiente en un sistema simbólico de parentesco es designado por el derecho. Repartidos o coincidiendo estos componentes en la/s misma/s persona/s, hoy se corresponden con realidades que son nominadas como monoparentalidad, coparentalidad o pluriparentidad según las presentaciones o recomposiciones que las realidades familiares adquieren en su devenir" **(69)**.

Se afirma que la parentalidad se trata de construcciones, transformaciones y permanencias a través de las cuales se deviene padre o madre desde el punto de vista psíquico **(70)**. Igualmente se afirma que estas funciones no se corresponden con el sexo biológico (madre/padre) ni implica ubicarlas en dos personas, cada función por separado. Estas pueden ser alternadas, compartidas o fijas entre las personas a cargo de la crianza. De esta manera la categoría permite ir más allá de la dicotomía ancestral que circula en la distribución de las funciones de acuerdo al sexo biológico **(71)**.

Parentalidad y filiación se implican mutuamente. Ambas nociones se asientan sobre la base de reconocimiento recíproco. Sin embargo, considerando los vínculos paterfilial en su devenir se puede decir que, partiendo de niveles arcaicos de relación, va dando lugar a una discriminación y al reconocimiento tanto de lo común como de lo diferente de cada uno de los términos **(72)**.

Concluyo que todo aquello que explican las ciencias es lo que ocurre concretamente en el caso de J., R. y J. Ya que entre ellos existe un verdadero compromiso en el ejercicio de la paternidad. Ambos cumplen con el "ahijamiento" de la niña. Esa es una realidad que atraviesa la paternidad más allá de cuál sea el origen biológico de J.

A su vez, la niña no solo conoce su origen, sino que logra identificarse con ese entorno. Ella también se instala en el lugar de hija (proceso de subjetivación).

Entiendo que J. como R. legaron su genealogía afectiva y biológica a su hija. Ambos alojaron a esa hija (filiación afectiva, legal y biológica). Uno y otro asumen su crianza y promueven un espacio de calidez y apoyo a su desarrollo personal (expresión del deseo de constituirse como padres).

Podríamos preguntarnos ¿Cuál es el padre para esta niña? el biológico que engendra a la niña, el legal que dona su apellido o ambos que la reconocen como su propia hija y a quienes ella "demanda" como padres.

Hace tiempo Herrera resaltó la necesidad de repensar de manera crítica el principio binario a la luz de la filiación biológica **(73)**, a lo que yo agregaría —en este caso en particular— la posibilidad de repensar el mis-

(66) Artículo 17 de la Convención Americana delos Derechos Humanos.

(67) CIDH, Informe sobre el Derecho del niño y la niña a la familia, cuidados alternativos, octubre 2013.

(68) Paolicchi, Graciela; Bozzalla, Lucía; Sorgen, Eugenia; Bosoer, Eliana; Nuñez, Ana; Maffezzoli, Mabel; Botana, Hilda; Pereyra Bentivoglio, Cecilia; Metz, Miriam, "Parentalidad y constitución subjetiva", Investigaciones en psicología, Facultad de Psicologia-UBA, 2017, p. 59.

(69) Thery, I. -1998-.Couple, filiation et parenté aujourd'hui. Éditions: Odile Jacob

(70) Houzel, D. -1999-. Les enjeux de la parentalité. Toulouse: Editions Éres, citado por Paolicchi Graciela, y otras en "Parentalidad y constitución subjetiva".

(71) Rotenberg, E. -2014-. Parentalidades. Interdependencias transformadoras entre padres e hijos. Buenos Aires, Lugar Editorial.

(72) Paolicchi, Graciela, opt. cit., p. 60.

(73) Herrera Marisa, De la Torre Natalia, Fernández Silvia "Derecho Filial. Perspectivas contemporáneas de

Thomson Reuters

mo principio a la luz de la filiación socioafectiva, por el hecho de afiliarse/ahijarse simplemente por amor.

En este caso singular, considero que las bases biológicas y las connotaciones jurídicas que se relacionan con la filiación y la parentalidad entre J., J. y R., no son excluyentes para que se constituya ese sentimiento único, sino excepcional, de intimidad, de amor, de confianza y comprensión recíproca que se adquiere a través de interfuncionamientos prolongados entre el niño y el adulto **(74)**.

Trayendo a este texto lo que reflexiona Gérez Ambertin en su artículo sobre "Los avatares del padre" **(75)**, cuando dice "¿qué de aquel cuyo lugar posibilita el soporte de filiación y genealogía en tanto encadena al sujeto a una historia que lo inscribe en la serie generacional?", me atrevo a pensar que en el caso de J., no cabe el binarismo exigido por la ley (artículo 558 Cód. Civ. y Com. de la Nación), y como efecto de eso, excluir a cualquiera de los padres en la inscripción de la hija, sería simplemente contrario a la justicia (en tanto valor), a la razón, y al derecho (Constitucional y Convencional).

Ambos son padres: J., el padre jurídico-no biológico, y R., el padre biológico-no jurídico.

J. siente que es hija de ambos (así lo expresó). Se ubica en ese lugar y se autopercibe como hija de ambos.

Sería inexacto pensar que la identidad biológica podría desplazar la identidad socioafectiva que el propio dinamismo de la vida a forjado en ese vínculo parental. Es una identidad dual con equivalente jerarquía legal y social.

B 1.5 - El derecho a la no discriminación: el derecho de J. a ser tratada de igual manera ante la ley y adecuar su historia a la legislación internacional (CADH artículos 1 y 2, CDN artículos 2 y 4; CN artículos 16, 19, 28, 33 y 75 inc. 22; Cód. Civ. y Com. de la Nación artículos 1, 2, 3)

El principio de igualdad y no-discriminación se considera como una de las bases fundamentales del sistema de protección de derechos humanos y uno de los pilares de cualquier sistema democrático.

Tanto la Declaración como la Convención de los Derechos Humanos fueron inspiradas en el ideal "que todos los hombres nacen libres en dignidad y derechos" **(76)** y la Convención de los Derechos del Niño considera este principio como uno de los 4 principios fundamentales sobre los que se asienta.

El artículo 2 de la CDN establece la obligación de los Estados de respetar los derechos enunciados en la Convención y de asegurar su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha precisado una doble concepción del derecho a la igualdad y a la no discriminación: una relacionada con la prohibición de diferencia de trato arbitraria; y otra relacionada con la obligación de crear condiciones de igualdad real y efectiva frente a grupos que han sido históricamente excluidos y se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados **(77)**. Es decir, el sistema interamericano no solo recoge una noción formal de igualdad, limitada a prohibir diferencias de trato irrazonables, caprichosas o arbitrarias, sino que avanza hacia un concepto de igualdad material o estructural que parte del reconocimiento de que ciertos sectores de la población requieren la adopción de medidas de diversa naturaleza que busquen la equiparación en el acceso a derechos y a la igualdad de oportunidades **(78)**.

La aplicación de estos principios en el caso de J. y sus papás, conlleva a que se conceda el mismo trato que a otros ciudadanos extranjeros y argentinos a los que se les reconoció el derecho a la "triple filiación".

Veamos:

En Brasil existen dos antecedentes, uno en el Supremo Tribunal de Brasil del año 2016 **(79)**, por el

---

las tres fuentes filiales", Thomson Reuther, LA LEY, Buenos Aires, 2018, p. 88.

(74) Eiguer, A. -2007-. Homoparentalidades, afiliación y vínculo filial. Rotenberg, E. & Agrest Wainer, B.(Comp). Homoparentalidades. Nuevas familias. Buenos Aires: Lugar editorial.

(75) Gerez Ambertin, Marta "Los avatares del padre", Actualidad Psicológica, Diciembre 2006.

(76) Declaración Universal de los Derechos del Hombre. Preámbulo. Los principios generales de no discriminación e igualdad están reconocidos en los artículos 1 y 24 dela CADH, y el artículo 16 de la Constitución Nacional Argentina.

(77) CIDH, demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Atala Riffo e hijas c. Chile, párrafo 80.

(78) CIDH, Hacia la garantía efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección, informe noviembre 2017.

(79) Supremo Tribunal de Brasil, autos A. N. c. F., 2016. Publicado en: RDF 2017-VI, 297, RDF 2017-VI-297; Cita Online: BR/JUR/1/2017.

Thomson Reuters

cual una niña fue reconocida por el esposo de su madre y cuidada por él como si fuese su hija biológica durante más de veinte años. El progenitor de la joven, comprobado su estatus de padre biológico, reclamó inscribirla como hija. El Supremo Tribunal Federal de Brasil reconoció los derechos de ambos padres. El otro antecedente brasilero es el de Porto Alegre en 2015 **(80)**, por el cual las integrantes de una pareja homosexual promovieron una acción declaratoria de multiparentalidad respecto de un menor de edad dado a luz por una de ellas y un amigo de la pareja. Es decir, solicitaron que el menor fuese registrado a nombre de las dos mujeres y el hombre. El pedido fue rechazado por mediar imposibilidad jurídica. Los peticionarios apelaron y la Cámara admite su recurso y ordena la inscripción solicitada.

En Argentina también existen otros ciudadanos que obtuvieron el reconocimiento a gozar de más de 2 vínculos filiales.

Uno de esos casos es el de A. (la identidad del niño se preserva) que fue el primer bebe en Argentina y en América Latina en contar con la triple filiación **(81)**, el otro de F. **(82)** a quien le fue reconocido el mismo derecho por medio de la justicia porteña.

También contamos con el antecedente de Mar del Plata del año 2017 **(83)**, por el cual una pareja del mismo sexo y la madre biológica de una menor interpusieron una demanda a fin que se le reconozca a la niña su triple filiación que había sido denegada por el Registro Provincial de las Personas. El juez hizo lugar a lo peticionado.

Lo que caracterizó los precedentes nacionales, es que la fuente de la filiación múltiple fue la volitiva (es decir el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida).

Sin perjuicio de ello, considero que el tratamiento ante la ley de estos ciudadanos (niños que cuentan con más de dos progenitores) debe ser a la luz del principio de igualdad y no discriminación, resultando prohibido al Estado diferenciar entre las fuentes de la filiación y el consecuente derecho a la "triple filiación" o "pluriparentalidad" que deriven de ellas.

En este caso, entiendo que tengo la obligación de crear condiciones de igualdad real y efectiva para J. ante la coexistencia y preexistencia de más de dos vínculos parentales en la constitución natural y originaria de su familia **(84)**. Dichos lazos (biológico y socioafectivo) son inseparables e interactúan, influyendo uno con otro. La identidad de J. (en su doble aspecto estática y dinámica) se construye a partir de tales relaciones parentales, las cuales no pueden considerarse aisladamente.

Como corolario de lo dicho, J. tiene el mismo derecho que los otros niños/as (ciudadanos argentinos) a que se reconozca y garantice la pluriparentalidad o diversaparentalidad **(85)** derivada de los vínculos afectivos y biológicos preexistentes (filiación biológica y filiación socioafectiva), a partir de los cuales la niña tiene su desarrollo desde la primera infancia.

C.- Nombre y filiación:

Tal como lo expresara J. tanto en el marco de la audiencia (mayo de 2019) como en su presentación formal (hoja 87/89), su decisión es mantener el nombre tal cual se encuentra inscripto en el acta de nacimiento.

---

(80) Tribunal: Cámara 8va de Apelaciones en lo Civil, Porto Alegre(CamApCivPortoAl egre)(Octava). Fecha: 12/02/2015. Partes: L. P. R.; R. C.; M. B. R. s/ acción civil declaratoria de multiparentalidad c.Publicado en: RDF 2015-VI, 14/12/2015, 207. Cita Online: BR/JUR/1/2015

(81) Fue registrado en Mar del Plata. Lleva los apellidos de sus dos madres, unidas en matrimonio igualitario, y el de su padre biológico. https://www.infobae.com/2015/04/23/1724315-anotaron-al-primer-bebe-triple-filiacion-la-argentina/

(82) La Justicia porteña reconoció la triple filiación de un nene de seis años. Se trata del primer caso en la Ciudad de Buenos Aires, y es el segundo del país. El niño, Furio Carri Dillon Ros, es el hijo de la periodista Marta Dillon, la cineasta Albertina Carri y el diseñador Alejandro Ros. http://www.laizquierdadiario.com/Se-reconocio-el-primer-fallo-de-triple-filiacion-en-Argentina.

(83) Juzgado de Familia N° 2 de Mar del Plata (JFamiliaMardelPlata)(Nro2). Fecha: 24/11/2017. Partes: C. M. F. y otros s/ materia a categorizar. Publicado en: La Ley Online; Cita Online: AR/JUR/103023/2017.

(84) El Estado está obligado a promover el desarrollo integral de niñas, niños y adolescentes provenientes de los grupos más excluidos y desfavorecidos, y aquellos en situación de vulnerabilidad o en desventaja en el ejercicio de sus derechos, tanto los civiles, políticos como los económicos sociales y culturales. OEA, indicadores de Progreso para Medición de Derechos Contemplados en el Protocolo de San Salvador, OEA/Ser.L/XXV.2.1/GT/PSSI/doc.2/11, 11 de marzo de 2011, párr. 44, véase también párrafo 63. Ver análisis relacionado a este tema asimismo en CIDH, Lineamientos para la Elaboración de Indicadores de Progreso en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, OEA/Ser.L/V/II.132, 19 de julio de 2008, párr. 48, véase también párrs. 53 y 55.

(85) Término que solo utilizo para hacer referencia a lo contrario al binomio parental existente en la ley nacional (art. 558 CCYCN), sin que ello implique que tenga otras implicancias jurídicas o no-jurídicas.

Thomson Reuters

Tavip afirma que el nombre con el que las personas somos reconocidas tiene una serie de influjos psicológicos, sociológicos y jurídicos que nos marcan como seres humanos, como individuos y nos abarcan en nuestra integralidad **(86)**.

En el caso de J., ella se autopercibe con el apellido S., y el hecho que mediante esta sentencia pueda existir un cambio en su filiación (a partir de ahora es la pluriparentalidad o diversaparentalidad), ello no implica que necesariamente deba modificarse el nombre de la niña, ya sea por agregación de otro apellido o alternación de órdenes.

La pretensión de J. en mantener su nombre tal cual es (prenombre y apellido), debo respetarla y avalarla porque de esa forma se permite decir quién es, identificándose de esa forma de designación ante ella misma, frente al Estado y a los demás individuos con quienes interactúa en sociedad **(87)**.

La composición del nombre de la niña en la que se mantenga el apellido S. y no se agregue el apellido L., es otra vertiente de la identidad dinámica.

Mantener el apellido S. sin agregar un segundo apellido es reconocer otro derecho personalísimo de la niña: derecho al nombre, cuya contracara es la obligación del Estado no solo de protegerlo sino de brindar las medidas necesarias para facilitar el registro de la persona tal cual se percibe (dignidad humana) **(88)**.

Sobre este aspecto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha expresado que, si bien la Convención Europea no contiene ninguna referencia explícita sobre esta temática, el nombre y los apellidos hacen parte de la vida privada y familiar de todo ser humano puesto que constituyen un medio de identificación personal y un vínculo a una familia, los cuales se encuentran protegidos por el artículo 8 de dicho instrumento. De la misma manera, ese Tribunal ha expresado que la vida privada abarca aspectos de la identidad personal y social de los seres humanos y que el hecho de que puedan existir intereses públicos en regular el uso de los nombres no es suficiente razón para eliminar la materia del alcance del derecho a la vida privada y familiar contenido en el artículo 8 de la Convención **(89)**.

En consecuencia, entiendo que la pretensión de J. debe ser admitida y su nombre será conservado tal cual está inscripto en el acta de nacimiento, sin agregación de otro apellido, pues solo con uno (S.) es la forma que la niña se determina y que le da sentido a su existencia, así como a la realización más pura de su derecho a la identidad y a su mejor interés **(90)**.

D.- Declaración de inconstitucionalidad del artículo 558 del Cód. Civ. y Com. de la Nación:

El artículo 558 del Cód. Civ. y Com. de la Nación dispone que ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la fuente de la filiación.

Sin embargo, luego del recorrido que vengo haciendo en el análisis de los derechos fundamentales en juego tanto de J. como el de sus padres, todo los cuales provienen del Sistema Internacional de Derechos Humanos y de la regla de reconocimiento convencional (art. 28 CN), entiendo que la disposición contenida en el artículo 558 del Cód. Civ. y Com. de la Nación (en cuanto reconoce solo el modelo binario en la filiación) constituye —en este caso— una franca transgresión a los estándares internacionales en vigencia, y específicamente al deber del Estado en el reconocimiento, protección y garantías de los derechos del niño (CDN).

Insisto, en este caso particular, tanto J. como sus progenitores (J., R. —y L.—) tienen el derecho de disfrutar no solo de la compañía mutua entre padres e hija, sino del reconocimiento de esa identidad familiar como una identidad diferente al modelo binario tradicional, pues es un elemento cardinal de la vida familiar de J., y la norma interna que obstaculiza dicho disfrute y derecho alcanza una injerencia ilícita en los términos de la CADH y CDN.

Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (OEA) ha sostenido que, en virtud de la obligación de progresividad, en principio le está vedado al Estado adoptar políticas, medidas, y sancionar normas jurídicas, que, sin una justificación adecuada, empeoren la situación de los derechos o vayan en detrimento de los avances "progresivos" que se han ido realizando en el país en materia de derechos económicos, sociales y culturales, en este caso

(86) Tavip, Gabriel E. La autopercepción como determinante del nombre de las personas y su proyección en los NNA, Publicado en RDF: 87, 59. Cita Online: AR/DOC/3549/2018.

(87) Tavip, G. E. op. cit.

(88) Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 24/17.

(89) TEDH Sentencias Stjerna c. Finlandia, párr. 37, y Guillot c. Francia, No. 22500/93, Sentencia de 24 de octubre de 1993, párrs. 21 y 22.

(90) Convención Americana de Derechos Humanos (art. 3 y 18), CDN (art. 3, 7 y concs.).

Thomson Reuters

de la niñez **(91)**. Así, el Estado se obliga a mejorar la situación de estos derechos y al avance en su disfrute, y simultáneamente asume la prohibición de reducir los derechos vigentes, y los niveles de acceso, goce y protección conseguidos, sin una justificación suficiente y fundamentada.

La obligación que asumo de adoptar una decisión razonablemente fundada, supone que el inmovilismo y la inactividad no son aceptables (prohibición de regresividad o retroceso) **(92)**.

De acuerdo a lo expuesto, el artículo 558 del Cód. Civ. y Com. de la Nación para este caso no responde a las reglas de reconocimiento constitucional y convencional en vigencia. Con lo cual deviene inconstitucional.

Cierro esta sentencia —rompiendo las formalidades conocidas— con la enseñanza que nos dejara El Principito: "Solo se ve bien con el corazón. Lo esencial es invisible para los ojos [...] Los ojos son ciegos. Hay que buscar con el corazón".

En esta historia J. nos descubre su corazón ("No quiero elegir") y nos demuestra lo esencial, lo básico: el amor filial ("los quiero a los dos"). J. nos enseña que el amor debe ser incondicional, jamás debe representar un peso para quien lo recibe.

Ante eso, la Justicia no puede ser ciega.

Tanto El Principito como J. (representantes de la niñez) ilustran la capacidad de sentir, de creer, de imaginar, de soñar **(93)**, y buscan comprender y ser comprendidos por el mundo que les rodea. Interpelan una sociedad tolerante.

Costas y honorarios:

Costas: Las costas son los gastos que las partes están obligadas a asumir durante la tramitación del proceso. El principio general es la imposición de costas al vencido, conforme surge de la regla contenida en el artículo 105 del CPCCT. La excepción a este principio está dada por la misma norma, en sus incisos 1, 2 y 3. En este caso concreto, al tratarse de una situación de significativa complejidad, considero que existe mérito suficiente para apartarme de la regla general. Además, la intervención del juez es una carga común necesaria para componer las diferencias entre las partes, y en definitiva se busca dirimir el conflicto conforme sea lo que mejor convenga a los niños/ as y adolescentes. A su vez, estamos en presencia de un proceso de familia no patrimonial, con lo cual, no puede imponerse las costas con fundamento en el principio de la derrota. Dicho esto, estimo que las costas en este proceso deben ser distribuidas por su orden.

Honorarios: En relación a los honorarios del Dr. Jorge Rubén Molina MP ... CAS, del Dr. Roberto Charcas MP ..., Dr. Diego Eduardo Valls, MP ..., y de la Dra. Ingrid Lausberg MP ..., se difiere pronunciamiento hasta tanto acompañen los letrados, constancia de inscripción ante AFIP debidamente actualizada y firmada.

Por todo lo antes desarrollado y explicado **(94)** resuelvo: 1. Garantizar el derecho a la dignidad personal de J. S., y en consecuencia receptar el derecho a "no elegir entre sus papás", como resultado de ello garantizar el derecho a crecer en la familia conformada por sus dos padres: J. S. DNI ... y R. L., DNI ... Personal. 2. Reconocer a la familia conformada por J. S., J. S., R. L., y L. C. en una constitución pluriparental devenida de la filiación socioafectiva-biológica-originaria, y a la luz de lo establecido por el artículo 17 de la Convención Americana de los Derechos del Hombre. Personal. 3. Declarar la inconstitucionalidad del artículo 558 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, puesto que, en el caso particular, esa norma no supera el test de constitucionalidad en vigencia alterando el principio de progresividad cimentado en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en los que nuestro país es parte integrante (art. 28 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional). Personal. 4. Hacer lugar al pedido de R. L. DNI ... y en consecuencia reconocer su derecho a estar emplazado como padre de su hija J. S., DNI ... Personal. 5. Conservar el emplazamiento de J. S., DNI ... como padre de su hija J. S., DNI ... Personal. 6. Ordénese al Registro Civil y de Capacidad de las Personas de la Ciudad de Catamarca, bloquear el acta de nacimiento N° ... de la niña J. S., DNI ..., inscripta en el tomo N° ..., año ..., debiendo en su caso emitir nueva adecuando su formato —según leyes locales y nacionales— en la que se inscriba en el cuerpo de ese instrumento a: R. L. DNI ... como padre de la niña, sin que se desplace la inscripción de J. S. DNI ... como padre y de la Sra. L. C., DNI ... como madre de la

(91) CIDH, Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales, párrafo 6.

(92) CIDH, Hacia la garantías de derechos de niños, niñas y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección, Noviembre 2017.

(93) Imaginar, generalmente con placer, una cosa que es improbable que suceda, que difiere notablemente de la realidad existente o que solo existe en la mente, pero que pese a ello se persigue o se anhela. https://www.wordreference.com/definicion/so%C3%B1ar

(94) Albergo la esperanza de haber logrado la claridad y simpleza lingüística pretendida, sin menoscabar lo estrictamente técnico.

Thomson Reuters

niña. Absténgase dicho Registro utilizar las marginales del instrumento para cumplir esta manda judicial, es decir, inscribir la filiación de la niña en el sentido ordenado. Igualmente deberá mantenerse el número de documento de identidad originario, es decir el siguiente: DNI ... Asimismo el Documento Nacional de Identidad de la niña (DNI) deberá consignar la triple filiación asignada por esta sentencia. A tales fines expídase nuevo ejemplar. Líbrese Oficio Ley 22.172. 7. Invitación para J.: "Quiero volver a invitarte a charlar conmigo, ya que esta decisión es fruto de haberte escuchado, cuando me hiciste ese pedido tan importante para vos, y por eso también es una respuesta muy importante. Para eso podes venir al juzgado aquí en Monteros cualquier día por la mañana, o si vos querés me avisas y yo voy hasta Amaicha, así te explico todo lo que aquí está escrito, y vos me cuentes que te parece, también voy a invitar a tus padres para que les explique personalmente lo que significa esta decisión. Otra opción es que podes llamarme a mi teléfono celular, aquí te lo paso, ...". Cédula adecuada para NNA. 8. Invitación para R., J. y L.: "Soy la Dra. Mariana Rey Galindo, jueza de este juzgado, sin perjuicio de que sus abogados puedan notificarles e informarles de lo que resolví, quisiera dejar abierta una invitación para que vengan a verme si así lo desean y cuando ustedes lo decidan, y en ese momento pueda explicarles personalmente de que se trata esta sentencia (decisión por escrito), el sentido que tiene la misma, y las razones por las que tomé esta decisión. La misma invitación le hice a J. La ley les concede este derecho a recibir información en forma clara y sencilla. Esta invitación es una opción de ustedes, y quedan invitados por mí". Personal. 9. Costas: Distribuir las costas generadas por la presente acción en el orden causado, atento la materia involucrada y la manera en que se resuelve la cuestión (conforme artículo 105 del CPCCT). 10. Diferir honorarios del Dr. Jorge Rubén Molina MP ... CAS, del Dr. Roberto Charcas MP ..., Dr. Diego Eduardo Valls, MP ..., y de la Dra. Ingrid Lausberg MP ..., conforme a lo considerado. 11. Vista a la Sra. Agente Fiscal de este Centro Judicial. 12. Vista a la Defensoría de Niñez, Adolescencia y Capacidad Restringida de este Centro Judicial. Hágase saber. — *Mariana J. Rey Galindo.*

ADOPCIÓN PLURIPARENTAL

Inconstitucionalidad del art. 558 del Código Civil y Comercial. Evolución del vínculo y la integración familiar. Derecho del niño a ser oído. Elección del prenombre. Capacidad progresiva del niño. Derecho a la identidad personal. Flexibilidad en la decisión. Otorgamiento.

Con nota de César Julio Gómez

1. — El art. 558 del Código Civil y Comercial que establece que ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación es inconstitucional, ello, por contrariar los principios de igualdad, no discriminación e identidad, consagrados en los tratados internacionales con rango constitucional, cobrando singular importancia la satisfacción del interés superior del niño, que es el norte que guía cuando en una causa se encuentra involucrado un niño.

2. — Ha sido la evolución del vínculo y la integración familiar palpable en los hechos, en el plano fáctico, lo que permite vislumbrar, que la relación entre la niña y los tres pretensos adoptantes se visualiza afianzada, desenvolviéndose con naturalidad y espontaneidad, observándose a nivel manifiesto el conocimiento recíproco entre todos los involucrados.

3. — El deseo de la niña de poder insertarse de manera definitiva en una familia debe ser tenido en cuenta, de conformidad con lo previsto en la Convención de los Derechos del Niño, y el Código Civil y Comercial, contando en el momento de la audiencia de vista de causa con diez años de edad, teniendo participación en el proceso conforme lo prescripto por el art. 617 inc. d) del CCCN y comprendiendo acabadamente el acto de la adopción peticionada, contando con abogada del niño.

4. — La elección del prenombre por parte de la niña no solo constituye un mero gusto personal, sino que ella se siente identificada con ese nombre, tanto en el grupo familiar como en su relación social.

5. — En el marco de una adopción, hay que tener un criterio flexible en aras de no violar los principios de igualdad y no discriminación consagrados en la Constitución Nacional y no caer en un excesivo rigor formal.

JNiñez,Adoles.Viol.Fliar y de Género de 3° nom., Córdoba, 18/02/2020. - F., F. C. – V. A. F. - F. C. A. s/ Adopción.

[Cita on line: AR/JUR/180/2020]

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Se declara la inconstitucionalidad del tercer párrafo del art. 558 del Código Civil y Comercial y del inc. d del art. 634.

Expte. S.A.C. N° 3.515.445

Thomson Reuters

1ª Instancia.- Córdoba, febrero 18 de 2020.

Resulta:

I. A fs. 1/2 comparecen los Sres. F.C.F. y A.F.V. con el patrocinio letrado de la abogada Gladys Cristina López M.P. N° ..., promoviendo formal demanda de adopción plena en relación a la niña N.M.G.O.

II. A fs. 4 este Juzgado se avoca al conocimiento de la presente causa, imprimiéndose el trámite de ley - art. 616 del Cód. Civ. y Com. de la Nación; y proveyendo a la solicitud de adopción plena incoada, se los tuvo a los comparecientes por presentados y por parte, en el carácter invocado; se requirió la intervención de la Sra. Fiscal de Cámara de Familia, conforme lo prescripto por los arts. 617 inc. c) del Cód. Civ. y Com. de la Nación, 9 inc. 5) de la Ley del Ministerio Público Fiscal y Resolución N° S-92-15 de la Fiscalía General del Poder Judicial; asimismo se ofició al Equipo Técnico de Adopción a los fines de que remitiera informe actualizado en relación a la niña N.M.G.O.; se dio intervención al representante complementario del Ministerio Público; y se fijó audiencia a los fines de ser receptadas las testimoniales ofrecidas.

III. A fs. 16 comparece la representante complementaria del Ministerio Público, Dra. María Raquel Martínez, tomando intervención en los presentes actuados.

IV. A fs. 19/20 se receptan testimoniales ofrecidas a los Sres. C.V.V. y a M.J.

V. A fs. 24/47 se glosa en autos documental de rigor.

VI. A fs. 49 se cumplimenta con la intervención de la Sra. Fiscal de Cámara de Familia, Dra. María Angélica Jure de Obeide, quien tomó participación, solicitó que se agregue copia del cuerpo de guarda, se dé noticia al Sr. C.A.F. de la pretensión y cumplido ello se le notifique lo actuado y, en su caso, se regularice la situación del Sr. F.C.F.

VII. A fs. 52/53 se agrega la copia pertinente del cuerpo de guarda de donde surge que con fecha 28/06/2010 se otorgó la guarda judicial con ulteriores fines de adopción de la niña de autos al matrimonio conformado por el Sr. C.A.F. y la Sra. A.F.V.

VIII. A fs. 56 compareció el Sr. C.A.F., manifestando conocer en su totalidad el pedido de adopción de su ex esposa y F.C.F. y que está de acuerdo con dicha pretensión.

IX. A fs. 58 la Sra. Fiscal de Cámara se notifica de lo actuado y evacuando vista requiere a S.S. que arbitre los mecanismos necesarios y que crea conveniente a los fines de integrar debidamente la pretensión de adopción del señor F.C.F.

X. Por sentencia número dos de fecha uno de junio de dos mil diecisiete se resolvió otorgar la guarda con ulteriores fines de adopción de la niña de autos al Sr. F.C.F., dando el plazo de la guarda cumplido en atención a la referencia positiva de lazo, cuidado y cariño del nombrado en relación a la niña de marras comunicando lo resuelto al Registro Unico de Adoptantes y a la Se.N.A.F.

XI. A fs. 105 luce escrito donde los señores F.C.F., A.F.V y C.A.F. con el patrocinio letrado de la Dra. Gladys Cristina López solicitan la demanda de adopción plena pluriparental en relación a la niña N.M.G.O. Hacen un breve relato de los hechos vividos por el primer matrimonio integrado por los sres. C.A.F.-A.F.V., su posterior divorcio y el matrimonio formalizado por F.C.F.-A.F.V. Resaltan que el Sr. C.A.F. hizo una renuncia salomónica a la adopción a los efectos de cumplir con la formalidad del C.C. y Com., pero que ello no atiende el interés superior de la niña puesto que la misma considera tanto al Sr. C.A.F. como al Sr. F.C.F. como sus papás, instando en definitiva se garantice el derecho humano a conformar una familia y la libertad familiar, destacando la posibilidad de que cada persona elija como quiere o puede vivir, respetando así todas y cada una de las diversas constelaciones y proyectos de vida autorreferenciales, tal como lo establece el art. 19 de la Constitución Nacional.

XII. De la reformulación de la demanda de adopción se corrió vista a la Sra. Fiscal de Cámara de Familia y se ofició al Equipo Técnico de Adopción.

XIII. fs. 109/110 luce informe del Equipo Técnico de Adopción, donde concluye que las particularidades de la configuración familiar es vivenciada con naturalidad por la niña de autos, quien reconoce al Sr. C.A.F. como padre, identificando al Sr. F.C.F. también como figura de referencia afectiva, aseverando que tiene "dos papás" y la Sra. A.F.V. como mamá. Se agrega que la niña comparte dormitorio con su hermana L.

XIV. A fs. 112 evacua la vista corrida la representante del Ministerio Fiscal, quien solicita se fije audiencia con los adultos involucrados a fin de tomar contacto directo y personal.

XV. A fs. 113 se proveyó a la audiencia solicitada, debiendo comparecer los adultos de autos con la intervención de ambos Ministerios Públicos.

XVI. A fs. 115/116 luce escrito de la Dra. María Raquel Martínez, en su carácter de representante complementaria del Ministerio Público, quien consideró en definitiva que la singular propuesta de los guarda-

Thomson Reuters

dores debe ser atendida bajo la nueva mirada del Cód. Civ. y Com. de la Nación. Que confía en el juez de la causa a quien se le impone tomar decisiones armonizadas con los principios y reglas constitucionales. Resalta que los vínculos afectivos para con la niña del Sr. C.A.F. no cambiaron con el divorcio vincular, muy por el contrario los mismos se mantienen intactos a tal punto que siempre pasó la manutención de la niña y los tres como adultos responsables han sabido priorizar el interés superior de la pequeña y la misma considera que tiene dos papás y una mamá conforme su realidad familiar.

XVII. A fs. 117 se receptó la audiencia con los pretensos adoptantes, quienes con la intervención de ambos Ministerios y acompañados de su abogada patrocinante, explicitaron que la realidad es que "M." siente que tanto F. como C. son sus papás, momento en el cual ratificaron lo peticionado.

XVIII. A fs. 120 se escuchó a la niña de autos, quien expresa que le dicen M., contó que va a tercer grado de la escuela S. y que tiene dos papás, que vive con su mamá y papá F. y que su papá C. va los domingos a comer con ellos.

XIX. A fs. 151 luce escrito de los pretensos adoptantes donde informan los nombres de los futuros hermanos de la niña M., los cuales son hijos del Sr. C.A.F.-A.F.V., uno de la Sra. V. y otros del Sr. F. con su ex pareja, proveyéndose citarlos para la audiencia de vista de causa.

XX. A fs. 157/160 luce nuevo informe del Equipo Técnico de Adopción donde describe la realidad de la niña, quien convive con el matrimonio F.C.F.-A.F.V. y en relación al Sr. C.A.F., donde recomiendan la continuidad del proceso terapéutico ya iniciado en relación a los posicionamientos asumidos en relación a sus vínculos. También valoran que la niña atribuye tanto al Sr. F.C.F. como a C.A.F. la función de progenitores con particularidades diferenciadas, en relación a que uno de ellos convive con la misma —F.C.F.— y el otro la visita en los momentos que permanece en Córdoba —C.A.F.— en atención a su trabajo como chofer de colectivo de larga distancia.

XXI. A fs. 164 se ordena la designación de la figura del abogado del niño a la niña de marras, aceptando dicho cargo a fs. 166 el Dr. Hugo Fernando Conterno, quien requirió la citación de la niña a fin de que pueda expresar su voluntad respecto a la designación realizada, proveyéndose a fs. 167 en los términos peticionados. XXII) A fs. 171 compareció la niña de autos junto con el abogado del niño quien expresó su deseo de ser adoptada por su mamá A.F.V. y sus papás F.C.F. y C.A.F. También solicitó llamarse M.

XXIII. A fs. 172 se proveyó tener por ratificado el rol de abogado del niño por la niña "M." y fijar la audiencia de vista de causa dando así intervención a la U.G.A. (Unidad de Gestión de Audiencias) para su calendarización.

XXIV. A fs. 182 luce constancia policial de la localidad de S.V. de la provincia de Santa Fé, donde la Srta. P.F. de 19 años manifestó que no puede viajar a la audiencia por razones económicas y que tomó conocimiento por su padre F.C.F. que sería por la adopción de una niña, momento en el cual dejó constancia de que no son sus deseos hacerse presente porque casi no tiene relación con su padre amén del impedimento económico.

XXV. A fs. 185/188 luce acta de audiencia de vista de causa a la que comparecieron la Sra. A.F.V., los Sres. F.C.F. y C.A.F., la niña N.M.G.O. "M.", los jóvenes I.A.P., D.E.F.V., L.Y.F.V. y P.S.F., la letrada Gladys Cristina López, la Fiscal de Cámara de Familia Dra. María Angélica Jure de Obeide, la abogada del niño Dra. Claudia Oshiro (por rotación de las asesorías) y el representante complementario del Ministerio Público, Dr. Raúl Alvarez (por rotación de las asesorías), oportunidad en que queda la causa en estado de ser resuelta;

Considerando:

I. Que este Juzgado es competente para entender en el presente proceso conforme lo normado por el art. 615 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, en virtud de haber otorgado la guarda con ulteriores fines de adopción de la niña N.M.G.O. en primera instancia al matrimonio que estaba integrado por los señores C.A.F.-A.F.V. y después al Sr. F.C.F., esposo actual de la Sra. A.F.V., vislumbrando claramente la realidad familiar de los mismos y el vínculo de amor que los une con la niña de autos.

II. Que la cuestión traída a resolver finca en torno a la solicitud de adopción plena pluriparental formulada por los Sres. A.F.V., F.C.F. y C.A.F. en relación a la niña N.M.G.O.; como así también sus alcances y efectos.

III. Que se han colectado los siguientes elementos de prueba: Documental/Informativa: a. copia de documento nacional de identidad de los señores A.F.V. y F.C.F. (fs. 24/25); b. copia del acta de matrimonio de los Sres. F.C.F.-A.F.V. donde consta que ambos son divorciados; c. copia de partidas de nacimiento del hijo de la Sra. A.F.V. y de los hijos de los Sres. V.-F. y del Sr. F. A. (ver fs. 27/31); d. copia de declaración jurada de domicilio de los Sres. A.F.V. y F.C.F.; e. copia de libreta técnica vehicular de licencia de remises del Sr. F.C.F. donde figura como conductor del mismo; f. constancia del registro de deudores alimentarios morosos

Thomson Reuters

donde se detalla que el Sr. F.C.F. y la Sra. A.F.V. no se encuentran registrados como deudores alimentarios morosos en el Registro de la provincia de Córdoba (ver fs. 37/40); g. certificados de que los Sres. F.-V. no se encuentran inscriptos en el Registro Provincial de Personas Condenadas por Delitos contra la integridad sexual (fs. 41/42); h. certificados de antecedentes penales del Registro Nacional de Reincidencia y de la Provincia de Córdoba de los Sres. F.-V., no registrando antecedentes los mismos (ver fs. 43/47); i. copia de la guarda con fines de adopción de la niña de autos otorgada a los Sres. C.A.F.-A.F.V. (ver fs. 52/53); j. sentencia de guarda con ulteriores fines de adopción de la niña de autos otorgada al Sr. F. (fs. 60/61 vta.); k. copia de la partida de nacimiento de la niña N.M.G.O. (fs. 70 y 74); l. informes del Equipo Técnico de adopción (fs. 109/110, 149/150, 157/160), ll. Actualización del certificado de antecedentes de la provincia y del Registro Nacional de Reincidencias de los Sres. F.-F.-V., donde no obran antecedentes penales (ver fs. 201/215); m. Actualización del informe del Registro Provincial de personas condenadas por delitos contra la integridad sexual de los señores F.-F.-V., no obrando antecedente alguno (ver fs. 216/221); n. Testimoniales/audiencias: actas de audiencia de recepción de testimonios (fs. 19/20); y de vista de causa (fs. 185/188).

IV. Así las cosas de las testimoniales receptadas se pudo dar cuenta de la integración de la niña a su grupo familiar de convivencia actual y de los informes técnicos del Equipo Técnico de Adopción, surgió en sus diversas intervenciones sin hesitación alguna, que la niña de autos identifica tanto al Sr. F.C. F. como al Sr. C.A.F. como sus padres y a la Sra. A.F.V. como su madre, situación que se vio claramente plasmada en la audiencia de vista de causa, donde el contacto directo y personal con los pretensos adoptantes, la niña y sus hermanos eran de una familia plenamente integrada y cada hermano en su individualidad siente a la niña como su hermana, a excepción de los hijos del Sr. F. —quienes no asistieron a la audiencia y obrando constancia únicamente de la Srta. P.F. su desinterés de acudir a la misma tanto por razones económicas como personales por no tener vínculo actual con su padre—. Los hermanos que asistieron a la audiencia les pareció bien que tanto el Sr. F. como el Sr. F. sean sus papás porque así lo siente la niña de autos. Esta situación familiar llevó a la Sra. Fiscal de Cámara a solicitar la declaración de inconstitucionalidad del último párrafo del artículo 558 del Cód. Civ. y Com. de la Nación en los siguientes términos: "Primero que nada, considero necesario hacer un recorrido de las circunstancias que se presentaron en estos actuados. Es sabido que el estado de familia es de orden público e indisponible por las partes y el cambio de la fuente de filiación adoptiva es trascendental. En esta causa principió un pedido de adopción plena de parte de la Sra. A.F.V. y F.C.F., momento en el cual advertí que la guarda con ulteriores fines de adopción había sido otorgada en su oportunidad a la Sra. A.F.V. y el Sr. C.A.F.

Que ante ello solicité que se convocara al Sr. C.A.F., quien en un principio estuvo de acuerdo que la niña de autos sea adoptada por su ex pareja y el Sr. F. pero después dijo que él también se siente padre de la niña pero como no quería perjudicarla manifestó estar de acuerdo. Con el devenir de la causa y ante la realidad de esta familia la abogada de los mismos solicitó la demanda de adopción pluriparental porque es lo que reflejaría la realidad de esta familia, más allá de las consideraciones técnicas jurídicas que hubiere lugar. Asimismo se reguló la inscripción en el Registro Único de Adoptantes del Sr. F. y se dictó el correspondiente auto de guarda con ulteriores fines de adopción a los efectos de regularizar la situación. Considero que hay que tener un criterio flexible en aras de no violar los principios de igualdad y no discriminación consagrados en la Constitución Nacional y no caer en un excesivo rigor formal. Esta situación familiar fue corroborada con el informe del Equipo Técnico del mes de julio del año dos mil dieciocho, donde surgió claramente que la niña de autos identifica a los señores F. y F. como sus papás, y esta mirada técnica externa a las audiencias anteriores que tuvimos con este grupo familiar, no hizo más que confirmar lo que vimos en aquel momento de audiencia, esto es que la niña identifica a los Sres. F. y F. como sus papás. Y esta mirada técnica sumado a las audiencias anteriores y a la audiencia de vista de causa presente, nos llevó a una atenta escucha activa de la niña. También fue muy enriquecedor escuchar a sus hermanos, que dieron claras muestras de esta realidad familiar donde convergen de manera armónica los roles parentales respecto de la niña.

En relación a los requisitos objetivos y subjetivos del Cód. Civ. y Com. de la Nación los mismos se encuentran cumplimentados pero habría un obstáculo legal de orden público preceptuado en el último párrafo del artículo 558 del Cód. Civ. y Com. de la Nación donde dice que ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación. Es por ello que ante el hecho de que no pidieron la declaración de inconstitucionalidad de esta norma, dicho pedido lo asumo yo como Fiscal de Cámara ya que considero que hay elementos dirimentes para ello, los cuales surgen de las constancias de la causa como el hecho de que M. identifica a los señores F. y F. como sus papás tal como lo dije en un principio y ello no resiste mayor análisis amén del hecho de que dicha situación familiar subsiste. El interés superior del niño consagrado en la Convención Internacional de los Derechos del niño y demás normas hace que debemos tener como norte dicho interés en el caso concreto a fin de resguardar lo más

Thomson Reuters

beneficioso para la niña. Volviendo un poco al criterio flexible que ameritan ciertos casos como el presente, hay que destacar que nuestro Cód. Civ. y Com. de la Nación se ha flexibilizado bastante, tal como lo dice la Dra. Marisa Herrera, puesto que la realidad social y, en especial, las relaciones de familia, son muchos más complejas que aquellas que circundaban a Vélez Sársfield cuando redactó el Cód. Civil, pero razones de políticas legislativas atravesadas por perspectivas religiosas hicieron que no se reconozca expresamente la filiación por más de dos personas.

Con esto no quiero decir que cada caso pluriparental que pueda presentarse deba admitirse, por tal razón la declaración de inconstitucionalidad de una norma tiene un carácter muy restrictivo y así debe ser puesto que las normas son de orden público. Quiero agregar que hay precedentes de casos de pluriparentalidad a nivel registral pero en relación a situaciones de voluntad procreacional; para ser precisa se presentaron dos casos en nuestro país. No es que este sea un caso raro, distinto, es un caso excluido del derecho pero que se refleja en la realidad y no reconocer esa realidad viola los principios de igualdad y no discriminación. En definitiva lo que estoy reconociendo aquí es la socioafectividad vislumbrada en este grupo familiar, si no se reconoce esto no se reconoce los vínculos socio-afectivos creados. Por todo ello, me lleva a la convicción que debe declararse la inconstitucionalidad de la norma de mención y de cualquier norma del Cód. Civ. y Com. de la Nación que entren en pugna con la adopción plena pluriparental de la niña de autos.

No nos olvidemos que nuestro Cód. Civ. y Com. de la Nación es un código de la diversidad y multicultural que enmarcó muchas situaciones familiares y no la de los presentes actuados, lo que no quiere decir que a futuro ello no suceda. Recordemos lo que pasó en su momento con el divorcio vincular ni qué hablar del matrimonio igualitario. En definitiva solicito que se otorgue la adopción pluriparental plena de la niña de autos con la declaración de insconstitucionalidad solicitada y se la inscriba con el nombre de M.J. y el apellido que la misma desee".

Por su lado, la abogada del niño —Dra. Claudia Oshiro— luego de escuchar las manifestaciones de la niña en la audiencia en relación a querer llamarse M.J. y que quiere a sus dos papás y mamá, presentó sus argumentos jurídicos en los siguientes términos: "Como ya anticipé, M. se presentó en mi despacho para manifestar la elección de su prenombre y el apellido. En primer lugar, y muy segura dijo que quería llamarse M.J. y los tres apellidos en el siguiente orden: F., F. y V. Explicando las razones de tal elección. El prenombre de origen, me dijo que le sonaba a una "marca de muñecas", que es lo que manifestó en la oportunidad de la audiencia. Hay que recordar que la niña arriba a la familia V.-F., con apenas 1 año y 3 meses, desde ese primer momento todos comenzaron a llamarla M. Y es así, que fue creciendo identificándose con ese nombre. Ello fue corroborado no solo con los dichos de sus padres, sino en la audiencia con los hermanos (L., D., y P.F., como también I.A.P. —hermano solo por parte de la madre—), quienes se refirieron a su hermana como "M.". Es así, que el prenombre N.M. no conformaba su identidad, aun cuando así figurara en la lista del Colegio, que obedecía a un sistema formal —partida de nacimiento—. Pero sus amigas, la llaman "M." o "M.". Y en los cuadernos del colegio esté rotulada como su mamá la llama M.V. Aun cuando se trate de una niña de 10 años, puede decirse que tiene una personalidad que en lo que este aspecto se refiere, siempre fue clara en sus ideas indicando que no solo es su deseo, sino que obedece a su identidad social. En el plenario la niña, cuando se le interrogó como quería llamarse, en ese momento solo tenía en claro que quería llamarse M.J., sin poder decidir sobre qué apellidos quería portar, si uno, dos o de los tres adultos a quienes ella identificaba como papás. Se ha dicho que la socialización del ser humano, primero ocurre en el ámbito familiar y luego en los espacios públicos, en donde la persona construye su identidad.

De modo que el nombre de pila, aquel que lo distingue en sus otros significativos más cercanos no puede ser alterado por la voluntad de los adoptantes. La modificación en el apellido del hijo adoptivo se enlaza con la función del nombre de las personas en el aspecto social, en tanto confiere sentido de pertenencia a determinado grupo familiar y de allí que el nuevo vínculo nacido a partir de la filiación adoptiva deba ser trasvasado a la identificación (Código Civil y Comercial de la Nación, Comentado, T. II, libro segundo, Dir. Marisa Herrera - Gustavo Caramelo - Sebastián Picasso, 1ª Edición, Ed. Infojus, 2015, Ciudad Autónoma, comentario al art. 623, p. 446). Por estas razones, solicito la aplicación del supuesto de excepción, pues como se pudo señalar no solo constituye un mero gusto personal, sino porque ella se siente identificada con ese nombre, tanto en el grupo familiar como en su relación social. Esta afirmación, es conteste con la capacidad progresiva de la niña, por lo que su decisión debe ser tenida en cuenta al decidir nada menos en lo atiente a uno de sus derechos fundamentales. Se ha sostenido que cuando la CADH —art. 18— se refiere al nombre como derecho de toda persona, admite la reglamentación razonable por parte del Estado. Resalta el derecho humano que reconoce como parte de la identidad personal, y se refiere al prenombre y al derecho a portar el apellido de ambos padres o de uno solo de ellos, sin negar el orden social. En este orden de ideas, el informe del ET de adopción, que data de setiembre de 2017, nos revela una realidad familiar, en los que se inserta

Thomson Reuters

el Sr. F., compartiendo los fines de semana almuerzos con sus hijos en el domicilio de la Sra. V. que comparte con el Sr. F.. Advierten rutinas claras, organizadas, donde ambos guardadores —F.-V.— toman decisiones y las más significativas son consensuadas con el Sr. F., quien asume el rol de padre.

Destacan que M. reconoce a su grupo de convivencia como familia, donde ambos hombres son reconocidos como figuras protectivas y de referencia, como también contribuyen económicamente con la cuota alimentaria. Lo más relevante es que la profesional concluye que "M. se identifica como parte figura de referencia afectiva, aseverando que tengo "dos papás"; hace prever que este espacio familiar le brinda a M. desarrollo, bienestar y seguridad emocional (fs. 109 vta.). Informe actualizado en diciembre de 2017, que no difiere del anterior (fs. 169/170). En julio de 2018, obra un tercer reporte, que en síntesis reafirma la significación filial que representa los Sres. F. y F. en la niña, observándose manifestaciones afectivas y de compromiso con la niña. Lo señalado revela que tres profesionales distintas, arriban a una misma conclusión que M. identifica a los dos como papás y que ambos cumplen perfectamente ese rol. Por su parte, los hijos de la dupla V-F, fueron quienes definieron el real emplazamiento de la niña.

Tanto L. como D., no solo refirieron que la sienten como hermana, sino que determinaron cuál era la diferencia de la relación entre el Sr. F. y la niña con respecto a ellos. Los dos conviven con F.C.F., pues su progenitor —C.A.F.— por su profesión —camionero— pasa bastante tiempo ausente en su hogar pero a la hora de definir el vínculo, D. fue el encargado de señalar "mi viejo es mi viejo". Con M. no observo eso, ella los ve a los dos como sus papás. Yo creo que siento las cosas así porque yo ya era grande cuando F. vino a mi casa, en cambio M. es chica" (ver fs. 186). Esta es la realidad familiar en la que creció M., y es la idea plasmada en sus palabras al explicarme porqué el orden elegido, "primero vinieron mamá A. y papá C., me llevaron del hospital y me cuidaron. Después vino F., y a los tres los quiero como papás. Es por eso que quiero llevar los tres apellidos, porque los quiero a los tres por igual". Como se puede observar, la hipótesis fáctica deja traslucir que se trata de una relación filial al que los doctrinarios denominan "pluriparentalidad", situación que se encuentra fuera del vínculo binario previsto en el texto del art. 558 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, "Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación". Por tal razón y apuntalando el pedido de inconstitucionalidad del art. 558 y aquellos que se encuentren en pugna, que fuera efectuado por la Sra. Fiscal de Cámara en la oportunidad de la audiencia de vista de la causa, al cual me adhiero, haciéndolo extensivo a los arts. 578, y 634 inc. d).

Ello, por contrariar los principios de igualdad, no discriminación e identidad, consagrados en los tratados internacionales con rango constitucional, cobrando singular importancia la satisfacción del Interés Superior del Niño, que es el norte que guía cuando en una causa se encuentra involucrado un niño. En tal sintonía, tanto la noción de familia y filiación, son una creación cultural, sujetos a los cambios que operan en los pueblos. La constitucionalidad del derecho de familia, otorga protección integral a la familia en su sentido amplio. Donde identidad, y afectividad, son elementos fundamentales en esta conceptualización, sin dejar de mencionar el principal y que ilumina el instituto de la adopción, esto es el interés superior del Niño. En este camino, no puede soslayarse el valor que adquiere la socioafectividad para la aceptación de nuevas realidades que se presentan y a las que debe dársele una respuesta. Tal como fue señalado, no todas las relaciones pluriparentales admiten la declaración de la inconstitucionalidad de las normas mencionadas, sino que en el caso particular, amerita que la tacha proceda dado que es el reflejo de la realidad socio afectiva de Milagros. A la luz del art. 29 de la CADDHH al establecer que "ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de (...) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la norma democrática representativa de gobierno".

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (desde ahora CIDH), en el caso "Contreras y otros c. El Salvador" aseveró que la "identidad personal está íntimamente ligada a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentadas ambas en una experiencias histórica y biológica, así como en la forma en que se relaciona dicho individuo con los demás, a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social". En este marco conceptual y jurídico, y la amplitud con que el máximo tribunal internacional resguardó a la identidad, conlleva la necesidad de interpretar con la misma flexibilidad de manera tal que abarque la variedad de realidades.

V. Que en función de todo lo expuesto, la causa se encuentra en condiciones de ser resuelta, a los fines de decidir de manera definitiva sobre la situación jurídica de la niña N.M.G.O., a quien le gusta que la llamen cariñosamente "M". En dicho marco es la institución de la adopción conforme lo normado por el art. 594 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, creadora del estado de familia por la voluntad, y es en función de ello, su esencia que los pretensos adoptantes quieran ser padres de los niños, niñas y adolescentes que adoptan, y que los niños, niñas o adolescentes quieran ser hijos de los que quieren adoptarlos, caso contrario la arquitectura de la filiación adoptiva no tiene base en la que asentarse. La nueva perspectiva de protección de la infancia y adolescencia, da cuenta que los niños,

Thomson Reuters

niñas y adolescentes son reconocidos como sujetos plenos, activos y portadores de derechos. Así, la institución de la adopción —por sobre todas las aristas en juego— está construida a partir de los derechos del niño, niña o adolescente cuya familia de origen no puede brindarle una debida contención, y no desde el lugar de los adultos, al fundarse en los postulados que impone la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) y en lo que se conoce como el modelo de la "protección integral de derechos". Tiene como punto de partida obligado, y como piedra basal en materia de derechos humanos el "interés superior del niño", de manera prioritaria (arts. 8, 9, 20.2, 20.3, 21.a de la CDN, 595 inc. a) Cód. Civ. y Com. de la Nación, arts. 3 de la Ley N° . 26061 y Ley N° . 9944). No tengo dudas que la decisión a la que arribo no depende de las previsiones traídas por el texto estricto de la norma legal, sino que es el fruto de su conjugación con los principios y valores del ordenamiento jurídico en su conjunto. Sobre dicho principio reputada doctrina ha manifestado: "Este interés del NNA que está 'primero,' además es el 'mejor' interés que le corresponde a la vida del NNA de que se trate, conforme a todas las circunstancias singulares que rodean su vida: por eso está 'primero,' antes que otros intereses, y es 'superior' porque es el mejor interés para la protección y desarrollo de su vida" (Lloveras, Nora 2009. El interés superior del Niño. En El Interés Superior del Niño, Visión Jurisprudencial y Aportes Doctrinarios. Córdoba: Enfoque Jurídico. p. 215). " Por lo que es necesario escuchar lo que sucede en esta realidad familiar que se está gestando y que sean los hechos concretos los que funden mi decisión. Teniendo en cuenta la relevancia de los derechos involucrados: "el derecho a vivir en familia", doy razones que fundamentan y determinan el interés superior de la niña de autos en el caso concreto.

Así su superior interés se encuentra integrado por: a) el derecho de vivir en familia y preservar su derecho a la identidad; b) el derecho a crecer y desarrollarse en un ambiente saludable, donde es considerada como sujeto pleno y portadora de derechos; c) el derecho de la niña a ser oída y a que su opinión sea tenida en cuenta de acuerdo a su edad y grado de madurez; d) la necesidad de definir su situación jurídica en lo que hace a sus derechos de naturaleza familiar a los fines de lograr la estabilidad necesaria y la permanencia definitiva en el seno de una familia; e) el derecho a que la situación de la niña cuente con un marco jurídico y así satisfacer su derecho a la tutela judicial efectiva, que debe ser garantizado además por la calidad de persona de especial protección. En ese contexto, una vez cumplida la evaluación de los derechos, al sopesarlos y determinar el concreto interés superior de la niña de autos, es su derecho a permanecer junto a los Sres. F.V.F., lo que prevalece respecto a cuál es el entorno más saludable para que la niña crezca y se desarrolle. A lo largo de todo este procedimiento, la opinión de la niña ha sido y es tenida principalmente en cuenta, quien ha expresado ante la que suscribe en oportunidad de receptar audiencia, así como ante las profesionales del Equipo Técnico de Guardas y Adopciones su deseo de ser adoptada por los Sres. F.-V.-F. "El niño tiene pues, derecho a una protección especial cuya tutela debe prevalecer como factor primordial de toda relación judicial, de modo que, ante cualquier conflicto de intereses de igual rango, el interés moral y material de los niños debe tener prioridad sobre cualquier otra circunstancia que pueda presentarse en cada caso concreto" (CSJN "S., M. A. s/ art. 19 de la CIDN" sent. del 26/11/2018; Fallos: 318:1269; 328:2870; 331:2047). Por lo que es necesario preguntarnos si desde la perspectiva del superior interés del niño es conveniente para la niña generar el vínculo filial adoptivo de forma pluriparental. Sabido es que el Cód. Civ. y Com. de la Nación se encuentra subordinado a la Constitución y a los tratados internacionales con especial referencia a los vinculados a derechos humanos que ostentan jerarquía constitucional conforme al inciso 22 del artículo 75 de la Constitución Nacional. Y ese "interés" al que me refiero tiene tal jerarquía a través de la incorporación de la CDN al plexo de nuestra Constitución en forma conjunta con otros tratados de Derechos Humanos que regulan el ejercicio de los derechos de estos sujetos de especial protección y las obligaciones del Estado, la familia y la sociedad (en el mismo sentido la Ley Nacional N° 26.061 y la Ley Provincial N° 9944).

Es así que el apartado 3 del artículo 20 de la CDN establece el derecho del niño a la adopción como una modalidad de cuidado especial para los niños, niñas y adolescentes que deben permanecer privados de su medio familiar. Asimismo el artículo 21 dispone: "Los Estados que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial", tal como es receptado en carácter de principio por el artículo 595 inciso a) del Cód. Civ. y Com. de la Nación; debe ser "la" consideración primordial conforme la realidad de ese niño o esa niña en particular. En consonancia la Observación General N° 14 del Comité de los Derechos del Niño del período de sesiones del año 2013 en su Pto. 5 estipula que la plena aplicación del concepto de interés superior del niño exige adoptar un enfoque basado en los derechos a fin de garantizar la integridad física, psicológica, moral, espiritual y holísticas del niño y promover su dignidad humana. El Pto. 24 prevé que la noción de interés superior del niño debe ser aplicada al caso de cada niño en particular, debiendo ser evaluado individualmente. El Pto. 32 amplía estableciendo que el contenido del interés superior del niño es complejo y debe determinarse caso por caso, tratándose de un concepto flexible y adaptable, debe ajustarse y definirse en forma individual con

Thomson Reuters

arreglo a la situación concreta del niño afectado y teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales; en lo que respecta a las decisiones particulares, se debe evaluar y determinar el interés del niño, en función de las circunstancias específicas de cada niño en concreto. El Pto. 37 establece que el interés superior del niño debe ser una consideración primordial en la adopción de todas las medidas de aplicación, ya que no puede estar en el mismo nivel que todas las demás consideraciones: justificando la firmeza de esa posición por la situación especial de los niños: dependencia, madurez, condición jurídica. Tal principio también ha sido consagrado en forma expresa en el art. 706 inc. c) del Cód. Civ. y Com. de la Nación en el que se establece que en la decisión que se dicte en un proceso en que están involucrados niños, niñas o adolescentes, se debe tener en cuenta el interés superior de esas personas. En ese misma línea, la Opinión Consultiva N° 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) sobre la Condición Jurídica del Niño del año 2002 establece que este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de estos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades.

A este respecto, el principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño (1959) establece: "El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño." A este criterio han de ceñirse las acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos. En tal directriz la CSJN ha dicho que el mejor interés del niño no es un concepto abstracto, sino que tiene nombre y apellido, nacionalidad, residencia y circunstancias; por lo que "la misión específica de los tribunales en cuestiones de familia resulta desvirtuada si se limitan a resolver los problemas humanos mediante la aplicación de fórmulas o modelos prefijados, desentendiéndose de las circunstancias del caso" (CSJN en causa CIV090032/2013/cs001: "M. M. s/ guarda" del 27/05/2015). En este caso concreto, siendo N.M.G.O. "M." la protagonista de mi decisión es "su interés superior" el que traza el camino a seguir, reconociéndola desde un primer momento como sujeto activo y titular de derechos, según reza el nuevo paradigma de la infancia; resolviendo cada situación conforme las singulares circunstancias que presenta. El preámbulo de la CDN sostiene que todo niño, niña y adolescente "...para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión...".

Si bien ese derecho a pertenecer a una familia, a ser criado en su seno y a recibir de ella el trato de hijo, de hermano, de nieto, se debe concretar en primer término dentro del grupo familiar de origen o extenso; cuando ello no se puede lograr surge el derecho a que dichos roles sean ejercidos por otra familia: ese derecho a la "otra familia" encuentra fundamento en el superior interés del niño y en el derecho de cada niño, niña o adolescente a ser escuchado conforme lo normado por el artículo 12 de la CDN. Se ha comprobado en el presente caso la situación de vulnerabilidad de derechos en la que estaba inmersa la niña de marras con su grupo de origen, resolviéndose oportunamente su situación de adoptabilidad y la entrega en guarda con ulteriores fines de adopción a los Sres. C.A.F.-A.F.V., con quien la niña se sintió resguardada y querida como una hija. Posteriormente el matrimonio se divorcia pero el vínculo de amor con el Sr. C.A.F. siguió intacto y se sumó el nuevo vínculo de la Sra. V. con el Sr. F., a quien la niña también significó en su cotidianeidad como su padre, otorgándose al nombrado F. la guarda judicial con ulteriores fines de adopción en un claro reconocimiento a esta realidad familiar. Ellos, los Sres. F.-V. y F.- son quienes solicitan hoy la definición del vínculo jurídico con la niña de marras, ya que el vínculo afectivo construido, cuya relación está más que consolidada, está afianzada. En ese marco, a partir de la inmediación que caracteriza este tipo de procesos y en función de los elementos de convicción incorporados a la causa es posible inferir que "M." ha construido su identidad junto a los Sres. F.-V.-F., significando también a los jóvenes I.A.P., D.E.F.V., L.Y.F.V. y P.S.F. como sus hermanos. Dicha familia la ha cobijado a "M." y le ha dado entidad, estructura y estabilidad, le ha brindado la oportunidad de encontrar su lugar en el mundo: se ha construido día a día un vínculo familiar real, palpable y basado en el afecto. "No se trata de decidir una mera adjudicación de derechos sobre un objeto inanimado o sobre un bien abstracto, cuya substancia permanecerá insensible o inalterada frente al paso del tiempo, sino sobre el destino de una persona de carne y hueso, que vive, piensa, tiene sentimientos, experimenta emociones, ríe, llora y va forjando día a día su identidad y la personalidad con la cual afrontará el resto de su existencia" (voto del Dr. Pettigiani en Ac. 78.446, sent. del 27/01/2001; C. 110.858, sent. del 21/06/2012; entre otras). Ha sido la evolución del vínculo y la integración familiar palpable en los hechos, en el plano fáctico, lo que me ha permitido vislumbrar, que esa relación se visualiza afianzada, desenvolviéndose con naturalidad y espontaneidad, observándose a nivel manifiesto el conocimiento recíproco entre todos los involucrados: los Sres. F.-V.-F. ocupan un lugar de fi-

Thomson Reuters

guras parentales protectoras, lo que favorece la sensación de seguridad de la niña "M.".

Se observa claramente que la referida ha instaurado a los guardadores como su mamá y sus papás, no solo en su referencia verbal, sino en su respuesta frente a ellos en el orden afectivo, en la puesta de límites y en las demandas de toda índole que les solicita. Lo importante es ese nuevo vínculo que se forja, y en ese sentido, el deseo de la niña de poder insertarse de manera definitiva en esa familia tal como lo ha expresado en forma personal en la audiencia de vista de causa, debiendo ser tenida en cuenta su opinión de conformidad a lo previsto por los arts. 12 de la CDN, 26 y 707 del Cód. Civ. y Com. de la Nación manifestando su deseo de ser adoptada por sus referentes afectivos en pleno ejercicio de su autonomía progresiva, contando en el momento de la audiencia de vista de causa con diez años de edad, teniendo participación en este proceso —conforme lo prescripto por el art. 617 inc. d) del Cód. Civ. y Com. de la Nación— y comprendiendo acabadamente el acto de la adopción peticionada, contando con abogada del niño tal como surge de lo actuado. En definitiva entiendo que para resolver la presente demanda de adopción debo reflejar y reconocer la realidad familiar presentada, puesto que no se puede forzar la desintegración de lazos afectivos consolidados en pos de ceñirme a una prohibición legal.

Amén de ello entiendo que nuestro Cód. Civ. y Com. de la Nación es un código de la diversidad y multicultural, que si bien no previó la situación presentada en autos, conforme los nuevos paradigmas el perfil de la magistratura de este siglo debe estar teñido de amplitud de pensamiento que permita darse cuenta que hay otras realidades con sus propias particularidades, no temiendo de esta forma las transformaciones que se vienen presentando, con la clara convicción de que hay que tener una visión constitucional-convencional que respete los derechos a la libertad, igualdad, no discriminación, dignidad, autonomía de la voluntad y pluralidad. Mirar hacia adelante, atendiendo al caso particular y no a conceptos estancos que atenten con el proyecto de vida de los ciudadanos. En ese sentido entiendo que el Estado no puede venir a imponer nuestros propios planes de vida y que se está gestando la ruptura del binario de roles. Es que hay que darle valor a la socioafectividad vislumbrada en el presente caso, donde se crearon vínculos valorables y protegibles.

La sociedad evoluciona y se van actualizando determinadas situaciones. Es claro que la pluriparentalidad es uno de los grandes desafíos del derecho de familias contemporáneo. Por ello y en atención a la potestad de la magistratura de efectuar el control de constitucionalidad y de convencionalidad, deviene necesario declarar la inconstitucionalidad y anticonvencionalidad del tercer párrafo de los artículos 558 y 634 inciso "d" del Cód. Civ. y Com. de la Nación en este caso concreto, en cuanto no reconoce los vínculos afectivos emanados de la niña hacia los Sres. F.-F.-V. a quienes considera sus dos papás y mamá. La parentalidad y la filiación se implican mutuamente y no debemos partir de niveles arcaicos de relación ya que la parentalidad se trata de construcciones y dentro de la realidad observable nos encontramos con la monoparentalidad, coparentalidad o pluriparentalidad como en el presente caso. Así la Declaración de los Derechos del Hombre nos hable de principios generales de no discriminación e igualdad reconocidos en los artículos 1 y 24 de la CADH y el artículo 16 de la Constitución Argentina. M. tiene el derecho de ser tratada de igual manera ante la ley y su realidad tiene reconocimiento en la legislación internacional y en nuestra Constitución (arts. 1 y 2 CADH, artículos 2 y 4 de la CDN, artículos 16, 19 y 75 inciso 22 de la CN) Finalmente me dirigiré en forma personal y directa a la niña de autos con la simplicidad que este caso concreto requiere, para explicarle qué significa esta resolución para ella: "M., quería contarte que lo que hicimos durante todo este tiempo fue buscar lo que era mejor para vos. Hace mucho que nos conocemos, y has venido hablar conmigo varias veces, también en otras oportunidades fueron a verte a tu casa personas que querían observar que el lugar donde vivías, y quienes te protegían lo hacían bien, cuidándote en todo momento. Esas personas adultas escribieron un montón de papeles y en ellos expresaron que estás muy bien junto a tu mamá A. y tus dos papás F. y C. como vos los llamás. Incluso vinieron a verme personas que los conocen a los cuatro y todos me contaron que conformaban una verdadera familia, que los veían totalmente integrados.

Después hablaste conmigo, me dijiste que conocías a que venías, que estabas de acuerdo con que A., F. y C. sean tus papás para siempre, y a la vez me dijiste que querías llamarte M.J.F.F.V. Todos estuvieron de acuerdo con que eso suceda y respetan tu opinión. En esa oportunidad, M. también pude observar el amor que sienten tu mamá, papás y hermanos con vos. Ellos están dispuestos a seguir acompañándote siempre en todo tu proceso de crecimiento, con ellos compartirás las tareas escolares, juegos y en todo lo que te gusta. Además te ayudarán cuando tengas algún problema, y te cuidarán cuando estés enferma; también vos vas a tener que acompañarlos y mimarlos mucho. Por eso es necesario que eso que sienten y demuestran a todos, que son "una familia" quede plasmado en los papeles para que a nadie le queden dudas. Entonces como vos pediste te vas a llamar M.J. que son los nombres con los que te identificas, pero tu apellido en adelante será F.F.V. Así que ahora, por ejemplo, en el cole cuando te tomen lista te van a decir 'M.J.F.F.V.',

Thomson Reuters

y así te van a reconocer todos y en cualquier lugar a donde vayas. M. eso fue lo que hicimos en todo este tiempo: buscar lo más beneficioso para vos, y que A., F. y C. sean tus papás es algo que eligieron ustedes y esa elección día a día se fue haciendo más fuerte."

Finalmente a fin de regular los honorarios solicitados por la abogada Gladys Cristina López y merituando la labor desempeñada, la capacidad económica de los presentantes y conforme las previsiones del artículo 74 del "Código Arancelario para Abogados y Procuradores de la Provincia de Córdoba", estimo justo fijarlos en ... jus Ley N° 9459 al valor actual.

En su mérito, atento a las disposiciones legales citadas de la normativa internacional, nacional y provincial, sus concordantes; conforme dictamen del Ministerio Público y de la Representante complementaria resuelvo: I. Declarar la inconstitucionalidad y anticonvencionalidad del tercer párrafo del artículo 558 y 634 inciso "d" del Cód. Civ. y Com. de la Nación conforme lo manifestado en los considerandos precedentes. II. Hacer lugar a la demanda interpuesta por los Sres. Sres. F.C.F., documento nacional de identidad número ...; A.F.V., documento nacional de identidad número ...; C.A.F., documento nacional de identidad número ..., y en consecuencia, otorgarles la adopción plena pluriparental de la niña N.M.G.O., documento nacional de identidad número ..., nacida el día ...; inscripta en la ciudad de ..., provincia de Córdoba, por ante el Registro Civil de la Municipalidad de ..., con fecha ..., Acta de nacimiento N° ..., Tomo ..., Serie "...", Año ..., Seccional ... III. Establecer que el efecto de la presente resolución es retroactivo al día de otorgamiento de la guarda judicial con ulteriores fines de adopción en relación a los señores C.A.F. y A.F.V. el día veintiocho de junio de dos mil diez y en relación al Sr. F.C.F. al día uno de junio de dos mil diecisiete (art. 618 del Cód. Civ. y Com. de la Nación), con los alcances y efectos previstos por el Cód. Civ. y Com. de la Nación para la adopción plena. IV. Ordenar la inscripción de la niña de referencia con el nombre de M.J.F.F.V. V. Oficiar al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas a fin de que proceda a la toma de razón respectiva. VI. Oficiar al Registro Único de Aspirantes a Guarda con fines Adoptivos, a sus efectos. VII. Regular los honorarios profesionales de la Abogada Gladys Cristina López, M.P. N° 1-32165, por su labor desempeñada en el presente proceso, en la suma equivalente a ... (...) Jus —al valor vigente en el día de la fecha—, los que serán a cargo de la Sres. F.C.F, A.F.V. y C.A.F. (art. 74 del C.A. N° 9459). Protocolícese, hágase saber, ofíciese y dese copia. — *Laila J. Córdoba.*

Thomson Reuters

Reconocer lo que es: Modelos de familia pluriparentales que existen y exigen aceptación en el plano jurídico y social

César Julio Gómez (*)

Sumario: I. Reseña de los casos.— II. Comentario preliminar.— III. La socioafectividad como fuente filiatoria.— IV. La socioafectividad en la filiación por adopción.— V. Sobre la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 558 y 634 del Cód. Civil y Comercial.— VI. A modo de conclusión.

"El sabio ve las cosas tal cual son, sin intentar controlarlas. Permite que sigan su propio curso, reside en el centro del círculo".

Lao Tse, *Tao te ching*.

I. Reseña de los casos

Los fallos que comentaremos comparten una misma esencia, pues se sostienen en la noción de *socioafectividad* como creadora de vínculos jurídicos, no ya en el campo de la filiación por técnicas de reproducción humana asistida, sino en el plano de las otras dos fuentes filiatorias: por naturaleza y adoptiva. Veamos.

a) El primer decisorio, resuelto por el Juzgado Civil en Familia y Sucesiones, Única Nominación, de Monteros, provincia de Tucumán, en fecha 07/02/2020 **(1)**, trata el pedido de impugnación de la filiación paterna deducido por el Sr. R. L. contra J. S., en su carácter de progenitor reconociente de una niña, a la que se tratará a lo largo del pronunciamiento como J. S.

El accionante se proclama padre biológico de la pequeña de nueve años y su objetivo —a través del proceso— es lograr que se lo reconozca como tal. Destaca que J. es hija de la pareja del demandado, L. C., con quien contrajo matrimonio meses después del nacimiento.

El incoado contesta el traslado de la demanda, plantea la excepción de prescripción y la caducidad de los plazos legales para interponer el reclamo filiatorio con sustento en el art. 593 del Cód. Civ. y Com. Sin embargo, no controvierte que el actor sea el padre biológico de la niña. Por su parte, la progenitora demandada guarda silencio.

La intervención de la niña en el proceso resulta de una relevancia fundamental. J. es convocada a participar del trámite judicial y la audiencia de escucha es llevada a cabo en el domicilio donde aquella reside, pues su centro de vida es en los Valles Calchaquíes, zona montañosa y alejada de la sede judicial que podría significar para ella un obstáculo para el derecho de acceso efectivo a la justicia. En esta entrevista mantenida por con la jueza —con la presencia del actuario, un perito de su equipo técnico auxiliar y la Defensoría de Niñez—, la niña indaga y re-

(*) Abogado. Auxiliar docente en la materia Derecho de Familia y Sucesiones, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Secretario del Juzgado de Familia nro. 2 de Avellaneda, Departamento Judicial Lomas de Zamora.

(1) Juzg. Civ. Familia y Sucesiones, Centro Judicial Monteros, Única Nominación, 7/02/2020, "L. F. F. v. S. C. O. s/ filiación" (expte. nro. 659/17).

Thomson Reuters

cibe las explicaciones sobre los motivos por los cuales se requería su intervención en el proceso. Allí da cuenta de su historia y conformación familiar. Indica que tiene dos papás: J. (progenitor legal) y R. (progenitor biológico). Que su madre tiene otro domicilio y que posee cuatro hermanos: una hermana por parte de J., una hermana por parte de R. y por parte de su madre, una hermana y un hermanito de pocos meses. Indica que su centro de vida se distribuye entre dos domicilios: parte del tiempo vive con J. y otra parte de su tiempo con R. Y deja en claro que la preocupa el mensaje que le han instalado: *tener que elegir entre sus dos papás*, pues es su *deseo* tenerlos a los dos y conservar su nombre.

Con posterioridad, J. se presenta con patrocinio letrado del Centro de Acceso a la Justicia de su localidad y solicita que se respete su derecho a la identidad en sus facetas estática y dinámica, ya que no quiere elegir entre sus dos padres. Reitera su afecto por ambos y la voluntad de conservar su nombre tal como es.

Hacia el final del proceso, se celebra una audiencia a la que concurre únicamente el accionante. Allí se le explica al actor la voluntad de la niña —dato que afirma conocer de antemano— y la Defensoría de Niñez solicita el dictado de sentencia.

Como recaudo previo, se expide el Ministerio Público Fiscal en sentido favorable a la petición de la pequeña, requiriendo el mantenimiento de sus vínculos afectivos, respetando la construcción de su identidad dinámica, ya que se trata de una persona con madurez suficiente para decidir sobre su identidad de origen, que conoce los roles que cada padre desempeña en su vida y cuál es su procedencia biológica.

La jueza, en un lenguaje sencillo que impregna todo su decisorio, se dirige directamente a la niña beneficiaria de la sentencia y le adelanta que su fallo atenderá a su pedido de no tener que elegir entre sus padres y a mantener libre de intromisiones su derecho a tener dos padres —"en los papeles"—, así como a reconocer su derecho a vivir de esa forma y en familia **(2)**.

A continuación, realiza una detallada consideración de los fundamentos sobre los cuales se pronunciará, analizando la existencia de diferentes modelos de familia dentro de la comunidad, cuyo reconocimiento debe realizarse interpretando la ley según los estándares del derecho internacional de los derechos humanos. De esta manera, circunscribe los derechos fundamentales de la niña que se ven comprometidos por las pretensiones de sus progenitores (biológico y jurídico) y la suya propia, valorando la socioafectividad como fuente filiatoria en este caso concreto.

De esta manera, resuelve: garantizar el derecho a la dignidad personal de la niña a través del derecho a no tener que elegir entre sus dos papás. Por ello reconoce la familia conformada por J., sus padres J. y R., y su madre L. "en una constitución pluriparental devenida de la filiación socioafectiva-biológica-originaria". Declara, en consecuencia, la inconstitucionalidad del art. 558 del Cód. Civ. y Com. que prohíbe que toda persona tenga más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación. Accede al pedido del accionante en cuando a reconocer "su derecho a estar emplazado como padre de su hija J. S.", en tanto que conserva el emplazamiento del progenitor jurídico J. S.

En cuanto al aspecto registral, ordena al Registro Civil y de la Capacidad de las Personas el bloqueo del acta de nacimiento de la niña y la emisión de un nuevo instrumento de formato adecuado a esta triple filiación, sin que se acuda a anotaciones marginales o que se desplace la inscripción del progenitor jurídico J., para incorporar la de R. Por último, a efectos de notificar la resolución dictada, la magistrada convoca a la niña y a sus progenitores para explicarles personalmente el significado de la decisión a la que arriba, en formato claro y sencillo.

b) La siguiente sentencia, del Juzgado de Niñez, Adolescencia, Violencia Familiar y de Género de 3ª Nominación, provincia de Córdoba, de fecha 18/02/2020, resuelve un planteo de *adopción plena pluriparental* realizado por tres personas, F. C. F., A. V. F. y C. A. F., respecto de la niña N. M. G. O. **(3)**.

(2) Cito una expresión de la jueza que marca el rumbo de la sentencia e inspira este comentario: "J., tenés razón cuando decís 'que no querés elegir entre tus dos papás'".

(3) Juzg. Niñez Adolescencia Violencia Familiar y de Género Córdoba, sala 3ª, 18/02/2020, "F., F. C. - V. A. F. - F.

Thomson Reuters

El caso comienza con el pedido que realiza la pareja compuesta por F. C. F. y A. F. V. para que se les confiera la adopción plena de N. M. Corresponde aclarar que, en junio de 2010, en un expediente anterior, se había otorgado la guarda con fines de adopción de la pequeña al matrimonio que conformaban A. F. V. y su anterior pareja C. A. F.

Luego, se presentan los tres adultos involucrados y ajustan la demanda, solicitando la adopción plena de la niña, siendo todos ellos los interesados en constituirse en progenitores adoptivos de aquella. Agregan que, luego de obtener la guarda de N. M., el matrimonio conformado por C. A. F. y A. F. V. se divorció y que más adelante A. F. V. contrajo nupcias con F. C. F.

Si bien C. A. F., en su oportunidad, renunció a la adopción de N. M. para cumplir con la formalidad de la norma civil y comercial, ahora requieren que se garantice el interés superior de N. M., pues esesta considera que tanto él como la actual pareja de su madre son sus papás. Instan a que se garantice el derecho humano de conformar una familia y la libertad familiar, que se traduce en la posibilidad de que cada uno elija cómo quiere o puede vivir, a través del respeto a los proyectos de vida autorreferenciales, conf. el precepto del art. 19 de la CN.

El expediente se abre a prueba con la intervención del equipo técnico especializado en materia de adopciones. Se evalúan los vínculos de familia construidos entre la niña y sus tres referentes adultos, de cuyos informes se desprende que esta particular conformación familiar es vivenciada con naturalidad por N. M., quien reconoce a C. A. F. y a F. C. F. como sus padres y a A. F. V. como su mamá, además de los vínculos fraternos con los hijos de sus guardadores. Los vínculos afectivos para con la niña y C. A. F. no cambiaron con el divorcio de eseste y A. F. V. Por el contrario, aquel ha dado continuidad a la prestación alimentaria en beneficio de la niña y va a comer con ella y sus guardadores los domingos. La niña atribuye tanto a F. C. F. como a C. A. F. la función de progenitores, con dinámicas diferenciadas: uno de ellos convive con ella y el otro sostiene el contacto cuando no tiene que viajar fuera de la ciudad, pues trabaja como chofer de transportes de larga distancia.

En las audiencias celebradas en la sede judicial se ratifican tanto la configuración familiar relevada como el deseo de la niña.

La actuación de esta última en el proceso incluye también su presentación con la asistencia letrada del abogado del niño, reiterando en una nueva audiencia su deseo de ser adoptada por los tres accionantes, además de querer modificar su nombre a M.

Se toman en cuenta las pruebas testimoniales recibidas y los informes del equipo técnico de adopción, con convicción acerca de la integración de M. a su grupo familiar en los términos en los cuales son vivenciados. Es de destacarse que se ha celebrado, además, una audiencia con las partes y la niña, a la que se citó también a los hijos de los adultos. En esta ocasión se observó la vinculación de M. con aquellos, posicionados todos en el rol de hermanos, a excepción de los hijos de F. C. F., quienes no mantienen vínculos en la actualidad con el grupo familiar.

Una de las consideraciones realizadas por la magistrada se vincula con el planteo de inconstitucionalidad del último párrafo del art. 558 del Cód. Civ. y Com., asumido por la fiscal de Cámara ante la ausencia de un pedido formal de parte de los requirentes como del Ministerio Tutelar. Los principales argumentos esgrimidos por la representante del Estado son la violación a los principios constitucionales de igualdad y no discriminación, el respeto al interés superior de N. (o M.) y el reconocimiento de los vínculos de socioafectividad sostenidos entre los miembros del grupo familiar, que justifican la pluriparentalidad de M.

Este pedido es sostenido por el abogado de la niña y lo hace extensivo a los arts. 578 y 634, inc. d, del Código, por contrariar los principios mencionados por la fiscal, así como el derecho fundamental a la identidad personal de la niña, la protección de la familia y la vida privada, y el valor de la socioafectividad en el caso concreto.

Según el análisis sostenido por la magistrada, se impone el reconocimiento de esta realidad familiar de la que ha tomado conocimiento y le

C. A. - adopción" (expte. SAC nro. 3.515.445).

Thomson Reuters

dedica unas palabras a la niña M., explicándole el sentido de lo que resolverá a continuación, con un lenguaje simplificado, acorde a su edad y madurez. A continuación, declara la inconstitucionalidad y "anticonvencionalidad" del tercer párrafo del art. 558, así como del inciso d del art. 634 del Digesto civil y comercial. De este modo, hace lugar a la demanda y otorga la *adopción plena pluriparental* de la niña a los tres postulantes, con efectos retroactivos diferenciados según las fechas en que se les otorgó la guarda preadoptiva.

II. Comentario preliminar

La aparición de los fallos reseñados se da casi en forma simultánea y responden —de alguna manera— a las expectativas de la doctrina que, desde hace algunos años, mantiene la intriga sobre cuál sería la respuesta de los tribunales frente a un planteo de reconocimiento de la parentalidad múltiple en el marco de la filiación por naturaleza y por adopción.

El Código Civil y Comercial reconoce tres fuentes filiales: la filiación por naturaleza, la filiación adoptiva y, la más novedosa, la filiación derivada de las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA). Y pone limitaciones, al prever que ninguna persona pueda tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación: el clásico binomio parental sobre el cual se encuentra montado el régimen filiatorio (art. 558).

Lo cierto es que la noción de socioafectividad como fuente creadora de vínculos jurídicos hasta el momento se había abierto camino dentro de la filiación con causa fuente en las técnicas de reproducción humana asistida. Flotaba en el ambiente el anhelo de un planteo novedoso en el ámbito de las relaciones de familia. Así, se preguntaba Marisa Herrera cuáles serían sus próximas seducciones en un derecho como el de familia, en constante movimiento, y si tendría la socioafectividad la entidad y fortaleza necesarias para derribar la máxima binaria que prima en la determinación filial **(4)**.

(4) HERRERA, Marisa, "Socioafectividad e infancia. ¿De lo clásico a lo extravagante?", en FERNÁNDEZ, Silvia E. (dir.), Tratado de derechos de niños, niñas y adolescentes, t. I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2017, p. 979.

Queda claro que, a partir de ahora, el principio de dos unidades parentales que propone sistema jurídico vigente queda definitivamente interpelado en sus tres dimensiones por las dinámicas familiares actuales: ya no puede desconocerse que existen ámbitos familiares en los que los adultos a cargo de los cuidados personales de los niños *son tres personas*, en lugar del par tradicional. Serán casos minoritarios, seguramente, pero casos que existen, que comienzan a visibilizarse.

Este reconocimiento es una exigencia social que cobrará más fuerzas a la luz de fallos como los que comentamos, para casos que no son los de la mayoría de la sociedad, pero que deben gozar de la misma protección, porque se trata de figuras de cuidado que desempeñan competencias parentales que nutren a la niñez de un desarrollo saludable y pleno.

Consiste en reconocer el *pluralismo* producto de realidades sociales emergentes, que responden al afecto, al querer, al deseo, al hacer: ejercer la parentalidad —y más aún, con responsabilidad— no es una cualidad que debe darse por sentada, sino reconocida, protegida y trasladada al plano jurídico, incluso si la genética no determina el nexo con el niño, niña o adolescente.

Con el presente artículo nos proponemos destacar los principales argumentos esgrimidos por las magistradas que resuelven con un mismo sentido de realidad dos casos en que se plantea el reconocimiento jurídico de los vínculos parentales basados en la *voluntad*, ya sea sumándose a la filiación por naturaleza o a través de la adopción simultánea por tres adoptantes. Todos ellos conforman un proyecto parental conjunto, quieren ser, ocupar el rol de progenitores, coordinar y distribuir sus funciones, cumplir roles de cuidado, según sus posibilidades, pero con compromiso.

III. La socioafectividad como fuente filiatoria

María BERENICE DÍAS señala que "la filiación socioafectiva resulta de la libre voluntad de asumir las funciones parentales. El vínculo de parentesco se identifica a favor de quien el hijo considera ser su padre, aquel que asume las responsabilidades resultantes del poder familiar. La posesión de estado, como realidad sociológi-

Thomson Reuters

ca y afectiva, puede mostrarse tanto en situaciones donde está presente la filiación biológica, como en aquellas en que la voluntad y el afecto son los únicos elementos y para eso el ejemplo más evidente es la adopción" **(5)**.

Veamos sobre qué derechos se estructura y condiciona el derecho filial contemporáneo a través del cual se abre paso la socioafectividad para crear esos lazos que ahora pasan a tallarse en el plano jurídico.

III.1. Derecho a la identidad: la construcción de quién se es, determinada por los vínculos

Nadie ignora que el derecho a la propia identidad constituye un derecho fundamental para el desarrollo de toda persona y de toda sociedad. Se vincula con el derecho a la dignidad y a la verdad. Como todo derecho humano, es indisponible, inalienable, inviolable, intransigible y personalísimo **(6)**.

Este concepto multifacético supone un complejo de elementos, una multiplicidad de aspectos vinculados entre sí, de los cuales unos son de carácter predominantemente espiritual, psicológico o somático, mientras que otros son de diversa índole, ya sea cultural, religiosa, ideológica o política **(7)**.

Ahora bien, la identidad presenta una doble dimensión: estática y dinámica. La identidad *estática* responde a la concepción restrictiva de "identificación" (huellas digitales, fecha y lugar de nacimiento, el nombre de los progenitores, entre otros datos) y, por eso, como regla, se construye sobre los datos materiales de una persona. Refiere, además, a la imagen, la voz y, por supuesto, el nombre, como medio de identificación de la persona dentro de la sociedad.

La vertiente *dinámica* involucra las relaciones sociales que la persona va generando a lo largo de su vida; por lo tanto, comprende su historia personal, su biografía existencial, su estructura social y cultural **(8)**. Se refiere al respeto por el derecho a la construcción de una identidad a lo largo del tiempo, con todo aquello que el individuo va elaborando a lo largo de su historia, lo que le permite construir una personalidad que refleja su identidad **(9)**. Señala FAMÁ que la importancia que asume la identidad en la constitución psicológica y emocional de las personas ha llevado a que el derecho a la identidad sea un derecho convencional y constitucionalmente **(10)** reconocido en todos los aspectos de su contenido **(11)**.

Su reconocimiento a nivel internacional incluye instrumentos como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre —art. 19—, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —art. 24.2—, la Convención Americana sobre Derechos Humanos —art.

(5) DIAS, María B., Manual de direito das familias, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2010, 6ª ed., ps. 387 y ss., citado por Herrera, Marisa, "Socioafectividad e infancia...", cit., p. 975.

(6) Conf. GIL DOMÍNGUEZ, Andrés - FAMÁ, María V. - HERRERA, Marisa, Derecho constitucional de familia, Ediar, Buenos Aires, 2012, t. II, 1ª ed., ps. 738/739.

(7) FAMÁ, María V., "El 'peso' de la identidad en los procesos filiatorios", AP/DOC/1512/2012.

(8) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, Derecho a la identidad personal, Astrea, Buenos Aires, 1992, ps. 15 y ss., citado por KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída - HERRERA, Marisa - LAMM, Eleonora, "Filiación derivada de la reproducción humana asistida. Derecho a conocer los orígenes, a la información y al vínculo jurídico", LA LEY, 2012-E, 1257.

(9) BÍSCARO, Beatriz R., "El derecho a la identidad, el nombre y la familia", en KEMELMAJER de CARLUCCI (dir.) y HERRERA (coord.), La familia en el nuevo derecho, t. II, 1ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, ps. 93 y ss.

(10) "La Constitución de la Provincia de Buenos Aires (reformada en 1994) se ha reconocido expresamente el derecho a la identidad personal, al formular categóricamente en el capítulo referido a los derechos y garantías personales —art. 12, punto 2—: La persona tiene derecho a: 'A conocer la identidad de origen' y al referirse a los derechos sociales, tal como titula el capítulo, en el art. 36 (puntos 1 y 2), toma a la familia y a la niñez (amén la mujer, a la tercera edad, etc. ...) como sujetos de derechos que deben ser protegidos. El derecho de familia argentino, después de la sanción de la ley 23264 y hoy en el Cód. Civil y Comercial como ya lo he mencionado, ha receptado el principio de la 'verdad biológica' que pretende la coincidencia entre el vínculo jurídico filiatorio y la realidad procreacional, como así reconoce el derecho del hijo por adopción a recibir información sobre su origen biológico". (CCiv. y Com. Azul, sala 1ª, 16/08/2016, "C. O. R. v. G. P. V. s/filiación", AR/JUR/55248/2016).

(11) FAMÁ, María V., "El peso...", cit.

Thomson Reuters

18—. Y cuando se trata de la identidad de niños, niñas o adolescentes, este derecho merece una tutela específica. Su reconocimiento se plasma en los arts. 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño. En particular, el art. 7 prevé que "el niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, *a conocer a sus padres* y a *ser cuidado por ellos*". En sintonía con ello, el art. 8 sostiene el compromiso de los Estados Parte a respetar el *derecho del niño a preservar su identidad*, y cuando el niño sea privado ilegalmente de alguno de los elementos de su identidad o de todos ellos, deberán "prestar asistencia y protección apropiadas" para "restablecer rápidamente su identidad".

La identidad para la Convención está integrada —entonces— por varios componentes: el nombre, la nacionalidad, la inscripción del nacimiento, las relaciones familiares y el derecho a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos **(12)**.

Ya en el plano nacional, este derecho se encuentra contemplado en el art. 11 de la ley 26.061, en cuanto a la obligación estatal de *preservar la identidad del niño*. De este modo, el Estado se ha constituido en garante primordial en lo concerniente al derecho a la identidad, que incluye —como lo hemos anticipado en el párrafo anterior— el derecho a conocer sus orígenes, entre otros.

Más precisamente en el ámbito de la filiación por naturaleza, el derecho a la identidad de una persona supone, en principio, coincidencia entre el emplazamiento filial y el vínculo biológico (vertiente estática) **(13)**, pero no puede ignorarse la socio-afectividad que rodea al niño (vertiente dinámica) **(14)**. Significa que el vínculo jurídico podrá o no guardar correspondencia con el origen biológico, pero no se traduce en que la falta de conocimiento de su "identidad genética" pueda afectar la *identidad dinámica* de la persona.

El fallo tucumano contiene un desarrollo prolijo y detallado de los derechos esenciales de la niña J. S. y cómo el Estado debe asegurar su tutela efectiva. Partiendo del interés superior de la niña, lo relaciona con otros derechos humanos como la integridad personal, la libertad de pensamiento y expresión de su reclamo a no tener que elegir entre sus dos papás, la protección judicial y el debido proceso, el derecho a la identidad personal y familiar, a la dignidad humana, a la autonomía personal, igualdad en el trato, a la inviolabilidad de la vida privada y familiar. Cada uno de estos preceptos basales son aplicados a su caso concreto, llenando de contenido el interés supremo de J. S.

Ahora bien, en el aspecto de su derecho a la identidad y en relación directa con el planteo introducido por el accionante —R. L., presunto padre biológico de la niña—, observamos que en el proceso se ha prescindido de la determinación precisa de la existencia de lazos genéticos entre la niña y R. L.

Esta es una consideración que la magistrada no pasa por alto, pues lo destaca en varios pasajes del resolutorio: "J. S. no discute la paternidad biológica de R. L. El hecho no está controvertido. Solo pide que se rechace la demanda por haber vencido los plazos concedidos por la ley para iniciar la acción judicial". También se alude a que "J. S. reconoce como padres a los dos. Conoce su origen biológico y su origen legal". Y luego, a través de algunos interrogantes: "me pregunto: (...) ¿Podría resolverse la 'cuestión del padre' en un laboratorio y mediante una prueba de ADN, en el que se confirme el origen biológico de J.?".

Al respecto, considero que conocer la realidad biológica que el actor reclama respecto de

(12) BELOFF, M. et al., Convención sobre los Derechos del Niño. Comentada, anotada y concordada, La Ley, Buenos Aires, 2012, 1ª ed., p. 65.

(13) Se ha dicho que "el interés superior del niño (...) que debe considerarse en forma primordial está constituido por el derecho a conocer la verdad sobre su identidad biológica en lo que respecta a su vínculo paterno. Y en el presente, ese derecho se garantiza brindándole tutela judicial efectiva a través de un proceso judicial, que se resuelva a la mayor brevedad y en el que pueda ser oído". (TSJ Neuquén, 25/11/2016, "A. J. E. v. M. M. A. s/impugnación de paternidad y filiación", AR/JUR/90301/2016).

(14) PERACCA, Ana G., "Principales modificaciones en materia de acciones de filiación y prueba", en SE Cód. Civ. y Com. de la Nación, Familia: Filiación y Responsabilidad Parental, La Ley, 2014.

Thomson Reuters

la niña no hará más que confirmar la existencia de un lazo y su origen, en tanto representan el aspecto estático del derecho a la identidad que titulariza J. S. Esto no significa que, en caso de no existir esta correlación, se lo desplace jurídicamente, pues desempeña un rol esencial en la vida de la niña; ni tampoco que se excluya al progenitor jurídico luego de hallar que no existe nexo genético entre ellos, por idénticos motivos.

En un interesante comentario sobre un caso jurisprudencial brasilero, se dijo que "la determinación de la filiación por naturaleza persigue la correspondencia biológica entre progenitores e hijos. De ahí que (...) las pruebas genéticas se consideren centrales y fundamentales en aquellos procesos que persigan el emplazamiento o desplazamiento filial de una persona respecto de otra. En esta tónica, el art. 579 del Cód. Civ. y Com. recepta el principio de amplitud probatoria en las acciones de filiación e incluye de modo expreso las pruebas genéticas, reconociéndoles un lugar predominante con relación a otros medios probatorios". Aquí se alude directamente al "acceso a la verdad biológica, es decir, a construir la identidad personal sobre la base de la certeza acerca de los lazos biológicos o 'de sangre'. Y ello es así, claro está, más allá de que el resultado de la prueba genética conlleve o derive en una modificación del vínculo filial, siempre que la identidad dinámica no sea el elemento que ha de primar en el interés superior del niño". Pues, "*puede que la identidad estática o dato biológico no sea la variable de mayor peso* a los fines de resolver contiendas suscitadas en el marco de la filiación por naturaleza; *sino* que *por fuerza de la realidad* —que es la que da contenido, en definitiva, al interés superior del niño— *sea la identidad dinámica la que deba prevalecer*" **(15)**.

En este punto, cabe recordar un fallo de la SCBA del año 2013 **(16)**, que representa una aproximación a un caso de triple filiación en el marco de la filiación biológica. El tribunal de primera instancia desplazó a una adolescente del estado de hija del progenitor jurídico, ante el planteo de impugnación de la paternidad extramatrimonial, aportando un examen de ADN que lo excluía como tal. Llegada la causa a consideración del Máximo Tribunal provincial, la revoca. La joven mantenía vínculo afectivo con ambos progenitores (biológico no jurídico y jurídico no biológico). El principal argumento lo sintetiza el voto del Dr. Pettigiani, quien expresa que "la identidad del individuo posee diversas dimensiones (...) y si bien asumimos que el origen es el punto de partida, principio, raíz y causa de una persona, también sostenemos que es inexacto predicar que la identidad de origen desplaza en importancia a la identidad que confiere el curso de la vida, en la faz dinámica que revela su configuración dual. No se trata de manifestaciones excluyentes, sino por el contrario, complementarias. La identidad genética conforma, junto con la que forja el devenir histórico de un individuo, un bloque fundante macizo, de configuración y consolidación progresiva". "No es posible imponer dogmáticamente al hecho de la procreación como única fuente de la filiación jurídica. Al lado de la realidad biológica existe otra verdad, sociológica, cultural, social, afectiva, que también hace a la identidad de la persona humana". "Ni las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño, ni la normativa constitucional nacional y/o provincial, ni las normas de rango inferior obstan para que la ley o la jurisprudencia privilegien, según las circunstancias, una identidad filiatoria consolidada que puede ser, incluso, no coincidente con una 'verdad biológica' considerada apriorísticamente". "Lo que debe privilegiarse es el acceso al conocimiento de la realidad biológica". "La prudencia indica que no es conveniente tomar a la verdad biológica ni a la paz familiar como valores absolutos (...) consecuentemente, al no resultar la realidad biológica un elemento de mayor jerarquía que la realidad afectiva que rodea al niño (...), debe ponderarse en cada caso cuál es la solución que mejor consulta el interés del menor comprometido, sin que resulte perti-

(15) El destacado me pertenece. SILVA, Sabrina A., "Un conflicto ¿clásico?, una respuesta excéntrica: triple filiación por naturaleza", RDF 2019-V-370 y ss., cita online: AR/DOC/2760/2019.

(16) SC Bs. As., 5/04/2013, "M., J. F. v. M., E. J. s/filiación - impugnación de paternidad", AR/JUR/21757/2013. Se destaca el siguiente párrafo: "Ser padre o madre biológicos es simplemente un mecanismo reproductivo, mas ser padre o madre en el amor —obviamente no habiendo recurrido a mecanismos reñidos con la ley o con la ética, en cuyo caso en rigor por definición el amor quedaría excluido— es lo que constituye y cimienta verdaderamente una familia".

Thomson Reuters

nente elaborar formulas dogmáticas o apriorísticas".

III.2. Pluralismo: derecho a la intimidad, a la vida privada familiar, los modelos familiares y la injerencia del Estado

Desde la perspectiva de la Constitución Nacional y, con ella, la normativa internacional de derechos humanos que goza de su misma jerarquía se había impuesto la necesidad de reconocer las distintas formas de organización familiar presente en nuestra sociedad, de modo tal que se produjera la armonización entre la realidad social y el plano jurídico.

Así, el Código Civil y Comercial consagra una reforma integral del derecho privado, con el objeto de ajustar la normativa sustancial al nuevo bloque de constitucionalidad. El Código deja de lado la división entre derecho público y derecho privado y regula los institutos del derecho civil y comercial de conformidad con los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad.

De esta manera, podemos enumerar algunas de las formas de organización familiar que se incorporaron al texto del ordenamiento de fondo —con mayor o menor resistencia desde la visión conservadora del derecho de familia—. Entre ellas, la familia homo parental, la familia convivencial, la familia ensamblada, la familia monoparental y pluriparental, matizadas —a su vez— por la orientación sexual de sus integrantes.

El concepto constitucional de familia, afirma GIL DOMÍNGUEZ, supone la existencia de un vínculo afectivo perdurable que diseña un proyecto biográfico conjunto y genera un ámbito de protección y promoción por parte del Estado, y agrega que, circunscripto a la cohabitación y de forma enunciativa, existe familia cuando conviven: a) dos personas de distinto sexo unidas en matrimonio por ley civil, con o sin hijos; b) dos personas de distinto sexo unidas en matrimonio religioso, con o sin hijos; c) dos personas de distinto sexo, con o sin hijos; d) dos personas de igual sexo, con o sin hijos **(17)**. O bien: e) la familia monoparental; f) la familia compuesta por dos personas viudas con hijos de sus primeros matrimonios que cohabitan o no de modo permanente; g) la familia de colaterales mayores (hermanos mayores solos sin hijos, o de tercer grado, tíos y sobrinos) **(18)**.

LLOVERAS sostiene que, desde la psicología, se define la paternidad y la maternidad por las funciones que se cumplen y no por el mero hecho de la naturaleza, considerando que se trata de un proceso de *desbiologización* en donde el afecto en las vinculaciones entre padres e hijos marca las relaciones familiares, por lo que prevalece el hecho cultural sobre el natural. Y define la socioafectividad como el elemento necesario de las relaciones familiares basadas en la voluntad y el deseo de las personas de mantener vínculos afectivos que trascienden lo normativo. El vínculo de filiación socioafectiva legitima el interés superior del niño, genera el parentesco socioafectivo para todos los fines de la ley. Si es menor de edad, basado en el principio del interés superior del niño y del adolescente; si es mayor, en virtud del principio de la dignidad humana, que no admite un parentesco restringido o de segunda clase **(19)**.

El derecho a la intimidad, a la vida privada, a la honra y la dignidad tienen protección constitucional y convencional **(20)**. En particular, el art. 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que "ningún niño será ob-

(17) GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, "El concepto constitucional de familia", RDF, 15-40, citada por AZPIRI, Jorge O., Uniones convivenciales", Hammurabi, Buenos Aires, 2016, 1ª ed., p. 27.

(18) LLOVERAS, Nora, "Nuevas formas familiares en un derecho de 'las familias'", en FERNÁNDEZ, Silvia E., Tratado..., cit., ps. 901 y ss.

(19) *Ibidem*, p. 921.

(20) El art. 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos, dispone que "1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques". Pueden mencionarse también el art. V de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del hombre, el art. 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la propia Convención sobre los Derechos del Niño.

Thomson Reuters

jeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia" y que tiene "derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques". Estos derechos son inherentes al ser humano, por lo que corresponde a toda persona, sea un niño, niña o adolescente (NNA) o una persona mayor de edad.

El derecho a la intimidad tiene dos facetas principales; por un lado, la faceta que tutela la confidencialidad o inviolabilidad del hogar, de las comunicaciones y de las relaciones familiares; y, por el otro, la que consagra el derecho a desarrollar su personalidad. Y se vincula con otros derechos humanos, como el derecho de la familia a recibir protección, el derecho a desarrollar la personalidad sin injerencias indebidas se relaciona con la libertad de creencias, la prohibición de discriminación y el derecho a un nombre **(21)**.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró que "los derechos de los niños requieren no solo que el Estado se abstenga de interferir indebidamente en las relaciones privadas o familiares del niño, sino también que, según las circunstancias, adopte providencias positivas para asegurar el ejercicio y disfrute pleno de sus derechos. Esto requiere que el Estado, como responsable del bien común, debe resguardar el rol preponderante de la familia en la protección del niño; y prestar asistencia del poder público a la familia, mediante la adopción de medidas que promuevan la unidad familiar" **(22)**. La obligación estatal —dice la Corte— se circunscribe a "favorecer el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar", reconociendo "que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia" **(23)**.

La protección especial exigida por estos derechos personalísimos se debe a la situación de vulnerabilidad en que muchas veces se encuentran los NNA **(24)**, al punto que la Corte Interamericana ha sostenido que gozan de un "plus" de derechos específicos justificados por su condición de persona en desarrollo **(25)**.

Estas consideraciones han sido contempladas por la jueza de Monteros al fundamentar su decisión, con la clara conciencia de que su investidura es la representación del Estado a quien la norma convencional de derechos humanos y constitucional atribuye la prohibición de entrometerse arbitrariamente en la vida familiar de las personas. Con esa intención indica que "es un derecho intrínseco, esencial, individual y personalísimo de J. continuar en la conformación familiar y parental que tiene y que disfruta" y que "entrometerme en eso —su vida— e impedir a cualquiera de los papás de J. que sigan funcionando como tal (como su auténtico papá) sería una verdadera torpeza e imprudencia jurídico-estatal". De esa forma reconoce la realidad familiar en su conformación pluriparental, la convalida, traslada los vínculos al plano registral y mantiene la identidad de la niña en su aspecto estático, conservando su nombre tal como lo desea J. S.

---

(21) Conf. BELOFF, Mary, et al., Convención..., cit., ps. 138 y ss.

(22) Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH), "Caso de la Masacre de las dos erres v. Guatemala", sentencia del 24/11/2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 190.

(23) Conf. CorteIDH, opinión consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002, párr. 47; CorteIDH, "Caso Vélez Restrepo y Familiares v. Colombia", párr. 225, citado en CorteIDH, "Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activistas del pueblo indígena Mapuche) v. Chile", sentencia de 29 de mayo de 2014 (Fondo, Reparaciones y Costas).

(24) TAVIP, Gabriel E., "Derecho a la intimidad. Derecho a la vida privada y familiar", en FERNÁNDEZ, Silvia E., Tratado..., cit., p. 577.

(25) La CorteIDH, en la opinión consultiva OC-17/02, indica que "se considera al niño como sujeto pleno de derechos, dejando atrás la concepción de que es sujeto pasivo de medidas de protección". Sobre la protección integral de los niños y adolescentes, expresa que "implica considerar al niño como sujeto pleno de derechos y reconocer las garantías con que cuenta en cualquier procedimiento en el que se afecten esos derechos. En el sistema interamericano, el niño debe disfrutar determinadas garantías específicas 'en cualquier proceso en el cual esté en juego su libertad o cualquier otro derecho. Esto incluye cualquier procedimiento administrativo', artículos 8 y 25 de la Convención Americana". (Opinión consultiva OC-17/2002, "Condición jurídica y derechos humanos del niño", del 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, párr. 15).

Thomson Reuters

IV. La socioafectividad en la filiación por adopción

Los casos de triple filiación encierran proyectos parentales triples o que comprometen a tres personas que quieren ser tenidos como progenitores y pueden ser de dos tipos: 1) originaria, cuando el proyecto parental nace trial desde el inicio, o 2) derivada, cuando el proyecto se vuelve trial por ciertas circunstancias afectivas **(26)**.

El caso resuelto por la jueza de Córdoba se inscribe en el segundo supuesto. Me explico: se trata de un proyecto que se inicia con la guarda con fines de adopción de una niña, que originalmente comprendía a una pareja matrimonial. Los cónyuges disuelven el vínculo y la niña continúa viviendo con la guardadora. No obstante, el vínculo familiar con ambos adultos sigue en construcción y fortalecimiento. Luego, la guardadora entabla una nueva relación de pareja con otro hombre que se integra al entramado familiar de la niña. Los vínculos de familia se solidifican y la configuración familiar, concebida en principio por dos guardadores, pasa a extenderse a tres. Esta dinámica es vivida por la niña con total naturalidad, porque considera que el exmarido de su madre-guardadora y que la actual pareja de esta son sus padres.

La sentencia contiene algunas reflexiones que queremos destacar, ya que, frente al principal obstáculo del doble vínculo y del número máximo de adoptantes previsto para la adopción simultánea, afirma que es su deber "reflejar y reconocer la realidad familiar presentada puesto que no se puede forzar la desintegración de lazos afectivos consolidados en pos de ceñirme a una prohibición legal". Inmediatamente destaca que el Código Civil y Comercial es "un Código de la diversidad y multicultural, que si bien no previó la situación presentada", a través de "una visión constitucional-convencional que respete los derecho a la libertad, igualdad, no discriminación, dignidad, autonomía de la voluntad y pluralidad", mirando "el caso particular y no conceptos estancos que atenten con el proyecto de vida de los ciudadanos", es posible acceder al pedido del grupo familiar y decretar la triple filiación adoptiva.

Al igual que su colega de Tucumán, la jueza advierte que el Estado no puede venir a imponernos un plan de vida, lo que gesta la ruptura del sistema binario de roles, para "darle valor a la socioafectividad vislumbrada en el presente caso, donde se crearon vínculos valorables y protegibles".

Si bien hasta el presente no existían casos donde la socioafectividad hubiera calado en una sentencia que admitiera el triángulo parental adoptivo, algún caso reportado en la provincia de Buenos Aires había considerado la existencia de una relación familiar entre el niño y el mejor amigo de su guardadora (luego madre adoptiva), y su pareja de igual sexo **(27)**, a quienes ubica en el rol paterno. Claro que la sentencia solo reconoce el vínculo adoptivo entre el pequeño y la guardadora peticionante. No obstante, ello, queda expedita la acción para replantear el vínculo adoptivo, a la luz de la socioafectividad —si bien relevada en el proceso— robustecida por los argumentos de la sentencia que se comenta.

Ya en una ponencia realizada en la Comisión nro. 6, en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 2015, en la que sus autoras se referían a la identidad socioafectiva que se presenta en los casos de las llamadas *guardas de hecho*, se distinguía entre los efectos del paso del tiempo y la exteriorización del principio de socioafectividad en las relaciones familiares. Allí indicaban que este principio es un estándar que, junto a los jurídicos y biológicos, se torna en un nuevo criterio para establecer el vínculo parental **(28)**. Y que involucra el vínculo afectivo, fuerte, contundente del niño con los guardadores.

(26) HERRERA, Marisa, "Derecho y realidad: triple filiación e identidades plurales", RDF 85-149 y ss., cita online: AR/DOC/2141/2018.

(27) Nos referimos al caso del Juzg. Familia nro. 6 Lomas de Zamora, de fecha 20/10/2015, inédito, citado por HERRERA, Marisa, "Derecho y realidad...", cit.

(28) FERNÁNDEZ, Silvia E. - GONZÁLEZ de VICEL, Mariela - HERRERA, Marisa, "La identidad dinámica/socioafectiva como fuente generadora de conflictos no previstos en materia de adopción", ponencia presentada en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Bahía Blanca, 2015, Comisión 6, "Familia: Identidad y filiación".

Thomson Reuters

V. Sobre la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 558 y 634 del Cód. Civil y Comercial

La regla del doble vínculo del art. 558 del Cód. Civ. y Com., es sabido, surge de la exigencia de desvirtuar un vínculo ya existente antes de proceder al emplazamiento de otro que lo contradiga, en concordancia con lo previsto por el art. 578 del mismo Código. En consonancia con ello, debe tenerse en cuenta que tanto las reglas para determinar la filiación y el binomio filial forman parte del orden público familiar, que priman sobre la autonomía de la voluntad y el posible deseo de tres personas, o más, de ser madres/padres de un mismo niño/a **(29)**.

En igual situación se encuentra la regla contenida en los arts. 599 y 634, inc. d, que marca la pauta para la adopción simultánea (o sea, no unipersonal) y su consecuente nulidad en caso de presentarse más de una persona adoptante que no se encuentren unidos en pareja entre sí (por matrimonio o unión convivencial).

Sobre el interrogante que surge acerca de la necesidad de declarar la inconstitucionalidad del art. 558 del Cód. Civ. y Com., hace ya tiempo, en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 2015, la Comisión 6 de Familia ("Identidad y filiación") y la Comisión 14 concluyeron, por despacho de mayoría, que "en los casos de pluriparentalidad es posible declarar la inconstitucionalidad del art. 558 del Cód. Civ. y Com.", agregándose por unanimidad que "no se debería incorporar al Código Civil y Comercial una regulación específica que incluya los supuestos de pluriparentalidad" **(30)**.

En el caso de la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 599 y 634, inc. d, referidos a la filiación adoptiva y las condiciones para ser adoptantes simultáneos, consideramos acertado su pronunciamiento, evaluado en el caso concreto de este grupo familiar. En ambos supuestos de pluriparentalidad por naturaleza y por adopción, la norma configura una imposición del Estado en los planes de vida de las personas, una limitación que resta trascendencia al valor de la socioafectividad donde se crearon vínculos de familia merecedores de valoración y protección, como afirma el fallo cordobés.

Ya sea que se recurra a la interpretación armónica de los arts. 1 y 2 del Cód. Civ. y Com. **(31)** o a la declaración de inconstitucionalidad —e inconvencionalidad— de los articulados que imponen reglas rígidas contrarias a los principios fundamentales antes desarrollados, es imperativo reconocer la triple filiación cuando se observe un proyecto familiar auténtico, sostenido por los principios de solidaridad, afecto y cuidados mutuos, con independencia de preconceptos establecidos en torno al género o, en este caso, a la cantidad de progenitores que cumplan esas funciones con compromiso y proximidad respecto de los NNA.

VI. A modo de conclusión

Hemos comenzado este artículo con una frase que —en nuestra visión— sintetiza la mirada pluralista del derecho de las familias y que parte del reconocimiento de las diferentes formas en que las personas eligen vivir en familia. Ese reconocimiento conlleva aceptar que se trata de una realidad legítima y, por tanto, merecedora de protección jurídica frente a cualquier injerencia —estatal o social— que opere marcando qué forma de organización familiar es o no la correcta, la que se espera socialmente, la que marca el decoro. Desde luego que el límite siempre estará dado por el respeto a los derechos humanos de las personas que la componen y, en el caso de las personas menores de edad, por el respeto al interés superior de aquellos.

En efecto, reconocer todas las formas jurídicas de familia "no significa promover determinadas conductas o una decisión valorativa respecto de alguna de ellas", lo cual no corresponde a un Estado democrático de derecho sin vulnerar las

(29) HERRERA, Marisa - DE LA TORRE, Natalia - FERNÁNDEZ, Silvia, Derecho filial. Perspectiva contemporánea de las tres fuentes filiales, La Ley, Buenos Aires, 2018, p. 589.

(30) Disponible en www.jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/10/CONCLUSIONES-06.pdf, compulsado el 10/05/2020.

(31) El voto minoritario en la Comisión 6 de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 2015 postuló que "[l]os casos de pluriparentalidad pueden ser resueltos a partir de una lectura sistémica de todo el Código, en particular de los arts. 1 y 2 del título preliminar".

Thomson Reuters

normas internacionales de derechos humanos. Es esta la única dimensión valorativa que puede aplicarse en la construcción de un ordenamiento jurídico, sin recurrir a juicios morales que corresponden a una moralidad elegida **(32)**.

Las plataformas fácticas de los fallos nos muestran un mismo panorama: personas adultas que se sienten y se comportan como progenitores de una niña. En el primer caso, uno de ellos cuenta con vínculo jurídico no biológico y el otro con lazo genético, aunque no jurídico. En el segundo, todos los guardadores sostienen su voluntad de ser progenitores adoptivos y el afecto por quien consideran su hija adoptiva. Y desde el otro vértice, una hija que quiere tener a sus dos padres, totalizando así tres progenitores.

En esencia, el desafío desde hace tiempo viene dado por la meta de ver las cosas tal cual son, contemplarlas respetuosamente y aceptarlas sin intentar controlarlas. Entender que las realidades familiares que no funcionan según nuestro modo de ver la vida pueden resultar con éxito para otras personas. Y de este modo comprender que no es posible imponer los modelos que nuestras limitaciones cognitivas nos marcan, regidos por nuestro (des)conocimiento.

Por ello son necesarios pronunciamientos judiciales como los anotados, para que se produzca una ruptura del modelo familiar basado en la dualidad parental, para abrir lugar a la posibilidad de crear lazos parentales de tres personas. El mensaje a la sociedad será que, desde el Estado, se asegura la protección legal debida a la familia —cualquiera sea su conformación u origen— a la luz de los tratados de derechos humanos, una vez verificada la existencia de un proyecto biográfico conjunto en los aspectos materiales y afectivos.

(32) HERRERA, Marisa - DE LA TORRE, Natalia - Fernández, Silvia, Derecho filial..., cit., p. 762.

Thomson Reuters

Thomson Reuters

JURISPRUDENCIA ANOTADA EXTRANJERA

Thomson Reuters

Thomson Reuters

IGUALDAD DE TRATO ENTRE HOMBRES Y MUJERES EN LA SEGURIDAD SOCIAL

Cálculo de las prestaciones. Directiva 2006/54/CE. Igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación. Norma nacional que establece el derecho a un complemento de pensión para las mujeres que hayan tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados y perciban una pensión contributiva por incapacidad permanente. No reconocimiento de este derecho a los hombres que se encuentren en una situación idéntica. Situación comparable. Discriminación directa por razón de género.

Con nota de Adriana A. Micale

1. — La Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, debe interpretarse en el sentido de que se opone a la norma nacional que establece el derecho a un complemento de pensión para las mujeres que hayan tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias de pensiones contributivas de incapacidad permanente en cualquier régimen del sistema de Seguridad Social nacional, mientras que los hombres que se encuentren en una situación idéntica no tienen derecho a tal complemento de pensión.

2. — El complemento de pensión no está comprendido en el ámbito de aplicación de la excepción a la prohibición de discriminación establecida en el art. 4, apartado 2, de la Directiva 79/7, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social. El art. 60, ap. 1, de la LGSS no contiene ningún elemento que establezca un vínculo entre la concesión del complemento de pensión controvertido y el disfrute de un permiso de maternidad o las desventajas que sufre una mujer en su carrera debido a la interrupción de su actividad durante el período que sigue al parto. Se concede a las mujeres que hayan adoptado dos hijos, lo que indica que el legislador nacional no pretendió limitar la aplicación a la condición biológica de las mujeres que hayan dado a luz. Exige que una mujer haya dado a luz antes de acceder al mercado laboral.

3. — La normativa nacional que establece el derecho a un complemento de pensión para las mujeres que hayan tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias de pensiones contributivas de incapacidad permanente en cualquier régimen del sistema de Seguridad Social nacional, y no a los hombres en situación idéntica, constituye una discriminación directa por razón de género y, por lo tanto, está prohibida por la Directiva 79/7.

TJusticia Unión Europea, sala I, 12/12/2019. - Asunto C-450/18

[Cita on line: EU/JUR/5/2019]

Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 12 de diciembre de 2019 (*)

"Procedimiento prejudicial - Política social - Directiva 79/7/CEE - Igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social - Artículo 4, apartados 1 y 2

- Artículo 7, apartado 1 - Cálculo de las prestaciones - Directiva 2006/54/CE - Igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación - Norma nacional que establece el derecho a un complemento de pensión para las mujeres que hayan tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados y perciban una pensión contributiva por incapacidad permanente - No reconocimiento de este derecho a los hombres que se encuentren en una situación idéntica - Situación comparable - Discriminación directa por razón de sexo - Excepciones - Inexistencia"

En el asunto C-450/18, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Juzgado de lo Social n.° 3 de Gerona, mediante auto de 21 de junio de 2018, recibido en el Tribunal de Justicia el 9 de julio de 2018, en el procedimiento entre

WA e Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), el Tribunal de Justicia (Sala Primera), integrado por el Sr. J.-C. Bonichot, Presidente de Sala, la Sra. R. Silva de Lapuerta, Vicepresidenta del Tribunal de Justicia, y los Sres. M. Safjan (Ponente) y L. Bay Larsen y la Sra. C. Toader, Jueces; Abogado General: Sr. M. Bobek; Secretaria: Sra. L. Carrasco Marco, administradora; habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 13 de junio de 2019; consideradas las observaciones presentadas:

- en nombre de WA, por el Sr. F. Casas Corominas, abogado;

- en nombre del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), inicialmente por los Sres. A. R. Trillo

Thomson Reuters

García y L. Martínez-Sicluna Sepúlveda y la Sra. P. García Perea, y posteriormente por el Sr. Martínez-Sicluna Sepúlveda y la Sra. García Perea, letrados;

- en nombre del Gobierno español, por el Sr. L. Aguilera Ruiz, en calidad de agente;

- en nombre de la Comisión Europea, inicialmente por el Sr. N. Ruiz García y las Sras. C. Valero e I. Galindo Martín, y posteriormente por el Sr. Ruiz García y la Sra. Valero, en calidad de agentes;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 10 de septiembre de 2019; dicta la siguiente Sentencia

1. La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del artículo 157 TFUE y de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (DO 2006, L 204, p. 23).

2. Esta petición se ha presentado en el contexto de un litigio entre WA, padre de dos hijas, y el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), en relación con la negativa a concederle un complemento de pensión que perciben las mujeres que hayan tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados.

Marco jurídico Derecho de la Unión Directiva 79/7/CEE

3. A tenor de los considerandos segundo y tercero de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social (DO 1979, L 6, p. 24; EE 05/02, p. 174): "considerando que es conveniente aplicar el principio de igualdad de trato en materia de seguridad social, en primer lugar en los regímenes legales que garanticen una protección contra los riesgos de enfermedad, de invalidez, de vejez, de accidentes de trabajo, de enfermedad profesional y de paro, así como en las disposiciones relativas a la ayuda social en la medida en que estén destinadas a completar los regímenes anteriormente mencionados o a suplirlos; considerando que la aplicación del principio de igualdad de trato en materia de seguridad social no se opone a las disposiciones relativas a la protección de la mujer por causa de maternidad y que, dentro de este ámbito, los Estados miembros podrán adoptar disposiciones específicas en favor de la mujer con el fin de superar las desigualdades de hecho".

4. El artículo 1 de esta Directiva dispone: "La presente Directiva contempla la aplicación progresiva, dentro del ámbito de la seguridad social y otros elementos de protección social previstos en el artículo 3, del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, denominado en lo sucesivo "principio de igualdad de trato"."

5. El artículo 2 de dicha Directiva establece: "La presente Directiva se aplicará a la población activa, incluidos los trabajadores independientes, los trabajadores cuya actividad se vea interrumpida por enfermedad, accidente o paro involuntario, a las personas que busquen empleo, así como a los trabajadores inválidos."

6. El artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva dispone: "La presente Directiva se aplicará:

a) a los regímenes legales que aseguren una protección contra los siguientes riesgos:

- enfermedad,

- invalidez,

- vejez,

- accidente laboral y enfermedad profesional,

- desempleo;

[]".

7. El artículo 4 de la Directiva 79/7 tiene el siguiente tenor:

"1. El principio de igualdad de trato supondrá la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente, en especial con relación al estado matrimonial o familiar, particularmente en lo relativo a:

- el ámbito de aplicación de los regímenes y las condiciones de acceso a los mismos,

- la obligación de contribuir y el cálculo de las contribuciones,

- el cálculo de las prestaciones, incluidos los aumentos debidos por cónyuge y por persona a cargo, y las condiciones de duración y de mantenimiento del derecho a las prestaciones.

2. El principio de igualdad de trato no se opone a las disposiciones relativas a la protección de la mujer en razón de su maternidad."

8. El artículo 7 de esta Directiva establece:

Thomson Reuters

"1. La presente Directiva no obstará la facultad que tienen los Estados miembros de excluir de su ámbito de aplicación:

[]

b) las ventajas concedidas en materia de seguro de vejez a las personas que han educado hijos; la adquisición del derecho a las prestaciones después de períodos de interrupción de empleo debidos a la educación de los hijos;

[]

2. Los Estados miembros examinarán periódicamente las materias excluidas en virtud del apartado 1, a fin de comprobar, teniendo en cuenta la evolución social en la materia, si está justificado mantener las exclusiones de las que se trata."

Directiva 2006/54

9. La Directiva 2006/54 derogó la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo (DO 1976, L 39, p. 40; EE 05/02, p. 70), en su versión modificada por la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002 (DO 2002, L 269, p. 15).

10. A tenor del considerando 13 de la Directiva 2006/54:

"En su sentencia de 17 de mayo de 1990, [Barber (C-262/88, EU:C:1990:209),] el Tribunal de Justicia determinó que todas las formas de pensiones de empresa constituyen un elemento de retribución a efectos del artículo 141 del Tratado [CE]."

11. El artículo 1 de esta Directiva establece:

"La presente Directiva tiene por objeto garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

A tal fin, contiene disposiciones destinadas a aplicar el principio de igualdad de trato en lo que se refiere a:

[]

b) las condiciones de trabajo, incluida la retribución;

c) los regímenes profesionales de seguridad social.
[]"

12. El artículo 2, apartado 1, de dicha Directiva dispone: "A efectos de la presente Directiva se entenderá por:

[]

f) "regímenes profesionales de seguridad social": los regímenes no regulados por la Directiva [79/7], cuya finalidad sea proporcionar a los trabajadores, por cuenta ajena o autónomos, agrupados en el marco de una empresa o de un grupo de empresas, de una rama económica o de un sector profesional o interprofesional, prestaciones destinadas a completar las prestaciones de los regímenes legales de seguridad social o a sustituirlas, tanto si la adscripción a dichos regímenes fuere obligatoria como si fuere facultativa."

Derecho español

13. A tenor del artículo 7, apartado 1, de la Ley General de la Seguridad Social, cuyo texto refundido fue aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre (BOE n.° 261, de 31 de octubre de 2015, p. 103291; en lo sucesivo, "LGSS"):

"Estarán comprendidos en el sistema de la Seguridad Social, a efectos de las prestaciones contributivas, cualquiera que sea su sexo, estado civil y profesión, los españoles que residan en España y los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España, siempre que, en ambos supuestos, ejerzan su actividad en territorio nacional y estén incluidos en alguno de los apartados siguientes:

a) Trabajadores por cuenta ajena que presten sus servicios en las condiciones establecidas por el artículo 1.1 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en las distintas ramas de la actividad económica o asimilados a ellos, bien sean eventuales, de temporada o fijos, aun de trabajo discontinuo, e incluidos los trabajadores a distancia, y con independencia, en todos los casos, del grupo profesional del trabajador, de la forma y cuantía de la remuneración que perciba y de la naturaleza común o especial de su relación laboral.

b) Trabajadores por cuenta propia o autónomos, sean o no titulares de empresas individuales o familiares, mayores de dieciocho años, que reúnan los requisitos que de modo expreso se determinen en esta ley y en su normativa de desarrollo.

c) Socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado.

d) Estudiantes.

Thomson Reuters

e) Funcionarios públicos, civiles y militares."

14. El artículo 60, apartado 1, de la LGSS establece:

"Se reconocerá un complemento de pensión, por su aportación demográfica a la Seguridad Social, a las mujeres que hayan tenido hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias en cualquier régimen del sistema de la Seguridad Social de pensiones contributivas de jubilación, viudedad o incapacidad permanente.

Dicho complemento, que tendrá a todos los efectos naturaleza jurídica de pensión pública contributiva, consistirá en un importe equivalente al resultado de aplicar a la cuantía inicial de las referidas pensiones un porcentaje determinado, que estará en función del número de hijos según la siguiente escala:

a) En el caso de 2 hijos: 5 por ciento.

b) En el caso de 3 hijos: 10 por ciento.

c) En el caso de 4 o más hijos: 15 por ciento.

A efectos de determinar el derecho al complemento así como su cuantía únicamente se computarán los hijos nacidos o adoptados con anterioridad al hecho causante de la pensión correspondiente."

15. El artículo 196, apartado 3, de la LGSS dispone:

"La prestación económica correspondiente a la incapacidad permanente absoluta consistirá en una pensión vitalicia."

Litigio principal y cuestión prejudicial

16. Mediante resolución de 25 de enero de 2017, el INSS concedió a WA una pensión por incapacidad permanente absoluta del 100 % de la base reguladora (en lo sucesivo, "resolución de 25 de enero de 2017"). Esta pensión ascendía a 1 603,43 euros al mes más revalorizaciones.

17. WA presentó una reclamación administrativa previa contra dicha resolución, alegando que, al ser padre de dos hijas, debía tener derecho, sobre la base del artículo 60, apartado 1, de la LGSS, a percibir el complemento de pensión previsto en dicha disposición (en lo sucesivo, "complemento de pensión controvertido"), que representaba el 5 % de la cuantía inicial de su pensión, en las mismas condiciones que las mujeres madres de dos hijos que son beneficiarias de una pensión contributiva de incapacidad permanente en cualquier régimen de la Seguridad Social española.

18. Mediante resolución de 9 de junio de 2017, el INSS desestimó la reclamación administrativa previa de WA y confirmó su resolución de 25 de enero de 2017. A este respecto, el INSS indicó que el complemento de pensión controvertido se concede exclusivamente a las mujeres beneficiarias de una pensión contributiva de la Seguridad Social española, madres de al menos dos hijos, por su aportación demográfica a la Seguridad Social.

19. Entretanto, el 23 de mayo de 2017, WA interpuso recurso contencioso contra la resolución de 25 de enero de 2017 ante el Juzgado de lo Social n.° 3 de Gerona, solicitando que se le reconociera el derecho a percibir el complemento de pensión controvertido.

20. El 18 de mayo de 2018, el Juzgado de lo Social n.° 3 de Gerona fue informado del fallecimiento de WA, acaecido el 9 de diciembre de 2017. DC, su esposa, sucedió al difunto como demandante en el litigio principal. El juzgado remitente afirma que, por consiguiente, el abono del complemento de pensión controvertido, en caso de reconocerse, tendría efectos hasta la fecha del fallecimiento de WA.

21. El juzgado remitente señala que el artículo 60, apartado 1, de la LGSS reconoce el complemento de pensión controvertido a las mujeres que hayan tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados, debido a su aportación demográfica a la Seguridad Social, mientras que los hombres que se encuentren en una situación idéntica no disfrutan de este derecho. Dicho juzgado expresa dudas sobre la conformidad de esta disposición con el Derecho de la Unión.

22. Observa, en efecto, que el concepto de "aportación demográfica a la Seguridad Social", contemplado en el artículo 60, apartado 1, de la LGSS, es predicable tanto de mujeres como de hombres, dado que tanto la procreación como la responsabilidad en el cuidado, la atención, la alimentación y la educación de los hijos son predicables de toda persona que pueda tener la condición de madre o de padre. Por consiguiente, la interrupción del trabajo como consecuencia del nacimiento o adopción de los hijos o por el cuidado de los hijos puede perjudicar por igual a hombres y mujeres, con independencia de su aportación demográfica a la Seguridad Social. Desde este punto de vista, considera que el artículo 60, apartado 1, de la LGSS establece una diferencia de trato injustificada en favor de las mujeres y en perjuicio de los hombres que se encuentren en una situación idéntica.

23. En opinión del juzgado remitente, sin embargo, la procreación implica un mayor sacrificio para las mujeres a nivel personal y profesional. De hecho, han de afrontar un período de embarazo y un nacimiento que comporta sacrificios biológicos y fisiológicos

Thomson Reuters

evidentes, con el detrimento que comporta para las mujeres, no solo en la esfera física, sino también en la esfera laboral y sus legítimas expectativas de promoción en el ámbito profesional. Por tanto, desde el punto de vista biológico, las disposiciones del artículo 60, apartado 1, de la LGSS podrían justificarse en la medida en que están destinadas a proteger a las mujeres de las consecuencias derivadas del embarazo y la maternidad.

24. En estas circunstancias, el Juzgado de lo Social n.° 3 de Gerona decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

"¿Vulnera el principio de igualdad de trato que impide toda discriminación por razón de sexo, reconocido por el art. 157 [TFUE] y en la Directiva [76/207] y en la Directiva [2002/73] que modifica a aquella, refundida por [la] Directiva [2006/54], una Ley nacional (en concreto el art. 60.1 de la [LGSS]) que reconoce la titularidad del derecho a un complemento de pensión, por su aportación demográfica a la Seguridad Social, a las mujeres que hayan tenido hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias en cualquier régimen del sistema de la Seguridad Social de pensiones contributivas de jubilación, viudedad o incapacidad permanente y no se concede, por el contrario, dicha titularidad a los hombres en idéntica situación?"

Sobre la cuestión prejudicial Observaciones previas

25. En el marco del procedimiento de cooperación entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia establecido por el artículo 267 TFUE, corresponde a este Tribunal proporcionar al órgano jurisdiccional nacional una respuesta útil que le permita dirimir el litigio del que conoce. Desde este punto de vista, corresponde al Tribunal de Justicia reformular, en su caso, las cuestiones prejudiciales que se le han planteado. En efecto, el Tribunal de Justicia tiene la misión de interpretar cuantas disposiciones del Derecho de la Unión sean necesarias para que los órganos jurisdiccionales nacionales puedan resolver los litigios que se les hayan sometido, aun cuando tales disposiciones no se mencionen expresamente en las cuestiones remitidas por dichos órganos jurisdiccionales (sentencias de 26 de junio de 2008, Wiedemann y Funk, C-329/06 y C-343/06, EU:C:2008:366, apartado 45, y de 8 de mayo de 2019, PI, C-230/18, EU:C:2019:383, apartado 42).

26. En el presente asunto, aun cuando, desde un punto de vista formal, el juzgado remitente ha limitado su cuestión a la interpretación del artículo 157 TFUE y de la Directiva 2006/54, tal circunstancia no obsta para que el Tribunal de Justicia le proporcione todos los elementos de interpretación del Derecho de la Unión que puedan serle útiles para enjuiciar el asunto de que conoce, con independencia de que dicho órgano jurisdiccional haya hecho o no referencia a ellos en el enunciado de su cuestión. A este respecto, corresponde al Tribunal de Justicia extraer del conjunto de datos aportados por el juzgado remitente, especialmente, de la motivación del auto de remisión, los elementos del Derecho de la Unión que requieren una interpretación, teniendo en cuenta el objeto del litigio (véanse, en este sentido, las sentencias de 12 de enero de 2010, Wolf, C-229/08, EU:C:2010:3, apartado 32, y de 8 de mayo de 2019, PI, C-230/18, EU:C:2019:383, apartado 43).

27. En este caso, WA, padre de dos hijas, solicitó la concesión del complemento de pensión controvertido, que se añadiría a su pensión contributiva por incapacidad permanente absoluta, sobre la base del artículo 60, apartado 1, de la LGSS.

28. A este respecto, procede recordar que están incluidas en el concepto de "retribución", en el sentido del artículo 157 TFUE, apartado 2, las pensiones que dependen de la relación de empleo que vincula al trabajador con el empleador, con exclusión de las que se derivan de un régimen legal a cuya financiación contribuyan los trabajadores, los empleadores y, en su caso, los poderes públicos en una medida que depende menos de tal relación de trabajo que de consideraciones de política social. De este modo, no pueden incluirse en este concepto los regímenes o prestaciones de seguridad social, como las pensiones de jubilación, regulados directamente por la ley, sin que haya existido ningún tipo de concertación dentro de la empresa o de la rama profesional interesada, y que son obligatoriamente aplicables a categorías generales de trabajadores (sentencia de 22 de noviembre de 2012, Elbal Moreno, C-385/11, EU:C:2012:746, apartado 20 y jurisprudencia citada).

29. Pues bien, una pensión contributiva de incapacidad permanente absoluta como la percibida por WA, sobre cuya base se calcula el complemento de pensión controvertido, resulta ser una pensión que depende menos de una relación laboral entre trabajadores y empresario que de consideraciones sociales, en el sentido de la jurisprudencia citada en el apartado anterior de la presente sentencia.

30. Además, el artículo 60, apartado 1, de la LGSS especifica que el complemento de pensión controvertido tiene a todos los efectos naturaleza jurídica de pensión pública contributiva.

31. Es cierto que las consideraciones de política social, de organización del Estado, de ética, o las razones de carácter presupuestario que influyeron o pudieron influir en que el legislador nacional estable-

Thomson Reuters

ciese un determinado régimen no pueden prevalecer si la pensión solo afecta a una categoría particular de trabajadores, si está directamente en función de los años de servicio cumplidos y si su cuantía se calcula basándose en el último sueldo (sentencias de 28 de septiembre de 1994, Beune, C-7/93, EU:C:1994:350, apartado 45, y de 22 de noviembre de 2012, Elbal Moreno, C-385/11, EU:C:2012:746, apartado 23).

32. Sobre este particular, como alega el INSS, no parece que el primero de estos tres requisitos se cumpla, puesto que los autos que obran en poder del Tribunal de Justicia no revelan ningún indicio de que una pensión contributiva de incapacidad permanente, como la controvertida en el litigio principal, solo afecte a una categoría particular de trabajadores.

33. Por lo tanto, una pensión contributiva de incapacidad permanente de este tipo no está incluida en el concepto de "retribución", ni en el sentido del artículo 157 TFUE, apartados 1 y 2, ni en el de la Directiva 2006/54 (véanse, en este sentido, las sentencias de 13 de febrero de 1996, Gillespie y otros, C-342/93, EU:C:1996:46, apartado 14; de 22 de noviembre de 2012, Elbal Moreno, C-385/11, EU:C:2012:746, apartado 25, y de 14 de julio de 2016, Ornano, C-335/15, EU:C:2016:564, apartado 38).

34. Además, del artículo 1, párrafo segundo, letra c), de la Directiva 2006/54, en relación con el artículo 2, apartado 1, letra f), de esta, se desprende que dicha Directiva no se aplica a los regímenes legales regulados por la Directiva 79/7.

35. En cambio, el complemento de pensión controvertido está comprendido en el ámbito de aplicación de esta última Directiva, por cuanto forma parte de un régimen legal de protección contra uno de los riesgos enumerados en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 79/7, a saber, la invalidez, y está directa y efectivamente vinculada con la protección contra ese riesgo (véanse, en este sentido, las sentencias de 16 de diciembre de 1999, Taylor, C-382/98, EU:C:1999:623, apartado 14, y de 22 de noviembre de 2012, Elbal Moreno, C-385/11, EU:C:2012:746, apartado 26).

36. En efecto, tal complemento de pensión tiene por objeto proteger a las mujeres que han tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados y que perciben una pensión de invalidez, garantizando que puedan disponer de los medios necesarios con respecto, en particular, a sus necesidades.

37. En estas circunstancias, procede entender que la cuestión prejudicial planteada pretende, esencialmente, que se dilucide si la Directiva 79/7 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma nacional que, debido a la aportación demográfica de las mujeres a la Seguridad Social, establece el derecho a un complemento de pensión para aquellas que hayan tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias de pensiones contributivas de incapacidad permanente en cualquier régimen del sistema nacional de Seguridad Social, mientras que los hombres que se encuentren en una situación idéntica no tienen derecho a tal complemento de pensión.

Sobre el fondo

38. En virtud del artículo 4, apartado 1, tercer guion, de la Directiva 79/7, el principio de igualdad de trato supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente, en especial con relación al estado matrimonial o familiar, en lo relativo al cálculo de las prestaciones.

39. El litigio principal versa sobre el cálculo del importe total de la pensión de incapacidad permanente de un hombre que ha tenido dos hijas y que solicita percibir el complemento de pensión controvertido.

40. Según el artículo 60, apartado 1, de la LGSS, habida cuenta de la aportación demográfica de las mujeres a la Seguridad Social, se les concede el complemento de pensión controvertido cuando hayan tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias, entre otras, de pensiones contributivas de invalidez permanente en cualquier régimen de la Seguridad Social. En cambio, los hombres que se encuentran en una situación idéntica no reciben este complemento de pensión.

41. Por consiguiente, resulta que esta norma nacional concede un trato menos favorable a los hombres que han tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados. Este trato menos favorable basado en el sexo puede constituir una discriminación directa en el sentido del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7.

42. Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la discriminación consiste en la aplicación de normas diferentes a situaciones comparables o en la aplicación de la misma norma a situaciones diferentes (sentencias de 13 de febrero de 1996, Gillespie y otros, C-342/93, EU:C:1996:46, apartado 16, y de 8 de mayo de 2019, Praxair MRC, C-486/18, EU:C:2019:379, apartado 73).

43. De este modo, procede comprobar si la diferencia de trato entre hombres y mujeres establecida por la norma nacional controvertida en el litigio principal se refiere a categorías de personas que se encuentran en situaciones comparables.

44. A este respecto, la exigencia del carácter comparable de las situaciones no requiere que las situa-

Thomson Reuters

ciones sean idénticas, sino que basta con que sean análogas [sentencia de 26 de junio de 2018, MB (Cambio de sexo y pensión de jubilación), C-451/16, EU:C:2018:492, apartado 41 y jurisprudencia citada].

45. El carácter comparable de las situaciones no debe apreciarse de manera global y abstracta, sino de un modo específico y concreto, teniendo en cuenta todos los elementos que las caracterizan, especialmente a la luz del objeto y la finalidad de la normativa nacional que establezca la distinción controvertida y, en su caso, de los principios y objetivos del ámbito al que pertenezca dicha normativa nacional [sentencia de 26 de junio de 2018, MB (Cambio de sexo y pensión de jubilación), C-451/16, EU:C:2018:492, apartado 42 y jurisprudencia citada].

46. En cuanto al objetivo perseguido por el artículo 60, apartado 1, de la LGSS, a saber, recompensar la aportación demográfica de las mujeres a la Seguridad Social, procede señalar que la aportación de los hombres a la demografía es tan necesaria como la de las mujeres.

47. Por consiguiente, la aportación demográfica a la Seguridad Social no puede justificar por sí sola que los hombres y las mujeres no se encuentren en una situación comparable en lo que respecta a la concesión del complemento de pensión controvertido.

48. Sin embargo, en respuesta a una pregunta escrita formulada por el Tribunal de Justicia, el Gobierno español señaló que el objetivo perseguido por el mencionado complemento de pensión no consiste únicamente en recompensar a las mujeres que hayan tenido al menos dos hijos por su aportación demográfica a la Seguridad Social. Dicho complemento fue concebido también como una medida destinada a minorar la brecha de género existente entre las pensiones de las mujeres y de los hombres, que se produce como consecuencia de las distintas trayectorias laborales. El objetivo perseguido consiste en garantizar el reconocimiento de pensiones adecuadas a las mujeres que han visto reducida su capacidad de cotización y, con ello, la cuantía de sus pensiones, cuando por haber tenido dos o más hijos, y haberse dedicado a su cuidado, han visto interrumpidas o acortadas sus carreras profesionales.

49. Además, el INSS, en sus observaciones escritas, sostiene que el complemento de pensión controvertido está justificado por razones de política social. A tal fin, el INSS aporta numerosos datos estadísticos, que revelan una diferencia entre los importes de las pensiones de los hombres y los de las mujeres, así como, por un lado, entre los importes de las pensiones de las mujeres sin hijos o que han tenido un hijo y, por otro lado, los de las mujeres que han tenido al menos dos hijos.

50. A este respecto, en cuanto al objetivo consistente en reducir la brecha de género entre las pensiones de las mujeres y las de los hombres mediante la atribución del complemento de pensión controvertido, procede señalar que el artículo 60, apartado 1, de la LGSS tiene por objeto, al menos parcialmente, la protección de las mujeres en su condición de progenitor.

51. Ahora bien, por un lado, se trata de una cualidad predicable tanto de hombres como de mujeres y, por otro lado, las situaciones de un padre y una madre pueden ser comparables en cuanto al cuidado de los hijos (véanse, en este sentido, las sentencias de 29 de noviembre de 2001, Griesmar, C-366/99, EU:C:2001:648, apartado 56, y de 26 de marzo de 2009, Comisión/Grecia, C-559/07, no publicada, EU:C:2009:198, apartado 69).

52. En particular, la circunstancia de que las mujeres estén más afectadas por las desventajas profesionales derivadas del cuidado de los hijos porque, en general, asumen esta tarea, no puede excluir la posibilidad de comparación de su situación con la de un hombre que asuma el cuidado de sus hijos y que, por esa razón, haya podido sufrir las mismas desventajas en su carrera (véase, en este sentido, la sentencia de 29 de noviembre de 2001, Griesmar, C-366/99, EU:C:2001:648, apartado 56).

53. En estas circunstancias, como señaló el Abogado General en el punto 66 de sus conclusiones, la existencia de datos estadísticos que muestren diferencias estructurales entre los importes de las pensiones de las mujeres y las pensiones de los hombres no resulta suficiente para llegar a la conclusión de que, por lo que se refiere al complemento de pensión controvertido, las mujeres y los hombres no se encuentren en una situación comparable en su condición de progenitores.

54. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, una excepción a la prohibición de toda discriminación directa por razón de sexo, establecida en el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7, solo es posible en los casos que se enumeran con carácter exhaustivo en esa misma Directiva [véanse, en este sentido, las sentencias de 3 de septiembre de 2014, X, C-318/13, EU:C:2014:2133, apartados 34 y 35, y de 26 de junio de 2018, MB (Cambio de sexo y pensión de jubilación), C-451/16, EU:C:2018:492, apartado 50].

55. Por lo que se refiere a estos motivos de excepción, en primer lugar debe señalarse que, con arreglo al artículo 4, apartado 2, de la Directiva 79/7, el principio de igualdad de trato no se opone a las disposicio-

Thomson Reuters

nes relativas a la protección de la mujer por motivos de maternidad.

56. Sobre este particular, se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que, al reservar a los Estados miembros el derecho a mantener o a adoptar disposiciones destinadas a garantizar esta protección, el apartado 2 del artículo 4 de la Directiva 79/7 reconoce la legitimidad, en relación con el principio de igualdad de trato entre los sexos, de la protección de la condición biológica de la mujer durante su embarazo y después del mismo, por una parte, y de la protección de las particulares relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, por otra (véanse, en este sentido, en lo que atañe a la Directiva 76/207, las sentencias de 12 de julio de 1984, Hofmann, 184/83, EU:C:1984:273, apartado 25, y de 19 de septiembre de 2013, Betriu Montull, C-5/12, EU:C:2013:571, apartado 62).

57. Pues bien, en el caso de autos, el artículo 60, apartado 1, de la LGSS no contiene ningún elemento que establezca un vínculo entre la concesión del complemento de pensión controvertido y el disfrute de un permiso de maternidad o las desventajas que sufre una mujer en su carrera debido a la interrupción de su actividad durante el período que sigue al parto.

58. En particular, se concede dicho complemento a las mujeres que hayan adoptado dos hijos, lo que indica que el legislador nacional no pretendió limitar la aplicación del artículo 60, apartado 1, de la LGSS a la protección de la condición biológica de las mujeres que hayan dado a luz.

59. Además, como señaló el Abogado General en el punto 54 de sus conclusiones, esta disposición no exige que las mujeres hayan dejado efectivamente de trabajar en el momento en que tuvieron a sus hijos, por lo que no se cumple el requisito relativo a que hayan disfrutado de un permiso de maternidad. Este es el caso, concretamente, cuando una mujer ha dado a luz antes de acceder al mercado laboral.

60. Por consiguiente, procede declarar que un complemento de pensión como el controvertido en el litigio principal no está comprendido en el ámbito de aplicación de la excepción a la prohibición de discriminación establecida en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 79/7.

61. En segundo lugar, según el artículo 7, apartado 1, letra b), de la Directiva 79/7, esta no obstará a la facultad que tienen los Estados miembros de excluir de su ámbito de aplicación las ventajas concedidas en materia de seguro de vejez a las personas que han educado hijos y la adquisición del derecho a las prestaciones después de períodos de interrupción de empleo debidos a la educación de los hijos.

62. A este respecto, es preciso señalar que, en cualquier caso, el artículo 60, apartado 1, de la LGSS no supedita la concesión del complemento de pensión en cuestión a la educación de los hijos o a la existencia de períodos de interrupción de empleo debidos a la educación de los hijos, sino únicamente a que las mujeres beneficiarias hayan tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados y perciban una pensión contributiva de jubilación, viudedad o incapacidad permanente en cualquier régimen del sistema de Seguridad Social.

63. Por consiguiente, el artículo 7, apartado 1, letra b), de la Directiva 79/7 no se aplica a una prestación como el complemento de pensión controvertido.

64. Por último, debe añadirse que el artículo 157 TFUE, apartado 4, establece que, con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales.

65. Sin embargo, esta disposición no puede aplicarse a una norma nacional como el artículo 60, apartado 1, de la LGSS, dado que el complemento de pensión controvertido se limita a conceder a las mujeres un plus en el momento del reconocimiento del derecho a una pensión, entre otras de invalidez permanente, sin aportar remedio alguno a los problemas que pueden encontrar durante su carrera profesional y no parece que dicho complemento pueda compensar las desventajas a las que estén expuestas las mujeres ayudándolas en su carrera y garantizando en la práctica, de este modo, una plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida profesional (véanse, en este sentido, las sentencias de 29 de noviembre de 2001, Griesmar, C-366/99, EU:C:2001:648, apartado 65, y de 17 de julio de 2014, Leone, C-173/13, EU:C:2014:2090, apartado 101).

66. Por consiguiente, debe señalarse que una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal constituye una discriminación directa por razón de sexo y, por lo tanto, está prohibida por la Directiva 79/7.

67. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la cuestión prejudicial planteada que la Directiva 79/7 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, que establece el

Thomson Reuters

derecho a un complemento de pensión para las mujeres que hayan tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias de pensiones contributivas de incapacidad permanente en cualquier régimen del sistema de Seguridad Social nacional, mientras que los hombres que se encuentren en una situación idéntica no tienen derecho a tal complemento de pensión.

Costas

68. Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a este resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, hayan presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Primera) declara: La Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, que establece el derecho a un complemento de pensión para las mujeres que hayan tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias de pensiones contributivas de incapacidad permanente en cualquier régimen del sistema de Seguridad Social nacional, mientras que los hombres que se encuentren en una situación idéntica no tienen derecho a tal complemento de pensión. Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 12 de diciembre de 2019.

¿Discriminación o igualdad de trato entre hombres y mujeres? El rol del bien jurídico protegido en la protección

Adriana A. Micale (*)

Sumario: I. Introducción.— II. La cuestión prejudicial.— III. La doctrina sobre el tema en crisis.— IV. Tribunal Constitucional.— V. Bien jurídico protegido.— VI. La cuestión de fondo.— VII. Conclusión.

I. Introducción

Una sentencia del Superior Tribunal de Justicia declaró que la norma contenida en la Ley General de la Seguridad Social que reconoce un complemento de pensión a las mujeres que hayan tenido hijos biológicos o adoptivos, y que sean beneficiarias en cualquier régimen del sistema de la seguridad social de pensiones contributivas tales como la de jubilación, viudedad o incapacidad permanente previstas en la Ley General de la Seguridad Social de España, se contrapone a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en la materia.

(*) Abogada. Magister en Seguridad Social y en Prevención y Protección de Riesgos del Trabajo U. Alcalá y OISS. Magister en Empleo, Relaciones Laborales y Diálogo Social en Europa UCLM. Especialista en Formulación de Políticas y Gestión de Seguridad Social, OIT, y en Constitucionalismo Social y Derechos Humanos, UCLM. Doctoranda en Ciencias Jurídicas, UCLM. Profesora regular investigadora, UBA.

Thomson Reuters

El caso que motivó la intervención **(1)** para resolver una petición, proveniente del Juzgado de lo Social Nº 3 de Gerona, tuvo por objeto una petición de decisión prejudicial planteada **(2)** en el procedimiento ente "W. A. c. Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS)", sobre política social **(3)**.

El INSS había concedido al Sr. W. A. una pensión por incapacidad permanente absoluta del 100% de la base reguladora, equivalente a 1603,43 (mil seis cientos tres con cuarenta y tres) euros al mes, más sus revalorizaciones, quien presentó una reclamación administrativa previa contra esa resolución, alegando que, al ser padre de dos hijas, debía tener derecho sobre la base reguladora que determinó el monto a percibir el complemento de pensión previsto en dicha disposición, lo que representaba el 5% de la cuantía inicial de su pensión, en las mismas condiciones que las mujeres madres de dos hijos que son beneficiarias de una pensión contributiva de incapacidad permanente en cualquier régimen de la seguridad social española.

El Instituto Nacional de Seguridad Social español (INSS) desestimó la reclamación administrativa previa, confirmando su resolución, en tanto indica que el complemento de pensión controvertido se concede exclusivamente a las mujeres beneficiarias de una pensión contributiva de la seguridad social española, madres de al menos dos hijos, hallando causa en su aportación demográfica a la seguridad social.

Contra esta decisión, el Sr. W. A. interpuso recurso contencioso ante el Juzgado de lo Social Nº 3 de Gerona, insistiendo con el reconocimiento del derecho a percibir el complemento de pensión controvertido.

El fallecimiento del actor motivó que fuera su esposa quien lo sucediera como demandante en el litigio principal. Si bien sobre este último extremo el juzgado informó que, de hacerse lugar al derecho de percibir el abono del complemento de pensión controvertido, solo se lo abonaría hasta la fecha de fallecimiento del causante, la sentencia recaída no dio cuenta de este extremo en su parte resolutoria, pues no fue caso judiciable en la elevación prejudicial realizada, que solo tuvo por fin obtener la compatibilidad de la norma interna del derecho español con la directiva de la UE, referida a la igualdad de trato.

Sin embargo, cabe señalar que frente al eventual reconocimiento del derecho que el causante hubiera tenido, el plazo estipulado para la percepción, también sitúa otro vector de conflictividad, teniendo en cuenta el alcance de la transmisión de los derechos de cobertura que refleja la pensión de viudedad; por otra parte, teniendo en cuenta el carácter accesorio que el complemento cuestionado cursa sobre la base reguladora en la determinación del haber prestacional de cobertura, este seguiría la suerte del principal; la correspondencia en la fecha de nacimiento de los derechos, que, como puede advertirse en el caso, deberían retrotraerse al momento mismo del acuerdo de acceso a la prestación principal, pareciera que se opone a la determinación establecida como fecha de cese en el pago **(4)**.

El juzgado remitente señaló que el art. 60, apart. 1º, de la LGSS reconoce el complemento de pensión controvertido solo a las mujeres por la causa señalada, mientras que los hombres que se encuentran en una situación idéntica no disfrutan de ese derecho. El juzgado expresa sus dudas sobre la conformidad de esta disposición con el derecho de la Unión, en tanto observa que el concepto de aportación demográfica a la seguridad social contemplado en el referido artículo "es predicable tanto de mujeres como de hombres, dado que tanto la procreación como la responsabilidad en el cuidado, la atención, la alimentación y la educación de los hijos son predicables de toda persona que pueda tener la condición de madre o de padre. Por consiguiente, la interrupción del trabajo como consecuencia del nacimiento o adopción de los hijos o por el cuidado de los hijos puede perjudicar por igual a hombres y mujeres, con independencia

(1) En el asunto C- 450/18.

(2) Con arreglo al art. 267, TFUE.

(3) Establecida en la directiva 79/7/CEE, Igualdad de Trato entre Hombre y Mujeres en Asuntos de Empleo y Ocupación.

(4) El 18 de mayo de 2018, el Juzgado de lo Social Nº 3 de Gerona fue informado del fallecimiento acaecido el 9 de diciembre de 2007. Sucede en el litigio su esposa, D. G.

Thomson Reuters

de su aportación demográfica a la seguridad social". "2) ... considerando que el art. 60, apart. 1º de la LGSS establece una diferencia de trato injustificada en favor de las mujeres y en perjuicio de los hombres que se encuentran en situación idéntica", sin perjuicio de la afirmación precedente que motiva la duda y la elevación en expediente prejudicial, en opinión del juzgado "la procreación implica un mayor sacrificio para las mujeres a nivel personal y profesional... han de afrontar un período de embarazo y un nacimiento que comporta sacrificios biológicos y fisiológicos evidentes, con el detrimento que comporta para las mujeres, no solo en la esfera física, sino también en la esfera laboral y sus legítimas expectativas en su promoción en el ámbito profesional", entendió así el tribunal que "desde el punto de vista biológico, las disposiciones... podrían justificarse en la medida que están destinadas a proteger a las mujeres de las consecuencias derivadas del embarazo y la maternidad".

En suma, el juzgado de Girona, frente al interrogante, decidió suspender el proceso y plantear al Tribunal de Justicia la referida cuestión prejudicial.

II. La cuestión prejudicial

El interrogante planteado en la elevación tiene por fin conocer si la normativa local cumple con las previsiones de la de la comunidad europea. Esto opera en el marco de procedimiento de cooperación entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia, correspondiendo al tribunal proporcionar al órgano jurisdiccional nacional una respuesta útil que le permita dirimir el litigio, interpretando cuantas disposiciones del derecho de la Unión sean necesarias.

En el caso, sí se vulnera el principio de igualdad de trato que impide toda discriminación por razón de sexo, cuando se reconoce la titularidad del derecho a un complemento de pensión en reconocimiento a la aportación demográfica a la seguridad social que realizan las mujeres que hayan tenido hijos biológicos o adoptados (dos o más), para el caso de que sean beneficiarias en cualquiera de los regímenes del sistema de seguridad social de pensiones contributivas tales como la de jubilación, viudedad (viudez) o incapacidad permanente, dejando fuera de dicha protección a los hombres.

Es mucho más que la interpretación literal de la directiva 79/7 CEE del Consejo, del 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social **(5)** lo que se pone en juego, en cuanto hacen referencia a las disposiciones relativas a la ayuda social, en la medida en que estén destinadas a completar los regímenes mencionados, ya que la igualdad de trato no incide en forma negativa y en modo alguno se opone a las disposiciones específicas en favor de las mujeres, que tienen por fin superar las desigualdades de hecho, si es que se producen.

Pensar en la solución contraria referiría no contemplar las desigualdades de hecho que puedan producirse a los hombres, cuando, como en el caso en análisis, una incapacidad física lo ha puesto en una situación de disvalor que motivó el otorgamiento de una prestación que justamente tiene por fin superar una desigualdad de hecho, como lo representa el presupuesto necesario de invalidez total, para lograr accederla. Por cierto, la norma expresamente lo determina, en cuanto la directiva, en su art. 1º, dispone que "se contempla la aplicación progresiva, dentro del ámbito de la seguridad social y otros elementos de protección social previstos en el art. 3º, del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social", denominado para su individualización "principio de igualdad de trato".

En el mencionado art. 3º, apart. 1º, se establece la aplicación de la norma a los regímenes legales que aseguren una protección contra determinados riesgos, entre los que se asegura la protección de la enfermedad y la invalidez, entre otros, que no son los que de modo contundente afectan en el presente, pues es justamente la incapacidad total la que ha afectado al reclamante.

El principio de igualdad de trato, tal lo establece la directiva en su art. 4º, supondrá la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente, en especial con rela-

(5) DO 1979, L6, p. 24; EE 05/02, p. 174.

Thomson Reuters

ción al estado matrimonial o familiar, al ámbito de aplicación de los regímenes y las condiciones de acceso a ellos, la obligación de contribuir y el cálculo de las cotizaciones, el de las prestaciones, incluidos los aumentos debidos por cónyuge y por persona a cargo, y las condiciones de duración y de mantenimiento del derecho a las prestaciones. De este modo, y tal como, además, surge de las propias normas que integran la directiva, el principio de igualdad de trato no se opone a las disposiciones relativas a la protección de la mujer en razón de su maternidad, como asimismo se encuentra garantizada la aplicación de la igualdad de trato en cuanto se refieren los regímenes profesionales de seguridad social y precisamente en cuanto a los que se refieren a completar las prestaciones de los regímenes legales de seguridad social o a sustituirlos, tanto si la adscripción a dichos regímenes fuere obligatoria como si fuere facultativa.

Por su parte, la norma del derecho español, teniendo en cuenta el art. 7º, apart. 1º, de la Ley General de la Seguridad Social, texto refundido aprobado por el real decreto legislativo 8/2015, establece que "estarán comprendidos en el sistema de la seguridad social a los efectos de percibir prestaciones contributivas, cualquiera que sea su sexo, estado civil y profesión, los españoles que residan en España y los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España, siempre que, en ambos supuestos, ejerzan su actividad en territorio nacional y estén incluidos en algunas de las categorías que dan derecho a la cobertura contributiva" **(6)** y en cuanto al pago complementario cuestionado, de acuerdo a lo establecido en el art. 60, apart. 1º, de la LGSS, que establece que "se reconocerá un complemento de pensión por su aportación demográfica a la seguridad social, a las mujeres que hayan tenido hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias en cualquier régimen del sistema de la seguridad social de pensiones contributivas de jubilación, viudedad o incapacidad permanente" **(7)**. Dicho complemento tendrá, a todos los efectos, naturaleza de pensión pública contributiva para las mujeres que hayan tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados. Complementa la *ratio* normativa el art. 196, apart. 3º, de la LGSS, en cuanto dispone "que la prestación económica correspondiente a la incapacidad permanente absoluta consistirá en una pensión vitalicia".

La igualdad entre mujeres y hombres es uno de los objetivos de la Unión Europea. Con el paso de los años, la legislación, la jurisprudencia y las modificaciones de los tratados han contribuido a reforzar este principio, así como su aplicación en la Unión Europea. El Parlamento Europeo siempre ha sido un ferviente defensor del principio de igualdad entre hombres y mujeres. El principio de la igualdad de retribución entre hombres y mujeres para un mismo trabajo está consagrado en los tratados desde 1957 (actualmente queda contemplado en el art. 157 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea TFUE), el que de este modo constituye el marco jurídico relevante a interpretar juntamente con la directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 05/07/2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres **(8)**.

El complemento de pensión sobre una pensión por incapacidad permanente se encuen-

(6) a) Trabajadores por cuenta ajena, que presten sus servicios en las condiciones establecidas en el art. 1.1 del texto refundido del Estatuto de los Trabajadores, en las distintas ramas de la actividad económica o asimilados a ellos, bien sean eventuales, de temporada, o fijos, trabajo discontinuo, e incluidos trabajadores a distancia, con independencia del grupo profesional del trabajador, de la forma de la cuantía de la remuneración que perciba y de la naturaleza común o especial de la relación laboral; b) por cuenta propia o autónomos, sean o no titulares de empresas individuales o familiares, mayores de dieciocho años, que reúnan los requisitos, que de modo expreso se determinen en la ley; c) socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado; d) estudiantes; e) funcionarios públicos, civiles y militares.

(7) Dicho complemento, según la norma mencionada, que tendrá a todos los efectos naturaleza jurídica de pensión pública contributiva, consistirá en un importe equivalente al resultado de aplicar a la cuantía inicial de las referidas pensiones un porcentaje determinado, que estará en función del número de hijos según la siguiente escala: a) en el caso de 2 hijos, 5%; b) en el caso de 3 hijos, 10%; c) en el caso de 4 o más hijos, 15%, teniendo a efectos de determinar el derecho al complemento así como para determinar su cuantía únicamente los hijos nacidos o adoptados con anterioridad al hecho causante de la pensión correspondiente.

(8) Fichas Técnicas, www.europarl.europea.eu/factsheets/es.

Thomson Reuters

tra comprendido en el ámbito de aplicación de la directiva, por cuanto forma parte de un régimen legal de protección contra uno de los riesgos enumerados, que es la invalidez; y considerar si el complemento que se les concede a las mujeres que hayan tenido más de dos hijos biológicos o adoptivos, debido a la "aportación demográfica de las mujeres a la seguridad social" y mientras a los hombres que se encuentran en la misma situación, no, esto constituya violación al principio de igualdad de trato, que supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, en especial con relación al estado matrimonial o familiar en lo relativo al cálculo de las prestaciones.

Por tanto, debe interpretarse si la norma nacional concede un trato menos favorable a los hombres que han tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados, pudiendo, por tanto, ese trato menos favorable basado en el sexo constituir una discriminación directa en el sentido de la directiva 79/7.

Es reiterada la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la que se considera que hay discriminación cuando se aplican normas diferentes a situaciones comparables o en la aplicación de la misma norma a situaciones diferentes **(9)**. Lo que importará entonces determinar es si la diferencia de trato entre hombres y mujeres que establece la norma nacional controvertida se refiere a categorías de personas que se encuentran en situaciones comparables. La comparación no requiere que sean situaciones idénticas, solo análogas; no deben apreciarse en forma global y abstracta, sino de un modo específico y concreto.

III. La doctrina sobre el tema en crisis

Cabe reseñar que desde el momento en que la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2016 introdujo el apartado bis en el art. 50 de la Ley General de la Seguridad Social que creó un complemento de pensión cuya naturaleza está definida en el propio artículo y que tiene por finalidad mejorar las pensiones que perciban las mujeres por su aportación demográfica a la seguridad social cuando hayan tenido hijos biológicos o adoptivos, ha tenido observaciones. En efecto el citado complemento se advierte que viene a compensar a aquellas madres que han prestado servicios laborales, compatibilizado dicha prestación de servicios con la maternidad **(10)**. Este es en favor de las mujeres y representa un porcentaje que se aplica a la cuantía de las prestaciones contributivas de jubilación, viudedad e incapacidad permanente **(11)**. Tal como lo expresa la autora en cita **(12)**, este complemento requiere de un profundo análisis respecto a su alcance para poder obtener conclusiones ciertas tal como se lo ha planteado, debido a que no arroja el texto claridad alguna respecto a cuál es el bien jurídico protegido que ha tenido en cuenta su incorporación, la que obviamente se aplaude en cuanto engrosa prestaciones, pero podría (como luego se comprueba) provocar asimetrías que jurídicamente podrían no ser aceptables.

Comparativamente, si analizáramos el instituto desde los parámetros de protección vigentes en Argentina, el nacimiento o la adopción de hijes determina el crecimiento familiar que es generador de mayores gastos y, en consecuencia, el reconocimiento de tal situación admite que se generen prestaciones accesorias tanto para las remuneraciones como para las pensiones, con el fin de compensar esos mayores gastos que provocan el aumento de miembros en la familia; desde este modo, no tiene incidencia

(9) Sentencias del 13/02/1996, "Gillespie y otros", C-342/93, EU:C:199646, apart. 16; y de 08/05/2019, "Praxair MRC", C-486/18, EU:C2019:379, apart. 73.

(10) En 2015, de la mano de la Ley de Presupuestos Generales del Estado. El derogado real dec. legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (Generales 29/06/1994). Actualmente se encuentra en el art. 60 del vigente del real dec. legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE del 31/10/2015).

(11) Como se ha dicho, estableció una escala en función de la aportación del número de hijos de cada mujer. Así, establece que para dos hijos el porcentaje a aplicar será del 5%, en caso de tres hijos, un 10%, y en el caso de cuatro o más, un 15%.

(12) MARBAN PINILLAS, María T., "El Complemento de Maternidad en la Pensión por Jubilación", en Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible, publicaciones III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, Libro de Ponencias, Ed. Laborum, Murcia, 2019, t. I, p. 665.

Thomson Reuters

alguna si el progenitor es el padre o la madre o cualquiera de las madres o de los padres, donde en todo caso solo incidirán para la consideración del monto global del ingreso familiar, si fuera común, para determinar la escala de ingreso y el monto del complemento **(13)**.

Ahora bien, en el derecho español en la citada normativa de la LGSS, fuera por el sostenimiento de los hijos, solamente los hijos o las mayores cargas de familia que generan no se define con precisión el bien jurídico que está protegiendo; se plantean dudas sobre la viabilidad jurídica del complemento de pensión, en tanto es un beneficio única y exclusivamente otorgado a las mujeres que hayan sido madres (biológicas o adoptivas) "por su aportación demográfica a la seguridad social", lo que plantea, adicionalmente y sumado a lo anterior, serias dudas sobre su constitucionalidad **(14)**. En el artículo en cita, se hace una referencia a otras cuestiones adicionales tales como al ámbito temporal de vigencia de la norma, la ausencia de periodo de transitoriedad, como tampoco a la retroactividad.

Considera Marban Pinillas en cita, sobre la base de un cuestionamiento cierto, que "de la redacción literal del precepto se puede concluir que el bien jurídico protegido es la aportación demográfica de la mujer a la seguridad social, ya sea mediante hijos naturales o adoptados. Sin embargo, es aquí donde se plantean las dudas puesto que el legislador ha introducido una posible discriminación positiva a la mujer, al no delimitar y focalizar el bien jurídico protegido"; asimismo, que "... dicho precepto tiene como finalidad última introducir una compensación económica por el mero hecho de haber aportado hijos a la sociedad (acción únicamente atribuible a las mujeres) y sin embargo, lo que se debería haber beneficiado (o protegido) es la maternidad en su sentido amplio, así como todas las tareas que conlleva. De hecho, el precepto, en vez de determinar medidas que verdaderamente contribuyan a la compatibilización de la maternidad con el desempeño y desarrollo profesional de la mujer, se limita a cuantificar económicamente con un porcentaje la mera tenencia de hijos". Y continúa: "Más allá de la elusión de la protección de la maternidad y de la continuidad de la carrera profesional de la mujer durante esta etapa, tampoco el legislador ha querido proteger el verdadero bien jurídico, esto es, el cuidado de los hijos y por ende de la familia. La ley parece haber olvidado que el sistema de seguridad social en España se basa en las cotizaciones realizadas básicamente por los trabajadores en activo y dada la baja tasa de natalidad, quizá lo más conveniente hubiese sido incentivar mediante dotación de ciertos beneficios a quienes cuiden de los miembros de la familia y además lo compatibilicen con la carrera profesional. En la actualidad, la medida para compatibilizar el cuidado de la familia y la vida laboral se articula básicamente, en el caso de las mujeres, a través del contrato a tiempo parcial. Es por ello que, mientras esta sea la vía para conjugar ambas obligaciones, estos estímulos deberán ir acompañados de una mejora de las condiciones laborales y retributivas de este tipo de empleos".

IV. Tribunal Constitucional

Por tanto, y considerando lo expresado por el TC **(15)** respecto a la doctrina del principio de igualdad, como se ha expresado en las consideraciones más arriba vertidas **(16)**, "no toda desigualdad de trato en la ley supone una infracción, sino que dicha infracción la produce solo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable; por su parte el principio de igualdad exige que, a iguales supuestos de hecho, se le apliquen iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales dos situaciones de hecho cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racional; el principio de

(13) Asignaciones familiares, constituidas por un subsistema contributivo y no contributivo fundado en los principios del reparto para compensar los mayores gastos que por cargas de familia tengan los trabajadores en relación de dependencia, beneficiarios del sistema de riesgos del trabajo y desempleo.

(14) Develado por caso en la sentencia dictada en el mes de diciembre de 2019 por el Tribunal de Justicia.

(15) El Tribunal Constitucional es un tribunal español independiente de los demás poderes del Estado, también del Poder Judicial. Es el intérprete supremo de la Constitución española y solo está sometido a esta y a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

(16) En MARBAN PINILLAS, María T., "El complemento...", ob. cit., p. 669.

Thomson Reuters

igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino solo aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas, por no venir fundadas en criterios objetivos y suficientemente razonables, de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados; y por último, para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita, no basta con que lo sea el fin que se persigue con ella, sino que es indispensable, además, que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos".

V. Bien jurídico protegido

Es muy interesante, y en una visión compartida con la profesora Marban Pinillas nuevamente en cita, resaltar lo llamativo de considerar que el bien jurídico protegido del precepto legal de la LGSS sea la aportación demográfica de la mujer a la seguridad social, bien sea mediante hijos naturales (biológicos) o adoptados, teniendo en cuenta que no se aplica así en todos los casos. Expresa la citada que "Si se hace un análisis exhaustivo de la normativa, se observa que el porcentaje a atribuir en las prestaciones contributivas de jubilación, incapacidad permanente y viudedad comienza a aplicarse en aquellas mujeres que han contribuido con dos o más hijos". Por tanto, quedan excluidas por completo aquellas mujeres que también contribuyeron con la maternidad, pero que han tenido solamente un hijo o hija. Es aquí donde se advierte una inequidad en la norma: si bien la medida de estímulo demográfico podría evidenciarse gratificando en el complemento abonado con un porcentaje mayor a la mujer que más hijos tiene, no tiene justificación alguna que no se considere aporte al crecimiento demográfico la crianza de un solo hijo, donde hasta la situación podría ser consecuencia de situaciones no queridas, donde la norma llevaría al extremo las consecuencias de un hecho hasta quizás padecido.

Opina Marban Pinillas **(17)** que "desde el punto de vista de promover la natalidad esta medida puede resultar adecuada, desde el punto de vista de reducir la brecha de pensiones y tener un impacto real en la actividad laboral de la mujer, quizás hubiese sido adecuado atribuir, aunque en cuantía inferior, algún porcentaje a las prestaciones de aquellas mujeres que optaron por su aportación demográfica a la seguridad social con un solo hijo, natural o adoptado".

Sobre el particular, no pareciera suficiente la observación, si no se completara con la inadecuada desconsideración de la aportación que también realiza el padre al crecimiento demográfico para la seguridad social tal como está planteado. Ya que, si se considera que la mujer, cuando interrumpe la relación de empleo por maternidad en la legislación española, puede computar los períodos de inactividad en su historia contributiva a los fines de reconocer el mínimo de años computables para la obtención del beneficio de cobertura, estaríamos frente a un caso de discriminación que, aunque positiva, pareciera ser contraria a las previsiones de las normas de la UE y, por tanto, inadecuadas en el funcionamiento de la comunidad. Por otra parte, quedarían también fuera del reconocimiento las adopciones y los nacimientos de hijos biológicos por subrogación de vientre, de acuerdo a la legislación que válidamente las hubiera admitido, de padres españoles o extranjeros residentes que laboraran formalmente conforme la legislación laboral española y, por ende, cotizantes en los términos de la regulación de la LGSS.

Lo antedicho bien reafirmado está, ya que en la legislación vigente que referencia Ballester Pastor **(18)** cuando enumera todas las disposiciones que determinan el marco de protección compensatoria aplicables al nacimiento y al cuidado de los hijos, con que cuenta la mujer.

En principio, existen numerosas medidas en España establecidas para compensar dicha deficiencia en relación al hecho físico de la maternidad, prestación no contributiva de maternidad, cotización efectiva durante el permiso

(17) *Ibidem*.

(18) BALLESTER PASTOR, María A., "El comprometido complemento de pensiones por maternidad en España y su improbable acomodo a la normativa y jurisprudencia antidiscriminatoria de la Unión Europea", Lex Social, 1, vol. 6, 2016, p. 84 en www.lexsocial.es.

Thomson Reuters

de maternidad o la prestación de riesgo durante embarazo o de la lactancia en ocasiones bonificada, cotización ficticia de 112 días por hijo de la DA 44, LGSS... Pero, además, existen también en el ordenamiento español medidas dirigidas directa y exclusivamente a compensar los defectos totales o parciales de la cotización motivados por el acceso a permisos parentales. Se trata del sistema de cotizaciones ficticias establecido para el supuesto de excedencia por cuidado de hijos y para completar al 100% el tiempo cotizado correspondiente a los primeros dos años de reducción de jornada por cuidado de hijos (art. 180, LGSS). Este mecanismo de cotización ficticia referido al disfrute de permisos parentales resulta aplicable a quien quiera que acceda al permiso parental, sea padre, madre o acogedor.

Pero el art. 180, LGSS, no es el único en el ordenamiento que pretende compensar los defectos de cotización por cuidado de hijos: la DA 60, LGSS, atribuye días adicionales de cotización a los trabajadores y trabajadoras con responsabilidades de cuidado cuando hubiera defectos de cotizaciones los meses previos y/o posteriores al parto, a la adopción o al acogimiento. Si se tienen en cuenta las cotizaciones ficticias del art. 180, LGSS, aplicables a los defectos de cotización por permisos parentales y las cotizaciones adicionales ficticias de la DA 60, LGSS, aplicables a los casos de defecto de cotización coetáneos al parto o a la adopción, el marco resultante parece exhaustivo, más aún si se añade en las cotizaciones ficticias previstas exclusivamente para las madres en la DA 44, LGSS.

VI. La cuestión de fondo

En cuanto al fondo, el principio de igualdad de trato supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, en relación al estado matrimonial o familiar en lo relativo al cálculo de las prestaciones, de modo que si a un hombre que percibe una prestación por incapacidad permanente y que tiene dos hijas se le niega la percepción del complemento, se encuentra motivado el planteo pretendiendo que se revierta, en tanto se concede un trato menos favorable a los hombres que han tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados, lo que puede constituir una discriminación directa en el sentido que prohíbe el art. 4º, apart. 1º, de la directiva 79/7.

Si bien ya se lo ha señalado, no excede en esta oportunidad recordar que reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha señalado que la discriminación consiste en la aplicación de normas diferentes a situaciones comparables o en la aplicación de la misma norma a situaciones diferentes.

El carácter comparable de dichas soluciones no debe ser en forma global y abstracta, sino específica y concreta, teniendo en cuenta la finalidad de la norma **(19)**. Y recompensar la aportación demográfica de las mujeres a la seguridad social no puede omitir que la aportación de los hombres a la demografía es tan necesaria como la de las mujeres. Por tanto, la aportación demográfica a la seguridad social no puede justificar por sí sola que los hombres y las mujeres no se encuentran en una situación comparable en lo que respecta a la concesión del complemento de pensión controvertido.

Cabe señalar que, a pesar de que el gobierno español, en respuesta a una pregunta escrita realizada por el Tribunal de Justicia, señaló que el objetivo perseguido por el complemento de pensión no solo consiste únicamente en recompensar a las mujeres que hayan tenido hijos por su aportación demográfica a la seguridad social, sino que además tiende a aminorar la brecha de género existente que impacta en las cotizaciones y con ello en el monto de las pensiones, por interrupción o acortamiento de sus carreras, y, por su parte, el INSS lo justifica por razones de política social, considerando, además, las estadísticas de las que se colige que las mujeres perciben pensiones menores respecto a los hombres, y entre las mujeres perciben más aquellas que no tienen hijos o solo uno respecto a las que tienen dos o más hijos y de este modo concluir en que el art. 60, apart. 1º, de la LGSS tiene por objeto al menos parcialmente a la protección de las mujeres en su condición de progenitor.

Sin embargo, esta cualidad no es solo privativa de las mujeres y, como ya se ha señalado, las diferentes características de las familias podrían, bajo esta concepción, arribar a soluciones arbitrarias, dado que las situaciones de un padre o

(19) Sentencia de 26/06/2018, "M. B. (cambio de sexo y pensión de jubilación)", C-451/16, EU:C:2018:492, apart. 42 y jurisprudencia citada.

Thomson Reuters

una madre podrían ser comparables en cuanto al cuidado de los hijos. Un padre al cuidado de sus hijos podría sufrir situaciones comparables, no compensables y fuera de las excepciones a la prohibición de toda discriminación directa por razón de sexo establecidas, dado que estas son taxativas **(20)** y sentándose en el apartado siguiente que el principio de igualdad de trato no se opone a las disposiciones relativas a la protección de la mujer por maternidad.

Así, puede afirmarse que no se advierten en el art. 60, apart. 1º, de la LGSS en crisis elementos que establezcan un vínculo entre el complemento de pensión y las ventajas que puede sufrir una mujer, y tal como se ha articulado el derecho en la norma, no se ha establecido un vínculo cierto entre su concesión y los permisos por maternidad o las desventajas que sufre la mujer en su carrera debido a la interrupción de su actividad durante el período post parto, el excedentario, ni a su protección biológica, lo que, por tanto, pone de relieve que no está en el ámbito de aplicación de la excepción a la prohibición de no discriminación y, por tanto, no obstará a la facultad que tienen los Estados miembros de excluir de su ámbito de aplicación las ventajas concedidas.

De este modo, el Tribunal de Justicia declaró que la directiva 79/7/CEE del Consejo, del 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma nacional como la que establece el derecho a un complemento de pensión para las mujeres que hayan tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias de pensiones contributivas de incapacidad permanente en cualquier régimen de seguridad social nacional, mientras que los hombres que se encuentran en una situación idéntica no tiene derecho a tal complemento de pensión.

VII. Conclusión

Cabe en la etapa de síntesis sobre el análisis del presente caso rescatar el valor de la sentencia ampliatoria de derechos, en cuanto, a tenor de la declaración realizada en la cuestión prejudicial elevada para resolver, determina que, por encontrarse violado el principio progresivo de igualdad entre hombres y mujeres, para el caso en que un hombre se encuentre en la misma situación que la mujer (haber tenido más de dos hijos o hijas), le corresponde percibir el complemento de pensión contributiva por incapacidad permanente.

Sin embargo, cabe reflexionar que no solo el aspecto planteado es el que hubiera merecido revisión, en tanto y en cuanto el precepto adolece en su planteo protectorio, pues, deja fuera de su aplicación a las prestaciones no contributivas, solo recayendo en las prestaciones contributivas de jubilación, viudedad e incapacidad permanente. También exceptúa, pues, a aquellas mujeres (y hombres) que contribuyeron con dos o más hijos y que no reúnen los periodos mínimos de cotización necesarios para tener derecho a las prestaciones contributivas, lo que el legislador ha olvidado, pues omite considerar que han contribuido demográficamente a la sociedad, aun cuando no alcancen los periodos mínimos de cotización previstos en la Ley General de la Seguridad Social y que precisamente son los que tienen pensiones más bajas, han tenido salarios inferiores y constituyen, por tanto, los grupos más vulnerables.

Más allá de la naturaleza de la prestación, contributiva o no contributiva, el legislador plantea, tal como ha sido redactada la norma, un bien jurídico protegido que no conmueve al verdadero sujeto de protección que es la familia, teniendo que reservarse para las políticas públicas el planteo de las prestaciones necesarias para cubrir las alternativas de compensación. Las tareas de cuidado y la compatibilización con los planes de empleo en el marco de una regulación que contemple el crecimiento familiar, los mayores gastos, el cuidado de la maternidad biológica o adoptiva, en clave de igualdad entre hombres y mujeres, como lo demanda un tratamiento acorde a la realidad.

Por tanto, el articulado y los principios subyacentes de las normas deben responder al bien jurídico protegido y, de este modo, las soluciones serán más claras y permeables al debido control de constitucionalidad.

(20) Directiva 79/7, art. 4º, apart. 1º.

Thomson Reuters

NULIDAD DEL MATRIMONIO

Identidad de género. Se deja sin efecto el divorcio.

Con nota de Patricia F. Martin

1. — Caduca la acción de nulidad de matrimonio por error en la identidad del otro contrayente, en el caso, "confesión" de travestismo, y, se convalida el matrimonio si los cónyuges hubieran vivido juntos durante un año después de desvanecido el error (o de haber cesado la fuerza o la causa del miedo). La permanencia bajo el mismo techo, el sometimiento a tratamiento psiquiátrico o a terapia (no necesariamente derivados de la convivencia marital, ni abocados a la reanudación de la conyugalidad sino posible para recuperar el sosiego), o el mantenimiento de apariencias externas (especialmente por causas justificadas de tipo familiar) no implican necesariamente "vivir juntos" en el sentido que establece el art. 76 CC. "Vivir juntos" comporta que, conocida la cualidad personal anteriormente ocultada y ahora revelada, tal cualidad se admite y acepta por el otro consorte y prosigue la convivencia marital.

2. — No compartimos la tesis de la sentencia apelada de que la cualidad de travesti del demandante no tiene entidad objetiva de error, a efectos de la nulidad del matrimonio. El error en la identidad de la persona del otro contrayente, o en aquellas cualidades personales que, por su entidad, hubieren sido determinantes de la prestación del consentimiento tiene alcance anulatorio cuando, no solo desde la perspectiva subjetiva, sino también desde la objetiva, es razonable entender que de haber sido conocida por el otro contrayente no hubiera prestado su consentimiento matrimonial.

3. — El error en la persona del contrayente, en el caso, no guarda relación con la coincidencia de rol sexual (que el esposo tenga sentimientos y actitudes de mujer, como los de la esposa), pues hoy en día está reconocido el matrimonio homosexual, sino con la aceptación libre y recíproca, con efectos ad intra y ad extera, de la forma de construir conjuntamente la relación sexual y con la exigencia de honestidad al plantear el matrimonio. Si se trata de conductas como el voyerismo, el exhibicionismo o el travestismo, aunque marginales a la relación de pareja, entendemos que constituyen cualidades personales de entidad suficiente como para justificar una nulidad matrimonial, aunque carentes de aquel grado de reproche, puedan incluso dar lugar a matrimonios putativos.

Audiencia Provincial, de Barcelona, 15/01/2020. - Recurso de apelación 405/2019 - F.

[Cita on line: ES/JUR/2/2020]

Sección n° 18 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Calle Roger de Flor, 62-68 - Barcelona - C.P.: 08013 TEL.: 938294459

FAX: 938294466

EMAIL: aps18.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801942120178127148

Recurso de apelación 405/2019 -F

Materia: Proceso especial contencioso divorcio

Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia n° 18 de Barcelona (Familia)

Procedimiento de origen: Divorcio contencioso 666/2017

Parte recurrente/Solicitante: Carlota

Procurador/a: Ricard Simo Pascual

Abogado/a: Lluis Cusi Pradell

Parte recurrida: Fructuoso Procurador/a: Alfonso Mª Flores Muxi

Abogado/a: Alexandre De Vilalta Llinàs

Sentencia N° 21/2020

Barcelona, 15 de enero de 2020

Magistrados:

D. Francisco Javier Pereda Gámez (Ponente) Dª Margarita Noblejas Negrillo Dª Mª José Pérez Tormo

Rollo de Apelación n.: 405/2019

Objeto del recurso: nulidad matrimonial, pensión compensatoria, división de cosa común

Motivo del recurso: error en la valoración de la prueba, incoherencia, inexistencia de caducidad

Antecedentes de hecho

1. Resumen del pleito de primera instancia

Thomson Reuters

El día 4 de octubre de 2017 el Sr. Fructuoso presentó demanda en la que pide el divorcio. Relata que, casados los litigantes en 1975 y con dos hijas, ya mayores de edad, la esposa se ha quedado en la vivienda familiar, pero no pide atribución de uso, en aras a la división de la cosa común. Añade que no hay desequilibrio que pueda generar derecho a pensión compensatoria.

La demandada contesta y dice que el esposo le ha ocultado siempre que era travesti. Pide el uso de la vivienda familiar, una pensión compensatoria de 500 euros al mes durante 3 años (argumenta que el coste de mantenimiento de las dos viviendas es muy diferente, que el esposo rescató 20.000 euros de un seguro de ahorros común y que la vivienda familiar necesita obras de acondicionamiento; y dice que su pensión es menor que la del esposo). Reconviene para pedir la nulidad del matrimonio por error en las cualidades personales del esposo (art. 73, 4° C.c.), por desconocer la identidad femenina de su esposo. Acumula la acción de división de cosa común (f.44: dos inmuebles, colección de trenes eléctricos, ahorros en fondos de inversión, seguro de ahorro) y propone dos lotes.

El actor se opone a la reconvención y dice que en julio de 2014 la esposa ya supo de su condición y han pasado tres años, por lo que la acción ha caducado, al haber convivido más de un año después de conocido el error (art.76 C.c.). Rechaza la asignación de uso de la vivienda a la contraria (sostiene que él es el más necesitado de protección, dice ganar menos, 3.642 euros frente a 2.431) y no admite la comparación de gastos entre fincas, ni haberse quedado el capital rescatado del seguro (sostiene que se aplicó a gastos familiares). Está de acuerdo con los lotes de inmuebles (incluye los ajuares), pero con un pago complementario a su valor por la diferencia de precio del piso de calle ... (95.625 euros), con uso a favor de la esposa hasta su venta y excluye la colección de trenes en miniatura (comprados antes de la convivencia en gran medida y con su propio peculio), el fondo de inversión rescatado y gastos en cargas familiares), las obras de calle ... (pagadas a medias) y las de calle ... (pagadas por él) y son consideración de futuras obras.

El Ministerio Fiscal contesta la demanda reconvencional y se remite al resultado de las pruebas. En conclusiones, dice que el error sobre la cualidad personal (el travestismo) no es suficientemente severo. No considera, sin embargo, caducada la acción porque el hecho se supo en julio de 2014 y en octubre el esposo dejó la vivienda, aunque aparentaran después convivencia por razones familiares.

La Sentencia recurrida, de fecha 22 de diciembre de 2018, tras cita de diversas sentencias, entiende que el ser travesti era una condición latente al momento del matrimonio, que se desarrolló después. Sostiene que no tiene entidad objetiva de error y que no ha condicionado la vida de pareja y que desde la "confesión" del año 2014 las partes compartieron domicilio, ocio, viajes y relaciones familiares, por lo que ha caducado la acción, convalidado por consentimiento matrimonial. Estima la acción de divorcio, atribuye el uso de la vivienda familiar a la esposa hasta división, que acuerda con remisión al procedimiento correspondiente y fijando como bienes los dos inmuebles, deniega la pensión compensatoria y desestima la acción de nulidad matrimonial.

2. Cuestiones planteadas en el recurso

La recurrente sostiene que la sentencia es incoherente pues si el error no era suficiente, no debía analizarse la convalidación del matrimonio. Destaca que el error en la cualidad personal no es negado de contrario. Añade que concurre error en la apreciación de la prueba y que hay error en una cualidad esencial y predica su subjetiva apreciación como válida (la dedicación del esposo al travestismo no era un mero entretenimiento, era un disfraz oculto a todos, no como pasaría en un carnaval). Sostiene que no se cumple la condición de convivencia durante un año después del descubrimiento, esta se rompió, y que no caduca la acción, rota tal convivencia, siendo el plazo de 4 años (art. 1301 C.c.). Cita la STS 10 marzo 1989. Destaca que las fotografías responden al deseo de no perjudicar a las nietas e hijas, pero no prueban convivencia marital. Insiste en reclamar la pensión compensatoria y en la conformación de los lotes y en la división de bienes, como reclamó.

El Ministerio Fiscal pide la confirmación de la sentencia. Considera que la condición de travesti no es un aspecto de la personalidad de tal envergadura que afecte al consentimiento matrimonial, lo valora subjetivamente la actora y se ha convalidado con la convivencia, caducando la acción por el paso de un año.

La parte apelada se opone al recurso, defiende los argumentos de la sentencia y dice que la acción ha caducado y que persistió la vida de pareja durante más de un año. Rechaza también las pretensiones complementarias.

3. Trámites en la Sala

El asunto presenta diligencia de reparto de 15 de mayo de 2019. Se ha practicado prueba documental y no se ha celebrado vista. La deliberación y votación de la Sala se señaló para el día 17 de diciembre de 2019. Esta resolución no se ha dictado en el plazo previsto en el art. 465.1 de la Ley de Enjuiciamiento civil (LEC), lo que se hace constar a los efectos del art. 211.2 LEC.

Thomson Reuters

Fundamentos de derecho

1. Caducidad de la acción

Ciertamente, si se consideraba que no hubo error esencial, no cabía ya estudiar si el error se convalidó, de modo que el argumento de la sentencia que afirma esto último solo tiene valor a fortiori.

La mejor doctrina niega que la acción de nulidad matrimonial esté sometida a plazo de prescripción. La Ley no establece prevención específica alguna y, destacando la institucionalidad del matrimonio respecto a su contractualidad, entendemos que no es aplicable el art. 130 C.c.

Lo primero que debemos resolver es si la acción ha caducado o no.

El art. 73 C.C. establece que es nulo cualquiera que sea la forma de su celebración el matrimonio celebrado por error en la identidad de la persona del otro contrayente o en aquellas cualidades personales que, por su entidad, hubieren sido determinantes de la prestación del consentimiento y el art. 76 añade que en los casos de error (también de coacción o miedo grave) caduca la acción y se convalida el matrimonio si los cónyuges hubieran vivido juntos durante un año después de desvanecido el error (o de haber cesado la fuerza o la causa del miedo).

La cuestión se centra en la valoración de la expresión "vivir juntos", durante un año, que solo puede ser entendida como la continuación o reanudación de la convivencia en los parámetros propios de la relación conyugal anterior (o la inicialmente previsible, si el error se descubre de inmediato, tras contraer matrimonio).

El art. 68 C.c. establece que los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente y el art. 69, que se presume, salvo prueba en contrario, que los cónyuges viven juntos. Sin embargo, esta presunción queda destruida a partir del momento en que, como reconocen ambos litigantes, hubo una "confesión" de travestismo que causó un enorme choque emocional, hecho de suficiente entidad para romper la presunción. Tal conocimiento por parte de la esposa comporta, sin duda, una alteración de la normal armonía conyugal.

En estas condiciones, la permanencia bajo el mismo techo, el sometimiento a tratamiento psiquiátrico o a terapia (no necesariamente derivados de la convivencia marital, ni abocados a la reanudación de la conyugalidad sino posible para recuperar el sosiego), o el mantenimiento de apariencias externas (especialmente por causas justificadas de tipo familiar) no implican necesariamente "vivir juntos" en el sentido que establece el art. 76 C.c. "Vivir juntos" comporta, en el contexto que analizamos, que, conocida la cualidad personal anteriormente ocultada y ahora revelada, tal cualidad se admite y acepta por el otro consorte y prosigue la convivencia marital. Para que la vida en común suponga una suerte de convalidación tácita, debe quedar suficientemente acreditado que tal vida en común, como la propia del matrimonio, se ha llevado a cabo (carga de la prueba que corresponde a quien alega la excepción de caducidad). No es suficiente con probar una apariencia de convivencia frente a terceros, ha de quedar acreditada la firmeza de una voluntad de la esposa de renunciar a la acción (lo que la doctrina denomina la superación del spatium deliberandi).

2. La prueba sobre las condiciones relacionales ("vivir juntos") y el plazo

La prueba practicada ha sido escasa, limitada fundamentalmente a los interrogatorios de ambos litigantes, que se consideran en la medida en que contienen la admisión de hechos personales y perjudiciales.

Es preciso que la situación de "vivir juntos" se prolongue por un año y no consta que tal plazo se cumpliera entre el conocimiento, en julio de 2014, de la cualidad personal ocultada y julio de 2015: la esposa niega la convivencia desde septiembre de 2014 ("desde septiembre de 2014 el esposo ya no estaba en el domicilio conyugal, viajaba, y hasta diciembre no volvió a casa, ni después") y el esposo declara que "de octubre a diciembre de 2014" él estuvo viviendo en calle ... . Por tanto, no hubo convivencia convalidante tras conocerse la causa de nulidad.

Para navidades de 2014 el esposo estuvo en la casa común "por la familia" y durante los primeros meses de 2015 ambos reconocen que el esposo sufrió una operación y que la esposa le acogió, en su convalecencia, de modo que la acogida respondió a una ayuda humanitaria ("no tenía a nadie más", dice la esposa), no conyugal. De forma dudosa, a partir de mediados de 2015, dice el Sr. Fructuoso que "yo diría que [la persistencia de la convivencia] duró más de un año", lo que afirma sin contundencia, fijando la fecha de estancia en la calle ... a causa de la operación hasta abril de 2016. Se produjo una nueva ausencia antes del año y él mismo reconoce que antes de ocho meses, su esposa el 31 de diciembre de 2016 "le echó de la cama" y que desde el 1 de abril de 2017 vive en calle ...

No hay, por tanto, un periodo temporal acreditado de un año de convivencia conjunta ininterrumpida en el sentido que hemos indicado. No se reconduciría la apreciación de la convivencia al mantenimiento de relaciones sexuales (no acreditadas y aun impropias

Thomson Reuters

de vida marital si son ocasionales y con ánimo reconciliatorio por parte del marido), pues aun existiendo estas si no son more uxorio no son tales, ni afectan al cómputo del plazo los viajes y las actividades sociales y familiares que buscaban mantener en el ámbito de la intimidad la problemática y no perjudicar a los nietos.

Roto el tracto marital y no existiendo convivencia conyugal inmediata, ya no era posible la fijación de un nuevo dies a quo, y el inicio de un nuevo plazo de caducidad. La caducidad en las relaciones jurídicas indisponibles no pueden suspenderse (art. 122-2.1 CCCat). El plazo se inicia cuando nace la acción y no después (art. 122-5 CCCat). Ambos discrepan sobre si hubo o no continuidad en la relación, pero este dato ya no es importante.

En todo caso y como argumentos complementarios, diremos que:

a) El Sr. Fructuoso reconoce que en 2010 se apuntó al club ... y que no dio a conocer su condición de travesti a la esposa hasta 2014; en octubre de 2014 fueron a ... para intentar recuperar la relación; ella le dijo que no quería convivir con él, pero siguieron conviviendo con voluntad de recomponer la situación y visitaban al psiquiatra y al psicólogo; después de saber su mujer que se travestía persistió "una normalidad" (distinta que la de antes); iban al psicólogo y al psiquiatra por separado y juntos, para intentar seguir el matrimonio; la esposa decía que "a ver cómo lo recomponían" refiriéndose a no travestirse; le dijo que no quería convivir con él, pero siguieron conviviendo con voluntad de recomponer la situación, lo que diría él que duró más de un año; compartieron camas únicas y algunas cosas más correspondientes a la intimidad; las hijas se enteraron en 2014 de su afición. De sus propias declaraciones se deduce que la relación conyugal anterior y la comunidad de vida quedó interrumpida tal y como venía siendo concebida y ejercida y que se inició una etapa de confusión.

b) La Sra. Carlota afirma que el 27 de julio de 2014 el esposo le dijo que le gustaba vestirse de mujer y que lo había estado practicando toda su vida; con ello, "no sabía a quién tenía delante", que intentó averiguar qué pasaba, visitó al psicoanalista de él, fue al club de travestis (del que no consta fecha de baja de su marido, pero sí de alta, según las redes); al inicio él le decía que iban a ser "compañeras" de piso; hacía mucho tiempo que alegando problemas de próstata su esposo había dejado de mantener relaciones maritales con ella; a fines de 2014 él estuvo en casa por navidades, por la familia; hasta la primavera estuvo en casa por cuestiones de salud (se operó) y ella le acompañó porque el Sr. Fructuoso no tenía a nadie más, pero luego no quería irse de su casa; la habitaban, pero no juntos, en la habitación del matrimonio, nunca; han compartido piso sin voluntad de mantener la convivencia como matrimonio; en 1 de abril de 2017 el esposo se instaló en calle ... y han compartido presencia conjunta con la familia, por el bien de la descendencia.

c) No hay duda de que el no "convivir juntos" es compatible con el mantenimiento de una apariencia social de normalidad, especialmente para no perjudicar a las nietas, con estancias en casa de una hija, de vacaciones, o acudiendo a alguna cena. Descansar en camas juntas (no probado) o separadas, y aparecer juntos en fotografías familiares se puede deber a un deseo de mantener las apariencias, e incluso para proteger la propia intimidad del Sr. Fructuoso. Ello explica suficientemente las vacaciones de verano en ... y el compartir momentos familiares (comunión en ..., Navidad en casa de su hija, un bautizo, e incluso visita a unos cuñados).

En suma, no hay vida conjunta sino a lo sumo un intento de reconciliación, rota la caducidad, ni por el hecho de haber intentado ambos litigantes solucionar sus crisis personales o de pareja (más aguda en la esposa tras la confesión), ni por el hecho de que, frente a sus familiares más directos (hijas y nietos), para no perjudicarlos y en el ámbito social hubieran aparentado (incluso en interés del esposo y de su derecho al libre desarrollo de su personalidad como travesti) una normalidad. El esposo admite haber mantenido reuniones familiares (con convivencia) incluso después de la fecha en que él mismo sitúa la separación definitiva (31 de diciembre de 2016) y es razonable que, como progenitores y como abuelos, hayan intentado aparentar una cierta normalidad, compatible con una separación real.

3. El error en la cualidad personal

No compartimos la tesis de la sentencia apelada de que la cualidad de travesti del demandante no tiene entidad objetiva de error. El error en la cualidad personal no ha sido negado por el demandado reconvencional y la prueba practicada lleva a la estimación de que, efectivamente, concurrió.

El error en la identidad de la persona del otro contrayente, o en aquellas cualidades personales que, por su entidad, hubieren sido determinantes de la prestación del consentimiento tiene alcance anulatorio cuando, no solo desde la perspectiva subjetiva, sino también desde la objetiva es razonable entender que de haber sido conocida por el otro contrayente no hubiera prestado su consentimiento matrimonial.

El error implica que la voluntad (de la esposa) manifestada al exterior y la voluntad interna son coincidentes, pero se han formado de manera defectuo-

Thomson Reuters

sa sobre la base de circunstancias o ideas que no se ajustaban a la realidad y que de haberlas conocido en su justa medida ese consentimiento no se hubiera formado o lo habría hecho de forma distinta y, desde luego, no se hubiera emitido tal y como se hizo. Por ello, tanto en el caso de error en la identidad del otro contrayente como en el de error en sus cualidades personales se emite una declaración que, aunque defectuosa, es coincidente con la inicialmente querida en el fuero interno de quien la exterioriza. Como vicio del consentimiento, es causa de nulidad del matrimonio cuando es de especial trascendencia y determinante de la declaración de voluntad exteriorizada (SAP, Civil sección 24 del 27 de enero de 2016 (ROJ: SAP M 1361/2016 - ECLI:ES:APM:2016:1361), en un caso de reserva mental).

El error no guarda relación con la coincidencia de rol sexual (que el Sr. Fructuoso tenga sentimientos y actitudes de mujer, como los de la Sra. Carlota), pues hoy en día está reconocido el matrimonio homosexual, sino con la aceptación libre y recíproca, con efectos ad intra y ad extera, de la forma de construir conjuntamente la relación sexual y con la exigencia de honestidad al plantear el matrimonio. No sería admisible, desde la perspectiva de la institución matrimonial, si se basara en relaciones de subyugación (machismo, violencia, sadismo, masoquismo), si estas se dieran a conocer después de contraer matrimonio, de modo que podrían ser causa de nulidad matrimonial y comportarían un juicio de reproche severo, con efectos ex tunc. Si se trata de conductas como el voyerismo, el exhibicionismo o el travestismo, aunque marginales a la relación de pareja, entendemos que constituyen cualidades personales de entidad suficiente como para justificar una nulidad matrimonial, aunque carentes de aquel grado de reproche, puedan incluso dar lugar a matrimonios putativos.

La STS de 18 de septiembre de 1989 dice que dentro del número 4° del artículo 73 del Código Civil, la doctrina viene distinguiendo entre el error obstativo, que recae sobre la identidad del otro contrayente y el error- vicio, o error propiamente dicho acerca de las cualidades personales, siendo este el típico error del negocio matrimonial. Aun cuando no hay posturas unívocas ni pacíficas acerca de las cualidades personales, se entiende que la cualidad personal se predica tanto de la dimensión física de la persona como de la psíquica.

Se ha considerado error prestar consentimiento matrimonial en el convencimiento de ser el padre de la menor alumbrada posteriormente por la esposa (SAP, Civil sección 22 del 19 de febrero de 2016 (ROJ: SAP M 2091/2016 - ECLI:ES:APM:2016:2091)

Sin entrar en consideraciones sobre cross-dressing y travestismo, ni sobre las diferencias médicas, sociológicas o sexuales sobre las llamadas "inversiones", no hay duda de que el travestismo no es ajeno a la creación de una apariencia de condición femenina, ni a un trasfondo erótico (aunque lo practique un heterosexual y aunque no suponga relaciones sexuales con otras personas) y constituye por ello una condición personal. Tal condición suele ocasionar problemas de confusión y de identidad en la persona afectada, implica una producción, uso y presentación a terceros del cuerpo voluntariamente diverso del aparente y puede ser repudiada razonablemente por quien pretende contraer matrimonio y mantener una convivencia prolongada en el tiempo con la persona que lo practica. Es una opción marcada por la discreción, pero cuyo conocimiento por uno o una contrayente es sin duda significativo en la apreciación de las cualidades personales y con ello en la configuración el consentimiento matrimonial. En la ambivalencia de mostrarse en público anida un deseo de revelarse, la búsqueda de un reconocimiento identitario distinto del que el otro consorte y la sociedad en general puede presumir.

Se trata de una cualidad esencial o identificante, psicológica (calificada como esencial, por parte del otro cónyuge): la esposa afirma que no se hubiera casado de haber conocido la condición del esposo de travesti, ambas partes reconocen la intervención de psiquiatra y psicólogo tras ser descubierto el secreto; ella no aceptó en 2014 la nueva condición revelada, ni la consiente ahora; el esposo dice que, según el psicólogo, su condición forma parte de su naturaleza.

Es una cualidad también esencial o identificante desde la perspectiva sociológica: la opinión común, en el ambiente familiar o social se identifica con la consideración de que ese dato de hecho puede condicionar el consentimiento matrimonial (como lo demuestra que el propio Sr. Fructuoso lo oculte). Objetivamente, el matrimonio (canónico en este caso, único reconocido por el Estado antes de la Constitución, vinculado por los Acuerdos con la Santa Sede de 1979) cumple una función social en el ordenamiento jurídico que el Estado debe velar por que sea respetada. El matrimonio constituye una unión íntima querida como libre y respetuosa entre cónyuges (art. 66 C.c.), no violentada por tendencias unilaterales disonantes con su concepción, basada en el interés familiar y la fidelidad (art. 68 C.c.), entendidos no solo desde la perspectiva monogámica, sino adecuados a los roles y parámetros de conducta generalmente admitidos.

Por último, el error ha de concurrir a la fecha de la manifestación del consentimiento matrimonial, lo que obliga a estudiar si ha quedado probado que en 1975 el esposo ya tenía la tendencia a travestirse.

Thomson Reuters

En su interrogatorio de forma evasiva, el Sr. Fructuoso dice que no puede definir su situación de travesti en torno a 1975, pero en la reseña que publica en Internet manifiesta que empezó a probar vestidos de mujer de su madre y otras mujeres a los 10 años de edad, más o menos, y que fue con su independencia económica que desarrolló su travestismo. Por tanto, nos situamos en la edad de trabajar. Nacido en 1949 se casó con 26 años, razonablemente ya había acabado los estudios y trabajaba antes de la celebración del matrimonio. En la tesis doctoral que se acompaña se define una etapa de boom eroticosexual de los subterráneos del tardofranquismo y la "transición" (la fecha en que el Sr. Fructuoso se casó) y se recoge que " Serafina ", cuya mujer se dedica mensualmente a revisar las cuentas en común, dedicaba los 70 euros que cada semana retiraba del banco para comer a ahorrarlos para comprarse ropa femenina (comiendo apenas barritas energéticas) y a menudo marcaba el billete de metro simulando que regresaba a casa. Tenía más de 1.000 fotografías en su perfil de Facebook que retiró tras confesar su afición.

En suma, se estima el recurso, lo que comporta dejar sin efecto la declaración de divorcio y admitir la nulidad matrimonial. Entendemos razonablemente justificado que la causa del error existía en el momento de manifestar la esposa el consentimiento matrimonial.

4. Los efectos de la nulidad

Establece el art. 79 C.c. que la declaración de nulidad del matrimonio no invalidará los efectos ya producidos respecto de los hijos y del contrayente o contrayentes de buena fe y que la buena fe se presume. Cuando el matrimonio se contrae en la creencia, de uno o de ambos contrayentes, de su validez, la declaración de nulidad no produce efectos retroactivos.

Ninguno de los litigantes ha alegado, ni probado, mala fe y no hay elemento alguno que signifique prueba de dolo o reticencia por parte del esposo al contraer matrimonio. Ocultó una cualidad personal esencial, pero no se prueba que lo hiciera con mala fe. En las condiciones sociológicas del año 1975, es plausible no solo que tal condición generara contradicciones profundas al Sr. Fructuoso , sino también que el rechazo social hubiera supuesto una estigmatización.

Por todo ello, la nulidad tendrá efectos a partir de la fecha de esta sentencia.

5. La pensión compensatoria

La pretensión económica no se formula desde la perspectiva del art. 84 C.c., sino del art. 233-14 CCCat.

La esposa tiene 67 años y el matrimonio ha durado 42 años. La vivienda familiar pertenece en común y proindiviso a ambos litigantes y también otra en común, en la calle ..., donde reside el esposo.

El esposo recibe 2.079 euros al mes de pensión. El 2 de octubre de 2014 rescató el seguro de vida "a dos cabezas", por 20.015,85 euros, pero no tiene sentido calcular los ingresos del esposo con suma de un prorrateo por lo que retiró del seguro común y reclamar, a tenor de tal prorrateo, trianual, que la pensión compensatoria se devengue por 3 años. No estamos ante la devolución aplazada de un capital y si la esposa entiende que no fue correcto el reintegro, tiene otras acciones para hacerlo valer.

Ambos litigantes han desarrollado sus respectivas carreras profesionales y se ganaron la vida. Ambos, ya jubilados, cobran la pensión en la franja alta. No hay desequilibrio económico.

6. La reclamación de lotes concretos

La acción de división afecta a dos bienes inmuebles, a la colección de trenes eléctricos, a los supuestos ahorros en fondos de inversión y al seguro de ahorro y no es posible resolver sobre su reparto y adjudicación sin remitir al procedimiento de los arts. 806 y ss. LEC. Las partes no han podido llevar a cabo sus valoraciones y no hay suficiente prueba para decidir. El perito Sr. Inocencio valora los trenes adquiridos durante la convivencia en 15.138 euros, pero el esposo no ha tenido oportunidad de oponer su inclusión o no en el inventario. La Sra. Zulima , de una empresa consultora, valora el piso de calle ... en 172.500 euros y el de calle ... en 363.750 euros. Faltaría por determinar el valor del resto de los bienes comunes.

En todo caso, hay que recordar que no cabe considerar los gastos históricos en obras, ni los gastos en suministros de ambos inmuebles y que, aunque los pisos presenten diferente superficie y valor, caben compensaciones por la diferencia.

7. Las costas

Las costas del recurso no deben imponerse, de conformidad con los arts. 398.1 y 394 de la LEC.

Fallo: 1. Estimamos en parte el recurso de apelación y revocamos la sentencia de instancia. 2. Estimamos en parte la demanda y la demanda reconvencional y: a. Declaramos la nulidad del matrimonio contraído entre los litigantes el 12 de diciembre de 1975, con efectos desde la fecha de esta sentencia. b. Atribuimos a la Sra. Carlota el uso de la vivienda familiar hasta la división de la cosa común, que acordamos, con remisión al procedimiento correspondiente. c. No ha lugar

Thomson Reuters

a pensión compensatoria. d. Desestimamos la acción de divorcio. e. No nos pronunciamos sobre las costas de instancia. 3. No nos pronunciamos sobre las costas del recurso. Contra esta sentencia cabe recurso de casación en los supuestos del número 3° del artículo 477.2 de la LEC y recurso extraordinario por infracción procesal cumulativamente (D.F. 16ª, 1. 3ª LEC). También cabe recurso de casación, en relación con el Derecho civil catalán, sustantivo y procesal, en los supuestos del artículo 3 de la Llei 4/2012. Los recursos deben ser interpuestos ante esta Sección en el plazo de veinte días. Desestimado el recurso dese al depósito constituido, en su caso, el destino legal (V. disp. 15ª L.O. 1/2009). Una vez se haya notificado esta sentencia, los autos se devolverán al Juzgado de instancia, con testimonio de la misma, para cumplimiento. Así lo pronunciamos y firmamos.

Travestismo y error esencial: ¿Quién yerra?

Patricia F. Martin (*)

Sumario: I. El caso.— II. Nuestro derecho.— III. Error esencial: otra mirada.

"La heterosexualidad no es normal, es normada".

Eric Fassin.

I. El caso

Las partes son Fructuoso y Carlota. Se casaron en 1975, formaron una familia y tuvieron dos hijas, ya mayores de edad al momento del proceso. La demanda de divorcio fue planteada por Fructuoso el 4 de octubre de 2017. Carlota reconvino por nulidad de matrimonio, indicando que desconocía la identidad femenina de su esposo, quien le había confesado, unos pocos años antes, que era travesti. Fructuoso dijo que en julio de 2014 la esposa ya supo de su condición y pasaron tres años, por lo que la acción había caducado, ya que convivieron más de un año después de conocido el error.

El fiscal de primera instancia indicó que "el error sobre las cualidades personales no era suficientemente severo".

La sentencia recurrida, del 22 de diciembre de 2018, señaló que "ser travesti era una condición latente al momento del matrimonio que se desarrolló después". Sostiene que no tiene entidad objetiva de error y que no ha condicionado la vida de la pareja, que desde la "confesión" del año 2014 las partes compartían domicilio, ocio, viajes y relaciones familiares, por lo que ha caducado la acción y ha quedado convalidado el consentimiento matrimonial. Hizo lugar al divorcio y desestimó la de nulidad matrimonial.

Frente a este pronunciamiento, Carlota recurrió y alegó que la sentencia es incoherente. Si el error no era suficiente, no debía analizarse la convalidación del matrimonio, el error en la cualidad personal no es negado, por el contrario. Añadió que concurría error en la apreciación de la prueba y que hay error en una cualidad esencial y predica su subjetiva apreciación como válida (la dedicación del esposo al travestismo no era un mero entretenimiento, era un disfraz oculto a todos, no como pasaría en un carnaval).

(*) Abogada. Secretaria —interina—, Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil nro. 81 con competencia exclusiva en asuntos de Familia y Capacidad de las Personas. Especialista en Derecho Procesal Profundizado.

Thomson Reuters

El Ministerio Fiscal pidió la confirmación de la sentencia. Consideró que la condición de travesti no es un aspecto de la personalidad de tal envergadura que afecte el consentimiento matrimonial, lo valora subjetivamente la actora y se ha convalidado con la convivencia, caducando la acción por el paso de un año.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, del 15 de enero de 2020, hizo lugar al recurso de Carlota, considerando que en este caso se trató de un error esencial, toda vez que la esposa no hubiera contraído matrimonio de haber conocido la condición "travesti" de su pareja y que la causa del error existía en el momento de manifestar la esposa el consentimiento matrimonial.

II. Nuestro derecho

En nuestra legislación, el art. 425, en su inc. c), del Cód. Civ. y Com. —al referirse a la nulidad matrimonial— remite a los vicios del consentimiento previstos en el art. 409 del mismo orden normativo, que reza: "Son vicios del consentimiento: a) la violencia, el dolo y el error acerca de la persona del otro contrayente; b) el error acerca de las cualidades personales del otro contrayente, si se prueba que quien lo sufrió no habría consentido el matrimonio si hubiese conocido ese estado de cosas y apreciado razonablemente la unión que contraía".

El juez debe valorar la esencialidad del error, considerando las circunstancias personales de quien lo alega. El cónyuge afectado por el vicio pude valerse de cualquier medio de prueba. Debe demostrarse que se está frente a un error de hecho esencial y que fue determinante en la manifestación de voluntad del otro contrayente.

Así, el régimen de nulidad matrimonial cuenta con normas propias que le permiten resolver las cuestiones que se presenten sin que sea menester recurrir a la nulidad de los actos jurídicos en general y en cuanto a los vicios del consentimiento matrimonial, ha de recurrirse a las normas referidas a hechos y actos jurídicos (Libro primero, parte general, título IV).

Al respecto, se ha dicho que "Únicamente está facultado para accionar el esposo que ha padecido el dolo, el error o la violencia. Quien ejerce la acción de nulidad fundado en esta causal es quien debe acreditar que se ha producido el vicio del consentimiento que alega. Convengamos que cada vez es más difícil que tanto este caso como el anterior (falta de salud mental) se den en la actualidad. Hoy es casi una costumbre que los novios convivan antes de casarse. Aun cuando no lleguen a cohabitar, transcurren muchos períodos juntos, pequeñas convivencias tales como vacaciones, fines de semana, etc., lo que hace improbable que se dé alguna de las circunstancias descriptas sin que el otro contrayente conozca el vicio" **(1)**.

Las mismas autoras señalan: "el tema del error como vicio del consentimiento para anular las nupcias reconoce una larga historia y atravesó diferentes etapas: Desde una primera fase, en la que solo se aceptaba el error en la persona física pasando por una intermedia que incluía el error en la identidad civil, para llevar —finalmente— a la postura actual y receptada por distintos Códigos, que incorpora la posibilidad de solicitar la nulidad del matrimonio cuando mediare error en las cualidades esencias del otro contrayente (...)". Es también la solución del art. 73 del Código Civil español, que establece que es nulo el matrimonio, cualquiera que sea la forma de su celebración, cuando se ha contraído "por error en la identidad de la persona del otro contrayente o en aquellas cualidades personales que, por su entidad, hubieran sido determinantes de la prestación del consentimiento".

En lo que aquí interesa, esto es, la esencialidad del error se recuerda: "ya en el ámbito nacional, la sala B, de la Cámara Nacional Civil tuvo ocasión de aplicar la solución de la ley 23.515 y anuló un matrimonio por considerar que se había configurado el error en las cualidades esenciales de uno de los contrayentes. Se dijo entonces, sintéticamente, que 'no interesa cuál es el origen o la causa del cambio de las cualidades del demandado en la medida en que no son provocadas por el otro cónyuge. Lo que interesa es que cambió radicalmente, lo que es una forma de probar el error en que incurrió la demandante al "creer" que poseía las que demostró en el

(1) CHECHILE, Ana M., comentario art. 425, en Kemelmajer de Carlucci, Aída - HERRERA, Marisa - Lloveras, Nora (dir.), Tratado de derecho de familia, t. I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017, p. 220.

Thomson Reuters

noviazgo' (CNCiv., sala B, 19/05/1988, 'P. de E., G. v. E., J. L.", LA LEY, 1988-201). Esta sentencia, en su oportunidad, fue criticada por ZANNONI, que entendía que se estaban imputando al demandado conductas que podrían fundar una sentencia de divorcio. Añadió, en ese entonces, que el error sobre las cualidades del otro contrayente recae sobre circunstancias personales relativas a este, preexistentes a la celebración del matrimonio y que, de haber sido conocidas por quien alega el error es razonable inferir que lo habrían determinado a no casarse. El fallo (...) transforma un caso de divorcio en supuesto de nulidad de matrimonio... (ZANNONI, Eduardo A., 'El error sobre las cualidades personales del otro contrayente como causa de nulidad del matrimonio', en LA LEY, 1988-E, 201)".

El error que se esgrime para solicitar la nulidad de las nupcias debe ser determinante, es decir, debe ser de tal magnitud que —tal como lo estipula el precepto—, si se hubiese conocido el real estado de cosas y apreciado razonablemente, el matrimonio no se hubiera contraído **(2)**.

También se ha sostenido que "Resulta procedente la demanda de nulidad de matrimonio si el consentimiento matrimonial de uno de los contrayentes estuvo viciado por el error en las cualidades del otro —en el caso, la orientación sexual del demandado—. Ello, toda vez que fue la orientación sexual del demandado la que impidió que su matrimonio fuera consumado y provocó la ruptura de este. Dicha faceta del demandado determina la concurrencia de un *error qualitis* que conforma una característica esencial de singular importancia en la valoración de las condiciones del accionado a la luz de la vida marital y su desconocimiento por parte de la actora debe reputarse decisivo en el otorgamiento del consentimiento matrimonial. Lo que se juzga no es la orientación sexual del accionado por cuanto esta es un aspecto de su personalidad que se encuentra dentro de las acciones privadas de los hombres protegidas constitucionalmente y respecto de la cual nadie tiene derecho a inmiscuirse —art. 19 de la CN—. Solo se valora la misma como causal de nulidad de matrimonio. Es decir, en la medida que aquella afecta tanto los derechos de terceros —en el caso de la cónyuge— que es uno de los valladares inexpugnables que impone nuestra Carta Magna a las mencionadas acciones privadas de los hombres como así también aspectos esenciales de la vida matrimonial y en tanto su conocimiento previo al casamiento hubiera sido determinante para que uno de los contrayentes no prestara el consentimiento que dicho instituto requiere para su celebración" **(3)**.

En cuanto al error en las cualidades, es el que recae sobre circunstancias personales de los contrayentes que eran desconocidas por el otro en el momento de la unión y que afectan el consentimiento, en tanto este no hubiera sido prestado en caso de conocerlas, y en tal sentido debe ser determinante, excusable y esencial. Resulta imposible realizar una categorización a priori de las circunstancias que pueden alegarse como error en las cualidades personales. En nuestros tribunales pueden mencionarse los casos de negativa posterior a contraer matrimonio religioso cuando se sabía que este fue una condición determinante para contraer la unión propuesta. En la mayoría de las ocasiones el error no será espontáneo, sino inducido por el dolo del otro contrayente, pero nuestro ordenamiento permite admitir supuestos en los cuales el error se produzca sin la intención del otro consorte **(4)**.

En el mismo sentido, que "el error sobre las cualidades personales del contrayente que permite declarar la nulidad del matrimonio recae sobre circunstancias personales preexistentes a este y, que de haber sido conocidas por quien alega el error, es razonable inferir que lo habrían determinado a no casarse, lo cual debe ser estimado en cada caso por el prudente arbitrio judicial" **(5)**.

(2) KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída - HERRERA, Marisa - LLOVERAS, Nora, (dir.), Tratado de derecho de familia, cit., ps. 183 y ss.

(3) CNCiv., sala C, 23/05/2011, sumario 21.949 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil.

(4) ROVEDA, Eduardo G. - PERES, Agustín, comentario art. 409, en RIVERA, Julio César - MEDINA, Graciela (dirs.), Código Civil y Comercial de la Nación comentado, t. II, Thomson Reuters - La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 21.

(5) STJ Río Negro, 07/10/2008, "H., G., v. G., M.", LL Online.

Thomson Reuters

En otro supuesto, se ha sostenido que "Corresponde la nulidad del matrimonio por error en las cualidades personales de uno de los contrayentes cuando quedó demostrado que el marido mantenía una relación paralela con otra mujer al tiempo que contrajo matrimonio y que la mantuvo hasta casi un año después de celebrado aquel sin que su cónyuge supiera de ello" **(6)**.

Está previsto también en el Código Civil español, art. 73; Código Civil italiano, art. 122; Código Civil de Brasil, art. 1556; Código Civil de Perú, art. 277.

En esta instancia cabe recordar que, en la legislación argentina, la Ley de Identidad de Género 26.743 (9/05/2012), en su artículo segundo, define a la identidad de género como "...la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales".

A su turno, el art. 13 protege, a su vez, el ejercicio del derecho al establecer: "Toda norma, reglamentación o procedimiento deberá respetar el derecho humano a la identidad de género de las personas. Ninguna norma, reglamentación o procedimiento podrá limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio del derecho a la identidad de género de las personas, debiendo interpretarse y aplicarse las normas siempre a favor del acceso al mismo".

Lo mismo ha sido contemplado en otros países (ver las leyes de Dinamarca en 2014; Ciudad de México, Malta, Colombia e Irlanda en 2015 y Noruega en 2016 y Portugal en 2018).

(6) CNCiv., sala C, 22/12/2010, "A. R. v. C., P. A.", AP 1/70068722.

III. Error esencial: otra mirada

Ahora bien, me interesa abordar este caso únicamente desde el punto de vista del "error esencial" y la apreciación realizada por los distintos intervinientes en el caso. Indagar acerca de la condición travesti y cuánto pesa ello en la configuración o ponderación de un error como "esencial", así como los efectos de que ello así ocurra en la intervención jurisdiccional que, sin duda alguna, debe imponerse –como obligación constitucional y convencional— un ejercicio que ampare aloje y potencie el pleno reconocimiento de la diversidad, de la multiplicidad y de las disidencias sexuales y reproductivas.

¿Qué significa ser travesti? En términos generales, la palabra "travesti" forma parte de las categorías utilizadas para hablar de identidad de género, no de orientación sexual. De manera similar a "trans", "transexual" y "transgénero", "travesti" es un término que *reúne a un grupo diverso de personas* que no se identifican con el sexo asignado al nacer (...) en muchos lugares de Latinoamérica, particularmente en Argentina, el término travesti designa una identidad política que reivindica el derecho a autodefinirse más allá del binario de género. Como lo explicó la activista argentina Lohana BERKINS en "Travestis: una identidad política" (2006): "Las travestis somos personas que construimos nuestra identidad cuestionando los sentidos que otorga la cultura dominante a la genitalidad. *La sociedad hace lecturas de los genitales de las personas* y a estas lecturas le siguen expectativas acerca de la identidad, las habilidades, la posición social, la sexualidad y la moral de cada persona. Se considera que a un cuerpo con un pene seguirá una subjetividad masculina y a un cuerpo con una vagina seguirá una subjetividad femenina. El travestismo irrumpe en esta lógica binaria de las sociedades occidentales que oprime a quienes se resisten a ser subsumidas y subsumidos en las categorías 'varón' y 'mujer'" **(7)**.

La misma autora señala que la palabra "Travesti" viene de las palabras latinas "trans" que quiere decir "cruzar" o "sobrepasar" y

(7) MARTÍNEZ, Juliana, "Travesti, una breve definición", 29/01/2020, www.sentiido.com/travesti-una-breve-definicion/.

Thomson Reuters

"vestite"/"vestire", que quiere decir "vestir". A principios del siglo XX, el término "travesti" fue apropiado por discursos científicos patologizantes que, particularmente desde la psiquiatría (especialmente Magnus HIRSCHFELD - Harry BENJAMIN), nombraban la discordancia entre el sexo asignado al nacer y la identidad y la expresión de género como trastornos de la identidad y/o la conducta sexual. Esta concepción médica del travestismo ha tenido consecuencias devastadoras para las personas travestis, pues sus identidades fueron invalidadas, al ser erróneamente concebidas como el resultado del deseo temporal de vestirse con prendas asociadas al género contrario (a esto se le conoce como *cross-dresser*). Esta noción tuvo un impacto importante en códigos de policía y normativas que prohibieron (y en varios lugares continúan prohibiendo) el uso de prendas asociadas al género contrario. *Este acto era percibido como un comportamiento individual (no como una identidad viable)* vinculado a una perversión sexual que, en el mejor de los casos, debía permanecer en el ámbito de lo privado y lo nocturno.

También se ha señalado que "en la década de 1990 comenzaron a afianzarse nuevas perspectivas en torno a la sexualidad y al género. Dicho proceso se dio en un contexto de revisión general y profunda de las ideas que durante décadas sustentaron todo el pensamiento moderno. En particular, la idea de un sujeto —ya sea racional o bien determinado unívocamente por el lugar ocupado en las relaciones de producción—, así como el concepto de identidad definido en términos coherentes y lineales. En consonancia con los estudios culturales que promovían una crítica a la noción sustancialista de la identidad, nuevos abordajes hicieron lo propio con el género y la sexualidad. *El género en disputa* de Judith BUTLER publicado en 1990 fue la obra de mayor circulación y apropiación en ese sentido. A través de su propuesta de *performatividad del género*, la autora propuso que tanto el género como el sexo son 'actos contingentes que crean la apariencia de una necesidad naturalista' en el seno de una cultura que necesita de la estabilidad y linealidad entre los conceptos de sexo-género-deseo para hacer inteligibles los cuerpos y las identidades (BUTLER, 2001: 67). Desde esta perspectiva, ni la corporalidad ni el género están dados *a priori*; por el contrario, son superficies dinámicas, maleables, políticas y potencialmente plausibles de ser modificadas. En este mismo sentido, afirmó que el género no se encuentra definido de una vez y para siempre, por el contrario, es un proceso de 'estilización repetida del cuerpo, una serie de actos repetidos que se congela con el tiempo para producir la apariencia de sustancia' (BUTLER, 2001: 67). En línea con este planteo y retomando la propuesta foucaultiana, Teresa DE LAURETIS también planteó que el género 'es el producto de variadas tecnologías sexuales (...) y de discursos institucionalizados, de epistemologías y de prácticas críticas, tanto como de la vida cotidiana' (DE LAURETIS, 1998: 8)" **(8)**.

A partir de *El género en disputa* comenzó a articularse lo que luego fue llamado "teoría *queer*". Esta corriente se erigió contra aquel punto de vista que concibe que los sexos son solo dos —masculino y femenino—, proponiendo una desontologización de los sexos, los géneros y las identidades. Sus estudios se abocaron al estudio de las experiencias que quedan por fuera del binomio hombre-mujer (*drags*, travestis, transexuales, transgéneros, intersex, etc.), con el fin de discutir dicho esquema dualista. La misma Butler había identificado en el travestismo un ejemplo paradigmático de su idea de performatividad. Para la autora, la forma *paródica* en la que el travestismo produce lo femenino expresa que lo femenino es algo dinámico, que el género no tiene esencia y que es posible hacer de la maleabilidad del cuerpo y el género una práctica política contra la rigidez de las normas de género vigentes **(9)**.

Como antecesora de esta línea de reflexiones puede ubicarse a Donna HARAWAY (1995), quien en su "Manifiesto Cyborg: Ciencia, Tecnología y Socialismo Feminista en el Siglo Veinte Tardío", de 1985 reivindicó la existencia de criaturas fronterizas, artificiales, monstruosas, abyectas e irrepresentables en las gramáticas hegemónicas, y por ende capaces de ocupar lugares de desestabilización de las grandes narrativas de "lo natural". Posteriormente, Anne Fausto STERLING (2006), a través de una revi-

(8) FARJI NEER, Anahí, "Travestismo, transexualidad y transgenidad en los discursos del Estado argentino", www.teseopress.com/travestismodiscursos/chapter/77/.

(9) *Ibidem*.

Thomson Reuters

sión de los supuestos del conocimiento biológico de la sexualidad, buscó "deshacer el nudo gordiano del pensamiento dualista" (2006: 37). Su propuesta se basó en la idea de que "Machos y hembras se sitúan en los extremos de un continuo biológico, pero hay muchos otros cuerpos (...) que combinan componentes anatómicos convencionalmente atribuidos a uno u otro polo" por ello "si la naturaleza realmente nos ofrece más de dos sexos, entonces nuestras nociones vigentes de masculinidad y feminidad son presunciones culturales" (2006: 48). En esta línea de trabajos, en Manifiesto contrasexual (2011), Paul B. PRECIADO, sostuvo que el sistema sexo-género es un sistema de escritura y catalogación de los cuerpos, basado en una hegemonía de la genitalidad sobre el resto de la superficie corporal. Por ello, para PRECIADO los órganos sexuales "no son solamente 'órganos reproductores' (...) sino que son también y sobre todo 'órganos productores' de la coherencia del cuerpo como propiamente humano" (PRECIADO, 2011: 120) **(10)**.

Toda esta introducción tiene como objeto aclarar por qué —a mi criterio y compartiendo el del fiscal de primera instancia y yendo aún más allá— no solo no se trata de un error de envergadura que autorice a nulificar el matrimonio, sino que ni siquiera puede valorarse como un error. No puede considerarse que se configura un error, mucho menos "esencial", cuando uno de los cónyuges, a lo largo del matrimonio, ha ido reconociendo su identidad "travesti" o cualquier otra *queer*. Esto es, resulta imposible determinar en qué momento esa identidad es absolutamente apropiada como para definirse en ese sentido o, quizás, pueda afirmarse que nunca una persona tiene una identidad pétrea cuyo cambio —a lo largo de los años— haga pensar al otro que ha contraído matrimonio con el consentimiento viciado.

Esta apreciación se robustece al realizarla respecto de un matrimonio de 40 años, en el que cualquiera de los integrantes pudo ir modificando las cualidades que los definían en los inicios de la pareja. En esa inteligencia, estoy persuadida de que el error es creer que alguien va a permanecer incólume a lo largo de casi medio siglo o que pueda indicarse en qué fecha determinada cualquier agenciamiento sexual y/o de género empezó a gestarse. En este caso, el dictamen del Ministerio Fiscal de Cámara aparece como acertado al considerar que, de haber habido error, ello no obstaculizó el desarrollo del matrimonio en todas sus manifestaciones. Si durante 40 años la cónyuge no observó algo en su pareja que la afectara de modo tal que tuviera que divorciarse —adviértase, además, que el divorcio fue pedido por Fructuoso—, no puede calificarse a ese error, si se considera que lo hubo, de tal entidad que fulmine al matrimonio con una nulidad.

Anular un matrimonio de 40 años con fundamento en el desconocimiento de la cualidad travesti de uno de los cónyuges es, una vez más, un velado —y disimulado tras la aplicación de una norma— ataque a cualquier condición u orientación sexual que salga de la estructura tradicional matrimonial. ¿Quién puede saber qué ocurre en 40 años de pareja? ¿Quién puede afirmar respecto de sí mismo quién era, quién es? ¿Cómo considerar la identidad u orientación o condición sexual como inamovible? El divorcio ponía fin a ese matrimonio, ¿era necesario anularlo sobre la base de que 40 años atrás Fructuoso ya tenía una identidad "travesti"? Esta posición no hace más que desconocer que la cultura heterosexual es una construcción contingente, entre otras y que, en modo alguno puede erigirse como modelo único y universal.

Dice TORTORELLI, docente de filosofía de la UBA y de la Maestría en Vínculos, Familias y Diversidad Cultural del Hospital Italiano: "¿Sabe uno quién es alguna vez? Quién fue, quién está dejando de ser, ¿quién puede ser? Dicho de otro modo, 'uno' 'llega' a 'ser uno mismo' —ninguna de estas palabras cumple lo que enuncian— a través de un proceso de diferenciación, de un entre, de un diferimiento, un través, un desvío si se quiere, que, por la misma razón, no permite que 'uno' 'llegue' ni que llegue a 'sí mismo' ni a 'ser' 'uno mismo'. 'Uno' nunca 'es' ni nunca es 'uno'. En un pensamiento del devenir, y no del ser; de la producción y no del producto; de lo vincular y no del sujeto, 'uno', (que no es tal), se está constituyendo (y destituyendo) indefectiblemente a través de. No se es primero 'uno', 'uno mismo' para luego, entonces, diferenciarse del 'otro', un 'otro sí mismo'. Esto no es posible. A poco que se lo piensa se reconocerá su obvie-

(10) *Ibidem.*

Thomson Reuters

dad. 'Uno' (que ya no es tal) se constituye (y por ello mismo se destituye) a partir de este proceso de diferenciación. Desde este proceso de diferenciación, desde este 'entre', 'uno' ya no es 'uno' y el 'otro' tampoco lo es respecto de 'uno'".

Y continúa: "Nadie puede decir 'Yo soy' y concordar consigo mismo sin haber pasado ya por un proceso o movimiento de diferenciación con otro que, a su vez, tampoco es en sí mismo. El hecho mismo de que deseemos ser uno da la pauta de que no lo somos. Mas, ¿por qué habríamos de desearlo? ¿En favor de qué modelo de subjetividad?

"No hay inmediatez en el sí mismo, tampoco retorno. Cuando Derrida habla del movimiento de la *différance*, cuando afirma que lo 'propio de una cultura es no ser idéntica a sí misma', o cuando señala los límites, las fronteras que nos trazan diferenciándonos para solo entonces poder ser llamados 'hombres' y no animales, ni divinidades, ni naturaleza, lo que está marcando, una y otra vez, es el desvío, el *detour*, la heteronomía, que 'nos' conduce a 'nosotros mismos' solo desviándonos. Cuando DERRIDA señala no la negación de la identidad sino su carácter infinitamente diferencial, lo que está mostrando es que no hay uno consigo mismo sin que la supuesta ajenidad del otro no haya intervenido ya desde el principio y hasta el fin. A la identidad de 'uno consigo mismo' no se llega, nunca. La identidad es un proceso de diferenciación que no termina y que perturba a la vez que constituye (DERRIDA, J., 1968). La identidad es conflicto y el conflicto no puede eliminarse aboliendo la diferencia a favor de la identidad de uno consigo mismo. ¿Hace falta decirlo?

"La tarea no es sencilla y perturba profundamente nuestro pensar de la identidad, del sí mismo, de la propiedad de lo propio y de las respectivas asignaciones, distribuciones y lugares que esta lógica implica. La tarea no es sencilla, pero es urgente. Y lo es en más de un sentido. Si hasta aquí hemos pensado la diferencia a partir de la identidad, de lo que se trata ahora es de pensar la identidad a partir de la diferencia".

Como teoriza DERRIDA: "la línea se ve amenazada desde su 'propio' trazado". No hay identidad sin riesgo, sin peligro, sin "amenaza" de alteridad. La identidad, como la frontera, como la pared, se divide en su mismo trazado. La identidad no es un fenómeno de unidad; es diferencial y tiene al otro como co-institutivo (y destitutivo, a la vez).

Como lo sugiere el historiador Michel FOUCAULT, no se trata de tener "por meta encontrar las raíces de nuestra identidad, sino, al contrario, de empeñarse en disiparla; no intentar descubrir el hogar único del que venimos, (...) sino hacer aparecer todas las discontinuidades que nos atraviesan". Dejar venir lo ajeno exige estar dispuestos a desrepresentar lo propio. Dejar venir lo extranjero exige estar dispuestos a desrepresentar lo familiar como "propio" y "natural". No es la ajenidad en sí misma lo que resulta problemático sino la ajenidad "concebida" desde la soberanía de lo propio. Habrá, entonces, que habitar estas paradojas, habrá que dejarlas venir irresueltas **(11)**.

En efecto, "se critica a la idea esencialista de que las identidades de género son inmutables y encuentran su arraigo en la naturaleza, en el cuerpo o en una heterosexualidad normativa y obligatoria ('heteronormatividad')" **(12)**.

Todo este marco teórico me lleva a la idea de que la identidad siempre está perfilándose y que vale animarse a pensar que Fructuoso (como tantos otros "Fructuosos") tenía alguna inquietud con su posible, en potencia, condición travesti, pero solo la fue desarrollando con el paso del tiempo y, pese a ello, formó una familia y estuvo casado por casi 40 años. Digo, no se trata de exponer un juicio de valor, si está bien o no ocultar la condición travesti, tampoco en el fallo se consideró que hubo mala fe para inducirla a error a Carlota, sino considerar que el otro puede ir mutando en cualquiera de las manifestaciones de su subjetividad y su pareja puede optar por continuar o no con quien estaba deviniendo, pero en modo alguno puede recostarse una nulidad matrimonial en la condición travesti que —entienden probado— ya conocía

(11) TORTORELLI, María A., "Aspectos teóricos técnicos de las configuraciones vinculares", Entre , 4/07/2009, www.derivasdelasubjetividad.blogspot.com/2009/07/entre-ma-alejandra-tortorelli.html.

(12) BUTLER, Judith, El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad, Paidós Ibérica, Madrid, 2007.

THOMSON REUTERS

Fructuoso al momento de contraer matrimonio. El error es creer que el otro es quien dice que es, porque quizás ni él mismo lo sabe, es pensar que con quien nos casamos va a permanecer inalterable a lo largo de los años y, si en algo se modifica, empezar a indagar desde cuándo lo nuevo para preguntarnos si deberíamos o no habernos casado y concluir que no, que fue un error. Podría ocurrir que un hombre en pareja heterosexual empiece a manifestar su femineidad travesti y eso sea del agrado del otro y nada impida la continuación del matrimonio. Es anacrónico pensar —más allá de lo que diga cualquier ley de las que solo permiten alojar una interpretación heteronormativa— que manifestar la condición travesti pueda llevar a concluir que hubo un error en el consentimiento al contraer matrimonio.

Me parece que fallos como estos no hacen sino continuar —detrás de la aplicación de la norma en una encorsetada interpretación— con la militancia conservadora en la rigidez heteropatriarcal que encasilla a las personas compulsivamente en las categorías de hombre o mujer y castiga, directa o veladamente, cualquier manifestación que se salga de esa expresión binaria, ejerciendo lo que ha sido llamado heterosexualismo de Estado.

Es que, como se ha dicho: "El supuesto punto de referencia sobre el género de las personas que implica la clasificación hombre/mujer se diluye en la práctica con realidades de género que superan tal clasificación y que hoy tienen el amparo de la ley" **(13)**.

No debe olvidarse que la conjugación de los arts. 1, 2 y 3 del Cód. Civ. y Com. establece que los jueces y juezas deben resolver los casos que lleguen a su conocimiento mediante una decisión razonablemente fundada, la cual es producto de aplicar la fuerza normativa de la Constitución y los tratados de derechos humanos como una regla de reconocimiento plenamente operativa que resignifica y resimboliza de forma permanente los contenidos del derecho de familia **(14)**.

También la Corte Suprema de Justicia de la Nación (2/08/2005) ha indicado que "queda totalmente desvirtuada la misión específica de los tribunales especializados en temas de familia, si estos se limitan a decidir problemas humanos mediante la aplicación de una suerte de fórmulas o modelos prefijados, desentendiéndose de las circunstancias del caso que la ley les manda concretamente valorar" y en nuestro régimen legislativo, el art. 425 del Cód. Civ. y Com. autoriza al juez a valorar la esencialidad del error; esto es, le abre un campo de discrecionalidad que le va a permitir juzgar con un foco que no puede correrse del pleno reconocimiento de la diversidad y del ateísmo respecto del régimen epistemológico y político binario.

En el mismo sentido, en la opinión consultiva 24/17, la CIDH, interpretando el alcance de la Convención Americana de Derechos Humanos, señaló que la orientación sexual y la identidad de género, así como la expresión de género, son categorías protegidas por la Convención y que ninguna norma, decisión o práctica de derecho por parte de autoridades estatales pueden disminuir o restringir de modo alguno los derechos de una persona a partir de su orientación sexual, su identidad de género y su expresión de género.

No cabe duda alguna de que, tal como ha sido sostenido en una sentencia argentina referente a la identidad de género, es un imperativo legal, constitucional y convencional "evolucionar hacia la diversidad y no forzar el encuadre en categorías arbitrarias" **(15)**.

Quiero terminar con partes de un ensayo de Paul B. PRECIADO. "Señoras, señores y otros: No hablo aquí como hombre, perteneciente a la clase dominante de aquellos a los que se les asignó género masculino en el nacimiento, que fueron educados como miembros de la clase go-

(13) SALDIVIA MENAJOVSKY, L., Subordinaciones Invertidas, Colección: Política, Políticas y Sociedad, Universidad Nacional de General Sarmiento, 2017, p. 137.

(14) GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, El Estado constitucional y convencional de derecho, Ediar, Buenos Aires, 2016, 2ª ed. ampliada y actualizada.

(15) Juzg. Nac. Civ. nro. 7, causa nro. 48.756/2018, "B., L. M. v. EN-M. Interior OP y V. s/información sumaria", de marzo de 2019.

Thomson Reuters

bernante, a los que se les concedió o más bien se les exigió (y esta sería una clave posible de análisis) ejercer la soberanía masculina. Tampoco hablo como mujer puesto que he abandonado voluntaria e intencionalmente esa forma de encarnación política y social. Hablo aquí como hombre trans. No obstante, no pretendo, en ninguna medida representar a ningún colectivo. No hablo ni puedo hablar como heterosexual ni como homosexual, aunque conozco y habito ambas posiciones, puesto que cuando se es trans esas categorías resultan obsoletas. Hablo como tránsfuga del género, como furtivo de la sexualidad, como disidente (a menudo torpe, puesto que carente de código pres-escrito) del régimen de la diferencia sexual. Como auto cobaya político-sexual que ha hecho la experiencia, aún no tematizada, de vivir a ambos lados del muro y que, a fuerza de atravesarlo día tras día, ha acabado harto, señores y señoras, de la rigidez recalcitrante de los códigos y los deseos que el régimen heteropatriarcal impone (...) como hombre trans me desidentifico de la masculinidad dominante y de su definición necropolítica. Nuestra mayor urgencia es defender lo que somos (hombres o mujeres) sino rechazarlo, desidentificarnos de la coerción política que nos fuerza a desear la norma y repetirla (...) Representantes del antiguo régimen sexual, coged vuestra parte de sombra *and have fun with it*, y dejadnos enterrar a nuestras muertas. Gozad de vuestra estética de la dominación, pero no pretendáis hacer de vuestra estética ley" **(16)**.

(16) PRECIADO, Paul B., "Un apartamento en Urano", en Crónicas del cruce, Anagrama, Buenos Aires, 2019, 1ª ed., "Carta de un hombre trans al antiguo régimen sexual", Arles, 15/01/2018, ps. 305 y ss.

Thomson Reuters

ACTUALIDADES

Thomson Reuters

Thomson Reuters

Actualidad del TEDH 2/2020

Síntesis de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de derecho de familia, persona y bioética

Jorgelina Fernández Leyton (*)
Verónica Gutiérrez Goyochea (**)

Sumario: I. Breves palabras introductorias.— II. Disposiciones en juego del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales y sus protocolos adicionales.— III. Caso "Volodina v. Russia" (Demanda nro. 41.261/2017).— IV. Caso de "Capin c. Turquía" (solicitud nro. 44.690/2009).

I. Breves palabras introductorias

En el primer apartado se abordará un caso en contra de la Federación Rusa en el cual se condenó al Estado por la falta de mecanismos adecuados ante las reiteradas denuncias de una mujer víctima de violencia de género. El tribunal entendió que el Estado violó la prohibición de recibir malos tratos en los términos del art. 3 del Convenio y el principio de igualdad ante la ley del art. 14. De esta manera, el tribunal concluyó que la falta de una legislación específica que sancione la violencia doméstica generaba la responsabilidad internacional del Estado. Además, el tribunal entendió que la inexistencia en la legislación rusa de medidas de protección ante la violencia doméstica y la consideración de los delitos de violencia como de instancia privada atentaba contra el principio de igualdad ante la ley.

La segunda sentencia, contra Turquía, condenó al Estado por la violación del art. 8 del Convenio, al entender que la desestimación de una acción de reclamación de filiación por cuestiones meramente procesales privaba al peticionante de la única posibilidad de averiguar la verdad biológica sobre sí mismo y su paternidad. El tribunal concluyó que la aplicación e interpretación judicial de los plazos previstos en el art. 303 del Cód. Civil turco a las circunstancias particulares del demandante, sin un equilibrio de los derechos e intereses en juego, era desproporcionado con respecto a los objetivos perseguidos y, por tanto, no garantizaba el derecho del demandante al respeto de su vida privada.

(*) Abogada egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza, Argentina. Practicante profesional en Corte Interamericana de Derechos Humanos, enero-abril de 2012. Abogada en Ministerio de Desarrollo Social y Derechos Humanos de la Provincia de Mendoza. Diplomada en el Código Civil y Comercial de la Nación, Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza (2016). Maestranda en Derecho Procesal Constitucional, Universidad Nacional de Lomas de Zamora, Buenos Aires.

(**) Abogada egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza, Argentina. Coordinadora del Registro Único y Equipo Interdisciplinario de Adopción de la Provincia de Mendoza. Diplomada en el Código Civil y Comercial de la Nación, Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza (2016). Doctoranda en Derecho de las Familias, Universidad de Mendoza.

Thomson Reuters

II. Disposiciones en juego del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales y sus protocolos adicionales

II.1. Art. 3: Prohibición de la tortura

Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.

II.2. Art. 8: Derecho al respeto a la vida privada y familiar

"1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

"2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás".

II.3. Art. 13: Derecho a un recurso efectivo

Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales.

III.4. Art. 14: Prohibición de discriminación

El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.

III. Caso "Volodina v. Russia" (Demanda nro. 41.261/2017)

Fecha de inicio: 01/06/2017.

Órgano: Europea de Derechos Humanos, Sección Tercera.

Fecha de la resolución: 04/11/2019.

Tipo de resolución: decisión sobre el fondo.

III.1. Hechos

La peticionante nació en 1985 y residía en Ulyanovsk.

III.1.a. Primer encuentro y convivencia

La peticionante inició una relación con el Sr. S. en noviembre de 2014, cuando comenzaron a vivir juntos en Ulyanovsk. En mayo de 2015 se separaron por primera vez y la peticionante se mudó. El Sr. S. se volvió abusivo y amenazó a la solicitante con matar a ella y a su hijo si se negaba a volver a vivir con él.

III.1.b. Enero de 2016: secuestro y asalto

El 1 de enero de 2016 la solicitante presentó una denuncia ante el distrito nro. 2 de la policía de Ulyanovsk, alegando que el Sr. S. había dañado el parabrisas de su automóvil y se había llevado sus documentos de identidad. Al día siguiente, la demandante retiró su denuncia, alegando que había encontrado sus documentos. El 5 de enero de 2016, la policía desistió de iniciar un proceso penal, alegando que los documentos se habían encontrado y debido a que S. había reemplazado el parabrisas roto, no se había cometido ningún delito.

La peticionante decidió alejarse de S. y se mudó a Moscú. La peticionante no informó su nueva dirección, pero publicó su CV en distintos sitios web de búsqueda de empleo. Cierto día, el Sr. D. la llamó alegando ser gerente de recursos humanos y la citó a una entrevista en un lugar en las afueras de Moscú.

El 21 de enero de 2016, el Sr. D. recogió en su automóvil a la peticionante y durante el viaje, el Sr. S. emergió de la parte trasera del auto y D. le entregó las llaves del auto. La peticionante fue despojada de su teléfono y efectos personales y fue llevada por el Sr. S. de regreso a Ulyanovsk. Ya en Ulyanovsk, el 25 de enero de 2016, S. golpeó a la solicitante en la cara y el estómago. Fue llevada al Hospital Central de Ulyanovsk, don-

Thomson Reuters

de se registraron hematomas en el tejido blando de su cabeza, se informó que se encontraba embarazada de nueve semanas y que corría riesgo de aborto espontáneo. La solicitante accedió a someterse a un aborto inducido médicamente y llamó a la policía y denunció los golpes recibidos.

El 29 de enero de 2016, la policía desistió de instar el proceso penal al no haber recibido una denuncia por escrito de la peticionante en contra S. El 2 de febrero de 2016, el fiscal adjunto supervisor ordenó una investigación adicional.

El 31 de marzo de 2016, la policía recibió una presentación escrita de la denunciante, mediante la cual retiraba sus denuncias y se negaba a someterse a una revisación médica. El 29 de junio de 2016 la policía emitió una decisión final de no investigar, sosteniendo que no se había cometido ningún delito.

III.1.c. Mayo de 2016: asalto

El 18 de mayo de 2016, S. golpeó a la peticionante en la cara, la arrojó al suelo y comenzó a estrangularla. La denunciante presentó una denuncia penal ante la policía de Ulyanovsk y las heridas fueron constatadas. La policía de Ulyanovsk derivó el caso a la policía de la región de Samara, al considerar que los hechos ocurrieron en su jurisdicción. El 9 de agosto de 2016, la policía de Samara decidió archivar la causa y le solicitó a la denunciante se someta a una revisión médica, a lo que ella se negó.

El 12 de agosto de 2016, la policía de Samara desistió de iniciar una investigación penal, escuchó al denunciado y sostuvo que no se había cometido ningún delito, ya que las amenazas no habían sido lo suficientemente específicas como para configurar un delito en los términos del art. 119 del Cód. Penal (amenaza de muerte o daños corporales), además, un solo golpe no era suficiente para un procesamiento bajo el art. 116 (agresión), el cual requería que se infligieran dos o más golpes.

III.1.d. Julio de 2016: asalto y atentado a la vida de la solicitante

El 30 de julio de 2016, cuando la peticionante estaba saliendo de su casa en su automóvil, S. abrió la puerta del auto y la agredió. Los vecinos que presenciaron la pelea llamaron a la policía. El mismo día, la peticionante denunció penalmente a S., afirmando que era violento y la había amenazado de muerte.

El 1 de agosto de 2016, la demandante recibió un mensaje de texto de S., informando que había dañado el sistema de frenos de su automóvil. Ella llamó a la policía y el oficial que concurrió constató el daño. El 8 de agosto de 2016, la policía del distrito de Mozhayskiy en Moscú se negó a instar el proceso penal, alegando que la denunciante y el denunciado "se conocían y habían vivido juntos antes", que no se había probado el daño en el automóvil y que un solo golpe no configuraba el delito de agresión del art. 116 del Cód. Penal, y que las amenazas no habían sido "ni reales ni determinadas" para ser procesables en virtud del art. 119.

El 16 de septiembre de 2016, la solicitante presentó una petición ante el Tribunal de Distrito de Kuntsevskiy en Moscú para solicitar una revisión de la decisión del 8 de agosto de 2016, afirmó que la policía no había considerado todos los mensajes que demostraban que S. tenía la intención de matarla al cortar los frenos de su automóvil.

El 20 de septiembre de 2016, el fiscal supervisor anuló la decisión del 8 de agosto de 2016 y ordenó a la policía considerar los mensajes de texto anteriores que envió el Sr. S. El 28 de octubre y el 24 de diciembre de 2016 la policía se pronunció desistiendo de enjuiciar a S., alegando que sus acciones no habían configurado un delito penal.

III.1.e. Septiembre de 2016: dispositivo de seguimiento

En el mes de septiembre de 2016, la solicitante encontró un dispositivo electrónico en su bolso que sospechaba era un rastreador GPS que S. había puesto allí. El 5 de octubre de 2016 formuló una denuncia ante el Comité de Investigación

Thomson Reuters

Kuntsevskiy en Moscú, sin que se haya iniciado ninguna investigación.

III.1.f. Marzo de 2018: publicación de fotografías

A principios del año 2018, S. compartió fotografías privadas de la solicitante en una red social sin su consentimiento. El 6 de marzo de 2018, la policía inició una investigación penal en los términos del art. 137 del Cód. Penal (injerencia en la vida privada), esas investigaciones no arrojaron ningún resultado.

III.1.g. Marzo de 2018: amenazas y asalto

El 12 de marzo de 2018, la peticionante denunció ante la policía haber recibido llamadas amenazadoras la noche anterior y que S. se había apersonado en su domicilio sin su consentimiento. El 21 de marzo de 2018, la policía se negó a iniciar una investigación penal, al considerar que no existía peligro de que S. pueda matar a la peticionante, debido a que ella permaneció en departamento mientras que S. estaba afuera de este en su automóvil.

El 21 de marzo de 2018, siendo la 1.30 am, la solicitante llamó a un taxi para visitar a una amiga. Una vez en el taxi, se dio cuenta de que el auto de S. seguía al taxi. S. frenó al taxi, sacó a la peticionante del auto y la arrastró hacia el suyo. El taxista no intervino. La peticionante roció gas lacrimógeno en la cara de S., logró escapar y S. se llevó su bolso y sus documentos. La demandante fue a la estación de policía y denunció el ataque y el robo de sus pertenencias personales, que incluía dos teléfonos móviles y documentos de identidad. El taxista prestó declaración ante la policía.

Un tiempo después, S. llegó a la estación de policía con un abogado y devolvió el bolso, pero no los teléfonos ni los documentos. Adujo haber pagado los teléfonos y que había dejado que la peticionante los usara a su discreción. Alegó que le había pedido a la solicitante que los devolviera, pero ella se había negado y por eso la había seguido. Al día siguiente, la solicitante encontró sus documentos en el buzón. Días más tarde, S. llevó los teléfonos a la policía y se los devolvieron a la solicitante.

El 20 de abril de 2018, la policía resolvió no iniciar una investigación penal sobre el presunto robo de los teléfonos, al considerar que ellos habían sido devueltos. La denuncia por las amenazas y el asalto fue remitida a la policía local para una investigación adicional. El 26 de abril de 2018, la policía local entendió que no había indicios de amenazas para iniciar un proceso penal. La policía entendió que ni las declaraciones amenazantes ni las acciones por parte de S. eran lo suficientemente contundentes como para concluir que las amenazas de muerte habían sido "reales".

III.1.h. Solicitud de protección al Estado

El 22 de marzo de 2018, la demandante solicitó a la policía una protección estatal, la policía entendió que la medida era infundada, al entender que "No se han acreditado amenazas reales a su persona o propiedad por parte de (S.) o los miembros de su familia (...) Las amenazas que (la solicitante) denunció anteriormente son producto de la mala relación personal entre ellos y de los celos de (S.). (S.) se encuentra actualmente en Moscú, fuera de la región de Ulyanovsk, y, según él, no tiene planes de regresar".

La demandante presentó una queja ante el Tribunal de Distrito de Zavolzhskiy en Ulyanovsk. El 16 de abril de 2018 el tribunal se negó a pronunciarse sobre si se debía otorgar o no protección estatal a la solicitante, dejando que la policía resuelva sobre ese asunto.

III.1.i. Cambio de nombre

El 30 de agosto de 2018, la demandante obtuvo una orden judicial de cambio de nombre. Lo había solicitado temiendo por su seguridad y para que S. no pudiera encontrarla.

III.2. Derecho interno relevante

III.2.a. Disposiciones constitucionales relevantes

El capítulo 16 del Cód. Penal ruso regula los delitos contra la persona, incluidos el homicidio y el homicidio culposo (arts. 105 a 109) y tres niveles de agresiones que puedan causar daños corporales reales (arts. 111 a 115). El "daño corporal grave" (art. 111) puede implicar la pérdida de una parte del cuerpo o la interrupción del

Thomson Reuters

embarazo. El "daño corporal medio" (art. 112) conduce a un trastorno de salud a largo plazo o pérdida de la capacidad para trabajar, y el "daño corporal leve" (art. 115) abarca lesiones que tardan hasta veintiún días en sanar. Causar daños corporales graves o medios está sujeto a enjuiciamiento público; el delito de "daños corporales leves" está sujeto a enjuiciamiento privado, lo que significa que el proceso penal queda a cargo de la víctima, quien tiene que recopilar pruebas, identificar al autor, obtener el testimonio de los testigos y presentar cargos ante un tribunal. Los procesos de enjuiciamiento privado pueden terminarse en cualquier etapa antes de la emisión del juicio, en caso de que la víctima haya acordado retirar los cargos.

Otra forma mediante la cual se puede generar una afección sin causar daños corporales reales es el delito de "agresión", según el art. 116. Esta disposición ha sido modificada varias veces.

Hasta el 3 de julio de 2016, cualquier forma de "agresión" se penaba con multa, trabajo comunitario o hasta tres meses de detención. Si la agresión era agravada, se podía castigar con un período más largo de privación de libertad. El enjuiciamiento del delito era privado. La ley no diferenciaba si el delito se cometía dentro de la familia o entre extraños.

El 3 de julio de 2016, la disposición se modificó sustancialmente. En primer lugar, el tipo no agravado de lesión se despenalizó y pasó a ser una falta administrativa. En segundo lugar, se creó una nueva forma de agresión agravada que incluía la comisión hacía "personas cercanas", es decir, cónyuges, padres, hermanos y convivientes, y se castigaba con la privación de libertad. El tipo penal quedó sujeto a un régimen mixto de enjuiciamiento "público-privado" que se aplica a otros delitos, como la violación. Los procedimientos debían iniciarse por iniciativa de la víctima, pero la investigación y el enjuiciamiento posterior debían ser dirigidos por las autoridades y no podían suspenderse, incluso mediando consentimiento de la víctima. En tercer lugar, se adicionó un tipo penal en el art. 116.1 del Cód. Penal que creó el delito de "agresión reiterada", definido como la agresión cometida por una persona que había sido condenada por las mismas acciones en procedimientos administrativos en los últimos doce meses y cuyas acciones no configuraron una agresión agravada según el art. 116. El delito estaba sujeto a enjuiciamiento privado y se castiga con una multa o hasta tres meses de detención.

El 7 de febrero de 2017, la referencia a "personas cercanas" se eliminó de la definición de agresión agravada en el texto del art. 116, con el fin de despenalizar los actos de agresión infligidos por cónyuges, padres o parejas. Las únicas formas de agresión agravada que incluye el delito son las cometidas por motivos raciales, étnicos, sociales o por motivos de insubordinación.

III.3. Normativa internacional relevante

III.3.a. Normas universalmente aplicables a la violencia contra la mujer

III.3.a.i. Convención de la CEDAW y su interpretación

La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer ("Convención de la CEDAW"), que Rusia ratificó el 23 de enero de 1981, proporciona un marco internacional integral en el que la violencia de género contra la mujer se considera una manifestación de la relación de poder históricamente desigual entre mujeres y hombres. Las disposiciones relevantes mencionan:

"Artículo 1

"A los efectos de la presente Convención, la expresión 'discriminación contra la mujer' denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera".

"Artículo 2

"Los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a:

Thomson Reuters

"(...) b) Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer;

"c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación;

"d) Abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación;

"e) Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas;

"f) Adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer;

"g) Derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer".

"Artículo 3

"Los Estados Partes tomarán en todas las esferas, y en particular en las esferas política, social, económica y cultural, todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre".

"Artículo 5

"Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para:

"a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres;

"b) Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos".

El Comité de las Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ("el Comité de la CEDAW"), organismo de expertos de la ONU que supervisa el cumplimiento de la Convención de la CEDAW, estableció en su recomendación general 19 (1992) que "la violencia de género es un forma de discriminación que inhibe gravemente la capacidad de las mujeres para disfrutar de los derechos y las libertades sobre la base de la igualdad con los hombres" (§ 1) y que "la plena aplicación de la Convención exigía que los Estados tomaran medidas positivas para eliminar todas las formas de violencia contra las mujeres" (§ 4). Explicó, además, que dicha violencia "perjudica o anula el disfrute por las mujeres de los derechos humanos y las libertades fundamentales en virtud del derecho internacional y de las convenciones de derechos humanos" (§ 7) y formuló recomendaciones específicas a los Estados partes, incluida la recomendación de instar a la "compilación de estadísticas e investigaciones sobre el alcance, las causas y los efectos de la violencia, y sobre la efectividad de las medidas para prevenir y enfrentar la violencia"(§ 24).

En su recomendación general 28 (2010) sobre las obligaciones básicas de los Estados partes en virtud del artículo 2 de la Convención de la CEDAW, el Comité de la CEDAW señaló que "los Estados partes tienen una obligación de diligencia debida para prevenir, investigar, enjuiciar y sancionar actos de violencia de género"(§ 9).

La recomendación general 33 (2015) del Comité de la CEDAW sobre el acceso de las mujeres a la justicia hizo un llamado a los Estados a "tomar medidas para garantizar que las mujeres no sean objeto de demoras indebidas en las solicitudes de órdenes de protección y que, en to-

Thomson Reuters

dos los casos de discriminación de género bajo el derecho penal, incluida la violencia, se escuche de manera oportuna e imparcial" (§ 51 j).

En 2017, el Comité de la CEDAW adoptó la recomendación general 35 sobre la violencia de género contra la mujer, actualizando la recomendación general 19. Señaló que "la violencia de género contra las mujeres (estaba) enraizada en factores relacionados con el género, como la ideología de los derechos y privilegios de los hombres sobre las mujeres, las normas sociales con respecto a la masculinidad, la necesidad de hacer valer el control o el poder masculino, hacer cumplir los roles de género, o prevenir, desalentar o castigar lo que se considera comportamiento femenino inaceptable. Estos factores también contribuyen a la aceptación social explícita o implícita de la violencia de género contra las mujeres, a menudo aún considerada como un asunto privado, y a la impunidad generalizada de la misma" (§ 19). El Comité reafirmó que "la violencia de género contra la mujer constituye (d) discriminación contra la mujer en virtud del art. 1" (§ 21).

III.3.a.ii. Relatores especiales de la ONU

El Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes evaluó la aplicabilidad de la prohibición de la tortura en virtud del derecho internacional a las experiencias únicas de las mujeres en el informe aprobado en el 31 período de sesiones del Consejo de Derechos Humanos, celebrada entre el 29 de febrero y el 24 de marzo de 2016 (A / HRC / 31/57). Reiteró que "la plena integración de una perspectiva de género en cualquier análisis de tortura y malos tratos es fundamental para garantizar que las violaciones arraigadas en normas sociales discriminatorias en torno al género y la sexualidad sean plenamente reconocidas, abordadas y remediadas" (§ 6) y que "cuando un Estado sabe o debería haber sabido que una mujer está en peligro, debe tomar medidas positivas para garantizar su seguridad, incluso cuando duda en emprender acciones legales"(§ 12). Afirmó: "55... La violencia doméstica equivale a malos tratos o tortura cada vez que los Estados aceptan esa conducta prohibida al no proteger a las víctimas... Los Estados son internacionalmente responsables de la tortura cuando no logran, por indiferencia, inacción o pasividad procesal o judicial, ejercer la debida diligencia para proteger contra la violencia o cuando legitiman la violencia doméstica, por ejemplo, permitiendo que los esposos 'castiguen' a sus esposas o no penalicen la violación conyugal, esos actos pueden constituir tortura. (...) La indiferencia social o incluso el apoyo a la condición inferior de las mujeres, junto con la existencia de leyes discriminatorias y patrones de incumplimiento del Estado para castigar a los perpetradores y proteger a las víctimas, crean condiciones bajo las cuales las mujeres pueden ser sometidas a un sufrimiento físico y mental sistemático, a pesar de su aparente libertad para resistir. En este contexto, la aquiescencia del Estado en la violencia doméstica puede adoptar muchas formas, algunas de las cuales pueden estar sutilmente disfrazadas (A / HRC / 7/3). La actitud tolerante de los Estados hacia la violencia doméstica, como lo demuestra la ineficacia judicial discriminatoria, en particular la falta de investigación, enjuiciamiento y castigo de los perpetradores puede crear un clima propicio para la violencia doméstica y constituir una continua denegación de justicia a las víctimas que equivale a una violación continua de los derechos humanos por parte del Estado".

En su informe sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, adoptado en el trigésimo quinto período de sesiones del Consejo de Derechos Humanos del 6 al 23 de junio de 2017, la Relatora Especial de la ONU sobre la Violencia contra la Mujer identificó elementos claves de un enfoque basado en los derechos humanos, entre ellos referidos a las medidas de protección: "112. Los Estados realizarán las modificaciones necesarias a la legislación nacional para garantizar que las órdenes de protección sean debidamente cumplidas por los funcionarios públicos y fácilmente obtenibles. a) Los Estados garantizarán que las autoridades competentes tengan la facultad de emitir órdenes de protección para todas las formas de violencia contra la mujer. Deben estar fácilmente disponibles y cumplirse para proteger el bienestar y la seguridad de las personas bajo su protección, incluidos los niños. b) Las órdenes de protección para un caso de peligro inmediato de violencia (órdenes de emergencia) también deben estar disponibles hasta que las órdenes de protección a largo plazo entren en vigor. Deben estar dis-

Thomson Reuters

ponibles en la declaración o evidencia en vivo de la víctima, ya que la búsqueda de evidencia adicional puede conducir a demoras que ponen a la víctima en mayor riesgo. Por lo general, se debe ordenar al autor que desocupe la residencia de la víctima por un período de tiempo suficiente y prohibirle que ingrese a la residencia o contactar a la víctima. c) La disponibilidad de órdenes de protección debe ser: i) independientemente de, o además de, otros procedimientos legales, como procedimientos penales o de divorcio contra el autor; ii) no depender de la iniciación de un caso penal; iii) permitir su introducción en procedimientos judiciales posteriores. El estándar de prueba a fin de autorizar una orden de protección no debe ser mismo que para los procesos penales. d) En términos de contenido, las órdenes de protección pueden ordenar al autor que abandone el hogar familiar, se mantenga a una distancia específica de la víctima y sus hijos (y otras personas, si corresponde) y algunos lugares específicos y prohíba que el autor contacte a la víctima. Dado que las órdenes de protección deben emitirse sin cargas tributarias o administrativas para la víctima, las órdenes de protección también pueden ordenar que el perpetrador brinde asistencia financiera a la víctima".

III.3.a.iii. Consejo de Europa

La recomendación del Comité de Ministros Rec (2002) 5 de 30 de abril de 2002 sobre la protección de la mujer contra la violencia definió el término "violencia contra la mujer" como "cualquier acto de violencia de género del que resulte o puedan resultar daños o sufrimientos físicos, sexuales o psicológicos a las mujeres, incluidas las amenazas de tales actos, coerción o privación arbitraria de libertad" (Apéndice, § 1). En el ámbito del derecho penal, estableció que los Estados miembros deben "prever medidas y sanciones apropiadas en la legislación nacional, haciendo posible que se tomen medidas rápidas y efectivas contra los responsables de la violencia y que se repare el daño causado a las mujeres que son víctimas de violencia" (§ 35). En lo que respecta a los procedimientos judiciales, los Estados miembros deberían, en particular, "tomar disposiciones para garantizar que el fiscal pueda iniciar procedimientos penales" (§ 39) y "garantizar que se tomen medidas para proteger a las víctimas de manera efectiva contra amenazas y posibles actos de venganza" (§ 44). Entre las medidas adicionales con respecto a la violencia dentro de la familia, los Estados miembros deben "clasificar todas las formas de violencia dentro de la familia como delitos" (§ 55) y "permitir que el Poder Judicial adopte, como medidas provisionales destinadas a proteger a las víctimas, la prohibición de un perpetrador de contactar, comunicarse o acercarse a la víctima, residir o entrar en ciertas áreas definidas"(§ 58 b).

60. El Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica ("el Convenio de Estambul") fue puesto para su firma el 11 de mayo de 2011 y entró en vigor el 1 de agosto de 2014. Rusia es uno de los dos Estados miembros que no ha firmado el Convenio de Estambul. La definición de "violencia contra la mujer" en el art. 3 es idéntica a la del párrafo 1 de la Recomendación Rec (2002) 5. La "violencia doméstica" se define para abracar "todos los actos de violencia física, sexual, psicológica o económica que ocurren dentro de la familia o unidad doméstica o entre cónyuges o parejas anteriores o actuales, ya sea que el perpetrador comparta o haya compartido la misma residencia con la víctima".

III.4. Material relacionado con la violencia de género en Rusia

—Luego de la visita a la Federación de Rusia del 17 al 24 de diciembre de 2004, la Relatora Especial sobre la Violencia contra la Mujer, sus Causas y Consecuencias realizó un informe (E / CN. 4 / 2006/61 / Add.2), en el cual hizo un balance de la magnitud del problema de la violencia doméstica: "26. Aunque las estadísticas sobre la violencia doméstica en particular y la violencia contra las mujeres en general son inconsistentes, los datos existentes revelan un aumento preocupante de la violencia doméstica desde el colapso de la Unión Soviética. Según se informa, el 80% de los delitos violentos contra la mujer son casos de violencia doméstica. Entre 1994 y 2000, el número de casos reportados aumentó en un 217 por ciento a 169.000. Durante un período de 10 meses en 2004, el Ministerio del Interior informó 101.000 delitos relacionados con la familia, un aumento del 16 por ciento respecto al año anterior. El informe del Estado

Thomson Reuters

parte al Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW) en 1999 reconoció que 14.000 mujeres fueron asesinadas anualmente por sus esposos u otros miembros de la familia". El informe llegó a afirmar que la "situación se ve exacerbada por la falta de estadísticas y, de hecho, por la actitud de la policía ante este problema, ya que ven esa violencia no como un delito sino como un 'asunto privado' entre los cónyuges (CEDAW / C / USR / 5, párr. 6 —en la p. 38—). (...) la causa principal tiene sus raíces en las normas y valores patriarcales. En muchas reuniones celebradas por el Relator Especial, las autoridades se refirieron a un antiguo proverbio ruso: '¡un hombre que golpea es un hombre amoroso!'. Debido a los fuertes valores patriarcales, los esposos en Rusia generalmente se consideran superiores a sus esposas con derecho a ejercer el control sobre ellas, legitimando la opinión general de que la violencia doméstica es un problema privado. A menudo se culpa a las mujeres por haber provocado la violencia (...) los grupos de mujeres afirman que la violencia doméstica sigue siendo poco denunciada, registrada y en gran medida ignorada por las autoridades. Además, el estigma social está relacionado con la violencia sexual y doméstica, presionando a las víctimas a guardar silencio y a 'resolverlo' dentro de la familia.

"La falta de una ley específica sobre violencia doméstica en Rusia es un obstáculo importante para combatir esta violencia. Si bien la Duma del Estado (Poder Legislativo en Rusia) ha considerado hasta 50 versiones preliminares de una ley sobre violencia doméstica, ninguna ha sido adoptada. El Ministerio de Relaciones Exteriores atribuye esto a las implicancias financieras de los proyectos de ley, sin embargo, la Comisión de Mujeres, Niños y Familia de la Duma del Estado indicó que la violencia contra las mujeres no es una prioridad para el Estado y que la mayoría de los opositores al proyecto de ley afirman que duplicaría las disposiciones legales existentes. Argumentan que los perpetradores de violencia doméstica pueden ser procesados en virtud de los arts. 111 a 115 del Cód. Penal ruso, que tipifican como delito infligir daño intencional a otra persona... Sin embargo, según los grupos de mujeres, estas disposiciones a menudo se interpretan de manera demasiado estricta como para aplicarlas a los casos de violencia doméstica, lo que dificulta el castigo de los perpetradores.

"La falta de legislación específica contribuye a la impunidad de los delitos cometidos en el ámbito privado. Disuade a las mujeres de buscar recursos y refuerza la falta de voluntad de la policía, o incluso la negativa, a abordar el problema con seriedad, ya que no lo consideran un delito.

"Debido a la inacción de la policía, muchas víctimas de violencia doméstica no presentan denuncias: el 40% de las mujeres víctimas de violencia doméstica nunca buscan ayuda de los organismos encargados en hacer cumplir la ley. En los casos que se presentan, se informa que las víctimas a menudo retiran su denuncia debido a la falta de confianza en el sistema de justicia, la dependencia económica o las amenazas del autor, el miedo a perder el cuidado de sus hijos o el estigma social relacionado con la violencia doméstica. Por lo tanto, muy pocas denuncias llegan a los tribunales o resultan en enjuiciamiento...".

—Las observaciones finales sobre el quinto informe periódico de la Federación de Rusia sobre la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (E / C.12 / RUS / CO / 5), aprobado por el Comité de Economía de las Naciones Unidas, Derechos Sociales y Culturales el 20 de mayo de 2011, observó con preocupación "la prevalencia continua de violencia doméstica" y recomendó "adoptar un acto legislativo específico que penalice la violencia doméstica" (§ 22).

—Las observaciones finales sobre el quinto informe periódico de la Federación de Rusia (CAT / C / RUS / CO / 5), aprobado por el Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas el 22 de noviembre de 2012, incluyeron la violencia contra la mujer entre los principales temas de preocupación: "14. A pesar de los informes constantes de numerosas denuncias de muchas formas de violencia contra la mujer en todo el Estado parte, al Comité le preocupa que solo haya un pequeño número de denuncias, investigaciones y enjuiciamientos por actos de violencia doméstica y violencia contra la mujer, incluida la violación conyugal. También le preocupan los informes de que los funcionarios encargados de

Thomson Reuters

hacer cumplir la ley no están dispuestos a registrar denuncias de violencia doméstica y que las mujeres que buscan investigaciones penales de denuncias de violencia doméstica están obligadas a participar en los procesos de reconciliación. Al Comité también le preocupa la ausencia en una ley del Estado que dé una definición de violencia doméstica (arts. 1, 2, 11, 13 y 16)".

—Las observaciones finales sobre el octavo informe periódico de la Federación de Rusia (CEDAW / C / RUS / CO / 8), que el Comité de la CEDAW adoptó el 27 de octubre de 2015, señalaron que la violencia contra la mujer seguía siendo una de las principales áreas de preocupación: "21. El Comité sigue preocupado por la alta prevalencia de la violencia contra la mujer, en particular la violencia doméstica y sexual, en el Estado parte y la falta de estadísticas desglosadas por edad, nacionalidad y relación entre la víctima y el autor, y de estudios sobre sus causas y consecuencias. Recordando su recomendación general 19 (1992) sobre la violencia contra la mujer, el Comité instó al Estado parte a: a) Adoptar una legislación integral para prevenir y abordar la violencia contra la mujer, incluida la violencia doméstica, introducir el enjuiciamiento de oficio de la violencia doméstica y sexual y garantizar que las mujeres y las niñas que son víctimas de violencia tengan acceso a medios inmediatos de reparación y protección y que los perpetradores sean procesados y castigados adecuadamente... (d) Recopilar datos estadísticos sobre violencia doméstica y sexual desglosados por sexo, edad, nacionalidad y relación entre la víctima y el perpetrador".

—En "O. G. v. la Federación de Rusia" (comunicación 91/2015, 6 de noviembre de 2017), el Comité de la CEDAW consideró que, al no investigar una queja presentada por la Sra. O. G. de amenazas de muerte y amenazas de violencia que emanaban de su ex pareja "de manera rápida, adecuada y efectiva y al no abordar su caso de manera sensible al género, las autoridades (rusas) (habían permitido) que su razonamiento fuera influenciado por estereotipos" (§ 7.6). El Comité consideró que "el hecho de que una víctima de violencia doméstica tenga que recurrir a un enjuiciamiento privado, donde la carga de la prueba recae completamente sobre ella, niega a la víctima el acceso a la justicia, como se observa en la recomendación general 33, párrafo 15 (g)". También señaló que las enmiendas recientes al art. 116 del Cód. Penal que despenalizaron la agresión "debido a la ausencia de una definición de 'violencia doméstica' en la ley rusa, van en la dirección equivocada y conducen a la impunidad para los autores de estos actos de violencia doméstica" (§ 7.7). El Comité concluyó que Rusia había violado los derechos de la Sra. O. G. de conformidad con los artículos 1, 2 (b) - (g), 3 y 5 (a) de la CEDAW (§ 8); formuló una serie de recomendaciones a las autoridades rusas, incluida la reinstauración de la disposición de que la violencia doméstica esté sujeta a enjuiciamiento penal (§ 9 b ii).

—Un informe publicado por Human Rights Watch en octubre de 2018 titulado "Podría matarte y nadie me detendría". La débil respuesta estatal a la violencia doméstica en Rusia razonó: "Según una evaluación de 2008 realizada por el Ministerio del Interior, evaluación más reciente disponible, hasta el 40 por ciento de todos los delitos violentos graves en Rusia se cometen dentro de la familia, y una de cada cuarto familias en Rusia experimenta violencia. Aunque algunos organismos estatales rusos mantienen algunos datos sobre la violencia dentro de la familia, el gobierno no recopila información sobre el abuso doméstico, y las estadísticas oficiales son escasas, fragmentadas y poco claras. La falta de una ley sobre violencia doméstica o la definición legal de violencia doméstica impide la categorización de los abusos como tales, lo que contribuye a la ausencia de estadísticas específicas".

III.5. Fundamentos de derecho

III.5.a. Alegada violación de los arts. 3 y 13 del Convenio

La peticionante alegó que las autoridades domésticas no habían logrado protegerla del trato recibido, que consistía en repetidos actos de violencia doméstica, contemplado en el art. 3 de la Convención y tampoco condenaron al responsable. También alegó una violación del art. 13 de la Convención en relación con el art. 3, debido a las deficiencias del marco legal interno y la ausencia de disposiciones legales que aborden la violencia doméstica, como las órdenes de restricción. Las partes relevantes de las disposiciones de la Convención dicen lo siguiente:

Tirant Reus

—"Artículo 3: Prohibición de la tortura: Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes".

—"Artículo 13: Derecho a un recurso efectivo. Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional (...)".

III.5.a.i. Argumentos de las partes

El Gobierno aseveró que el atentado a una persona de ambos sexos era un delito penal en Rusia, independientemente si fue realizado por familiares, parejas o terceros. El Gobierno sostuvo que la violencia doméstica no constituía un delito distinto, sino que abarcaba actos violentos que podían ocasionar daños corporales o sufrimiento físico o mental. El Gobierno detalló las disposiciones del Código Penal que preveían sanciones por daños corporales, agresión y amenazas de muerte, y afirmó que las disposiciones eran suficientes para permitir a las partes lesionadas buscar la protección de la ley. Señalaron que los delitos por lesiones corporales leves y agresión —arts. 115 (1) y 116 del Cód. Penal— eran delitos de instancia privada, lo que significaba que la policía no podía iniciar un proceso de oficio en ausencia de una denuncia de la víctima. Los procedimientos también estaban sujetos al cierre en caso de que la víctima aceptara resolver el asunto. El Gobierno sostuvo que las autoridades se negaron a iniciar un proceso penal porque no se había probado la presunta conducta violenta de S. y el daño corporal a la solicitante. El Gobierno sostuvo que la solicitante no había presentado quejas para poner en marcha procesos de instancia privada, había retirado sus otras quejas y no había presentado ninguna causa ante un tribunal. También se había negado a someterse a una evaluación médica y había pedido que se suspendieran los procedimientos contra S. La demandante podría haber presentado una demanda civil contra S., buscando una indemnización por sufrimiento mental, pero no había recurrido a ese remedio. En resumen, el Gobierno consideró que no había habido una violación de los arts. 3 o 13 del Convenio.

La demandante alegó que era víctima de violencia doméstica grave y recurrente, que ello conllevaba tratos inhumanos y degradantes. Una evaluación psiquiátrica independiente descubrió que sufría un grave trauma psicológico derivado tanto de la violencia infligida sobre ella como de sus sentimientos de impotencia frente a ella. La peticionante sostuvo que las autoridades rusas no habían establecido un marco legislativo para abordar la violencia doméstica y para investigar y enjuiciar los malos tratos a la peticionante en virtud de las disposiciones legales vigentes. Durante más de dos años, no habían abierto una investigación penal, a pesar de la seriedad de sus acusaciones, la naturaleza reiterada de la violencia y la amenaza real para su vida. La denunciante sostuvo que el régimen legal actual, bajo el cual la agresión no era penalmente procesable, salvo que el acusado haya sido condenado del mismo delito mediante un procedimiento administrativo en los últimos doce meses, era inadecuado para lidiar con la violencia doméstica. Los casos de enjuiciamiento privado eran onerosos para una víctima, que tenía que actuar como su propia investigadora, fiscal y defensora. Por último, enfatizó que no existía nada parecido a una orden de protección en la ley rusa y que las autoridades rusas no habían podido ofrecerle ninguna protección durante más de dos años de violencia.

III.5.a.ii. Admisibilidad

El tribunal consideró que esta parte de la solicitud no era infundada en los términos del artículo 35 § 3 (a) de la Convención ni inadmisible por ningún otro motivo. Por lo tanto, debía declararse admisible.

III.5.a.iii. Consideraciones generales

El tribunal reiteró que la cuestión de la violencia doméstica, que puede adoptar diversas formas, desde agresiones físicas hasta abusos sexuales, económicos, emocionales o verbales, trasciende las circunstancias de un caso individual. Es un problema general que afecta, en un grado variable, a todos los Estados miembros y que no siempre surge, ya que a menudo tiene lugar dentro de relaciones personales o circuitos cerrados y afecta a diferentes miembros de la familia, aunque las mujeres constituyen una abrumadora mayoría de las víctimas (ver "Opuz v. Turquía", nro. 33401/2002, § 132, CEDH 2009).

Thomson Reuters

La particular vulnerabilidad de las víctimas de la violencia doméstica y la necesidad de una participación activa del Estado en su protección se han enfatizado en varios instrumentos internacionales y en la jurisprudencia de la Corte (véase "Opuz", citado anteriormente, §§ 72/86; "Bevacqua y S. v. Bulgaria", nro. 71127/2001, §§ 64/65, 12 de junio de 2008, y "Hajduová v. Eslovaquia", nro. 2660/2003, § 46, 30 de noviembre de 2010).

III.5.a.iv. Análisis del presente caso

1) Si la peticionante fue sometida a un tratamiento en los términos del art. 3

El tribunal entendió que los malos tratos deben alcanzar un nivel mínimo de severidad, si se trata del alcance del artículo 3. En este sentido, consideró que la evaluación de si se ha alcanzado ese mínimo depende de muchos factores, incluida la naturaleza y el contexto del trato, su duración y sus efectos físicos y mentales, pero también el sexo de la víctima y la relación entre la víctima y el autor del trato. Incluso en ausencia de daño físico o intenso sufrimiento físico o mental, el trato que humilla o degrada a un individuo, que muestra una falta de respeto o disminución de su dignidad humana o que despierta sentimientos de miedo, angustia o inferioridad capaces de romper la resistencia física y moral de un individuo puede caracterizarse como degradante y también caer dentro de la prohibición establecida en el art. 3.

El tribunal evaluó que en el presente caso la violencia física sufrida por la demandante en manos de S. se registró en instrumentos médicos, así como en informes policiales. En al menos tres ocasiones, S. la agredió, pateándola y golpeándola en la cara y el estómago, incluso cuando estaba embarazada. Un golpe fuerte en su estómago llevó a la interrupción prematura de su embarazo. El tribunal entendió que esos incidentes alcanzaron el nivel de gravedad requerido en virtud del art. 3 de la Convención. Sin embargo, el tribunal también ha reconocido que, además de las lesiones físicas, el impacto psicológico forma un aspecto importante de la violencia doméstica (ver "Valiuliene v. Lituania", nro. 33234/2007, § 69, 26 de marzo de 2013).

En este sentido, el tribunal consideró que la demandante denunció a la policía en múltiples instancias la conducta amenazante del S. que la llevaron a vivir temiendo por su seguridad. A criterio del tribunal, la evidencia de tal temor surge en los repetidos intentos de la demandante de alejarse de él y buscar refugio en Moscú, lejos de su ciudad natal, Ulyanovsk, S. la siguió y la acosó, llevándola de regreso a Ulyanovsk en contra de su voluntad, colocando un rastreador GPS en su bolso y acechándola frente a su casa. Además, el tribunal consideró que S. intentó castigarla por lo que consideraba su comportamiento inaceptable al amenazarla de muerte, dañarla y quitarle sus bienes y documentos de identidad. Sumado a lo anterior, el tribunal entendió que la publicación de sus fotografías privadas dañó aún más su dignidad, transmitiendo un mensaje de humillación y falta de respeto. Los sentimientos de miedo, ansiedad e impotencia que la solicitante experimentó en relación con su comportamiento controlador y coercitivo fueron, a criterio del tribunal, lo suficientemente graves como para equipararse a un trato inhumano en el sentido del art. 3 de la Convención (véase "Eremia v. La República de Moldova", 3564/2011, § 54, 28 de mayo de 2013)

2) Si las autoridades cumplieron sus obligaciones en virtud del art. 3

Una vez que el tribunal entendió que el trato conferido a la peticionante alcanzó el umbral de severidad que conlleva la protección del art. 3 de la Convención, la Corte examinó si las autoridades estatales habían cumplido con sus obligaciones positivas en virtud del art. 1 de la Convención, leído conjuntamente con el art. 3, para garantizar que las personas dentro de su jurisdicción estén protegidas contra todas las formas de malos tratos, incluso cuando dicho tratamiento sea administrado por los particulares.

Estas obligaciones positivas, que están interrelacionadas, incluyen: a) la obligación de establecer y aplicar en la práctica un marco legal adecuado que brinde protección contra los malos tratos por parte de particulares; (b) la obligación de tomar las medidas razonables que podrían haberse esperado para evitar un riesgo real e inmediato de malos tratos que las autoridades sabían o deberían haber sabido, y (c)

Thomson Reuters

la obligación de llevar a cabo una investigación efectiva cuando se haya planteado un reclamo discutible de malos tratos.

2.a) La obligación de establecer un marco legal

El tribunal examinó si el ordenamiento jurídico ruso contemplaba mecanismos legales adecuados para la protección contra la violencia doméstica y cómo se aplicaban en la práctica. A criterio del tribunal, la obligación del Estado en casos de violencia doméstica requiere que las autoridades nacionales adopten medidas positivas en el ámbito penal. Según el tribunal, esas medidas incluyen la criminalización de los actos de violencia dentro de la familia mediante la aplicación de sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias.

El tribunal destacó que Rusia no había promulgado legislación específica para abordar la violencia en el contexto familiar y que el concepto de "violencia doméstica" o cualquier otro equivalente no se encontraban definidos ni mencionados en ninguna norma de la legislación rusa. El tribunal evaluó que tampoco se había tipificado como una agravante de cualquier otro delito, excepto por un breve período de tiempo —entre julio de 2016 y enero de 2017— cuando infligir golpizas a "personas cercanas" fue considerado como una agravante del delito de agresión en virtud del art. 116 del Cód. Penal. El tribunal entendió que el Cód. Penal ruso no distinguía entre violencia doméstica y otras formas de violencia contra la persona, regulando la violencia a través de disposiciones referidas a daños a la salud de una persona, homicidio, amenazas de muerte o violación.

El tribunal expresó no estar de acuerdo con la afirmación del Gobierno de que las disposiciones de derecho penal vigentes eran adecuadas para abordar el delito de violencia doméstica. Luego de las reformas legislativas, el ataque a un miembro de la familia se consideraba un delito penal solo si era cometido por segunda vez dentro de los doce meses o si de él habían resultado al menos "lesiones leves corporales". El tribunal anteriormente determinó que exigir que las lesiones sean de cierto grado de gravedad como condición previa para iniciar una investigación penal atentaba contra la eficacia de las medidas de protección en cuestión, porque la violencia doméstica puede adoptar muchas formas, algunas de las cuales no resultan en lesiones físicas, tales como el abuso psicológico o económico o el comportamiento controlador o coercitivo (ver "T. M. y C. M. v. la República de Moldova", nro. 26608/2011, § 47, 28 de enero de 2014).

Además, el tribunal destacó que la legislación rusa dejaba bajo iniciativa privada de la víctima la investigación penal por los delitos de "daños leves a salud" y "agresión reiterada". Si bien el tribunal reconoció que la protección efectiva del derecho a la integridad física de la Convención no requiere un enjuiciamiento público en todos los casos de ataques de particulares (véase "Sandra Jankovic v. Croacia", nro. 38478/2005, § 50, 5 de marzo de 2009), en el contexto de la violencia doméstica ha entendido que los procesos de enjuiciamiento privado no son suficientes porque demandan tiempo y no pueden servir para evitar la repetición de incidentes similares (ver "Bevacqua y S.", citados anteriormente, § 83; véase también la recomendación Rec —2002— 5 del Consejo de Europa, citada en el párrafo 59, *supra*). El tribunal entendió que el enjuiciamiento privado pone una carga excesiva sobre la víctima de violencia doméstica, poniendo sobre ella la responsabilidad de recabar evidencia capaz de probar la culpabilidad del victimario bajo el estándar de prueba penal. El tribunal estuvo de acuerdo en que, si bien la investigación de la violencia doméstica no era una tarea fácil incluso para los funcionarios entrenados en la aplicación de la ley, en el caso de la víctima ese desafío se volvía insuperable, porque se espera que reúna evidencia mientras continúa viviendo bajo el mismo techo que el perpetrador, es financieramente dependiente sobre él y teme recibir represalias de su parte. Además, el tribunal destacó que incluso en los casos en los cuales del juicio resulta una condena, una víctima no puede recibir la protección necesaria, como una orden de protección o restricción, debido a la ausencia de tales medidas bajo la legislación rusa.

El tribunal entendió que las autoridades judiciales deberían haber podido continuar con los procedimientos instados por la denunciante bajo la consideración de la cuestión como de interés público, con independencia de que la víctima retire la denuncia (véase "Opuz v. Tur-

Thomson Reuters

key", nro. 33401/2002, § 132, ECHR 2009). A criterio del tribunal, las autoridades rusas no consideraron la recomendación Rec (2002) 5 del Consejo de Europa, que exige a los Estados miembros que establezcan disposiciones para garantizar que un fiscal pueda iniciar un proceso penal y que las víctimas deben recibir protección efectiva durante dicho proceso contra amenazas y posibles actos de venganza. El hecho de que las autoridades no hayan previsto una instancia pública para las denuncias por violencia doméstica ha sido constantemente criticado por el Comité de la CEDAW.

En resumen, el tribunal consideró que el marco legal ruso, al no definir la violencia doméstica como un delito específico o como un agravante de otros delitos y establecer un umbral mínimo de gravedad de las lesiones requeridas para iniciar un proceso penal público, no cumplía con los requisitos inherentes a la obligación positiva del Estado de establecer y aplicar de manera efectiva un sistema que castigue todas las formas de violencia doméstica y brinde garantías suficientes para las víctimas.

2.b) La obligación de prevenir el riesgo de sufrir malos tratos

El tribunal reiteró que las autoridades estatales tenían la obligación de adoptar medidas de protección en forma de disuasión efectiva contra las violaciones graves a la integridad personal de un individuo por parte de un miembro de su familia o de un compañero (ver "M. y otros v. Italia y Bulgaria", nro. 40020/2003, § 105, 31 de julio de 2012, y "Opuz", citado anteriormente). A criterio del tribunal, la injerencia de las autoridades en la vida privada y familiar puede ser necesaria para proteger la salud y los derechos de una víctima o para evitar actos criminales en ciertas circunstancias, debiendo evaluar el riesgo de una amenaza real e inmediata, teniendo en cuenta el contexto particular de la violencia doméstica. El tribunal recordó que en algunos casos encontró que incluso cuando las autoridades no permanecieron pasivas, aun así incumplieron con sus obligaciones en virtud del art. 3 de la Convención, porque las medidas que habían adoptado no habían impedido que el abusador perpetrara más violencia contra la víctima (véase "Bevacqua y S.", citado anteriormente, § 83; "Opuz", citado anteriormente, §§ 166-67; "Eremia", citado anteriormente, §§ 62-66, y "B. v. la República de Moldova", nro. 61382/2009 , § 53, 16 de julio de 2013).

La peticionante denunció por primera vez a las autoridades ser víctima de violencia por parte de su pareja el 1 de enero de 2016. Luego, informó de nuevos episodios de violencia o amenazas mediante llamadas de emergencia a la policía y presentando denuncias penales formales el 25 de enero, 18 de mayo, 30 de julio y 1 de agosto de 2016 y 12 y 21 de marzo de 2018. En sus denuncias puso en conocimiento de las autoridades las amenazas y la violencia real recibida por S., brindando evidencia médica que corroboraba sus acusaciones. Dadas esas circunstancias, el tribunal consideró que las autoridades tenían la obligación de tomar todas las medidas razonables para su protección.

El tribunal analizó que, en una gran mayoría de los Estados miembros del Consejo de Europa, las víctimas de violencia doméstica podían solicitar medidas de protección inmediatas. El tribunal aseveró que Rusia seguía siendo uno de los pocos Estados miembros cuya legislación nacional no brindaba a las víctimas de violencia doméstica medidas de protección. En relación con la medida de protección solicitada al Estado por la peticionante, el tribunal observó que las medidas de protección estaban dirigidas a proteger a testigos antes y durante los procesos penales contra cualquier intento de suprimir o modificar su testimonio. En el presente caso, el tribunal entendió que las autoridades rusas no hicieron ningún intento genuino para evitar la repetición de los ataques violentos contra la solicitante. A pesar de la gravedad de los actos, las autoridades concluyeron que era un asunto privado entre él y la solicitante

El tribunal consideró que la respuesta de las autoridades rusas, que fueron informadas del riesgo de violencia recurrente por parte de la ex pareja de la solicitante, fue manifiestamente inadecuada, dada la gravedad de los delitos en cuestión. La Corte entendió que las autoridades no tomaron ninguna medida para proteger a la solicitante o condenar la conducta de S., permanecieron pasivos ante el grave riesgo de malos tratos a la solicitante y, a través de su inacción y falta de medidas de disuasión, permitieron a S. continuar amenazando, hostigando y agredien-

Thomson Reuters

do a la solicitante sin obstáculos y con impunidad.

2.c) La obligación de llevar a cabo una investigación efectiva ante las denuncias de malos tratos

El tribunal recordó que la obligación de llevar a cabo una investigación efectiva de todos los actos de violencia doméstica es un elemento esencial de las obligaciones del Estado en virtud del art. 3 de la Convención. Según la Corte, para que sea efectiva la investigación debe ser rápida y exhaustiva, las autoridades deben tomar todas las medidas razonables para obtener pruebas relacionadas con los hechos denunciados, incluidas las pruebas forenses. El tribunal destacó que se requiere diligencia especial en el tratamiento de casos de violencia doméstica y la naturaleza específica de la violencia doméstica debe tenerse en cuenta en el curso de los procesos internos.

El tribunal consideró que desde el 1 de enero de 2016 la demandante informó a la policía de al menos siete episodios de violencia grave recurrente y amenazas de violencia por parte de S. y presentó pruebas, incluidos informes médicos y declaraciones de testigos que corroboraban sus acusaciones. En respuesta a las quejas de la solicitante, la policía llevó a cabo una serie de "investigaciones previas" que concluyeron con una negativa a instar procesos penales, al considerar que no se había cometido ningún delito. El tribunal consideró que durante más de dos años de hostigamiento recurrente por parte de S., las autoridades nunca iniciaron una investigación penal sobre la violencia ejercida en contra la solicitante. El tribunal sostuvo que la negativa a abrir una investigación penal sobre denuncias creíbles de malos tratos graves era indicativa del incumplimiento del Estado de su obligación procesal en virtud del art. 3 (ver "Lyapin v. Rusia", nro. 46956/2009, §§ 134/40, 24 de julio de 2014; "Olisov y otros v. Rusia", nros. 10825/2009 y otros 2, §§ 81/1982, 2 de mayo de 2017, y "Samesov v. Rusia", nro. 57269/2014, §§ 51/54, 20 de noviembre de 2018).

El Gobierno culpó a la solicitante por la falta de iniciativa en instar los procesos penales. El tribunal declaró que era inadmisible aceptar esa afirmación, ya que la legislación rusa que sujeta la investigación penal a la denuncia e investigación por la víctima era incompatible con la obligación del Estado de castigar todas las formas de violencia doméstica. El tribunal consideró que, en el presente caso, a pesar de la gravedad del asalto a la solicitante estando embarazada, que incluso había provocado la interrupción de su embarazo, las autoridades no consideraron los motivos que llevaban a la víctima a desistir de su denuncia.

Finalmente, el Gobierno sostuvo que otros recursos legales estaban disponibles para la peticionante y que podrían haber iniciado una acción civil por daños y perjuicios contra S. El tribunal reiteró que una acción civil podría haber condenado al pago de una indemnización, pero no al enjuiciamiento del responsable.

En vista de la forma en que las autoridades manejaron el caso, en particular la reticencia de las autoridades a abrir una investigación penal sobre los reclamos de la solicitante de malos tratos por parte de S. y su incumplimiento de tomar medidas efectivas contra él, asegurando su castigo, el tribunal consideró que el Estado no cumplió con su deber de investigar los malos tratos sufridos por la solicitante.

2.d) Conclusión

Por lo tanto, el tribunal entendió que se violó el art. 3 de la Convención y, a la luz de ello, consideró que no era necesario examinar si, en el caso, también se había vulnerado el artículo 13.

III.5.b. Alegada violación del art. 14 en conjunción con el art. 3 del Convenio

III.5.b.i. Argumentos de las partes

El Gobierno sostuvo que las principales disposiciones de la Convención de la CEDAW, incluida la cláusula de igualdad, estaban contenidas en la Constitución rusa. El Gobierno alegó que la solicitante no había acusado a ningún funcionario del Estado de haberla intentado disuadir no denunciar a S.

La demandante afirmó que la violencia doméstica en Rusia era generalizada y afectaba desproporcionadamente a las mujeres. Alegó que los organismos encargados de hacer cumplir la ley mostraron una actitud patriarcal y

Thomson Reuters

discriminatoria hacia la problemática de la violencia doméstica, percibiéndolo como un asunto privado.

III.5.b.ii. Admisibilidad

El tribunal consideró que la queja no era infundada en los términos del art. 35 § 3 (a) de la Convención ni inadmisible por ningún otro motivo. Por lo tanto, declaró la solicitud admisible.

III.5.c. Los principios aplicables a la evaluación de las demandas por discriminación en casos de violencia doméstica

Según jurisprudencia reiterada del tribunal, para que exista una violación del art. 14, debe existir una diferencia en el tratamiento de personas en situaciones análogas o similares. A criterio de la Corte, esa diferencia de trato es discriminatoria si no tiene una justificación objetiva y razonable. El tribunal recodó que ha aceptado que una política general que tiene efectos desproporcionadamente perjudiciales en un grupo en particular puede considerarse discriminatoria, incluso cuando no esté específicamente dirigida a ese grupo y no haya intención de discriminar. Por último, el tribunal sostuvo que la discriminación que es contraria a la Convención también puede ser resultado de una situación de facto —véase "D. H. y otros v. La República Checa (GC)", nro. 57325/2000, § 175, CEDH 2007-IV, y "S. A. S. v. Francia (GC)", nro. 43835/2011, § 161, CEDH 2014 (extractos)—.

La Corte reconoció que la violencia contra la mujer, incluida la violencia doméstica, es una forma de discriminación contra la mujer. El tribunal aseveró que el hecho de que el Estado no proteja a las mujeres contra la violencia doméstica viola su derecho a igual protección de la ley, independientemente de si el incumplimiento es intencional o no. En su recomendación general 19 (1992) sobre la violencia contra la mujer, el Comité de la CEDAW aclaró que en la definición de la discriminación se incluye la violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada. Años después, la recomendación general 35 (2017) del Comité afirmó que la prohibición de la violencia de género contra las mujeres como forma de discriminación contra las mujeres se ha convertido en un principio del derecho internacional consuetudinario.

En lo que respecta a la distribución de la carga de la prueba en casos de discriminación, el tribunal reiteró que, una vez que un solicitante ha demostrado que ha habido una diferencia en el trato, corresponde al Gobierno demandado justificar esa diferencia de trato. En el contexto de la violencia contra las mujeres, el tribunal sostuvo que recae en el Gobierno demostrar qué tipo de medidas correctivas implementaron las autoridades nacionales para corregir la desventaja asociada con el género y garantizar que las mujeres puedan ejercer y disfrutar plenamente de todos los derechos humanos y libertades en pie de igualdad con los hombres. Al respecto, el tribunal afirmó que la igualdad de género solo se puede lograr con una interpretación y aplicación sensible al género de las disposiciones de la Convención que tenga en cuenta las desigualdades de hecho entre mujeres y hombres y la forma en que impactan en la vida de las mujeres.

Conforme lo expuesto, el tribunal entendió que la peticionante no necesitaba demostrar que ella había sido víctima de prejuicios individuales. Sin embargo, el tribunal consideró que, si no había pruebas suficientes que corroboren la naturaleza discriminatoria de la legislación y las prácticas o de sus efectos, el hecho de que no se hayan cumplido todas las sanciones y medidas ordenadas o recomendadas no permitía concluir en la existencia de una intención discriminatoria basada en el sexo.

III.5.d. Análisis del presente caso

i. Aplicabilidad del art. 14 junto con el art. 3

La Corte reiteró que para que resulte aplicable el art. 14 del Convenio no se requiere una violación de otro derecho de los garantizados por la Convención. En cuanto al requisito de que la supuesta diferencia de trato se relacione con alguno de los motivos mencionados en el art. 14, el tribunal señaló que el "sexo" se menciona explícitamente en el art. 14 como motivo de discriminación prohibido. Concluyó la Corte que el art. 14 de la Convención, juntamente con el art. 3, era aplicable al presente caso.

Thomson Reuters

ii. Si las mujeres se ven desproporcionadamente afectadas por la violencia doméstica en Rusia

La Corte observó que la ausencia de estadísticas nacionales en Rusia se relacionaba con una carencia de definición del delito de violencia doméstica en la legislación, lo que impedía que las autoridades nacionales clasifiquen los delitos como tales y recopilen datos consistentes sobre el alcance del fenómeno. Por ello, el tribunal rechazó el argumento del Gobierno que culpaba a la solicitante de no presentar datos oficiales que demostraran que las mujeres víctimas de violencia doméstica en Rusia eran discriminadas.

Sobre la base de las pruebas presentadas por la solicitante y la información de fuentes nacionales e internacionales, el tribunal consideró que existían indicios razonables de que la violencia doméstica afectaba desproporcionadamente a las mujeres en Rusia. Las mujeres representan la gran mayoría de las víctimas de "delitos cometidos dentro de la familia en el hogar" en las estadísticas oficiales de la policía, la violencia contra las mujeres era en gran parte poco denunciada y registrada, y las mujeres tenían muchas menos posibilidades de llegar a la condena de sus victimarios debido a la regulación de la instancia privada para tales delitos.

iii. Si las autoridades rusas han implementado medidas orientadas a lograr la igualdad de género

El tribunal entendió que, en el caso, la alegada discriminación no se derivaba una legislación discriminatoria, sino que resultaba de una situación de facto en la que la violencia afecta desproporcionadamente a las mujeres. En consecuencia, el tribunal examinó si las autoridades rusas habían implementado medidas positivas para contrarrestar el trato discriminatorio de las mujeres y protegerlas del abuso doméstico y la violencia.

El tribunal recordó que las observaciones finales del Comité de la CEDAW sobre los informes periódicos sexto, séptimo y octavo de la Federación de Rusia entre los años 2010-15 instaron a Rusia a adoptar una legislación integral para prevenir y sancionar la violencia doméstica y enjuiciar esos delitos. Además, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Comité contra la Tortura señalaron que la ausencia de una definición de violencia doméstica en la legislación rusa era problemática.

El tribunal entendió que las disposiciones de derecho penal existentes en Rusia eran insuficientes para ofrecer protección contra las formas de violencia y discriminación contra la mujer, como el acoso, la persecución, la amenaza, la violencia psicológica o económica o la repetición de incidentes similares prolongados durante períodos de tiempo.

En opinión del tribunal, el continuo incumplimiento de la adopción de legislación para combatir la violencia doméstica y la ausencia de cualquier forma de órdenes de restricción o protección demostraban claramente que las acciones de las autoridades en el presente caso no fueron un simple fracaso o retraso en el tratamiento de la violencia en contra de la demandante, pero sí surge su renuencia a reconocer la gravedad y el alcance del problema de la violencia doméstica en Rusia y su efecto discriminatorio en las mujeres. Al tolerarse durante muchos años un clima propicio para la violencia doméstica, las autoridades rusas no han logrado crear condiciones para una igualdad de género sustantiva que permita a las mujeres vivir sin temor a los malos tratos o ataques contra su integridad física y beneficiarse de la igual protección de la ley. En consecuencia, entendió acreditada la violación del art. 14 de la Convención, en relación con el art. 3.

iv. Aplicación del art. 41 del Convenio

El art. 41 de la Convención establece: "Si el tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus Protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante solo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa".

El Tribunal otorgó a la solicitante la suma de euros 20.000 por daños inmateriales y en concepto de costos y gastos legales, más cualquier impuesto que pueda ser imputable a la solicitante.

Thomson Reuters

III.6. Resolución

Por los motivos expuestos, el tribunal, por unanimidad:

1. Declaró, por unanimidad, la demanda admisible.

2. Sostuvo, por unanimidad, que había habido una violación del art. 13 del Convenio.

3. Declaró, por unanimidad, que no era necesario examinar la denuncia en los términos del art. 13 del Convenio.

4. Consideró, por unanimidad, que había habido una violación del art. 14 de la Convención en relación con el art. 3.

5. Sostuvo, por cinco votos contra dos:

a) que el Estado demandado debía apagar a la solicitante, dentro de los tres meses a partir de la fecha en que la sentencia sea definitiva, de conformidad con el art. 44 § 2 del Convenio, las siguientes cantidades:

i. 20.000 EUR (veinte mil euros) en concepto de daños inmateriales, más cualquier impuesto que pueda ser imputable, para convertir a la moneda del Estado demandado a la tasa aplicable en la fecha de liquidación;

ii. 5.875,69 euros (cinco mil ochocientos setenta y cinco euros 69 centavos) en concepto de costes y gastos, más cualquier impuesto que pueda ser imputable a la solicitante, pagadero en la cuenta bancaria de los representantes del solicitante;

b) que desde el vencimiento de los tres meses antes mencionados hasta la liquidación se pagarán intereses simples sobre los montos anteriores a una tasa igual a la tasa marginal de crédito del Banco Central Europeo durante el período de incumplimiento más tres puntos porcentuales.

6. Desestimó, por cinco votos a dos, el resto del reclamo de la solicitante por una justa satisfacción.

De conformidad con el art. 45 § 2 del Convenio y la Regla 74 § 2 del Reglamento de la Corte, la sentencia adjunta opiniones separadas: a) opinión separada del juez Pinto de Albuquerque, acompañado por el juez Dedov; b) opinión concurrente del juez Dedov; c) opinión separada del juez Serghides.

IV. Caso de "Capin c. Turquía" (solicitud nro. 44.690/2009)

Fecha de inicio: 13/08/2009.

Órgano: Corte Europea de Derechos Humanos.

Fecha de resolución: 15/08/2019.

Tipo de resolución: decisión sobre el fondo.

IV.1. Los hechos

El solicitante nació de una relación extramatrimonial en 1958 y actualmente vive en Nueva York.

IV.1.a. Procedimientos de paternidad

El 31 de octubre de 2003, el demandante, que tenía cuarenta y cinco años en ese momento, presentó un recurso de reconocimiento de la paternidad, alegando que el padre biológico de I. S. era su padre biológico. Afirmó que había sido internado en un orfanato a la edad de cuatro años cuando su madre se casó por segunda vez, con un oficial militar que no deseaba tenerlo como su hijo. Creció como huérfano creyendo, porque su madre le había dicho que su padre biológico había muerto en un accidente de tráfico. Sostuvo que había dejado el país a la edad de dieciocho años para trabajar en los Estados Unidos, donde había vivido durante unos veinticinco años y tenía un negocio inmobiliario. Sostuvo, además, que recién en octubre de 2003 supo por sus parientes, cuando había viajado a Turquía, que la persona que presuntamente era su padre biológico no lo era, sino que en realidad era el primer marido de su madre, N. A., que de hecho había muerto en un accidente de carretera. Sus parientes también le dijeron que había nacido fuera del matrimonio de la relación extramatrimonial de su madre con "I.". Sostuvo, además, que el momento concreto en el que se había enterado de que el "Ismail" mencionado en su documento nacional de identidad podía ser el de "I. S.", un ingeniero que trabajaba en

Thomson Reuters

una empresa de servicios públicos en Ankara fue el 3 de octubre de 2003. Argumentó que, por lo tanto, había presentado la acción a su debido tiempo. Por último, pidió al tribunal que recogiera todas las pruebas necesarias para determinar si ese I. S. era su padre biológico, incluidos los registros de identidad, las declaraciones de testigos y las pruebas de ADN.

I. S. se opuso a la solicitud de paternidad del solicitante. Sostuvo que había una sentencia judicial definitiva y vinculante sobre el asunto. Se refirió a la acción de paternidad presentada por la madre del solicitante contra él en 1958, que había sido desestimada por el hecho de que ella llevaba una "vida inmoral" en el sentido del antiguo Cód. Civil turco (ley 743), vigente en el tiempo material (ver el párrafo 21 a continuación). Sostuvo, además, que el solicitante no había presentado la acción de paternidad dentro de los plazos legales y que el alegato del solicitante de que había descubierto que era su padre biológico durante su viaje a Turquía, después de pasar veinticinco años en el extranjero, carecía de credibilidad. Agregó que nunca hubo una relación de "marido y mujer" entre él y la madre del solicitante.

El tribunal de primera instancia escuchó el testimonio de la tía del solicitante, su media hermana (del matrimonio de su madre con su segundo esposo) y su esposa con el fin de determinar si la acción de paternidad se había llevado a cabo dentro de los plazos legales y determinar el fundamento de la solicitud de paternidad del solicitante.

El tribunal de primera instancia solicitó una copia del certificado de nacimiento del solicitante y los registros de su registro de familia. Su partida de nacimiento indicaba que no tenía filiación paterna. Además, "I." aparece como el nombre de pila de su padre tanto en su partida de nacimiento como en los registros de su familia.

El 12 de octubre de 2005, I. S. falleció y el caso continuó contra su esposa y sus dos hijos. En noviembre de 2006, los herederos de I. S. presentaron una petición al tribunal de primera instancia en la que reiteraron las objeciones del fallecido en respuesta a las reclamaciones del demandante y pidieron al tribunal que desestimara la demanda. Mencionaron que el tutor del solicitante, nombrado de conformidad con el antiguo Cód. Civil turco, también había presentado una demanda de paternidad en nombre del solicitante. La demanda del tutor había sido examinada junto con la demanda presentada por la madre del demandante y desestimada por el mismo motivo que esta.

El 3 de octubre de 2007, el Tribunal de Familia de Ankara desestimó la demanda por haber prescrito.

El 11 de noviembre de 2007, el demandante recurrió la sentencia. Sostuvo que rara vez había estado en contacto con su madre y medio hermanos, ya que había sido criado como huérfano y había vivido en el extranjero después de salir del orfanato. Refiriéndose a sus registros de pasaportes, afirmó que no había regresado a Turquía ni siquiera para el funeral de su madre en 1996, con la excepción de un breve viaje en 1994. Afirmó que la única información que tenía sobre su padre era su nombre de pila, "I.", que figuraba en su documento nacional de identidad. Él había pensado que había sido colocado en el orfanato porque "I." había muerto en un accidente de tráfico. Subrayó que no había sido consciente, hasta que inició el presente procedimiento, de que la persona que su madre le había dicho que era su padre no era su padre biológico o que su madre había presentado previamente una acción de paternidad contra I. S. Argumentó que había presentado la acción de paternidad en tiempo y que en cualquier caso el derecho a saber su filiación formaba un componente crucial de su derecho a conocer su identidad y, por lo tanto, no debe estar sujeto a ningún plazo. Añadió que solo quería averiguar si I. S. era realmente su padre biológico y que no estaba interesado en sus activos o la propiedad, ya que era propietario de un gran negocio de bienes raíces con 150 empleados.

El 20 de enero de 2009, el Tribunal de Casación declaró que el demandante no había probado la existencia de motivos que pudieran justificar su retraso en la presentación de la demanda, por lo que desestimó su recurso.

El 3 de marzo de 2009, el demandante solicitó la rectificación de la decisión del Tribunal de

Thomson Reuters

Casación de 20 de enero de 2009, reiterando los argumentos de su recurso de casación.

El 4 de mayo de 2009, el Tribunal de Casación declaró infundadas las objeciones del demandante y desestimó su solicitud de rectificación.

IV.1.b. Solicitud de reapertura del procedimiento

Luego de la presentación de la presente solicitud ante el tribunal, el 4 de noviembre de 2015 el demandante solicitó al Tribunal de Familia de Ankara que reabriera el procedimiento de paternidad. El Gobierno alegó que la solicitud del demandante no se había tramitado debido a que no había pagado las tasas judiciales por la notificación de su solicitud a las partes oponentes. Presentaron al Tribunal de Justicia la decisión provisional del Tribunal de Familia de Ankara de 8 de diciembre de 2015, en la que se pedía al demandante que presentase las direcciones de los herederos de I. S. en un plazo de dos semanas. También presentaron la solicitud presentada por el solicitante a tal efecto el 30 de diciembre de 2015, en la que aparecía una nota manuscrita en la que se indicaba que no se habían pagado las tasas de notificación de la solicitud a los herederos de I. S., que vivían en el extranjero.

El demandante impugnó las alegaciones del Gobierno. Sostuvo que no se le había pedido que pagara honorarios por la notificación de su solicitud a las partes oponentes y que había presentado las direcciones de los herederos en el plazo estipulado. En consecuencia, afirmó que su solicitud de que se reabriera el procedimiento seguía pendiente ante el Tribunal de Familia de Ankara.

IV.2. Legislación y práctica nacionales pertinentes

IV.2.a. El antiguo Código Civil de Turquía

El antiguo Código Civil turco estaba en vigor cuando la madre del demandante y su tutor designado por el tribunal entablaron una acción de paternidad contra I. S. En virtud del antiguo Cód. Civil turco, si se informa a un tribunal del nacimiento de un niño fuera del matrimonio, se le exige que nombre inmediatamente a un tutor para proteger los intereses del niño. La ley dispone que se puede entablar una acción de paternidad antes del nacimiento del niño o, a más tardar, dentro del año siguiente al nacimiento del niño. También estipula que se debe desestimar una acción de paternidad si se demuestra que la madre se comportó "promiscuamente" mientras estaba embarazada.

IV.2.b. El nuevo Código Civil de Turquía

El nuevo Código Civil turco (ley 4721), que entró en vigor el 22 de noviembre de 2001, derogó y sustituyó el antiguo Código Civil turco. Los artículos pertinentes del nuevo Cód. Civil turco que rigen las acciones por paternidad, que estaban en vigor en el momento del procedimiento interno, dicen lo siguiente: "Artículo 301 - Acción por paternidad. La madre o el niño pueden solicitar a un tribunal que establezca la filiación paterna entre el niño y el padre. La acción se interpondrá contra el padre; si el padre está muerto, contra sus herederos...".

"Artículo 303 - Plazos. La acción de paternidad puede presentarse antes o después del nacimiento del niño. El derecho de la madre a presentar una demanda expirará en el plazo de un año a partir del nacimiento del niño. Si al niño ha sido nombrado un tutor después del nacimiento, el plazo de un año empezará a contar a partir de la fecha en que se notifique el nombramiento; si no se nombra un tutor, empezará a correr a partir de la fecha en que el niño alcance la mayoría de edad... No obstante, la expiración del plazo de un año, si existen circunstancias que puedan justificar el retraso, podrá interponerse una acción en el plazo de un mes a partir de la eliminación de esas circunstancias".

Mediante resolución de 27 de octubre de 2011, el Tribunal Constitucional turco derogó el art. 303 del Cód. Civil turco. Posteriormente, el 15 de marzo de 2012 derogó el art. 303 de la multa en lo que respecta a las acciones de paternidad presentadas por el niño. En ambas decisiones, el Tribunal Constitucional dictaminó que los plazos restringían desproporcionadamente el derecho del niño a que se establezca su filiación paterna. De conformidad con la Constitución, las decisiones de inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional no tienen efecto retroactivo. Además, el Tribunal Constitucio-

Thomson Reuters

nal especificó que la decisión de 15 de marzo de 2012 entraría en vigor un año después de su publicación en el BO el 21 de julio de 2012. Por consiguiente, desde el 22 de julio de 2013 ya no existe un plazo en virtud de la legislación turca para que un niño incoe un procedimiento de paternidad contra el supuesto padre.

IV.2.c. Decisiones del Tribunal de Casación

El Gobierno facilitó al tribunal dos decisiones del Tribunal de Casación relativas a la recolección de pruebas de ADN en los procedimientos de paternidad.

En una decisión de 23 de mayo de 2013 consideró que el órgano jurisdiccional de primera instancia debía examinar la acción de paternidad en función de sus méritos y dictar su sentencia sobre la base de los resultados de un análisis de ADN.

En una decisión de 8 de enero de 2013, el Tribunal de Casación revocó la sentencia del tribunal de primera instancia que había desestimado la acción de paternidad por falta de pruebas suficientes y ordenó al tribunal de primera instancia que realizara un examen de ADN y lo decidiera en consecuencia.

IV.3. La ley

IV.3.a. Presunta violación del art. 8 de la Convención

Basándose en los arts. 6 y 8 del Convenio, el demandante se quejó de que la desestimación de su paternidad por haber prescrito le había negado el derecho a descubrir la realidad biológica relativa a su padre natural.

Por consiguiente, el Tribunal de Justicia considera que la denuncia del demandante debe examinarse únicamente en virtud del art. 8 de la Convención.

El Gobierno rebatió el argumento del demandante.

IV.3.a.i. Admisibilidad

El Gobierno se opuso a la admisibilidad de la solicitud por dos motivos. En primer lugar, sostuvieron que la solicitud no entraba en el ámbito de aplicación del art. 8 de la Convención. En segundo lugar, el Gobierno sostuvo que el solicitante no había utilizado todos los recursos internos disponibles.

a) Incompatibilidad *ratione materiae*

El Gobierno alegó que nunca había existido una relación entre el solicitante y I. S. que pudiera calificarse de "vida familiar", ya que la cuestión de la paternidad seguía sin resolverse a nivel nacional. (...) alegaron además que el art. 8 no era aplicable, ya que el demandante ya conocía la identidad del padre putativo y el asunto se refería únicamente a una cuestión de pruebas de si debían establecerse vínculos jurídicos entre él y su padre.

El demandante rebatió los argumentos del Gobierno, reiterando su alegación de que no conocía la identidad de su supuesto padre antes de viajar a Turquía en octubre de 2003. Afirmó que había presentado la demanda de paternidad para determinar la identidad de su padre biológico y, por lo tanto, la presente solicitud se refería a su derecho a la vida familiar y privada en el sentido del art. 8.

La Corte reitera que ha sostenido en numerosas ocasiones que los procedimientos de paternidad entran en el ámbito de aplicación del art. 8. En el presente caso, no se pide al tribunal que determine si el procedimiento para establecer los vínculos parentales entre el demandante y su supuesto padre se refiere a la "vida familiar" en el sentido del art. 8, puesto que en cualquier caso el derecho a conocer a los ascendientes entra en el ámbito del concepto de "vida privada", que abarca aspectos importantes de la identidad personal, como la identidad de los padres. Además, no parece haber ninguna razón de principio por la que la noción de "vida privada" deba interpretarse en el sentido de excluir la determinación de una relación jurídica o biológica entre un niño nacido fuera del matrimonio y su padre natural.

b) No agotamiento de los recursos internos

El Gobierno sostuvo que el solicitante no había agotado todos los recursos internos, en el sentido del art. 35, apartado 1, de la Convención, ya que la solicitud de reapertura del caso

Thomson Reuters

seguía pendiente ante los tribunales nacionales, art. 37. En primer lugar, el Gobierno alegó que el demandante no había pagado las tasas por la notificación de su solicitud de reapertura del procedimiento y que, por lo tanto, no había interpuesto ese recurso interno. Añadieron que, una vez concluido el procedimiento, la demandante podría haber presentado una demanda individual ante el Tribunal Constitucional turco. Sin embargo, no ha utilizado ese recurso interno disponible y eficaz.

En segundo lugar, alegaron que el solicitante podría haber solicitado que se realizara un análisis de ADN de los restos de su supuesto padre o del material genético de sus descendientes.

El demandante alegó que el procedimiento de reapertura era un recurso excepcional y extraordinario que no era obligatorio y que había agotado todos los recursos internos de que dispusiera antes de presentar la presente solicitud. También sostuvo que la única vía por la que podía obtener muestras de ADN del padre putativo o de sus herederos era mediante procedimientos de paternidad. Sostuvo que las decisiones del Tribunal de Casación presentadas por el Gobierno no eran pertinentes para su caso, ya que su recurso de paternidad había sido declarado inadmisible por haber prescripto, lo que impedía un examen sustantivo de su pretensión de paternidad.

En lo que respecta al primer motivo de no agotamiento invocado por el Gobierno, el Tribunal de Justicia reitera su jurisprudencia consolidada, según la cual la solicitud de reapertura del procedimiento no puede, por regla general, tenerse en cuenta a efectos de la aplicación del art. 35, apart. 1, del Convenio. En el presente caso, el Tribunal de Primera Instancia señala que la decisión quedó firme con la decisión del Tribunal de Casación. En tales circunstancias, una solicitud de reapertura del procedimiento era un recurso extraordinario que la demandante no estaba obligada a agotar.

En cuanto a la segunda parte del alegato del Gobierno, el Tribunal de Primera Instancia observa que el demandante solicitó efectivamente al Tribunal de Primera Instancia que ordenara una prueba de ADN en el momento de presentar la demanda de paternidad. Sin embargo, el Tribunal de Primera Instancia desestimó el recurso de la demandante por haber prescrito, sin examinar el fondo, lo que hizo imposible la obtención de pruebas de ADN.

Además, a diferencia de las decisiones del Tribunal de Casación mencionadas por el Gobierno, en el caso del demandante el Tribunal de Casación confirmó la decisión del Tribunal de Primera Instancia y, por lo tanto, excluyó la posibilidad de un examen del fondo. Por consiguiente, debe rechazarse la objeción del Gobierno relativa al no agotamiento de los recursos internos.

c) Conclusión

El Tribunal de Justicia señala que esta denuncia no es manifiestamente infundada en el sentido del artículo 35. 3a) de la Convención. Señala además que no es inadmisible por ningún otro motivo. Por lo tanto, debe declararse admisible.

IV.3.a.ii. Fondo

a) Alegaciones de las partes

I) El demandante

El demandante reiteró sus alegaciones ante los tribunales nacionales. (...) También argumentó que, en cualquier caso, el derecho de una persona a conocer la realidad biológica sobre su filiación confería el derecho a establecer la identidad del padre biológico que no podía prohibirse por ley. En su opinión, las decisiones del Tribunal Constitucional de Turquía por las que se derogan los plazos previstos en el art. 303 del Cód. Civil de Turquía demuestran que el derecho a solicitar el reconocimiento de la paternidad no debe prescribir. Además, se limita a obtener una determinación judicial de su relación biológica con su padre y no tiene motivos financieros. En consecuencia, la desestimación de su acción equivalía a una denegación absoluta de su derecho a conocer la verdadera identidad de su padre biológico y, por lo tanto, constituía una violación de sus derechos garantizados por el art. 8 de la Convención.

Thomson Reuters

II) El Gobierno

El Gobierno argumentó que el demandante era culpable de la desestimación de su acción por haber prescrito, porque no había cumplido las normas procesales que rigen las acciones de paternidad en virtud de la legislación turca. Así pues, no se ha vulnerado su derecho al respeto de la vida privada, garantizado por el art. 8 de la Convención.

El Gobierno sostuvo que, aun suponiendo que se hubiera producido una injerencia, esta había sido "conforme a la ley" y había perseguido un objetivo legítimo. Según ella, la finalidad de los plazos previstos en el art. 303 del nuevo Cód. Civil turco, aplicable en el caso de la demandante, era proteger a los presuntos padres de las reclamaciones obsoletas y garantizar la seguridad jurídica. Basándose en la sentencia del tribunal en el asunto "Mizzi v. Malta", alegaron que los plazos previstos en el art. 303 del Cód. Civil turco estaban justificados y eran compatibles con el Convenio.

Alegaron, además, que la legislación turca había proporcionado una solución al problema que se planteaba cuando la identidad putativa del padre solo se conocía después del plazo de un año previsto en el artículo había expirado (...) al establecer un plazo adicional de un mes para que el niño pudiera presentar una demanda de paternidad una vez expirado el plazo de un año, siempre que hubiera buenas razones para el retraso.

El Gobierno llegó a la conclusión de que los tribunales nacionales habían logrado un equilibrio justo entre los intereses del demandante y del supuesto padre, en la medida en que, en cualquier caso, el asunto quedaba dentro de su margen de apreciación.

b) Apreciación del tribunal

I) Principios generales

El Tribunal de Justicia reitera que el objetivo esencial del art. 8 es proteger a la persona contra la arbitrariedad de las autoridades públicas. Además, puede haber obligaciones positivas inherentes a la garantía del "respeto" efectivo de la vida privada o familiar. Estas obligaciones pueden consistir en la adopción de medidas destinadas a garantizar el respeto de la vida privada incluso en el ámbito de las relaciones individuales. Sin embargo, los límites entre las obligaciones positivas y negativas del Estado en virtud de esta disposición no se prestan a una definición precisa. No obstante, los principios aplicables son similares. En ambos casos debe considerarse el justo equilibrio que debe lograrse entre los intereses contrapuestos del individuo y de la comunidad en su conjunto.

También se requiere un ejercicio de equilibrio con respecto a los intereses privados contrapuestos. A este respecto, cabe señalar que la expresión "toda persona" del artículo 8 de la Convención se aplica tanto al niño como al padre putativo. Si bien, como ya se ha dicho, por una parte, las personas tienen derecho a conocer su identidad, por otra parte, no se puede negar el supuesto interés del padre en ser protegido de las denuncias relativas a circunstancias que se remontan a muchos años. Por último, además de este conflicto de intereses, pueden entrar en juego otros intereses, como los de terceros, principalmente los de la familia putativa del padre y los intereses generales de seguridad jurídica.

Ya sea en el contexto de obligaciones positivas o negativas, el Estado goza de cierto margen de apreciación. La tarea de la Corte no es sustituir a las autoridades nacionales competentes en la regulación de los litigios de paternidad a nivel nacional, sino más bien examinar con arreglo a la Convención las decisiones que esas autoridades han adoptado en el ejercicio de su facultad de apreciación. Por consiguiente, el tribunal debe examinar si el Estado demandado, al tramitar la demanda de reconocimiento judicial de la paternidad de un demandante, ha cumplido sus obligaciones positivas en virtud del art. 8 de la Convención.

Al examinar la demanda en el asunto "Phinikaridou", el Tribunal de Justicia realizó un estudio comparativo de la legislación de los Estados contratantes relativa a la institución de los recursos de reconocimiento judicial de la paternidad. Ese estudio reveló que no había un enfoque uniforme en esta esfera. A diferencia de las situaciones en que los padres entablaron procedimientos para establecer o denegar la pa-

Thomson Reuters

ternidad, un número considerable de Estados no fijaron un plazo de prescripción para que los niños entablaran una acción con el fin de que se estableciera la paternidad. De hecho, se puede observar una tendencia hacia una mayor protección del derecho del niño a que se establezca su filiación paterna.

En los Estados en los que existía un plazo de prescripción para interponer dicho procedimiento, la duración del período aplicable difería significativamente, variando entre uno y treinta años. Además, aunque había una diferencia en la fecha de inicio del plazo de prescripción, en la mayoría de estos Estados el período pertinente se calculó a partir de la fecha de nacimiento del niño o de que este alcanzara la mayoría de edad o de una sentencia firme que deniegue la paternidad, con independencia de que el niño sea consciente de los hechos que rodeaban su paternidad y sin prever excepciones. Solo un pequeño número de ordenamientos jurídicos parecía haber ideado soluciones al problema que se suscitó cuando las circunstancias pertinentes solo se conocieron después de la expiración del plazo, por ejemplo, que prevea la posibilidad de interponer un recurso después de que el plazo hubiera expirado en los casos en que los factores materiales o morales hacían imposible presentarlo dentro de ese plazo, o si existía una buena razón para el retraso.

El Tribunal de Justicia señala que ha aceptado previamente que la introducción de un plazo para incoar un procedimiento de paternidad estaba justificada por el deseo de garantizar la seguridad. Por consiguiente, la existencia de un plazo de prescripción no es, *per se*, incompatible con el Convenio. Lo que el Tribunal de Justicia debe comprobar en un asunto determinado es si la naturaleza del plazo de que se trata y/o la forma en que se aplica es compatible con el Convenio.

El Tribunal de Justicia ha tenido en cuenta varios factores a la hora de realizar el criterio del "equilibrio de intereses" al examinar los asuntos relativos a las limitaciones a la institución de las solicitudes de paternidad. Por ejemplo, si el momento específico en el que un solicitante tiene conocimiento de la realidad biológica es pertinente. Por consiguiente, el Tribunal de Justicia examinará si las circunstancias que justifican una determinada pretensión de paternidad existían antes o después de la expiración del plazo aplicable. Además, el Tribunal de Justicia examinará si existe una forma alternativa de recurso en caso de que el procedimiento de que se trate esté prohibido. Esto incluiría, por ejemplo, la disponibilidad de recursos internos eficaces para obtener una prórroga del plazo o excepciones a la aplicación de un plazo en situaciones en las que una persona tenga conocimiento de la realidad biológica después de que haya expirado el plazo. El criterio contra el que se miden los factores anteriores es si se ha permitido que una presunción jurídica prevalezca sobre la realidad biológica y social y, en caso afirmativo, si, en estas circunstancias, es compatible con la obligación de garantizar el respeto "efectivo" de la vida privada y familiar, teniendo en cuenta el margen de apreciación dejado al Estado y los hechos establecidos y los deseos de los interesados.

El Tribunal de Justicia señala que, al aplicar los principios generales antes mencionados a los asuntos relacionados con la paternidad, ha establecido una distinción entre los casos en los que los plazos establecidos para incoar un procedimiento de paternidad eran de naturaleza absoluta y los casos en los que el derecho interno preveía una prórroga de los plazos, si se conocían las circunstancias pertinentes tras su expiración, pero las demandantes no podían beneficiarse de dicha prórroga.

En relación con el primer grupo de asuntos, el Tribunal de Justicia declaró que se había producido una violación del art. 8 del Convenio, debido a la aplicación de un plazo absoluto que se impuso con independencia del conocimiento por parte del niño de las circunstancias que rodeaban la identidad de su padre.

En la sentencia "Backlund" otros asuntos contra Finlandia, el Tribunal de Justicia hizo hincapié en la existencia de ADN y otras pruebas que establecieron una realidad biológica y dictaminaron que las autoridades nacionales no debían permitir que la realidad jurídica contradiga la realidad biológica

Además, en la sentencia "Turnal", el Tribunal de Justicia constató una infracción del art. 8, principalmente porque los órganos jurisdiccionales nacionales no habían aplicado la dispo-

Thomson Reuters

sición pertinente del art. 303, *in fine*, del nuevo Código Civil turco, que preveía una excepción al plazo absoluto previsto cuando hubiera buenas razones.

En el segundo grupo de asuntos, el Tribunal de Primera Instancia determinó, en primer lugar, que los plazos aplicados a la demandante no eran absolutos y a continuación pasó a determinar si las demandantes habían actuado con suficiente diligencia para beneficiarse de la posibilidad de interponer un recurso una vez expirado el plazo.

En los asuntos "Konstantinidis y Silva" y "Mondim Correia", el Tribunal de Primera Instancia no constató ninguna violación del art. 8, debido a que las demandantes habían demostrado una falta de diligencia injustificable en la incoación de un procedimiento. El tribunal subrayó que su interés vital en descubrir la verdad biológica sobre su padre no les eximía de cumplir los requisitos establecidos por el derecho interno.

II) Solicitud al presente asunto

El Tribunal de Primera Instancia señala que, en el presente asunto, el demandante, nacido en 1958, presentó una acción de paternidad a la edad de cuarenta y cinco años para el reconocimiento de la paternidad. El órgano jurisdiccional de primera instancia, sin examinar el fondo de las pretensiones, declaró que había presentado la acción de paternidad fuera de los plazos previstos en el art. 303 del Cód. Civil turco. El Tribunal de Casación confirmó la sentencia del tribunal de primera instancia, al considerar que el demandante no había demostrado la existencia de motivos que justificaran su retraso en la presentación del recurso de paternidad.

A la luz de los principios generales relativos a los plazos de prescripción para incoar procedimientos de paternidad y de su jurisprudencia pertinente, si el Tribunal de Justicia, por prescripción, interfirió en sus derechos en virtud del art. 8 y, en caso afirmativo, si la injerencia era "de conformidad con la ley", perseguía un objetivo legítimo y era "necesaria en una sociedad democrática" en el sentido del art. 8.

—Si hubo interferencia

El Tribunal de Primera Instancia considera que la desestimación del recurso del demandante le impidió descubrir si Ismail S. era efectivamente su padre natural y, por tanto, supuso una injerencia en su derecho al respeto de su vida privada.

—Si la injerencia fue "de conformidad con la ley" y persiguió un objetivo legítimo

El Tribunal de Justicia señala que no existe ningún litigio entre las partes en lo que respecta a la legalidad de la injerencia. Señala que las sentencias dictadas por los órganos jurisdiccionales nacionales se basaron en el art. 303, de la *multa*, del Cód. Civil turco, que estaba en vigor en el momento del procedimiento de paternidad impugnado. Habida cuenta de lo anterior, el Tribunal de Justicia considera que la injerencia denunciada era "conforme a la ley".

En cuanto a la cuestión de un objetivo legítimo, el Tribunal de Justicia señala que la existencia de un plazo de prescripción no es, per se, incompatible con el Convenio y la introducción de un plazo está justificada por el deseo de garantizar la seguridad jurídica en relación con las relaciones familiares y de proteger al padre putativo y a su familia de las reivindicaciones. A la luz de su jurisprudencia consolidada, considera que la injerencia de que se trata perseguía, por tanto, un objetivo legítimo.

A continuación, el Tribunal de Justicia debe comprobar si la naturaleza del plazo de que se trata, así como la forma en que se aplicó, era compatible con el Convenio.

—Si la interferencia fue proporcionada en el presente asunto

El Tribunal de Justicia señala que, en el momento de los hechos, el art. 303, apart. 2, del Cód. Civil turco regulaba los plazos en los que debía iniciarse una acción de reconocimiento judicial de la paternidad. El legislador fijó un plazo de un año con respecto a una acción de paternidad que debía presentar la madre, plazo que comenzó a correr desde el nacimiento del niño, y por el tutor del niño, que comenzó a correr a partir de la notificación del nombramiento. El legislador estableció, entonces, un período de un año con respecto a un niño,

Thomson Reuters

en los casos en que no se había nombrado un tutor, que comenzó a correr desde la mayoría de edad del niño. A la luz de su jurisprudencia, el Tribunal de Justicia considera que el plazo previsto en el art. 303, apart. 2, no era irrazonable y se le concedió un tiempo razonablemente suficiente para un particular, habiendo alcanzado la mayoría de edad, para decidir si iniciar o no un procedimiento de paternidad, salvaguardando, al mismo tiempo, la seguridad jurídica respecto del padre putativo y su familia.

El Tribunal de Justicia observa, además, que el legislador fijó un plazo adicional de un mes, solo en lo que respecta a una acción de paternidad presentada por un menor, si las circunstancias que justificaban la presentación de la acción se conocieron después de la expiración del plazo de un año. El art. 303 exigía al niño que iniciara un procedimiento de paternidad en el plazo de un mes a partir de la eliminación de las causas que provocaron la dilación. En consecuencia, aunque el plazo era corto, un elemento que el Tribunal de Justicia tendrá en cuenta en su apreciación *infra* tuvo por efecto impedir que el marco legal impusiera un plazo absoluto para las acciones de paternidad interpuestas por los niños.

El Tribunal de Primera Instancia debe examinar ahora si la aplicación de los plazos en el asunto del solicitante era compatible con el art. 8 del Convenio. En particular, examinará si los órganos jurisdiccionales nacionales, al desestimar el recurso de la demandante, evaluaron adecuadamente los intereses competidores en juego y dieron razones pertinentes y suficientes para sus decisiones.

El Tribunal de Primera Instancia señala que existe un litigio entre las partes sobre si el demandante sabía o no quién era su padre natural antes de octubre de 2003. El Gobierno alegó que el solicitante nunca había alegado ante los tribunales nacionales que no sabía quién era su padre. Según el Gobierno, el demandante se había limitado a afirmar que había conocido en octubre de 2003 que su padre biológico estaba vivo. El demandante impugnó las alegaciones del Gobierno, repitiendo sus alegaciones de que se le había engañado, creyendo que el primer marido de su madre era su padre biológico y que había descubierto la verdadera identidad de su padre biológico en octubre de 2003.

El Tribunal de Primera Instancia señala de entrada que no corresponde al Tribunal de Primera Instancia decir si el demandante sabía realmente que el presunto padre de la demandante era su presunto padre antes de octubre de 2003. El tribunal señala también que, si bien, como alegó el Gobierno, el demandante no disponía de pruebas que respaldaran sus alegaciones, precisamente para obtener pruebas concluyentes sobre la identidad de su padre natural el demandante presentó el recurso impugnado. Como se ha mencionado en el apart. 41 de la presente sentencia, los procedimientos de paternidad eran la única vía disponible por la que el solicitante podía obtener pruebas de ADN de su padre o de sus herederos, ya que denegaban la paternidad. Además, no había documentos oficiales que indicaran con certeza la plena identidad del padre del solicitante y la acción de paternidad anterior presentada por la madre del solicitante y su tutor había sido desestimada sobre la base de una presunción que posteriormente fue derogada y que no implicaba una determinación concluyente de la paternidad.

El Tribunal de Primera Instancia señala que, en sus escritos ante los órganos jurisdiccionales nacionales, el demandante se había referido a las circunstancias excepcionales de su crianza para justificar por qué había incoado un procedimiento de paternidad a la edad de cuarenta y cinco años, pero no antes. Afirmó que había sido colocado en un orfanato a la edad de cuatro años y que había crecido como huérfano, creyendo que su padre había muerto en un accidente de tráfico, porque su madre se lo había dicho. Una vez que cumplió la edad de dieciocho años, había dejado su país de origen y vivido en el extranjero durante veinticinco años, alejado de su madre y sus parientes. El tribunal observa que estas alegaciones no fueron desacreditadas en ninguna fase del procedimiento.

El Tribunal de Primera Instancia observa, además, que, tras haber recopilado las pruebas necesarias y examinar el expediente, los tribunales nacionales constataron que el demandante no había podido aportar ninguna razón válida que pudiera justificar su retraso en la presentación de la acción de paternidad. Su conclusión se basaba en el hecho de que el "I." mencionado en los documentos de nacimiento e identidad del solicitante era "I. S.", contra quien la madre del soli-

Thomson Reuters

citante y su tutor habían presentado previamente una acción de paternidad. Sobre esta base, sostuvieron que habría sido contrario al "curso ordinario de la vida" que el solicitante no tuviera conocimiento de la identidad de su padre antes de octubre de 2003. A su juicio, las circunstancias que el demandante había dado a conocer no eran la identidad de su padre natural, sino el hecho de que estuviera vivo, lo que no constituía una buena razón para no presentar la acción de paternidad dentro de los plazos previstos en el art. 303 del Cód. Civil turco.

El Tribunal de Justicia considera que las circunstancias en las que una persona solicita el reconocimiento judicial de la paternidad son a menudo particularmente difíciles. Señala que esto fue especialmente el caso del solicitante, que había tenido que vivir la mayor parte de su vida separado de su familia y había podido pasar solo una cantidad limitada de tiempo con ellos. Sin embargo, los órganos jurisdiccionales nacionales no tuvieron en cuenta las circunstancias excepcionales del demandante cuando desestimaron su recurso en su forma de incumplido. En particular, no explicaron lo que el concepto de "curso ordinario de la vida" entrañaba en el contexto particular del procedimiento de paternidad y cómo correspondía a las circunstancias de la demandante. El Tribunal de Primera Instancia solo hizo una referencia general al hecho de que el solicitante vivía en los Estados Unidos y había alcanzado un cierto estatus en la sociedad en apoyo de su presunción de que ya había conocido la anterior acción de paternidad contra el Sr. S., a pesar de que la demanda en cuestión había sido presentada casi cuarenta y cinco años antes, cuando el solicitante era solo un recién nacido. El Tribunal de Casación desestimó sumariamente el recurso de casación del demandante, al considerar que el demandante no había demostrado que hubiera buenas razones para su retraso.

El Tribunal de Primera Instancia señala que el razonamiento así adoptado por los órganos jurisdiccionales nacionales no permite demostrar que, en el caso de autos, equilibraran el derecho del demandante a descubrir la verdad sobre su padre biológico frente al interés general en proteger la seguridad jurídica de las relaciones familiares o los intereses del padre putativo y de su familia de conformidad con los criterios pertinentes antes mencionados. Considera que ni la sentencia del Tribunal de Primera Instancia ni la decisión del Tribunal de Casación, que confirmó la sentencia del tribunal de primera instancia, ofrecen una respuesta suficiente a la cuestión de si la desestimación del recurso del demandante por motivos procesales, que le privó de la única posibilidad de averiguar la verdad biológica sobre sí mismo y su paternidad, perjudicarían desproporcionadamente su derecho a la vida privada.

El Tribunal de Justicia reitera que toda persona tiene un interés vital, protegido por el artículo 8 del Convenio, por conocer la verdad sobre su identidad y eliminar toda incertidumbre al respecto. En los procedimientos de establecimiento de la paternidad, en los que se requiere un ejercicio de equilibrio cuidadoso, se debe dar prioridad al interés superior del niño. En cuanto al presente asunto, el Tribunal de Justicia señala que, en el momento del procedimiento interno, tenía cuarenta y cinco años y ya había desarrollado su personalidad a pesar de la incertidumbre sobre sus vínculos paternos. Sin embargo, habiendo descubierto la plena identidad del padre putativo, mostró un interés genuino en determinar si era o no su padre biológico y en obtener información concluyente sobre el tema. A este respecto, el Tribunal de Justicia recuerda que el interés de las personas en recibir la información necesaria para eliminar cualquier incertidumbre en relación con su identidad personal no desaparece con la edad, sino todo lo contrario.

Mediante observación, el Tribunal de Justicia señala, por último, que, tras la presentación de la presente demanda ante el Tribunal de Justicia, el Tribunal Constitucional estimó inconstitucional y anuló los plazos previstos en el art. 303 del Cód. Civil turco aplicable a las acciones de paternidad presentadas por los niños. No obstante, el Tribunal de Justicia señala que estas novedades no influyen en la presente demanda ante el Tribunal de Justicia.

Habida cuenta de lo anterior, el Tribunal de Primera Instancia considera que, si bien los plazos previstos en el art. 303 del Cód. Civil turco no eran de naturaleza absoluta, su interpretación y aplicación por los órganos jurisdiccionales nacionales a las circunstancias del asunto del demandante, sin un equilibrio de los derechos e intereses en juego, era desproporcionada con

Thomson Reuters

respecto a los objetivos perseguidos y, por tanto, no garantizaba el derecho del demandante al respeto de su vida privada. Por consiguiente, se ha infringido el art. 8 del Convenio.

Por estas razones, la Corte, por unanimidad,

1. *Declara* la admisibilidad de la solicitud.

2. *Sostiene* que se ha producido una violación del art. 8 del Convenio.

3. (...).

4. *Desestima* el resto de la pretensión de la demandante por justa satisfacción.

Thomson Reuters

Región Patagonia

Paula Fredes (*)

Sumario: I. Aborto. Amparo. Legitimación. Improcedencia de la judicialización. Violencia de género.— II. Acción declarativa de certeza. Paternidad. Prueba biológica de ADN.— III. Acción de amparo. Discapacidad. Niños, niñas y adolescentes. Derecho a la salud.— IV. Acción de amparo. Ley de Identidad de Género. Sexo no binario. Control de convencionalidad.— V. Adopción plena. Adolescente de 16 años. Guarda de hecho. Interés superior del NNA. Derecho al nombre. Apellido de los adoptantes.— VI. Alimentos a hijo menor de edad. Incidente de aumento. Improcedencia de la retroactividad de la suma dispuesta en sentencia definitiva.— VII. Alimentos al hijo menor de edad. Cuidado personal compartido. Aplicación del art. 666 del Cód. Civ. y Com.— VIII. Alimentos a los hijos menores. Falta de convivencia con quien percibe la cuota alimentaria. Cese de cuota. Interés superior del niño.— IX. Alimentos a los parientes. Reclamo a los abuelos. Subsidiariedad. Obligación compartida ante igualdad de grados de parentesco y posibilidad económica.— X. Alimentos entre cónyuges. Convenio homologado. Divorcio posterior. Cese de la obligación alimentaria.— XI. Autorización para viajar. Progenitor privado de la libertad. Derecho a la intimidad y al esparcimiento de niños, niñas y adolescentes.— XII. Capacidad. Restricción. Sistema de apoyo. Lenguaje sencillo y comprensible.— XIII. Capacidad. Cuarentena. Autorización judicial. Necesidad especial de caminatas como parte del tratamiento médico.— XIV. Compensación económica. Plazo de caducidad de la acción. Violencia de género.— XV. Compensación económica. Requisitos de procedencia. Prueba.— XVI. Cuidado personal compartido con modalidad alternada. Interés superior del NNA.— XVII. Cuidado personal unilateral. Medida cautelar. Cambio de centro de vida del niño. Acreditación de los requisitos de procedencia: peligro en la demora.— XVIII. Derecho procesal de familia. Excepción de incompetencia. Unión convivencial. Perspectiva de género.— XIX. Divorcio decretado en el extranjero. Inscripción.— XX. Filiación. Daño no patrimonial. Falta de reconocimiento oportuno.— XXI. Filiación. Alimentos provisorios. Aumento de la prestación provisoria de oficio en segunda instancia.— XXII. Guarda. Renovación. Oposición de los progenitores. Participación del NNA en el proceso.— XXIII. Liquidación de bienes de la comunidad. Improcedencia del pedido de recompensa por los alimentos a los hijos mayores de edad en el marco del proceso de liquidación de la comunidad.— XXIV. Medida de protección de derechos. Declaración de ilegalidad de la medida excepcional.— XXV. Medida autosatisfactiva. Protección de la imagen de una persona menor de edad con discapacidad. Derecho a la intimidad y a la vida privada versus libertad de prensa.— XXVI. Nombre. Supresión de apellido paterno. Condena penal por violencia sexual. Derecho a la identidad.— XXVII. Responsabilidad parental. Privación. Padre ausente. Interés superior de NNA.— XXVIII. Responsabilidad. Régimen de comuni-

Thomson Reuters

cación. Conducta materna obstructiva.— XXIX. Violencia familiar. Medidas vencidas. Recurso de apelación. Abstracción del planteo.— XXX. Violencia familiar. Tratamiento psicológico ordenado. Incumplimiento y sanción pecuniaria.— XXXI. Violencia familiar. Prórroga de las medidas cautelares de protección. COVID-19.

I. Aborto. Amparo. Legitimación. Improcedencia de la judicialización. Violencia de género

Esta acción de amparo que se rechazó *in limine* es un fallo que resulta sumamente actual y rico en sus contenidos. La judicatura analizó la legitimación del amparista que inició la acción peticionando se le impida a su exmujer la realización de un aborto, de manera que cuando naciera el niño o niña podría practicar la prueba de ADN —porque no tenía certezas de ser el padre— y para el caso de que la madre no quisiera criarlo o criarla, hacerse cargo de sus cuidados.

El fallo atravesó otros temas fundamentales, tales como la improcedencia de la judicialización en caso de práctica de la ILE, analizando el caso "F. A. L." —2012— de la Corte Suprema, precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y las recomendaciones del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer —2010—, los derechos personalísimos y la inviolabilidad de la persona humana (art. 51 del Cód. Civ. y Com.).

Asimismo, la jueza de familia María M. Pájaro contextualizó su decisión en la violencia de género que tuvo por acreditada a partir de denuncias por violencia radicadas en dicho juzgado con anterioridad a la interposición de la acción de amparo, con serios indicadores de riesgo, entre los que resaltó: "ejercicio de violencia de género de tipo psicológica, económica y patrimonial hacia la mujer y los hijos, negando el dinero suficiente que permite satisfacer derechos básicos. Amenazas e insultos que no cesan, así como manipulaciones para que la denunciante no avance con las acciones legales correspondientes. Violencia infanto-juvenil de tipo psicológica y física hacia los hijos...".

Por último, postuló la necesidad de una regulación moderna y actualizada del aborto, sobre los lineamientos del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer **(1)**.

II. Acción declarativa de certeza. Paternidad. Prueba biológica de ADN

En este fallo, la Cámara de Apelaciones de General Pico (La Pampa) confirmó la sentencia de primera instancia que declaró la existencia de vínculo biológico entre el actor y el niño respecto del que se inició la acción.

A mi entender, lo más sustancioso de esta sentencia son los argumentos esgrimidos por la jueza de grado para hacer lugar a la acción: derecho a la intimidad y paz familiar, que la Cámara, lamentablemente no profundizó.

En los hechos, el actor promovió acción declarativa de certeza contra los progenitores del niño para hacer cesar el estado de incertidumbre sobre su paternidad. Los demandados, en su presentación, plantearon la falta de legitimación activa, argumentando que el actor es un tercero sin derecho a inmiscuirse en la vida privada familiar ni en la del niño.

La jueza de grado postergó el tratamiento de la excepción para el momento de la sentencia definitiva, finalmente la rechazó y determinó la existencia de vínculo biológico entre el actor y el niño, conf. los resultados de la prueba de ADN, que no fue impugnada por los demandados, sin que ello importara un emplazamiento filial —claro está— por la naturaleza y objeto de la acción.

Entre los fundamentos más interesantes de la sentencia de primera instancia se resaltó que el derecho de identidad se integra con la faz estática y la faz dinámica, es decir que no se reduce al dato biológico; que el hijo tiene derecho

(*) Abogada. Especialista en Derecho de Familia. Docente adjunta a cargo de la Cátedra de Derecho de Familia y Sucesiones de la Universidad Nacional de Río Negro (UNRN). Secretaria de la Unidad Procesal nro. 7 del Fuero de Familia de Viedma.

(1) Unidad Procesal nro. 7, Fuero de Familia San Carlos de Bariloche, "P. v. S., L. B. s/amparo (f) (reservado)", expte. nro. 25.718/19, fecha 27/03/2019.

Thomson Reuters

a conocer su verdadera identidad biológica, lo que está por encima del derecho de los padres a resguardar su intimidad; que la paz familiar no puede defenderse con la ocultación de la verdad y que el derecho a la verdad integra el bloque de constitucionalidad federal. Argumentos que la Cámara, en su escueto fallo confirmatorio, no desarrolló, por entender que no fueron materia de agravio **(2)**.

III. Acción de amparo. Discapacidad. Niños, niñas y adolescentes. Derecho a la salud

En esta sentencia del Superior Tribunal de Justicia de Río Negro, el juez de amparo Enrique Mansilla tuvo en cuenta para resolver a favor de la amparista el doble plus de derechos que asiste a este niño pequeño con discapacidad, a favor de quien se peticionó la ampliación de la cobertura del servicio de enfermería las 24 hs. del día a la obra social OSECAC.

Vale aclarar que ya había sido dictada una sentencia con anterioridad por la que se había condenado a la requerida a cubrir 8 horas de servicio de enfermería y, posteriormente, la amparista solicitó, en etapa de ejecución de sentencia, la ampliación de dicho servicio —a 24 hs.—, argumentando un agravamiento en el estado de salud del niño.

El fallo analizó la normativa internacional y nacional en materia de infancia, salud y derechos humanos juntamente con las leyes que rigen la actividad de las obras sociales y los seguros de salud, haciendo dialogar las fuentes con un sentido protectorio **(3)**.

IV. Acción de amparo. Ley de Identidad de Género. Sexo no binario. Control de convencionalidad

En esta sentencia, el juez analizó minuciosamente todos los argumentos expuestos por quien se presentó solicitando se ordene al Registro Civil de Tierra del Fuego la adición del sexo no binario porque no se identifica con uno ni con otro, es decir que no se percibe ni como hombre ni como mujer.

Argumentó que esta petición le fue negada en el ámbito administrativo, en incumplimiento a la normativa nacional vigente (ley 26.743) de Identidad de Género, ocasionándole daños en la esfera de su identidad, dignidad y en su fuero más íntimo.

Por su parte, el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas adujo que solamente se cumplió con la ley argentina, en la que existe el binarismo (hombre-mujer) en toda su legislación y que por ello no se trató de un acto discriminatorio sino ajustado a derecho.

El juez de amparo, en un extenso fallo, abarcó temas de suma actualidad, como la identidad de género, la deconstrucción de las categorías binarias del sexo, la importancia del concepto abarcativo del género en consonancia con el derecho a la identidad —con el ser y el sentir del otro—, el respeto que la ley y el Estado deben garantizar a cada ciudadano. Citó doctrina y jurisprudencia nacional e internacional (CIDH), dejó en claro que el control de convencionalidad y constitucionalidad debe hacerse de oficio por los jueces y que las leyes deben ser interpretadas con un sentido amplio de protección de los derechos humanos, de forma armónica con la Constitución Nacional y los tratados internacionales de derechos humanos.

Hizo lugar al amparo por discriminación interpuesto contra el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas y ordenó que se expida una nueva partida de nacimiento, dejando asentada su percepción de identidad de género no binaria/igualitaria y el correspondiente documento nacional de identidad, así como también la modificación de los datos de lx amparista en la partida de nacimiento y DNI de su hijo e impuso las costas a la provincia de Tierra del Fuego.

Un novedoso fallo que seguramente abrirá las puertas a una problemática que no puede invisibilizarse más. Una sentencia que amplia derechos **(4)**.

(2) CCiv. Com. Lab. y Minería General Pico, sala B, 16/10/2019, "M., G. D. v. B., R. B. y otro s/acción meramente declarativa".

(3) STJ Río Negro, sent. nro. 95, 19/07/2019, expediente OS4-174-STJ-2018, "S., V. s/amparo (Originarias)".

(4) Juzg. Familia y Minoridad Ushuaia, 16/12/2019, "S. B., G. A. S. L. v. Registro de Estado Civil y Capacidad de las

Thomson Reuters

V. Adopción plena. Adolescente de 16 años. Guarda de hecho. Interés superior del NNA. Derecho al nombre. Apellido de los adoptantes

En este caso se presentó una pareja que manifestó encontrarse a cargo del adolescente desde que tenía 3 años, ello con conocimiento del organismo protección (en el caso Promoción Familiar, ley rionegrina 4109 de protección de niños, niñas y adolescentes) y que en el año 2008 se había declarado su situación de adoptabilidad, pero no se había avanzado con la búsqueda de adoptantes. Que esta pareja había quedado con el carácter de "familia solidaria" desde ese entonces.

La jueza de familia escuchó al adolescente, a los pretensos adoptantes y a los hijos biológicos de la pareja y después de examinar toda la prueba determinó que tenía estado de hijo, que se sentía integrado al grupo familiar, que conocía su realidad biológica y mantenía contacto con su madre y hermanos biológicos.

Realizó un extenso análisis del instituto de la adopción, el caso en análisis ponderó el interés superior del adolescente y otorgó la adopción plena y la modificación de su apellido por el de los adoptantes **(5)**.

VI. Alimentos a hijo menor de edad. Incidente de aumento. Improcedencia de la retroactividad de la suma dispuesta en sentencia definitiva

Como aspecto relevante de esta sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de General Pico, puede destacarse la solución a la que arribó el tribunal de no retrotraer el monto fijado (con aumento) al momento de la mediación prejudicial para determinar el monto de los alimentos atrasados, esto es, aquellos que se devengaron durante el proceso.

Para así decidir, ponderó que el incidente de aumento había sido promovido a solo seis meses de haberse fijado la cuota alimentaria, que el aumento de la cuota había sido progresivo a lo largo del tiempo y no que no existían alimentos adeudados por el padre, por lo que no se consideró razonable ni justo que el importe fijado al momento de la sentencia sea condenado de manera retroactiva.

Además, el tribunal dejó en claro cuáles son las cuestiones revisables por la alzada y la imposibilidad de introducir en la instancia de apelación nuevas cuestiones que fueron puestas a consideración del juez de grado, porque lo contrario importaría desvirtuar el principio de congruencia. Al respecto, dijo que "...en nuestro sistema procesal, el ámbito de conocimiento del tribunal de apelación tiene un doble orden de limitaciones: en primer lugar, el tribunal de alzada está limitado por las pretensiones planteadas en los escritos introductorios del proceso. En segundo lugar, y siempre dentro del marco de las pretensiones planteadas en primera instancia, el tribunal de alzada lo está por el alcance que las partes han dado a los recursos de apelación interpuestos (...) Es decir, los jueces en la alzada deben respetar el principio de congruencia en un doble aspecto: uno, el que resulta de la relación procesal; y el otro, nacido de la propia limitación que el apelante haya impuesto a su recurso..." **(6)**.

VII. Alimentos al hijo menor de edad. Cuidado personal compartido. Aplicación del art. 666 del Cód. Civ. y Com.

La Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Neuquén revocó el fallo de grado por entender que en el caso se encuentran configurados los supuestos que habilitan la aplicación del art. 666 del Cód. Civ. y Com., esto es, no fijar una cuota alimentaria para la niña de autos y que cada progenitor se haga cargo de sus gastos en los períodos de tiempo que pasa con cada uno.

Para fundar dicha decisión valoró que el demandado (padre de la niña) pudo acreditar que el tiempo que pasaba con cada uno de ellos —madre y padre— era similar, al igual que los ingresos de ambos y que así fue expresado por

Personas s/ amparo".

(5) Juzg. Familia —hoy Unidad Procesal— nro. 5 Viedma, Río Negro, 03/06/2019, "Reservado s/adopción simple".

(6) CCiv. Com. Lab. y Minería General Pico, sala A, 29/11/2019, "P. M., F. L. v. G., C. O. s/aumento de cuota alimentaria".

Thomson Reuters

la jueza de grado, sin embargo, su decisión no guarda congruencia —según el tribunal de alzada— con los argumentos que esgrimió y los hechos que encontró probados.

En este fallo, la Cámara hizo un análisis de los supuestos fácticos que deben configurarse para declarar la procedencia de lo dispuesto en la primera parte del art. 666 del Cód. Civ. y Com. y dejó muy en claro que el cuidado personal compartido no puede ni debe ser usado para eludir obligaciones alimentarias en desmedro de los hijos, sino que se puede peticionar la fijación de una cuota alimentaria a favor de uno de los progenitores, a pesar de que el cuidado personal sea compartido, tanto en la modalidad indistinta como alternada **(7)**.

VIII. Alimentos a los hijos menores. Falta de convivencia con quien percibe la cuota alimentaria. Cese de cuota. Interés superior del niño

En esta sentencia del Juzgado de Familia —hoy Unidad Procesal— nro. 9 de San Carlos de Bariloche, la jueza Marcela Trillini dispuso el cese de la cuota alimentaria que había sido homologada en el año 2016 y que era percibida por la madre del adolescente.

Ante la petición del padre y corrido el traslado, la madre solicitó el rechazo de la demanda, porque si bien reconoció que el hijo ya no convive con ella, alegó que se encuentra viviendo en la casa del abuelo fallecido.

El adolescente, en audiencia con la jueza, fue muy claro al expresar que se encuentra viviendo con su padre y que es él quien se encarga de satisfacer todas sus necesidades, mientras que a su madre hace años que no la ve.

Ante este escenario, se dictó sentencia disponiendo el cese de la prestación alimentaria, valorando, fundamentalmente, que han cambiado las circunstancias y que mantener la cuota alimentaria operaría en desmedro del bienestar e intereses del adolescente, porque su padre tiene disminuidos los ingresos por el aporte de una cuota alimentaria que ha perdido el sentido.

Por último, impuso las costas, condenó a la madre por haber causado un dispendio judicial, siendo que, a pesar de que reconoció la falta de convivencia al contestar la demanda, desplegó maniobras defensivas que pusieron en riesgo y postergaron el derecho alimentario de su hijo menor de edad.

IX. Alimentos a los parientes. Reclamo a los abuelos. Subsidiariedad. Obligación compartida ante igualdad de grados de parentesco y posibilidad económica

La sala Civil, Comercial y del Trabajo de la Cámara de Apelaciones del Distrito Judicial Norte de la ciudad de Río Grande, provincia de Tierra del Fuego, revocó la sentencia proveniente del Juzgado de Familia y Minoridad nro. 1 —S. C.— del Distrito Judicial Sur por entender que le asistía razón a la recurrente —abuela materna— de que la obligación alimentaria debió ser repartida —en partes iguales— entre los dos abuelos paternos, quienes no solo están en igual de grados de parentesco sino que poseen ingresos equivalentes.

Para así decidir, el tribunal entendió que, encontrándose demandados los abuelos, se condenó solo a uno de ellos —la abuela materna— y que, habiendo sido acreditado que el padre se encuentra imposibilitado de afrontar su obligación alimentaria de su hija menor de edad debido a su discapacidad, los abuelos debieron ser condenados al pago en partes iguales, de conformidad con lo normado en el art. 537 del Cód. Civ. y Com. Consideró que la obligación alimentaria endilgada a los ascendientes "...comprende lo necesario para la subsistencia, habitación, vestuario y asistencia médica..." —art. 541 del Cód. Civ. y Com.—, porque se le aplican las reglas de la obligación alimentaria debida entre parientes —art. 668 del Cód. Civ. y Com.—. Asimismo, explicó que "...Los alimentos entre parientes procuran atender las necesidades materiales y espirituales del alimentado ante la circunstancia de no poder obtener los medios indispensables para cubrirlos. Se funda en el derecho a un nivel de vida adecuado y en el deber de solidaridad que existe entre los miembros de una misma familia. Como la obligación es sucesiva, el reclamo contra el obligado subsidiario es procedente solo después de establecerse que el obligado principal está imposibilitado de cum-

(7) CCiv. y Com. Neuquén, sala 1ª, 16/04/2019, "A. M. B. v. C. S. I. s/alimentos para los hijos".

Thomson Reuters

plir la prestación, o que la afronta en una medida insuficiente para proveer a las necesidades del alimentado...".

Entonces, en orden al principio de solidaridad familiar, que surge claro del juego armónico de los arts. 537 y 668 del Cód. Civ. y Com., la Cámara impuso la obligación alimentaria de la niña a cargo de la abuela y del abuelo paterno y revocó la cuota supletoria fijada en forma retroactiva, por entender que la demandada había soportado gastos durante el proceso aún mayor que la cuota dispuesta, en definitiva. Impuso las costas a los dos abuelos vencidos.

Un aspecto interesante de esta sentencia es que el tribunal no hizo lugar al pedido de la actora —en la alzada— de fijación de la prestación alimentaria en porcentaje para evitar la desactualización de las cuotas. Para rechazar el planteo, la Cámara se amparó en el Código de Procedimientos provincial, que impide al tribunal de alzada fallar sobre puntos no introducidos en la instancia de origen.

Sin embargo, este principio, arraigado en el derecho procesal civil, podría ser revisado —a mi criterio— a la luz del derecho de familia constitucionalizado, sumando a esta postura que el derecho alimentario de una persona menor de edad merece el amparo y tutela judicial en forma primordial y sin dilaciones y que los derechos humanos —como el alimentario— protegidos por el bloque de constitucionalidad federal no pueden resultar frustrados por las formas procesales, que, por el contrario, deberían ceder y flexibilizarse en estos supuestos. A modo de ejemplo, la Cámara podría haber dispuesto una audiencia entre las partes e intentar consensuar sobre este punto, porque de esta forma se somete a la actora a reclamar una actualización a poco de andar, si se tiene en cuenta que en países como el nuestro el proceso inflacionario es siempre ascendente **(8)**.

(8) CApel. Distrito Judicial Norte Río Grande, sala Civ. Com. y Trab., 02/10/2019, "R., M. V. v. L. L., R. M. y L. L., G. A. y otra s/alimentos".

X. Alimentos entre cónyuges. Convenio homologado. Divorcio posterior. Cese de la obligación alimentaria

Esta sentencia de la misma Cámara de Apelaciones (sala Civil) de Río Grande que el fallo analizado anteriormente resulta sumamente interesante por los fundamentos y la disidencia que se da entre los magistrados respecto de la cesación de los alimentos entre cónyuges después de producido el divorcio, que, como resultado, revocó la decisión de grado por mayoría.

Para comprender mejor esta pequeña reseña, conviene repasar, someramente, los hechos de la causa. Así, diré que el actor —excónyuge— se presentó peticionando el cese de la prestación alimentaria que se encontraba aportando desde el año 2014, cuando las partes realizaron un convenio encontrándose separados de hecho, en el que dejaron expresamente aclarado que la obligación alimentaria llegaría a su fin cuando la señora tuviera medios económicos suficientes para su sostenimiento. Que en año 2018 las partes se divorciaron y que la señora —beneficiaria de la cuota alimentaria— cuenta con trabajo, obra social y una pensión por viudez de su primer matrimonio que continúa cobrando.

El primer votante, Ernesto Adrián Löffler, propuso revocar la sentencia de grado y disponer el cese de la prestación alimentaria que venía aportando el actor a favor de su excónyuge, con fundamento en que el régimen del derecho alimentario luego de la disolución del vínculo se ha visto afectado como consecuencia de la modificación sustancial acontecida en materia de familia. De este modo, al derogarse las causales subjetivas en el divorcio, ya no es posible determinar culpas que propicien alimentos al cónyuge inocente, ya que su esencia no obedece a la condición de inocente, sino que se circunscribe a los supuestos especialmente determinados por el derecho sustantivo vigente. Así, con cita de los arts. 431, 432 y 434 del Cód. Civ. y Com., destacó que la demandada tiene medios propios para su subsistencia y que la esencia de la regulación que en este aspecto trae el Código Civil y Comercial está inspirada en la igualdad de los cónyuges y tiende al sostenimiento de cada uno con recursos propios.

Thomson Reuters

Por su parte, en sentido contrario, el Dr. Francisco JUSTO DE LA TORRE postuló el mantenimiento de la obligación alimentaria a favor de la excónyuge y, por tanto, la confirmación del fallo de grado. Entre sus fundamentos entendió que, a pesar de la vigencia de una nueva legislación —Código Civil y Comercial—, debe entenderse que la demandada tiene "un derecho adquirido" a esa cuota alimentaria y, por tanto, no podía ser considerada como "situación jurídica existente" para la aplicación de la nueva normativa, en los términos del art. 7 del Cód. Civ. y Com., porque a la demandada se le garantizó, con anterioridad al nuevo ordenamiento, que contaría con el apoyo económico de quien fue su pareja durante muchos años, porque lo necesitaba y porque abdicó en pos de su familia a la posibilidad de auto sustentarse (art. 17, CN). Entre otros argumentos, adujo que esta solución es la que respeta el principio de solidaridad familiar que debe existir después de tantos años de vida en común, sin que los problemas del otro puedan ser ajenos, para evitar que se consoliden desigualdades.

El voto dirimente fue de la Dra. Josefa Haydé Martin, quien adhirió a los argumentos del primer votante y agregó que en la actualidad el sentido de la obligación alimentaria radica, en esencia, en el deber de asistencia mutuo que existía durante el matrimonio, pero orientado a brindar posibilidades de autosustento en un plano de igualdad entre los excónyuges. Ya no es, como se señaló, una suerte de beneficio hacia quien no propició la ruptura, sino que se determinan en favor de quien los necesita.

De esta forma, por mayoría, se revocó la decisión de primera instancia y se dispuso la cesación de la prestación alimentaria a favor de su excónyuge **(9)**.

XI. Autorización para viajar. Progenitor privado de la libertad. Derecho a la intimidad y al esparcimiento de niños, niñas y adolescentes

En esta sentencia del Juzgado de Familia —hoy Unidad Procesal— nro. 9 de San Carlos de Bariloche se concede autorización para viajar al exterior a una adolescente hasta su mayoría de edad por sentencia monitoria.

Para así resolver, la jueza tuvo en cuenta que el padre se encuentra privado de libertad y, si bien está suspendido en el ejercicio de la responsabilidad parental, cada vez que su hija quiere salir del país debe exhibir la sentencia penal, con toda la carga de angustia que eso provoca en la adolescente, que sufre de hipoacusia bilateral y que las situaciones de estrés la angustian mucho.

Expresó que la ley específica del fuero de familia rionegrina 3934 (hoy derogada por el Código de Procedimiento de Familia) no preveía un proceso especial para esta acción, por lo que decidió aplicar, por analogía, el art. 487 del Código de Procedimiento Civil y Comercial de la provincia y concedió, sin más prueba que la documental acompañada, la autorización para viajar al exterior peticionada **(10)**.

XII. Capacidad. Restricción. Sistema de apoyo. Lenguaje sencillo y comprensible

Por medio de esta sentencia del Juzgado de Familia —Unidad Procesal— nro. 9 de San Carlos de Bariloche, se dispone un sistema de apoyos para una persona con síndrome de Down que tenía muchas aptitudes de auto valimiento y únicamente necesitaba el apoyo de su hermana para percibir su pensión y realizar actos de administración del dinero.

Quizás lo más interesante de este fallo es que la jueza Marcela Trillini se ciñe al caso concreto —sin demasiadas citas doctrinarias o jurisprudenciales— utilizando un lenguaje sencillo y comprensible en todo momento y dedicando un párrafo para el interesado donde explica, de un modo más accesible todavía, qué decidió, cuáles fueron sus fundamentos y cómo seguirá la revisión del caso conf. las exigencias legales **(11)**.

(9) CApel. Distrito Judicial Norte Río Grande, sala Civ. Com. y Trab., 30/08/2019, "V., N. F. v. G. G., C. L. s/incidente de apelación".

(10) Juzg. Familia —hoy Unidad Procesal— nro. 9, San Carlos de Bariloche, 10/07/2019, "N., C. J. v. C., A. M. s/ autorización para viajar".

(11) Juzg. Familia —hoy Unidad Procesal— nro. 9, San Carlos de Bariloche, 18/10/2019, "A., D. A. s/proceso sobre capacidad".

Thomson Reuters

XIII. Capacidad. Cuarentena. Autorización judicial. Necesidad especial de caminatas como parte del tratamiento médico

Por medio de este auto interlocutorio dispuesto durante el aislamiento social, preventivo y obligatorio decretado por el gobierno nacional, la jueza de familia subrogante Moira Revsin autorizó caminatas en la vía pública a una persona con discapacidad como parte del tratamiento terapéutico que venía desarrollando antes de la cuarentena y que necesita de manera urgente e ininterrumpida para mejorar su salud psicofísica y como modo de prevenir riesgos para su persona (como, p. ej., autolesiones).

Destacó que "[e]s cierto que hoy en día está ordenada en el orden nacional una restricción para circular por la vía pública y que solo quedan exceptuadas personas que realizan ciertas tareas y quienes tienen que salir a comprar elementos de primera necesidad y que esta medida busca una protección de la salud comunitaria y por ello la importancia de su cumplimiento. Nótese que, debido a sus patologías, G. no queda incluido dentro de ninguno de estos dos grupos exentos de la reclusión permanente. Él no tiene un trabajo y tampoco tiene las aptitudes para salir a hacer una compra en un comercio cercano a su domicilio, esto lo pone en desventaja frente a otras personas a quienes se las habilita a salir con la confianza de que tomarán los recaudos adecuados para evitar el contagio del COVID-19...".

Concluyó que es posible depositar la misma confianza en aquellas personas que se encuentran al cuidado de G., por lo que autorizó salidas por dos horas diarias, en horario y con un recorrido determinado en la sentencia, estableciendo que la copia de la sentencia con su firma digital serviría como instrumento suficiente para ser presentado ante las autoridades de control en la vía pública **(12)**.

XIV. Compensación económica. Plazo de caducidad de la acción. Violencia de género

En esta interesante sentencia del Juzgado de Familia nro. 1 de Esquel, provincia del Chubut, se hizo lugar a la demanda por compensación económica que la actora interpuso contra su exconviviente, fijándola en la tercera parte del patrimonio aproximado generado durante la unión convivencial.

Para así decidir, la jueza Mariela González hizo un exhaustivo repaso de la normativa internacional e interna sobre la materia, abordando la cuestión con perspectiva de género, toda vez que concluyó, a partir de las pruebas producidas, que se trataba de una organización familiar tradicional, donde la mujer había dedicado su vida al cuidado de los hijos y de la casa y el varón cumplió el rol de proveedor.

En esta línea, ponderó que todos los bienes adquiridos se encontraban a nombre de él, algunos productos de liberalidades de su padre y otros adquiridos con el fruto del trabajo, que, destacó, fue producto del esfuerzo de ambos, porque el aporte femenino (cuidado, crianza de los hijos, trabajo doméstico, de administración de las tareas cotidianas y del hogar) es, en la mayoría de los casos, silenciado por una sociedad que enaltece la obtención de bienes materiales.

Para determinar el monto de procedencia de la acción recurrió a parámetros fijos —como la valuación de los bienes— y otros que resultaron de la prueba colectada, como la edad de las partes, la de sus hijos, el estado de salud de ambos, las posibilidades laborales y otros elementos que le brindaron pautas de valuación para la fijación del monto **(13)**.

XV. Compensación económica. Requisitos de procedencia. Prueba

En este caso, la Cámara de Apelaciones de Neuquén confirmó por mayoría la sentencia de grado que rechazó la compensación económica peticionada por una mujer contra su expareja, con quien había convivido durante 35 años. En el caso, la pareja no había tenido hijos en común y los jueces entendieron que la mujer no pudo acreditar que su empobrecimiento económico tuviera causa en la ruptura de la convivencia con el demandado.

(12) Juzg. Familia nro. 16, General Roca, 27/03/2020, "R., G. P. s/proceso de capacidad".

(13) Juzg. Familia nro. 1, Esquel, 28/10/2019, "S. E. I. v. L. J. D. s/determinación de compensación económica".

Thomson Reuters

Por su parte, el primer votante, en disidencia, encontró probado el desequilibrio económico sufrido por la actora con base en la prolongada convivencia y su ruptura, dejando aclarado que "...en el caso no se trata de dividir los bienes adquiridos durante la convivencia (...) sino de 'compensar', a la otra parte cuando como consecuencia de la ruptura de la convivencia sufre un desequilibrio económico manifiesto traducido en un empobrecimiento de su situación económica con causa adecuada en la convivencia...".

Resultan interesantes del voto en minoría, no solo los argumentos esgrimidos sino por la condena en costas, las que impuso por su orden, teniendo en miras la pacificación del conflicto familiar **(14)**.

XVI. Cuidado personal compartido con modalidad alternada. Interés superior del NNA

Este fallo de la Cámara de Apelaciones de Viedma, Río Negro, confirmó la sentencia de primera instancia que decidió el cuidado personal de dos hermanas compartido entre ambos progenitores bajo la modalidad alternada, esto es, residiendo durante el período escolar en la localidad de Valcheta junto a su padre y durante los recesos de invierno y verano con su madre en la ciudad de Viedma.

Ante los agravios de la madre (demandada), quien pretendía que las niñas volvieran a Viedma durante el año lectivo, argumentando que fue ella quien las cuidó desde niñas, el tribunal, después de celebrar audiencia con las partes, puso énfasis en que cuando las decisiones involucran derechos de niños, niñas y adolescentes, su interés superior debe ser la consideración primordial y debe prevalecer aun sobre el de sus progenitores.

Ante estos argumentos, valorando la prueba obrante en autos, los intereses de las niñas, quienes habían podido expresarse en el juzgado de familia —sobre todo la más grande—, y el informe del Equipo Técnico Interdisciplinario, se confirmó la sentencia por unanimidad, imponiéndose las costas en el orden causado **(15)**.

XVII. Cuidado personal unilateral. Medida cautelar. Cambio de centro de vida del niño. Acreditación de los requisitos de procedencia: peligro en la demora

En este fallo, la sala Civil de la Cámara de Apelaciones del Distrito Judicial Norte de Tierra del Fuego confirmó la sentencia interlocutoria dictada por el Juzgado de Familia y Minoridad nro. 2 del Distrito Judicial Sur, mediante la cual se rechazó una medida cautelar interpuesta por el padre de un niño pequeño que reclamó el cuidado personal unilateral de manera provisoria durante la tramitación del proceso de cuidado personal donde se encuentra enmarcada.

En el caso, el actor alegó que la madre de su hijo sufre una adicción al alcohol que no le permite brindar el cuidado y contención que un niño de su edad necesita, acompañó pruebas y entre ellas la intervención del sistema de protección de niños, niñas y adolescentes provincial, entre otros testimonios de personas cercanas a la demandada. El juez de grado desestimó la medida cautelar por entender que no había sido acreditado el peligro en la demora que ameritara, en ese estado del proceso, disponer el cambio de custodia y centro de vida del niño.

A idéntica solución arribó la Cámara por mayoría en una sentencia que parece haber mirado dos realidades distintas, dos casos diversos. En el primer voto, que contó con la adhesión de la segunda magistrada en orden de votación, el juez manifestó que "...el apelante (padre del niño) se limitó a menospreciar la prueba pericial acompañada sin evidenciar de qué modo se encuentra acreditado el riesgo que eventualmente sufre el niño de autos y el peligro en la demora para que pueda dictarse un cambio abrupto de cuidado personal y en forma unilateral..." y propició la confirmación de sentencia de grado.

(14) CApel. Civ. y Com. Neuquén, sala 3ª, 09/08/2019, "B. N. J. C. v. F. J. O. s/compensación económica".

(15) CApel. Civ. Com. Familia y Minería, 1ª Viedma, 11/02/2020, "G. C. M. J. v. M. L. P. s/tenencia".

Thomson Reuters

En cambio, el tercer voto, en disidencia y minoría, mostró una realidad fáctica distinta que lo llevó a la decisión contraria. Para ello repasó cuidadosamente y valoró la prueba aportada al proceso hasta ese momento y puso de manifiesto que el juez de familia no había escuchado ni se había entrevistado con el niño para resolver como lo hizo. En este sentido, sostuvo que "...la protección de personas no es una medida cautelar en el sentido estricto, ya que estas están destinadas a salvaguardar generalmente, derechos patrimoniales que pudieran ser destruidos, deteriorados, aminorados, etc., durante el proceso. En el caso de los sistemas cautelares de protección de personas se trata de salvaguardar la integridad física y moral de determinadas personas, a las que la ley les otorga una preferente atención, por ello las ubicamos dentro de los sistemas cautelares con independencia de su patrimonio. Las vías están contenidas en normas sustanciales o en el derecho internacional..." y recordó la obligación que tienen los Estados que han ratificado la Convención de los Derechos del Niño, como es el caso de Argentina, que están destinados a proteger el desarrollo integral a través del disfrute de los derechos que al niño se le reconocen.

Esos derechos son estrictamente interdependientes, exigiéndose la satisfacción conjunta de ellos para la consecución efectiva del desarrollo. Esta interdependencia exige una protección integral de los derechos del niño, debiendo evaluarse cualquier situación de vulneración, amenaza o restricción de derechos **(16)**.

XVIII. Derecho procesal de familia. Excepción de incompetencia. Unión convivencial. Perspectiva de género

Este fallo del Juzgado de Familia nro. 16 de Roca, Río Negro, rechazó dos excepciones que fueron interpuestas como de previo y especial pronunciamiento: la de prescripción de la acción y la de incompetencia.

En los hechos, el actor fundó la acción de prescripción de la acción para la división de los bienes en la aplicación del derogado Código Civil porque la relación había cesado en el año 2013 y el plazo de cómputo la prescripción en las acciones extracontractuales es de dos años, conf. dicha normativa. Asimismo, adujo que, al tratarse de una división de sociedad de hecho, el fuero en el que debía tramitar la acción es el civil y comercial y no ante un tribunal de familia.

En esta sentencia, la mirada integral de todo el ordenamiento jurídico con perspectiva de género inspira la decisión. La jueza remarcó la aplicación de todo el plexo normativo nacional e internacional de protección a las mujeres, entendiendo que "los jueces debemos impartir justicia sobre la base del reconocimiento de la particular situación de desventaja en la cual históricamente se han encontrado las mujeres como consecuencia de la construcción sociocultural que se ha desarrollado en torno de la posición y el rol que debieran asumir".

Una cuestión por demás interesante es desde cuándo computó el plazo de prescripción de la acción y para ello tuvo en cuenta el período en que, según los informes obrantes en el expediente, la Sra. se encontraba más fortalecida como para poder pensar y ocuparse de asuntos patrimoniales, después de haber sufrido reiterados episodios de violencia por parte del actor que la magistrada tuvo por acreditados. En este sentido, resaltó que "[s]e debe ponderar que, en el caso de víctimas de violencia de género (en el marco de las relaciones intrafamiliares), el 'tiempo' de reparación no es cronológico, sino que resulta de los mecanismos personalísimos con lo que se cuenta para lograr superar tanto desde lo emocional, motivacional y/o cognitivo las circunstancias que ocasionaron la situación. Es decir, no basta con tomar la decisión de romper con el ciclo de la violencia, sino que además implica desaprender conductas y lograr el empoderamiento necesario para defender otros intereses, en ese caso materiales".

Por otro lado, destacó que el Código Civil y Comercial reguló a las uniones convivenciales, otorgándoles el merecido reconocimiento legal y todo lo ateniente a dicha materia, incluso la división de los bienes una vez finalizada convi-

(16) CApel. Distrito Judicial Norte, Río Grande, 28/05/2019, sala Civ. Com. Lab. y Trab., "A. A. s/incidente de apelación".

Thomson Reuters

vencia, como en este caso, corresponden al fuero de familia **(17)**.

Vale aclarar que esta sentencia fue dictada antes de la entrada en vigor del Código Procesal de Familia, cuyo anteproyecto es citado en la resolución, por lo que a partir del pasado 2 de marzo de 2020, en todo el territorio rionegrino, este tipo de planteos de competencia no podrían tener lugar (art. 8, inc. e, del Cód. Proc. Federal).

XIX. Divorcio decretado en el extranjero. Inscripción

En esta sentencia del Juzgado de Familia —hoy Unidad Procesal— nro. 9 de Bariloche se requirió a la judicatura que ordene la inscripción de un divorcio decretado en el extranjero. Pero la jueza entendió que las partes no habían aportado documentación suficiente para dar curso a ese trámite.

Sin perjuicio de ello, meritó "los principios generales de los procesos de familia, especialmente tutela judicial efectiva e inmediación (art. 706 del Código Civil y Comercial, en adelante Cód. Civ. y Com.) y teniendo en cuenta que ambas partes hoy se domicilian en esta ciudad y es aquí donde están peticionando su divorcio siendo factible ejercer la opción en materia de competencia territorial conf. lo reglado por el art. 717 del Cód. Civ. y Com., es que corresponde dictar la sentencia solicitada, máxime cuando se cumplió con el trámite previsto por el art. 437 y ccs. del Cód. Civ. y Com." **(18)**.

XX. Filiación. Daño no patrimonial. Falta de reconocimiento oportuno

Este fallo de la Cámara de Apelaciones de Santa Rosa, provincia de La Pampa, confirmó la sentencia del juzgado de familia que condenó por daño moral al progenitor de un joven (a la fecha mayor de edad) que, a pesar de tener el resultado de la prueba de ADN en el proceso de filiación que inició la madre en su contra, no reconoció y fue necesario llegar a la inscripción registral de la sentencia para lograr el emplazamiento.

Para así decidir, el tribunal examinó cuidadosamente la concurrencia de los presupuestos de la responsabilidad y sostuvo que la falta de reconocimiento oportuno no hace nacer, por sí y en todos los casos, la obligación de resarcir, sino que debe ser analizado en cada caso concreto para determinar si existió relación de causalidad entre la conducta ilícita —en el caso, falta de reconocimiento— y el daño causado en el hijo o hija por esta conducta omisiva. En otras palabras, debe acreditarse la culpa o dolo del demandado, pues se trata de responsabilidad subjetiva.

Asimismo, al momento de considerar el monto del resarcimiento se destacó que corresponde evaluar el perjuicio que durante sus años de vida pudo haber sufrido el hijo reclamante por no contar con el apellido paterno y no haber sido considerado en el ámbito de las relaciones humanas como hijo de su progenitor, debido a la omisión en que este incurrió al no reconocerlo.

Confirmó la sentencia de grado en todas sus partes e impuso las costas de la segunda instancia **(19)**.

XXI. Filiación. Alimentos provisorios. Aumento de la prestación provisoria de oficio en segunda instancia

En esta excelente sentencia de la sala Civil, Comercial y del Trabajo de la Cámara de Apelaciones de Río Grande, provincia de Tierra del Fuego, se hizo lugar al recurso deducido por la actora, madre de una niña que en el proceso de filiación obtuvo la fijación de alimentos provisorios por la suma de $ 1.500. Posteriormente, al hacer lugar a la demanda y decretar su emplazamiento filial, la jueza de familia introdujo en uno de los considerandos de la sentencia que la cuota provisoria acordada en el año 2016 quedaba determinada, en definitiva, sin consignarlo en la parte resolutiva.

(17) Juzg. Familia nro. 16, General Roca, 04/02/2020, "A., A. J. v. T., G. M. s/ordinario".

(18) Juzg. Familia —Unidad Procesal— nro. 9, San Carlos de Bariloche, 12/02/2019, "M., D. v. M., M. M. s/inscripción de divorcio decretado en el exterior".

(19) CApel. Civ. Com. Lab. y Minería Río Grande, 27/11/2019, "G., D. E. v. B., G. E. s/filiación y daño moral".

Thomson Reuters

Al respecto, el tribunal, por unanimidad, entendió que la instancia de grado no estableció dicho monto ($1.500) de forma definitiva, sino que —aunque de forma confusa— quiso mantener esa suma hasta que se inste la acción alimentaria correspondiente.

Lo que aquí quiero poner de resalto es la proactividad de la Cámara que, con fundamento en la tutela judicial efectiva, entendiéndola como la satisfacción de la necesidad concreta del requirente, decidió aumentar la cuota provisoria y disponer que estará vigente hasta que se disponga una nueva en el proceso de alimentos que se inicie con posterioridad.

Y para ello, aunque hubo disidencias respeto de su cuantificación, se tuvieron en cuenta las necesidades de la niña conf. a su edad y se realizó una estimación del gasto diario a través del listado de precios cuidados del gobierno nacional. Con la decisión del tercer votante se resolvió, por mayoría, elevar los alimentos provisorios a la suma de $ 6.000 **(20)**.

XXII. Guarda. Renovación. Oposición de los progenitores. Participación del NNA en el proceso

Se decidió renovar la guarda de las dos nietas —hoy adolescentes— que ejerce la abuela desde que eran muy pequeñas, a pesar de que, previo al dictado de sentencia, el padre manifestó oposición, alegando imposibilidad física de la abuela a raíz de un accidente sufrido y que ambos progenitores habían retomado su relación de pareja.

Para así decidir, la jueza de familia dio preminencia a la opinión y el deseo de ambas hermanas, que manifestaron querer quedarse a vivir con sus abuelos en la ciudad de San Carlos de Bariloche. Ponderó para ello su edad y grado de madurez, su centro de vida y que desde muy chicas fueron criadas por su abuela, quien en la actualidad cuenta con recursos personales y apoyo familiar para seguir cuidándolas **(21)**.

XXIII. Liquidación de bienes de la comunidad. Improcedencia del pedido de recompensa por los alimentos a los hijos mayores de edad en el marco del proceso de liquidación de la comunidad

Esta sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de General Pico, provincia de La Pampa, revocó parcialmente la decisión de grado que rechazó el derecho a recompensa a la excónyuge que había soportado unilateralmente todos los gastos del inmueble integrante del acervo comunitario en el período en que su exmarido detentó el uso y goce exclusivo.

Para así decidir, el tribunal advirtió que los impuestos y tasas provinciales y municipales habían sido afrontados en su totalidad por la señora durante un año, mientras que su excónyuge vivía en el inmueble sin abonar ningún canon por el uso exclusivo de la cosa y, en este aspecto, hizo lugar al agravio.

Sin embargo, rechazó el pedido de recompensa por los gastos originados por la asunción, en forma exclusiva y desde la separación de hecho, de la manutención de los hijos del matrimonio (alquileres, matrículas y cuotas de universidad, medicina prepaga, remisiones en dinero efectivo, etc.), todos ellos mayores de edad a la fecha de la disolución de la sociedad conyugal, con fundamento en que no resulta adecuada la intención de la apelante de confundir su pretensión de recompensa por gastos de conservación con la obligación alimentaria para con los hijos, erigiéndose esta última como una cuestión ajena al tema en debate, esto es, el uso exclusivo de un bien ganancial y la asunción de los gastos que irroga este **(22)**.

XXIV. Medida de protección de derechos. Declaración de ilegalidad de la medida excepcional

La Cámara de Apelaciones de Cipolletti, provincia de Río Negro, confirmó la sentencia del juzgado de familia que declaró la ilegalidad de una medida excepcional de protección de derechos a favor de una adolescente dispuesta por la

(20) CApel. Distrito Judicial Norte, Río Grande, 30/05/2019, sala Civ. Com. y Trab., "M., C. A. v. G., P. D. s/ incidente de apelación".

(21) Juzg. Familia —hoy Unidad Procesal— nro. 9, Bariloche, 16/10/2019, "P., A. I. s/guarda".

(22) CCiv. Com. Lab. y Minería de la Segunda Circunscripción Judicial General Pico, sala A, 07/11/2019.

Thomson Reuters

Secretaría de Niñez, Adolescencia y Familia de Río Negro.

Para decidir de esta manera, el tribunal manifestó que organismo proteccional no dio explicaciones concretas de por qué la joven fue alojada en la ciudad de El Bolsón (a 565 km de distancia) y no en una localidad más cercana a su centro de vida, toda vez que, según argumentó la SENAF, en Cipolletti no contaban con lugares adecuados para su estadía.

La adolescente se presentó ante dicho organismo a pedir ayuda porque su madre la golpeaba y, tras ser alojada unos días con una familia solidaria —por carecer de otros referentes familiares—, fue trasladada a la ciudad de El Bolsón e institucionalizada, finalmente retornó con su madre, por lo que el organismo proteccional anunció el cese de su intervención.

La Cámara señaló, con acierto, que durante el tiempo que duró la medida de protección de derechos —90 días y su prórroga, que fue declara ilegal por la jueza de familia interviniente— la SENAF no brindó información del contacto de los técnicos con la adolescente ni las estrategias diseñadas para su abordaje. En ese sentido, expresó que "Las medidas de efectivización de derechos comprenden las de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades, de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos humanos reconocidos por la CN, los tratados internacionales vigentes, la Constitución de la Provincia de Río Negro y la legislación nacional" (art. 7, ley D 4109)".

Por ello rechazó el recurso interpuesto por el organismo proteccional, confirmó la sentencia de primera instancia y exhortó a la SENAF a continuar interviniendo en el caso, toda vez que la nueva convivencia con la madre no habilita a presumir que el riesgo o vulneración de sus derechos ha cesado, pues dicha circunstancia fue la que oportunamente motivó la intervención de ese organismo **(23)**.

XXV. Medida autosatisfactiva. Protección de la imagen de una persona menor de edad con discapacidad. Derecho a la intimidad y a la vida privada versus libertad de prensa

En este caso, el Juzgado de Familia nro. 9 —hoy Unidad Procesal— ordenó al diario El Cordillerano retirar de forma inmediata, bajo apercibimiento de multa, una fotografía de una persona con discapacidad en la que aparecía en una cama con contención mecánica, esto es, atado a ella

La jueza ponderó y sopesó los derechos en juego: por un lado, el derecho a la intimidad, a la imagen y la vida privada y, por el otro, el derecho a la libertad de prensa en el marco de una sociedad democrática.

Para fundar su decisión citó a la CIDH y expresó que "...El derecho de acceso a la información bajo el control del Estado admite restricciones. Este tribunal ya se ha pronunciado, en otros casos, sobre las restricciones que se pueden imponer al ejercicio del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. (Cfr. 'Caso López Álvarez', *supra* nota 72, párr. 165; 'Caso Palamara Iribarne', *supra* nota 72, párr. 85; 'Caso Ricardo Canese', *supra* nota 72, párr. 95; y 'Caso Herrera Ulloa') (...) Finalmente, las restricciones que se impongan deben ser necesarias en una sociedad democrática, lo que depende de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo...".

Además, resaltó que el derecho de libertad de prensa no es absoluto y debe confrontarse con los derechos personalísimos en juego, que cobran más fuerza si se tiene en cuenta que el interesado es una persona con discapacidad **(24)**.

XXVI. Nombre. Supresión de apellido paterno. Condena penal por violencia sexual. Derecho a la identidad

En este caso, del Juzgado de Familia nro. 16 de General Roca, provincia de Río Negro, se hizo lugar a la demanda por supresión de apellido paterno interpuesta por la madre de tres niños

(23) CCiv. Com. y Minería, Cipolletti, 6/02/2020, "Secretaría de Estado de Niñez, Adolescencia y Familia. Río Negro e/a 'S. M. K.' s/medida de protección de derechos s/ incidente de apelación".

(24) Juzg. Familia —hoy Unidad Procesal— nro. 9, Bariloche, 14/06/2019, "Defensoría de Pobres y Ausentes nro. 9 en rep. de B., A. D. S. Ley 26.657 s/ medida autosatisfactiva (f) (reservado)".

Thomson Reuters

que habían sido testigos y víctimas de numerosos actos de violencia cometidos por su padre. Incluso fue condenado por abuso sexual gravemente ultrajante y agravado por el vínculo en contra de su hija mayor en reiteradas oportunidades (entre 5 a 7 años al momento del hecho).

Después de valorar minuciosamente la prueba producida y de mantener una entrevista con los niños, donde pudieron manifestar su deseo de portar únicamente el apellido materno, sin querer tener contacto con el demandado, a quien no identifican como papá, la magistrada destacó que resulta más conveniente referirse a la estabilidad del nombre y no a su inmutabilidad, pues su función está destinada a proteger a la persona en su individualidad y en su función social en orden a la identificación de las personas, por cuanto, siempre que no se vea afectado el orden público, debe primar el principio de la libertad.

Encontró probados los "justos motivos" a los que se refiere el art. 69 del Cód. Civil y Comercial, entre los que se encuentra "la afectación de la personalidad de la persona interesada, cualquiera sea su causa, siempre que se encuentre acreditada" (art. 69, inc. c). Y destacó que "... cuando una persona al construir su historia elige el uso del apellido que la identifica sin que ello sea generador de un perjuicio o daño a terceros, lo que hace es simplemente tornar operativo el derecho constitucional de ejercitar su libertad, sin que sea autorizado el Estado o los particulares a intervenir (...) Aquel principio de estricta operatividad en el derecho internacional de los derechos humanos (principio *pro homines*), obliga en momentos de tener que reconocer derechos tutelados a aplicar la norma más amplia o a la interpretación más extensiva, y en el caso de tener que restringir o suspender dichos derechos, a recurrir a la norma o a la interpretación más restringida...".

Con estos fundamentos y otros más que exceden el marco de esta síntesis, se dispuso la supresión del apellido paterno en toda la documentación personal de los niños, llevando en lo sucesivo únicamente el apellido materno **(25)**.

XXVII. Responsabilidad parental. Privación. Padre ausente. Interés superior de NNA

Se dispuso la privación de la responsabilidad de un niño y una niña en atención a que se encontró probado el abandono material y emocional de su padre, quien se desentendió de sus cuidados, con base en lo dispuesto por el art. 700, inc. b), del Cód. Civ. y Com. Incluso habiendo sido citado al proceso, no se presentó.

Analizadas todas las pruebas aportadas y valorando la actitud paterna como una clara evidencia de su desentendimiento en relación con sus hijos, la magistrada sostuvo, con cita a Nora Lloveras, que la familia no es el centro de la protección legislativa, el sujeto de tutela es la persona en sus diversas relaciones familiares. Asimismo, tuvo en cuenta el precedente "Fornerón" de la CIDH, en el sentido de que "La determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales, probados y no especulativos o imaginarios, en el bienestar del niño" ("Fornerón e hija v. Argentina", 27/04/2012) **(26)**.

XXVIII. Responsabilidad. Régimen de comunicación. Conducta materna obstructiva

La sala Civil de la Cámara de Apelaciones del Distrito Judicial Norte de la provincia de Tierra del Fuego hizo lugar al recurso de apelación interpuesto y ordenó a la instancia de grado a la implementación de un régimen de comunicación que se adapte a las necesidades de la niña.

En este caso, denuncia de abuso mediante —que quedó en estado de reserva—, se trabajó desde el jugado de familia de manera interdisciplinaria para retomar y refortalecer el vínculo entre una niña y su padre. Después de mucho andar, en una causa que había sido iniciada en el año 2015, se rechazó el régimen de comunicación con la modalidad propuesta por la madre, que apeló la decisión y llegó a la Cámara.

(25) Juzg. Familia nro. 16, General Roca, 20/08/2019, "P., A. Y. v. E., A. G. R. s/nombre (supresión de apellido paterno)".

(26) Juzg. Familia —hoy Unidad Procesal— nro. 9, Bariloche, 1/10/2019, "A., L. S. v. S., S. A. s/privación de la patria potestad".

Thomson Reuters

El tribunal tuvo en cuenta para hacer lugar al recurso el posicionamiento e intereses manifestados por la niña ante su psicóloga y los demás técnicos que intervinieron (Fortalecimiento Familiar). En este sentido, destacó que "[e]n aras de la tutela efectiva del niño, toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho, debe tomar en cuenta el interés superior del niño y ajustarse a las disposiciones que rigen esta materia. Tal imperativo está dado por los arts. 2 y 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Por ellos el Estado se constriñe a respetar los derechos enunciados en el instrumento, a asegurar su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción y considerar primordialmente su interés superior" **(27)**.

XXIX. Violencia familiar. Medidas vencidas. Recurso de apelación. Abstracción del planteo

En este caso, la Cámara de Apelaciones de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, declaró abstracto un recurso de apelación en una denuncia por violencia familiar por encontrarse vencidas las medidas provisorias dispuestas por el juzgado de familia (en la especie cuidado personal y cuota alimentaria).

En este sentido, destacó que "ha perdido virtualidad la cuestión en los términos en que fueron inicialmente planteados. Ello así por cuanto entre los requisitos formales para la procedencia del recurso y concretamente respecto a la existencia del gravamen, es necesario que se tenga interés no solo personal o jurídico, sino actual; ya que tales extremos son imprescindibles para que el tribunal pueda ejercer su jurisdicción. Por ello su desaparición importa la del poder de juzgar, por haberse tornado la cuestión en un caso abstracto" **(28)**.

XXX. Violencia familiar. Tratamiento psicológico ordenado. Incumplimiento y sanción pecuniaria

Ante el incumplimiento del tratamiento psicológico ordenado por el juez de familia, el aquí recurrente fue intimado a su cumplimiento bajo apercibimiento de multa. Al constatar que el incumplimiento continuaba, el magistrado impuso la multa que se recurrió.

La Cámara rechazó el planteo y confirmó la sentencia de origen, argumentando que no se había recurrido la decisión primigenia que ordenó el tratamiento psicológico, la que quedó firme, por lo cual no pueden recurrirse las consecuencias de su incumplimiento sin afectar el principio de preclusión. En base a ello, no analizó los agravios respecto de si la terapia por mandato dispuesta resultaba lesiva de derechos personalísimos, a la libertad y a la propia dignidad humana.

En este sentido, el tribunal expresó que "no es el presente estadio procesal el apropiado para discutir si la obligación de realizar un tratamiento psicológico era (o no) la medida apropiada en este caso, o si afecta (o no) la esfera personalísima del apelante, pues el posible debate sobre ello quedó precluido al no haber sido oportunamente recurrida la decisión —hoy firme— que lo dispuso. Dicho tópico no fue decidido en la resolución ahora apelada, sino en otra anterior, pues la aquí impugnada solo se limita a la consecuencia legal de no acreditar su realización; con total prescindencia de los motivos —personalísimos o no— que pudiera haber tenido para no realizarlo. El simple incumplimiento en acreditar aquel (dispuesto con firmeza) es el que, finalmente, tiene una consecuencia jurídica establecida por la misma ley, consistente en la aplicación de una de las sanciones del art. 29 de la ley 3040" **(29)**.

XXXI. Violencia familiar. Prórroga de las medidas cautelares de protección. COVID-19.

En esta sentencia, el Juzgado de Familia nro. 2 de Río Gallegos, provincia de Santa Cruz, prorrogó de oficio todas las medidas de protección

(27) CApel. del Distrito Judicial Norte, Tierra del Fuego, sala Civ. Com. Lab. y Trab., 14/11/2019, "P., D. N. v. G., L. M. s/modificación de régimen de visitas".

(28) CComodoro Rivadavia, 28/02/2020, "M., S. del C. v. C., F. s/violencia familiar".

(29) CCiv. Com. Familia y Minería Cipolletti, 02/04/2020, "H. V. A. s/ley 3040".

Thomson Reuters

vencidas o a vencerse en los días próximos, por el plazo de 60 días.

La oficiosidad de la medida se fundó en la emergencia sanitaria y el aislamiento social preventivo y obligatorio (ASPO) decretado por el gobierno nacional por la pandemia de COVID-19 y la necesidad de resguardar a las personas involucradas que, como consecuencia de este aislamiento, la imposibilidad de atender al público y la reducción de personal podrían verse seriamente afectadas o correr peligro.

En esta línea, el juez argumentó: "lo cierto es que las personas que sufren violencia doméstica tienen altas probabilidades de agravar su situación en condiciones de aislamiento como la que se ha dispuesto. Ante esta situación de crisis, es necesario establecer un plan de contingencia. Como es sabido, en los expediente de medidas de abordaje familiar que se inician por denuncias de violencia doméstica se deciden medidas de protección a las personas denunciantes que van desde una prohibición de acercamiento, prohibición de ingreso al hogar que compartían, prohibición de comunicación o de publicar datos, fotos, comentarios de los involucrados en redes sociales, se decide en forma provisoria respecto de los alimentos, se determinan modalidades de los encuentros entre los progenitores y sus hijos, medidas de protección policial como rondas o consignas domiciliarias y personales, entre otras. Todas estas medidas se dictan con un plazo acotado en el tiempo, el que puede ser prorrogado por decisión fundada del juez" **(30)**.

(30) Juz. de 1ª Inst. de Familia Número Dos, Río Gallegos-Santa Cruz, Interlocutorio 19 Tomo I, 20/03/2020.

Thomson Reuters

THOMSON REUTERS
LA LEY

Información confiable
que avala tus argumentos.

LANZAMIENTO

SITUACIONES DE DISCAPACIDAD Y DERECHOS HUMANOS



Agustina **Palacios** • Silvia Eugenia **Fernández** • María Graciela **Iglesias**

1 Tomo + e*Book*

Se trata de una obra inédita hasta el presente en el campo de la discapacidad. Aborda la temática de la discapacidad a partir de los derechos humanos, efectuando un análisis transversal de diversas situaciones —género, niñez, personas mayores, capacidad jurídica, apoyos, derecho a la vida familiar—, a la luz de la situación de discapacidad de la persona.

Contiene los **relevamientos más actualizados** en materia de la doctrina vigente nacional y extranjera en lo que refiere a discapacidad y derechos humanos.

Adquirí la obra llamando al **0810-266-4444**
o ingresando en **www.TiendaTR.com.ar**

the answer company™
THOMSON REUTERS®

Seguí nuestra nueva página de **Linkedin** con **contenido específico** para abogados.

ThomsonReutersLaLey
@TRLaLey
ThomsonReutersLatam

Thomson Reuters

Nota editorial: El presente PDF es parte de los servicios de Thomson Reuters y reemplazará la versión impresa en los plazos dispuestos para el aislamiento social, preventivo y obligatorio establecido por el dec. 297/2020.

Thomson Reuters

Thomson Reuters

www.thomsonreuters.com.ar

info! TR

En todo momento y lugar

Thomsonreuterslaley

TRLaLey

linkedin.com/showcase/thomson-reuters-argentina-legal/

thomsonreuters.com.ar/es/soluciones-legales/blog-legal.html

Escanee el código QR

www.tiendatr.com.ar

CONSULTE Y ADQUIERA TODO NUESTRO CATÁLOGO

CORREO ARGENTINO
CENTRAL B
CUENTA Nº 10269/71
FRANQUEO A PAGAR

the answer company™
THOMSON REUTERS®

CENTRO DE ATENCIÓN AL CLIENTE:
0810-266-4444

Thomson Reuters