RDF

DERECHO DE FAMILIA

REVISTA INTERDISCIPLINARIA DE DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

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

Abril | 2021-II

JURISPRUDENCIA

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 marzo de 2021, en los talleres gráficos de La Ley S.A.E. e I., Bernardino Rivadavia 130, Avellaneda - Provincia de Buenos Aires, República Argentina

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)

Abril | 2021-II

JURISPRUDENCIA

Vicedirectora
Ida Scherman

Secretarias de redacción
María Bacigalupo de Girard
Natalia de la Torre

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)

ÍNDICE

JURISPRUDENCIA ANOTADA

INGRESO FAMILIAR DE EMERGENCIA
Orden dada a la ANSES para que gestione un turno destinado a dar inicio al trámite de solicitud del IFE. Mujer migrante sin trabajo y con un niño a cargo. Estado de vulnerabilidad. Desigualdad de género que afecta al proceso migratorio 3

Pandemia, vulnerabilidad y seguridad social: lo cautelar, lo urgente y lo indispensable
Marcelo A. Budich 5

RESPONSABILIDAD DE LOS ESTABLECIMIENTOS EDUCATIVOS
Niña de dos años abusada sexualmente por un empleado de maestranza del colegio. Procedencia del daño punitivo. Seguro. Readecuación del tope máximo de cobertura 17

DAÑOS POR ABUSO SEXUAL INFANTIL
Fallecimiento del imputado. Testimonios. Dichos de la víctima. Perspectiva de género. Procedencia 34

Recepción jurisprudencial de estándares internacionales en materia de violencia de género contra mujeres, niñas y adolescentes
Marcela V. Pons - Melina Schwab 44

HOTELES ALOJAMIENTO
Provincia de Buenos Aires. Requisitos para la radicación del establecimiento. Diferenciación con otras actividades. Derecho de admisión 54

Alojar la diversidad: a propósito del fallo "Usuarios y Consumidores Unidos c. Municipalidad de Tigre, San Nicolás, Junín y Malvinas Argentinas s/ acción de inconstitucionalidad
Mariana Villarreal 57

CUESTIÓN PREJUDICIAL
Inaplicabilidad. *Probation.* Daños contra la mujer. Solución que aplica perspectiva de género. 66

VIOLENCIA DE GÉNERO
Exclusión de hogar. Impedimento de comunicación con el hijo. Profesional del derecho denunciado. Necesaria capacitación en materia de género. *Obitter:* Deber de los colegios profesionales y de las universidades de impartir capacitación en relación con la temática. 80

La igualdad y las reparaciones transformativas como respuestas a la violencia estructural contra las mujeres: un análisis desde los derechos humanos
Mariana Brocca 85

NOTIFICACIÓN ELECTRÓNICA EN LA PANDEMIA
Alimentos provisorios. Interés superior del niño. Domicilio electrónico constituido en autos conexos. Tutela judicial efectiva. Provincia de Buenos Aires. Validez 90

La notificación de la demanda por *WhatsApp* en los procesos de familia
Martina Vido 100

ALIMENTOS A FAVOR DE LOS HIJOS
Actitud reticente del progenitor demandado. Medidas ordenadas por el juez. Suspensión de la licencia de conducir. Corte de líneas telefónicas..... 109

Violencia económica: deberes y desafíos de juzgar con perspectiva de género
María Eugenia Rodríguez Pería 113

DERECHO AL NOMBRE
Medida autosatisfactiva. Inscripción de recién nacido con el apellido compuesto inescindible del padre. Sujeto en condición de vulnerabilidad. Procedencia 121

La aplicación de la regulación del apellido de los niños a la luz de los principios de los derechos humanos
Marisol B. Burgués..... 126

LICENCIA LABORAL POR ADOPCIÓN
Omisión legislativa. Igualdad ante la ley. Protección de la maternidad. Interés superior del niño. Inconstitucionalidad. Otorgamiento..... 135

Hacia una nueva visión en el reconocimiento de los derechos laborales para las mujeres trabajadoras. La licencia por maternidad para la madre adoptiva
Viviana R. Albertus 142

RESPETO A LA VOLUNTAD DE DAR EN ADOPCIÓN
Manifestación de una madre respecto de su hija recién nacida. Inconstitucionalidad del art. 607 último párrafo del Cód. Civ. y Com. Anticonvencionalidad. Interés superior del niño. Estado de adoptabilidad..... 149

Artículo 607.2 y alcances de la búsqueda de familia de origen: ¿la inconstitucionalidad es la única salida?
Marianela Ripa 159

OBLIGACIÓN ALIMENTARIA ENTRE PARIENTES
Principio de solidaridad familiar. Demanda contra el tío paterno de los niños. Incumplimiento del principal obligado. Inexistencia de abuelos o hermanos mayores. Procedencia..... 169

Alimentos entre parientes:¿y los tíos?
Hugo A. Llugdar 171

JURISPRUDENCIA ANOTADA EXTRANJERA

PROCESO DE ADOPCIÓN
Deficiencias en el proceso. Mujer extranjera en estado de vulnerabilidad. Cuidado del niño en hogares a requerimiento de su madre biológica. Niño dado en adopción sin consentimiento de su madre biológica. Impedimento de contacto con el hijo. Respeto por la vida familiar. Respeto por la vida privada 181

Adopción: consentimiento de la madre biológica
Alicia A. Carnaval 194

RECLAMACIÓN DE FILIACIÓN
Posesión notoria de estado. Valoración de la prueba. Disidencia. Determinación legal de paternidad de la niña. Ausencia de legitimación del reclamante 204

La llamada "posesión notoria de estado de hijo": la verdad biológica vs. la verdad social
Nora A. Infante 209

EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD
Progenitores que reclaman el ejercicio del derecho de guarda sobre su hijo menor. Niño que estuvo al cuidado de sus abuelos paternos hace ocho años. Procedencia. Interés superior 221

El conflicto familiar y la ¿ausencia de regulación del caso concreto?
Yael Falótico 227

ACTUALIDADES

Actualidad de la provincia de Córdoba 1/2021
Olga Orlandi - Julia Rossi 239

Actualidad en Derecho Sucesorio 1/2021
Mariana B. Iglesias 267

JURISPRUDENCIA ANOTADA

INGRESO FAMILIAR DE EMERGENCIA

Orden dada a la ANSES para que gestione un turno destinado a dar inicio al trámite de solicitud del IFE. Mujer migrante sin trabajo y con un niño a cargo. Estado de vulnerabilidad. Desigualdad de género que afecta al proceso migratorio.

Con nota de Marcelo A. Budich

> Corresponde hacer lugar parcialmente a la medida cautelar y ordenar a la ANSeS a gestionar un turno para que la amparista pueda dar inicio al trámite de solicitud del IFE, debiendo expedirse sobre la procedencia de este dentro del plazo de 20 días. Debe considerarse especialmente que nos encontramos frente a una mujer migrante sin trabajo, quien se encuentra tramitando la regularización de su residencia y con un niño menor a cargo. A este estado de vulnerabilidad se suma la propia condición de mujer que ya de por sí la coloca en una situación de mayor vulnerabilidad frente a la violencia familiar sufrida y las desigualdades de género que afectan al proceso migratorio.

CFed. Seg. Social, sala I, 27/07/2020. - D. S., R. D. c. Poder Ejecutivo Nacional y otro s/ incidente.

[Cita on line: AR/JUR/29129/2020]

Expte N° 11641/2020

2ª Instancia.- Buenos Aires, julio 27 de 2020.

Vistos:

I. Llegan las presentes actuaciones a este Tribunal en virtud del recurso de apelación deducido por la actora contra la resolución que rechazó la medida cautelar solicitada en la acción de amparo incoada a fin de que se ordenara a la ANSES a abonar el Ingreso Familiar de Emergencia (IFE), hasta tanto se resuelva la cuestión de fondo.

Para así decidir la magistrada interviniente sostuvo que la determinación de la verosimilitud del derecho implicaría realizar un análisis de las normas jurídicas en juego y de ciertos aspectos fácticos requeridos por las normas citadas que exceden las acotadas posibilidades de decretarla ab initio y que el objeto de la acción principal y de la medida cautelar no debe ser coincidente, en tanto que, de serlo, se estaría realizando un adelanto de jurisdicción.

II. La recurrente afirma que la *a quo* ha realizado un análisis limitado de la causa, haciendo caso omiso a las cuestiones de hecho y derecho invocadas, lo que le causa agravio al colocarla en una situación que agrava el desamparo que atraviesa ella y su hijo.

Manifiesta que en el escrito de inicio su parte indicó que, si bien el objeto del amparo está vinculado con la medida solicitada, no podía ser confundido con aquella, pues se daba entre ellos una relación de especie a género. Ello en tanto mediante el amparo se busca la declaración de inconstitucionalidad del art. 2 inc. a) del Dto. 310/2020, por resultar violatorio del principio de igualdad y no discriminación y el acceso al IFE desde el mes de abril, mientras que con la medida cautelar se pretende solo el pago de la prestación desde el otorgamiento de la cautelar y hasta tanto se resuelva la cuestión de fondo.

Cita fallos del Alto Tribunal y de este fuero que abonan su postura y fundamenta su petición en derecho.

III. Respecto de la cuestión traída a conocimiento de esta alzada, cabe señalar que, si bien este Tribunal, reiteradamente, sostuvo que, en términos generales, resulta improcedente el dictado de medidas precautorias innovativas puesto que ésta es una decisión excepcional que altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, ya que configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, lo que justifica una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión (Fallos: 316:1833) y, en consecuencia, desestimó las medidas cautelares solicitada en el marco de una acción de amparo cuando éstas pudieran identificarse con el objeto principal de la causa, frente a circunstancias especiales como la de autos, supo apartarse de tal criterio. Así por ejemplo en autos "Marenco, Camilo A. c. ANSeS s/ incidente", Expte. N° 13.333/2003; "Fleitas, Silvia P. c. PEN - M° de Trabajo y Seg. Soc. s/ incidente", Expte. N° 19.732/2008; "Martínez, Clarisa V. c. Poder Ejecutivo Nacional - M° de Trabajo y Sdad. Social s/ incidente", Expte. N° 23.780/2009, entre otros.

En su escrito de inicio, la titular relata que llegó a Argentina en diciembre de 2018 desde su país de origen, Venezuela, junto con su hijo de un año de edad. Que tiempo antes había migrado su pareja, el padre del menor, a causa de la conflictiva situación social, económica y política que atraviesa su país. Que la relación con el padre del menor se fue tornando cada vez más conflictiva y tras haber sido víctima de diversas agresiones y episodios violentos, realizó una denuncia ante el Juzgado de Nacional en lo Civil N° 83, dando origen a la causa N° 99463/2019, en la que se le prohibió a su expareja cualquier acercamiento tanto a ella como a su hijo. Que, desde el momento de su separación, comenzó a trabajar de manera informal como vendedora ambulante en el horario en que

su hijo concurría al jardín de infantes, constituyendo ésta su principal fuente de ingresos, la que se vio impedida de continuar ejerciendo debido al aislamiento social preventivo y obligatorio dispuesto por el Dto. 297/2020 en virtud de la pandemia por Covid-19.

De manera tal que en la actualidad no cuenta con ingresos de ningún tipo, más allá de una magra mensualidad que aporta esporádicamente el papá de su hijo, no tiene apoyo económico de familiares y amigos de Argentina o de Venezuela o red de contención alguna. Al contar únicamente con una residencia precaria y vivir en este país desde hace menos de dos años, el requisito establecido en el art. 2 inc. A) del Dto. 310/2020 le impide acceder al IFE. De hecho, ante la falta de un documento de identidad, ni siquiera puede completar la solicitud en el sitio web de la ANSES, ni acceder a otras políticas sociales.

IV. En el contexto descripto corresponde considerar especialmente que nos encontramos frente a una mujer migrante sin trabajo, quien se encuentra tramitando la regularización de su residencia y con un niño menor a cargo. A este estado de vulnerabilidad se suma la propia condición de mujer que ya de por sí la coloca en una situación de mayor vulnerabilidad frente a la violencia familiar sufrida y las "desigualdades de género" que afectan al proceso migratorio.

En tal sentido, cabe recordar que al incorporarse la "Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer" (CEDAW), a la Constitución Nacional, y suscribir "Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer" (Convención de Belém do Pará), aprobada por ley 24.632, el Estado Nacional, se comprometió —entre otras obligaciones— a detectar las prácticas jurídicas o consuetudinarias o leyes que perpetúan la desigualdad, o que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer y al mismo tiempo se comprometió a garantizar a través de los tribunales competentes los derechos de las mujeres.

A ello se suma, que la actora se encuentra a cargo de un niño pequeño respecto del cual corresponde tener en cuenta las concepciones y doctrinas surgidas de la Convención sobre los Derechos del Niño, lo que nos lleva a considerar su interés superior al analizar la procedencia de las medidas a adoptar.

V. Ello así, cabe señalar que la "verosimilitud del derecho" debe ser examinada como la probabilidad de que el mismo exista, es decir un razonable orden de probabilidades sobre la existencia del derecho que pueda asistir al peticionario según las circunstancias y cuya fundabilidad no depende de un examen profundo de la materia objeto de la Litis principal.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que "las medidas cautelares no exigen el examen de la certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino solo su verosimilitud. Es más, el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra que atender a aquello que no excede el marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad" ("Espinosa Buschiazzo, Carlos A. c. Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa", Fallos: 318:532; "Ulla, Decio C. F. c. Santa Fe, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", Fallos: 322:2272, entre otros).

Por otra parte, el "peligro en la demora" señala el interés jurídico del solicitante, y debe referirse al riesgo de sufrir un daño grave e irreparable pero que no puede justipreciarse de modo tan exigente cuando existe mayor verosimilitud (cfr. "Fenochietto, Carlos Eduardo - Arazi, Roland"; Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, T. 1, p. 833, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1993).

Contrario sensu, el hecho de que la gravedad e inminencia del daño atenúa las exigencias acerca de la verosimilitud del derecho, se encuentra sustentada en numerosos fallos, entre otros CNFed. Cont. Adm., Sala I, 26/09/1987, LA LEY, 1987-E, 482, 37.840-S; CNFed. Cont. Adm., Sala II, 27/10/1983, LA LEY, 1984-A, 459; CFed. San Martín, 30/04/1988, LA LEY, 1988-D, 91.

En el presente caso, el peligro en la demora está dado por la situación de precariedad en la que se encuentra la titular y su hijo, ya descriptas *ut supra*, por lo que dentro del marco de conocimiento restringido que impone la medida cautelar requerida, dichas circunstancias autorizan a tener por acreditado el peligro en la demora, como sustrato necesario para hacer lugar —de conformidad con las prescripciones del art. 204 del código de rito y sin que ello implique prejuzgar sobre la cuestión planteada—, a una medida cautelar, que atento a los intereses comprometidos se limitará a ordenar a la ANSES a arbitrar las medidas necesarias y pertinentes a fin de que la actora pueda dar inicio a su solicitud ante dicho organismo previsional pese a no contar con el documento nacional de identidad.

Por lo expuesto, corresponde revocar la resolución recurrida y hacer lugar a la medida cautelar con los alcances precedentemente señalados, ordenando a tal fin a la ANSES a que proceda a otorgar un turno a la Sra. R. D. D. S. para dar inicio al trámite de solicitud del Ingreso Familiar de Emergencia, debiendo expedirse respecto de la procedencia del mismo en el término de 20 días.

VI. Toda vez que la presente es dictada en los términos que se desprenden de los considerandos que anteceden, y que la actora cuenta con el patrocinio letrado del Ministerio Público de la Defensa, atento la situación de pandemia provocada por el COVID-19, se la dispensa de presetar caución juratoria conforme lo dispuesto por el art. 199 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación por ante la Actuaria.

Asimismo, corresponde dejar asentado que siendo que la medida cautelar solicitada, se encuentra dentro del marco de la tutela de los derechos enumerados en el art. 2 inc. 2 de la ley 26.854 y que no contradice lo dispuesto en el art. 9 de dicha norma, procede su admisión sin necesidad de requerir el informe previo, de conformidad con lo establecido por el art. 4 inc. 3.

Por todo lo expuesto, y visto el dictamen del Sr. Fiscal General, este Tribunal resuelve: 1) Revocar la resolución apelada de conformidad y con los alcances que surgen de los considerandos precedentes. 2) Hacer lugar parcialmente a la medida cautelar peticionada de conformidad con lo dispuesto en el art. 204 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación y ordenar a la ANSES, con el alcance previsto en los considerandos que anteceden, a gestionar un turno y demás medidas pertinentes para que la Sra. R. D. D. S. pueda dar inicio al trámite de solicitud de IFE, debiendo expedirse sobre la procedencia del mismo dentro del plazo de 20 días; 3) Dispensar a la actora de prestar caución juratoria por ante la Actuaria de conformidad con lo dispuesto por el art. 199 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación por las razones expresadas en el considerando VI. 4) Sin costas atento la falta de sustanciación. Regístrese, notifíquese y remítase. — *Adriana C. Cammarata. — Fernando Strasser. — Victoria P. Pérez Tognola.*

Pandemia, vulnerabilidad y seguridad social: lo cautelar, lo urgente y lo indispensable

Marcelo A. Budich (*)

Sumario: I. Introducción.— II. La interseccionalidad.— III. Algunas consideraciones sobre el caso: el principio de igualdad y no discriminación.— IV. El principio de igualdad y no discriminación, y el derecho a la seguridad social en los instrumentos internacionales de derechos humanos.— V. Los estándares desarrollados por los organismos internacionales relativos a la seguridad social en contexto de pandemia.— VI. Conclusiones.

I. Introducción

El propósito de este trabajo es realizar algunas reflexiones respecto de una decisión adoptada por la Cámara Federal de la Seguridad Social en el marco de un amparo iniciado en el año 2020, durante la cuarentena decretada por el Poder Ejecutivo en razón de la pandemia por COVID-19.

El caso involucra a una mujer de origen venezolano que llegó a la Argentina en diciembre del año 2018, juntamente con su hijo de tres años de edad. Previo a ello, había viajado su pareja —el padre del niño— a causa de la difícil situación social y económica de dicho país. La relación de pareja se fue tornando cada vez más conflictiva

(*) Abogado (UBA); especialista en Administración de Justicia (UBA); especialista en Derecho Procesal Civil (UBA); maestrando en Magistratura (UBA); docente universitario (UBA).

y la mujer denunció haber sido víctima de agresiones y episodios violentos, por lo que inició un proceso por violencia de género ante la justicia nacional en lo civil, en el que se le prohibió a su expareja cualquier acercamiento a ella o a su hijo.

Desde el momento de la separación, la mujer comenzó a trabajar de manera informal como vendedora ambulante en el horario en que su hijo concurría al jardín de infantes, constituyendo esta su principal fuente de ingresos. Sin embargo, el aislamiento social preventivo y obligatorio (ASPO) dispuesto por el Poder Ejecutivo **(1)** en virtud de la pandemia por COVID-19 le impidió seguir desarrollando dicha actividad **(2)**.

Frente a tan delicado escenario, y con un niño pequeño a su cargo, la mujer intentó acceder al ingreso familiar de emergencia (IFE), el cual consistió en una prestación monetaria dispuesta por el Poder Ejecutivo **(3)** a fin de compensar la pérdida —o grave disminución— de ingresos de las personas que se desempeñan en la economía informal —entre otros **(4)**—.

Debe resaltarse que la mujer no contaba con ingresos de ningún tipo, más allá de una magra mensualidad que aportaba en forma discontinuada el padre del niño, ni tampoco tenía apoyo económico de familiares o amigos (ya sea de Argentina o de Venezuela), ni red de contención alguna.

Ahora bien, dentro de los requisitos exigidos para acceder a la prestación monetaria (IFE), el decreto correspondiente exigía: "Ser argentino o argentina nativo/a o naturalizado/a y residente con una residencia legal en el país no inferior a dos años" **(5)**. Recordemos que la mujer vivía hace menos de dos años en la República Argentina —desde el año 2018— y únicamente contaba con un certificado de residencia precaria **(6)**. Además, al no tener documento de identidad, ni siquiera podía completar la solicitud del trámite para obtener el IFE en el sitio web de ANSeS.

Teniendo en cuenta dichas circunstancias, la mujer interpuso un amparo a fin de que se declarara la inconstitucionalidad del requerimiento mencionado y se le otorgara la prestación monetaria, requiriendo —como medida cautelar— su efectivo otorgamiento previo al dictado de la sentencia. La acción judicial se interpuso con el patrocinio letrado del Programa de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Defensoría General de la Nación, cuyo titular es el Dr. Sebastián E. Tedeschi.

Si bien la acción de amparo fue admitida en primera instancia, la medida cautelar fue rechazada, razón por la cual se apeló dicha decisión y se llegó a la resolución en comentario, en la que el tribunal de alzada revocó la decisión de rechazar la medida cautelar, ordenando a la ANSeS arbitrar los medios necesarios a fin de que la actora pueda iniciar el trámite de solicitud del IFE ante el organismo previsional, aun sin contar con documento nacional de identidad.

II. La interseccionalidad

Como ya se mencionó, la protagonista del presente caso era una mujer en estado de vulnerabilidad por diversos motivos, entre ellos: ser una persona migrante y solicitante de refugio, no tener trabajo formal ni ingresos fijos, ser

(1) Mediante el dec. 297/2020 y sus sucesivas prórrogas.

(2) Recordemos que al comienzo del ASPO solo tenían permitido circular los "trabajadores esenciales", quienes debían tramitar un permiso de circulación. Quien no podía acreditar una actividad laboral formal, no podía obtener el permiso de circulación

(3) Mediante el dec. 310/2020.

(4) El decreto se refería a "las personas que se encuentren desocupadas; se desempeñen en la economía informal; sean monotributistas inscriptos en las categorías A y B, monotributistas sociales y trabajadores y trabajadoras de casas particulares".

(5) Dec. 310/2020, art. 2º, inc. a).

(6) La ley 25.871 (Ley de Migraciones) establece en el art. 20 que la autoridad de aplicación podrá conceder una autorización de "residencia precaria" hasta tanto se formalice el trámite correspondiente a una de las categorías de residencias "permanentes", "temporarios", o "transitorios". La residencia "precaria" habilita a sus titulares a permanecer, salir y reingresar al territorio nacional, trabajar y estudiar durante su periodo de vigencia. También la ley 26.165 de Refugiados regula la emisión de la residencia legal "precaria", la cual se otorga cuando se encuentra en trámite una solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado ante la CONARE (Comisión Nacional para los Refugiados).

víctima de violencia y tener a cargo un niño de tres años en plena situación de emergencia social y económica (generada por la pandemia de COVID-19). Recordemos que el género, la migración, la victimización y la pobreza son considerados como causas de vulnerabilidad por las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad **(7)**.

Además, para cada una de dichas situaciones tomadas en forma particular existen diferentes instrumentos internacionales —y también leyes nacionales— que protegen a quien se encuentre atravesando tales circunstancias (ya sea de migración, de ser solicitando de refugio o de ser víctima de violencia de género, entre otras). Asimismo, y tal como fue referido por el tribunal de alzada: "A este estado de vulnerabilidad se suma la propia condición de mujer que ya de por sí la coloca en una situación de mayor vulnerabilidad frente a la violencia familiar sufrida y las 'desigualdades de género' que afectan al proceso migratorio".

En este punto resulta pertinente referirnos al concepto de "interseccionalidad". Se trata de una herramienta para el análisis que ayuda a entender la manera en que conjuntos diferentes de identidades influyen sobre el acceso que se puede tener a derechos y oportunidades **(8)**. Lo cierto es que son diversos los factores que se combinan y terminan determinando en gran medida la posición social de una persona. El término "interseccionalidad" fue formulado por primera vez por la profesora de la Universidad de California Kimberlé Williams Crenshaw, quien lo utilizó para visibilizar que género, raza y clase interactúan, y definen conjuntamente una particular situación de desventaja social. Este enfoque revela que las desigualdades son producidas por las interacciones entre los sistemas de subordinación de género, orientación sexual, etnia, religión, origen nacional, discapacidad y situación socioeconómica, que se constituyen uno a otro dinámicamente en el tiempo y en el espacio **(9)**.

Los organismos internacionales de derechos humanos se han referido en múltiples oportunidades a este concepto para explicar la situación de especial vulnerabilidad y discriminación a la que están sujetas algunas mujeres. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido que "la discriminación interseccional es resultado de la confluencia de distintos factores de vulnerabilidad o fuentes de discriminación asociados a ciertas condiciones de una persona. En ese sentido, tal y como lo ha señalado el Tribunal, la discriminación de la mujer por motivos de sexo y género está unida de manera indivisible a otros factores que afectan a la mujer, y que este tipo de discriminación puede afectar a las mujeres de algunos grupos de diferente medida o forma que a los hombres" **(10)** y que "ciertos grupos de mujeres padecen discriminación a lo largo de su vida con base en más de un factor combinado con su sexo, lo que aumenta su riesgo de sufrir actos de violencia y otras violaciones de sus derechos humanos" **(11)**.

Específicamente en relación con las mujeres en situación de movilidad humana, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer expresó, en su recomendación general 32 **(12)**, que "Los Estados partes deben garantizar, en todas las etapas del procedimiento de asilo y durante el proceso de integración de las mujeres a las que se haya otorgado el estatuto de refugiado, un nivel de vida adecuado, incluidos un alojamiento seguro, servicios sanitarios y de salud, alimentos, ropa y los servicios sociales

(7) Aprobadas en la asamblea plenaria de la XIV edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, celebrada en Brasilia, los días 4 a 6 de marzo de 2008. Cabe destacar que la CS adhirió a dichas reglas mediante la acord. 5/2009, expresando que aquellas deberán ser seguidas como guía en los asuntos a que se refieren.

(8) Asociación para los derechos de las mujeres y el desarrollo: "Interseccionalidad: Una herramienta para la justicia de género y la justicia económica", disponible en https://www.awid.org/sites/default/files/atoms/files/nterseccionalidad_-_una_herramienta_para_la_justicia_de_genero_y_la_justicia_economica.pdf.

(9) LA BARBERA, M. C., "Interseccionalidad, un concepto viajero: orígenes, desarrollo e implementación en la Unión Europea", *Revista INTERdisciplina*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2016, vol. 4, nro. 8, p. 106.

(10) Corte IDH, 23/08/2018, "Cuscul Pivaral y otros v. Guatemala".

(11) Corte IDH, 30/11/2016, "I. V. v. Bolivia".

(12) Sobre las dimensiones de género del estatuto de refugiada, el asilo, la nacionalidad y la apatridia de las mujeres.

necesarios, además de medios de subsistencia y oportunidades de empleo a las mujeres solicitantes de asilo y refugiadas".

III. Algunas consideraciones sobre el caso: el principio de igualdad y no discriminación

Si bien el Poder Ejecutivo adoptó una política a fin de atender las contingencias sociales derivadas de la pandemia, aquella excluyó a un amplio universo de personas en condiciones de movilidad humana a partir del requisito establecido en el art. 2º, inc. a), del dec. 310/2020 (que impone la obligatoriedad de tener residencia legal en el país no inferior a dos años). Lo curioso es que la principal razón esgrimida para el dictado del decreto que estableció el IFE fue el impacto diferenciado que el aislamiento social, preventivo y obligatorio tendría sobre los ingresos económicos de los grupos más desaventajados del país. Ello parece abonar la necesidad de que dichos grupos vulnerables puedan contar con la mentada prestación monetaria, independientemente del tiempo que lleven viviendo en el país o del estado de sus trámites de residencia (los cuales en muchas oportunidades se ven demorados por cuestiones burocráticas).

En efecto, en los considerandos del decreto mencionado se expresa que, entre las consecuencias más relevantes de las restricciones a la circulación y las medidas de aislamiento preventivo dispuestas a partir del 20/03/2020, "se anticipa que las personas vinculadas al sector informal de la economía, los/las monotributistas de bajos recursos y los trabajadores y las trabajadoras de casas particulares tendrán una severa discontinuidad y/o pérdida de sus ingresos durante el período de cuarentena, afectando notablemente al bienestar de sus hogares debido a la situación de vulnerabilidad económica que mayoritariamente enfrentan estos grupos poblacionales". A la vez, se destaca que "los derechos y políticas vigentes en el Sistema de Seguridad Social argentino (...) resultan insuficientes para hacer frente a los efectos de la pandemia sobre los ingresos de estos hogares, cuya subsistencia inmediata depende de lo que día a día obtienen con el fruto de su trabajo".

Como puede apreciarse, lo que inspiró el dictado del decreto en cuestión fue la situación de precariedad de aquellas personas que dependen de los ingresos que generan en el día a día mediante la realización de tareas informales, quienes —en la coyuntura del aislamiento obligatorio— se vieron absolutamente impedidos de poder realizarlas y, por lo tanto, de poder proveerse el propio sustento.

En tal sentido recordemos que la protagonista de este caso, al ser vendedora ambulante, se encontraba imposibilitada de ejercer dicha actividad desde que se estableció el aislamiento social preventivo y obligatorio, debido a la prohibición de circulación de personas **(13)**. Además, tampoco podía abandonar el país, por encontrarse —en dicho momento— las fronteras de la República Argentina cerradas.

En conclusión, la principal política adoptada en favor de los grupos vulnerables —el IFE— encontraba un límite insalvable en el mencionado art. 2º, inc. a), del decreto, que requería una residencia en el país no inferior a dos años. Pero otro aspecto que generó interpretaciones encontradas fue el requisito de que la residencia fuera "legal", pero sobre todo el hecho de que para iniciar el trámite fuera necesario contar con documento nacional de identidad. Al respecto, corresponde mencionar que hay muchas personas que se encuentran residiendo en forma "legal" **(14)** en nuestro país (y desde hace más de dos años) que no cuentan con DNI, por lo que, en los hechos, se encontraban imposibilitados de realizar el trámite. Es decir que se dejaba por fuera del universo de posibles beneficiarios a aquellas personas que contaban con una residencia legal precaria, por lo que se efectuó un trato desigual injustificado y discriminatorio respecto de las personas migrantes, refugiadas y/o solicitantes de refugio. Tal diferencia de trato atenta contra el principio de igualdad y no discriminación, el cual debe guiar el sistema de la seguridad social, y se encuentra consagrado en los instrumentos internacionales de derechos humanos y en la Constitución Nacional. En efecto, la norma fundamental establece, en el art. 16, el derecho de todo habi-

(13) Al comienzo del ASPO, los migrantes ni siquiera podían acceder a los permisos de circulación.

(14) Quienes cuentan con una residencia de las llamadas "precarias" tienen residencia legal en nuestro país, en virtud de lo normado en la ley de migraciones, y también en la ley de refugiados.

tante a la igualdad ante la ley, al establecer que "Todos sus habitantes son iguales ante la ley". A su vez, en la parte dogmática de la Constitución, los derechos están consagrados para todos los habitantes del país, sin diferenciar en modo alguno entre argentinos y extranjeros. Especialmente el art. 20 constitucional ha establecido la igualdad entre nacionales y extranjeros en el goce de todos los derechos disponiendo que estos "gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden ejercer su industria, comercio y profesión; poseer bienes raíces; comprarlos y enajenarlos; navegar los ríos y costas; ejercer libremente su culto; testar y casarse conforme a las leyes. No están obligados a admitir la ciudadanía, ni a pagar las contribuciones forzosas extraordinarias. Obtienen nacionalización residiendo dos años continuos en la Nación; pero la autoridad puede acortar este término a favor de lo que solicite, alegando y probando servicios a la República".

Los artículos mencionados se complementan con lo establecido en el Preámbulo de la Constitución, que propugna asegurar los beneficios de la libertad "para nosotros, para nuestra posteridad y para todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino".

Por su parte, la CS se expidió en el sentido expuesto en muchos de sus precedentes más emblemáticos. Así, en el caso "Repetto" **(15)** del año 1988, el máximo tribunal sostuvo, recordando las palabras de Joaquín V. González: "Que el art. 20 de la Constitución establece que 'los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden ejercer su industria, comercio y profesión…'. Al decir de Joaquín V. González, 'esta declaración, que se aparta en mucho del modelo norteamericano, se propone establecer la igualdad civil entre ciudadanos y extranjeros (…) con respecto al derecho profesional, lo llamaremos así, la Constitución Argentina es, como en todas las otras materias, una de las más liberales que se conoce, pues, todos los derechos que consagra en tal sentido son iguales para el nacional y el extranjero' (*Obras completas*, t. VII, p. 467). No hay, pues, ninguna duda de que, en cuanto al ejercicio de los derechos civiles y, especialmente, al desempeño de sus profesiones, dentro de la República los extranjeros están totalmente equiparados a los argentinos por expresa prescripción constitucional, de donde toda norma que establezca discriminaciones entre aquellos y estos en tales aspectos, estaría en pugna con la antes transcripta prescripción constitucional" (consid. 4º). En el caso, el doctor Petracchi y el doctor Bacqué sostuvieron en su voto que "cabe concluir —ante los categóricos términos del art. 20 de la CN— que toda distinción efectuada entre nacionales y extranjeros, en lo que respecta al goce de los derechos reconocidos en la Ley Fundamental, se halla afectada por una presunción de inconstitucionalidad" y que "aquel que sostenga la legitimidad de la citada distinción, debe acreditar la existencia de un 'interés estatal urgente' para justificar aquella, y no es suficiente, a tal efecto, que la medida adoptada sea razonable" (consid. 7° del voto de los jueces Petracchi y Bacqué).

Otro precedente donde la CS fue tajante en cuanto a la presunción de inconstitucionalidad de la exigencia de requisitos relativos a la nacionalidad fue el caso "Reyes Aguilera" **(16)** del año 2007. Allí, la Corte expresó: "Que conforme puede apreciarse, la norma antes citada prevé un trato diferenciado entre nacionales y extranjeros, imponiendo a estos últimos mayores exigencias para acceder a un beneficio otorgado por el Estado", lo cual "está directamente contrapuesto con las reglas constitucionales que prohíben un trato discriminatorio en razón del origen nacional". Y continúa el máximo tribunal diciendo que "Esa contradicción directa con el texto constitucional obliga a considerar a la categorización realizada por el decreto como sospechosa de discriminación y hace pesar sobre dicha norma una presunción de inconstitucionalidad" (consid. 11 del voto de los Dres. Petracchi y Argibay). La importancia que adquiere el caso "Reyes Aguilera" respecto del tema en

(15) CS, 08/11/1988, "Repetto, Inés M. c. Provincia de Buenos Aires s/ inconstitucionalidad de normas legales", disponible en http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-repetto-ines-maria-bs-as-prov-inconstitucionalidad-normas-legales-fa88000654-1-988-11-08/123456789-456-0008-8ots-eupmocsollaf.

(16) CS, 04/09/2007, "Reyes Aguilera, Daniela c. Estado Nacional", disponible en http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=6323981.

cuestión está dada por el hecho de que también se trató de un pronunciamiento relativo a los derechos de la seguridad social de una persona extranjera en situación de vulnerabilidad.

En el caso "Hooft" **(17)** del año 2004, la Corte señaló que "una norma como el art. 177 de la Constitución bonaerense, que establece, respecto del acceso a determinados cargos, que existen argentinos ('ciudadanos', en los pactos) de primera clase (los 'nativos' y los 'por opción'), y otros de segunda clase (los 'naturalizados', como el actor), se presenta afectada por una presunción de inconstitucionalidad que solo podría ser remontada por la prueba concluyente de que existe un sustancial interés provincial que la justifique". En este fallo la CS no reiteró el estándar en materia de igualdad de "Repetto", sino que fijó uno nuevo al afirmar que "la mencionada presunción de inconstitucionalidad de la norma local solo podía ser levantada por la provincia 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" (consid. 6º).

En el caso "Gottschau" **(18)** del año 2006, la Corte expresó: "El Tribunal lo ha dicho desde antaño: la igualdad establecida por el art. 16 de la Constitución no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que en iguales circunstancias se concede a otros" (consid. 4º) y que "Es evidente que el Tribunal ha adoptado, para casos como el sub lite, un criterio de ponderación más exigente que el de mera razonabilidad. Este último, que funciona cuando se trata de la impugnación de normativas que gozan de la presunción de constitucionalidad, resulta insuficiente cuando se está en presencia de preceptos legales afectados por la presunción inversa. Aquí se requiere aplicar un escrutinio más severo, cuyas características esta Corte ha indicado en el precedente citado" (en referencia al caso "Hooft", consid. 5º).

En el caso "Mantecón Valdés" **(19)** se siguió la doctrina de lo resuelto en "Hooft" y en "Gottschau" señalando —nuevamente— que cuando se impugna una categoría infraconstitucional basada en el "origen nacional" corresponde utilizar un criterio de ponderación más exigente que el de la mera razonabilidad.

En el caso "Partido Nuevo Triunfo" **(20)** del año 2009, la Corte se remitió nuevamente a los precedentes "Hooft", "Gottschau" y "Mantecon Valdés" y expresó que "el derecho constitucional argentino contiene, en especial a partir de la incorporación de diversos tratados internacionales sobre derechos humanos, la prohibición expresa de utilizar criterios clasificatorios fundados en motivos de 'raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social' (art. 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)".

Por su parte, a nivel internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que "el deber de respetar y garantizar el principio de la igualdad ante la ley y no discri-

(17) CS, 16/11/2004, "Hooft, Pedro C. F. c. Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", disponible en http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumentoLink.html?idAnalisis=570217&cache=1504551045830.

(18) CS, 08/08/2006, "Gottschau, Evelyn P. c. Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ amparo", disponible en https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoSumario.html?idDocumentoSumario=88108

(19) CS, 12/08/2008, "Mantecón Valdés, Julio c. Estado Nacional - Poder Judicial de la Nación", disponible en http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=6487981&cache=1610519944498.

(20) CS, 17/03/2009, "Partido Nuevo Triunfo s/ reconocimiento - Distrito Capital Federal", disponible en http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumentoLink.html?idAnalisis=663806&cache=1505997584692.

minación es independiente del estatus migratorio de una persona en un Estado" **(21)**.

En el mismo sentido, el Comité de Derechos Humanos afirmó en su observación general 15 "La situación de los extranjeros con arreglo al pacto", de 1986, que "la norma general es que se garanticen todos y cada uno de los derechos reconocidos en el Pacto, sin discriminación entre nacionales y extranjeros. Los extranjeros se benefician del requisito general de no discriminación respecto de los derechos garantizados, conforme al artículo 2 del Pacto. Esta garantía debe aplicarse por igual a extranjeros y nacionales (...)" y que "una vez que se les permite entrar en el territorio de un Estado Parte, los extranjeros tienen todos los derechos establecidos en el Pacto".

Inclusive, es este el espíritu que rige la Ley de Migraciones **(22)** de nuestro país, que en su art. 5º establece la obligación del Estado de asegurar 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, y determina en su art. 6º que el Estado asegurará el acceso igualitario a los migrantes y sus familias en iguales condiciones de protección, amparo y derechos de los que gozan los nacionales, haciendo expresa mención a la seguridad social.

En razón de todo lo expuesto, ninguna restricción no prevista constitucionalmente ni convencionalmente puede aplicarse de forma legítima respecto del acceso a la seguridad social garantizado en nuestra Carta Magna, en los instrumentos internacionales de derechos humanos, e incluso en leyes nacionales (como la Ley de Migraciones) a todos los habitantes de nuestro país. Por su parte, el principio de no discriminación, a la vez que un derecho en sí mismo, es un criterio que determina la forma de aplicación de todas las normas que garantizan el acceso a derechos fundamentales.

Ahora bien, la igualdad ante la ley establecida en el art. 16 de la CN y en varios de los tratados de derechos humanos que la integran es comúnmente entendida como un mandato de no discriminación, que a su vez se corresponde con una idea de igualdad que implica la abstención por parte del Estado de realizar distinciones entre las personas de acuerdo con criterios que no sean razonables, entendiendo como tales a aquellos que no guarden una relación de funcionalidad entre el fin buscado de la regulación y el medio escogido **(23)**.

Pero lo cierto es que el Estado no solo es responsable de evitar tratos desiguales irrazonables (como hemos venido señalando) sino que tiene, a su vez, el deber constitucional de evitar que situaciones de exclusión, o segregación, históricas o sistemáticas se cristalicen o perpetúen. Por ello, el principio de igualdad ante la ley nos impone tanto el deber de evitar consagrar distinciones discriminatorias como la mencionada aquí, como la obligación de emprender acciones estatales tendientes a desmantelar históricas situaciones de desigualdad estructural, lo que puede lograrse, por ejemplo, a través de acciones afirmativas, como las reconocidas por la Constitución a partir de la reforma de 1994 en el art. 75, inc. 23.

A este respecto, expresa Roberto Saba que "En suma, dos concepciones están en debate: una asocia igualdad con no arbitrariedad —igualdad como no discriminación—, otra la entiende como contraria a la creación o perpetuación de grupos en situación de subordinación —igualdad como no sometimiento—. La idea de igualdad como no discriminación responde al ideal básico de igualdad de trato ante la ley, libre de caprichos, arbitrariedades o prejuicios por parte del Estado. Es lo menos que podemos exigir como trato igualitario. Sin embargo, esta perspectiva acerca de la igualdad parece desatender aquellas situaciones en que la desigualdad de trato no se funda sobre la arbitrariedad o el prejuicio, sino que es consecuencia de situaciones de inequidad estructural a las que están sometidos algunos grupos de la sociedad" **(24)**.

(21) Corte IDH, 08/09/2005, "Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana".

(22) Ley 25.871.

(23) SABA, R., "La Constitución como límite (positivo y negativo): el caso de la igualdad ante la ley", disponible en http://bit.ly/1yrsO2P.

(24) SABA, R., "Más allá de la igualdad formal ante la ley", Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2016, p. 79.

Por su parte, Owen Fiss explica que son grupos sociales especialmente desaventajados, y por ello merecedores de una protección especial, aquellos que han estado en una situación de subordinación prolongada y cuyo poder político se ve severamente limitado. Respecto de estos grupos, no pueden ser toleradas las prácticas que los desfavorecen **(25)**.

En suma, lo que resulta reprochable del art. 2º, inc. a), del dec. 310/2020 es que aquel no solo fue desigual respecto de algunos grupos de la sociedad (migrantes, peticionantes de refugio, etc.) sino que dichos colectivos son justamente aquellos que el Estado se ha comprometido a proteger, de acuerdo con lo estipulado en los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por nuestro país.

¿Todo esto nos permitiría afirmar que no puede hacerse ningún tipo de distinción en la legislación? Por supuesto que no. En efecto, no toda distinción implica necesariamente discriminación. En dicho sentido, la CS ha señalado: "está permitido que la legislación contemple en forma distinta situaciones que considera diferentes, cuando la discriminación no es arbitraria ni responde a un propósito de hostilidad contra determinados individuos o clases de personas, ni encierra un indebido favor o privilegio personal o de grupo" (Fallos 182:355; 299:146; 300:1049; 301:1185; 302:192). Por lo tanto, a los fines de evitar la arbitrariedad, a la hora de evaluar la validez de una distinción normativa el tribunal la somete a un "test de razonabilidad". Este criterio también se ha sostenido a nivel internacional. En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos entendió que es necesario en ciertas situaciones establecer algunas diferencias de trato siempre que se trate de distinciones objetivas y razonables pero aquellas deben ser realizadas con el debido respeto a los derechos humanos y de conformidad con el principio de la aplicación de la norma que mejor proteja a la persona humana **(26)**.

El test relativo a la razonabilidad de una norma se reduce a determinar si "el medio resulta desproporcionado, es decir, si aunque obtiene el fin perseguido, lo excede y si el medio guarda alguna relación de causalidad con el fin, aunque aquel no sea el único con el que se lo pueda alcanzar" **(27)**.

En palabras de Bidart Campos, se estatuye "la obligación de igualar a todas las personas afectadas por una medida, dentro de la categoría, grupo o clasificación que les corresponda, evitando distinciones arbitrarias u hostiles" **(28)**. Por lo tanto, estaremos frente a actos discriminatorios si las distinciones son arbitrarias.

IV. El principio de igualdad y no discriminación, y el derecho a la seguridad social en los instrumentos internacionales de derechos humanos

Mencionaremos los principales instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en nuestro país que consagran el principio de igualdad y no discriminación. Cabe remarcar que la noción de igualdad *empapa* todo el derecho internacional de los derechos humanos, más allá de las cláusulas donde se la menciona expresamente.

Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos señala en su art. 2.1 que "toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición". Ello es reiterado en el art. 7º, en el que se establece el derecho a la igualdad: "Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación de tal discriminación".

(25) FISS, O., "Grupos y la cláusula de la igual protección", en Gargarella, R. (comp.), *Derecho y grupos desaventajados*, Ed. Gedisa, Barcelona, 1999, ps. 138-139.

(26) Corte IDH, opinión consultiva 18/03, "Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados", párr. 105.

(27) GELLI, M. A, "Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2006, 3ª ed., p. 329.

(28) BIDART CAMPOS, Germán J., "Manual de la Constitución reformada", Ed. Ediar, Buenos Aires, 1998, t. I, p. 533.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales obliga al Estado argentino, en su art. 2.2, a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian (entre ellos, el derecho a la seguridad social) "sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".

Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos también ha garantizado de forma expresa la no discriminación como una obligación estatal en su art. 26, afirmando que "Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".

A nivel regional, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre señala en su art. 2º: "Todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna".

En igual sentido, el art. 1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece: "Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social". A su vez, la Convención establece en el art. 24: "Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley".

Sentado ello, mencionaremos ahora los artículos donde se consagra específicamente el derecho a la seguridad social en los principales instrumentos internacionales de derechos humanos.

Así, la Declaración Universal de los Derechos Humanos prescribe en su art. 22 que "Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad".

Por su parte, el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece en su art. 9º que "Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social".

También la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer contempla en su art. 11 inc. e): "El derecho a la seguridad social, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar (...)".

En el ámbito regional, la seguridad social ha sido una preocupación desde los inicios de la organización de los Estados Americanos. En efecto, la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en su art. 3º, inc. j) establece como principio que "la justicia y la seguridad sociales son bases de una paz duradera". Esto fue reafirmado por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que en su art. 16 señala que "Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia".

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su observación general 19, relativa a "El derecho a la seguridad social" señala que "los Estados Partes deben tomar medidas efectivas y revisarlas periódicamente en caso necesario, hasta el máximo de los recursos de que dispongan, para realizar plenamente el derecho de todas las personas, sin ningún tipo de discriminación, a la seguridad social, incluido el

seguro social. La formulación del art. 9 del Pacto indica que las medidas que se utilicen para proporcionar las prestaciones de seguridad social no pueden definirse de manera restrictiva y, en todo caso, deben garantizar a toda persona un disfrute mínimo de este derecho humano". En el mismo sentido, el Comité también señala que "Todas las personas deben estar cubiertas por el sistema de seguridad social, incluidas las personas y los grupos más desfavorecidos o marginados, sin discriminación basada en algunos de los motivos prohibidos en el párr. 2º del art. 2º del Pacto. Para garantizar la cobertura de todos, resultarán necesarios los planes no contributivos" (párr. 23). El derecho a la seguridad social tiene a la vez carácter irrenunciable e integral. Esta primera cualidad implica que la incorporación al sistema de seguridad social es obligatoria, mientras que la segunda refiere al nivel de cobertura de las prestaciones y, según Bidart Campos **(29)**, tiene una dimensión horizontal, que requiere que la cobertura proteja a toda la población, y otra vertical, que exige que las prestaciones cubran las necesidades más básicas.

Otro punto importante referido por la mencionada observación general 19 del Comité de DESC es que "los Estados Partes tienen obligaciones inmediatas por lo que respecta al derecho a la seguridad social, como por ejemplo garantizar el ejercicio de ese derecho sin discriminación alguna (...); la igualdad de derechos de hombres y mujeres (...)", así como también de: "abstenerse de toda práctica o actividad que (...) deniegue o restrinja el acceso en igualdad de condiciones a una seguridad social adecuada" (párrs. 40 y 44). Allí se expresó también que "Aunque toda persona tiene derecho a la seguridad social, los Estados Partes deben prestar especial atención a las personas y los grupos que tradicionalmente han tenido dificultades para ejercer este derecho, en particular las mujeres, los desempleados, los trabajadores insuficientemente protegidos por la seguridad social, las personas que trabajan en el sector no estructurado, los trabajadores enfermos o lesionados, las personas con discapacidad, las personas de edad, los niños y adultos a cargo, los trabajadores domésticos, las personas que trabajan en su domicilio, los refugiados, los solicitantes de asilo, los desplazados internos, los repatriados, los no nacionales, los presos y los detenidos" (párr. 31).

V. Los estándares desarrollados por los organismos internacionales relativos a la seguridad social en contexto de pandemia

La decisión del Estado argentino de excluir, al menos de manera indirecta, a personas en condiciones de movilidad humana del principal mecanismo diseñado para contener el impacto social y económico generado por la crisis del COVID-19, así como la inexistencia de políticas públicas destinadas a ese sector, implicó desoír los estándares fijados durante el año 2020 por los organismos internacionales de protección de los derechos humanos.

En tal sentido, cabe destacar que en su res. 1/2020, "Pandemia y derechos humanos en las Américas" del 10/04/2020, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, "Observando que la generalidad de las personas trabajadoras, en especial las que viven en situación de pobreza o con bajos salarios, dependen por definición de sus ingresos económicos laborales para su subsistencia", recomendó a los Estados miembros "Adoptar de manera inmediata e interseccional el enfoque de derechos humanos en toda estrategia, política o medida estatal dirigida a enfrentar la pandemia del COVID-19 y sus consecuencias, incluyendo los planes para la recuperación social y económica que se formulen" y "Guiar su actuación de conformidad con los siguientes principios y obligaciones generales: (...) El objetivo de todas las políticas y medidas que se adopten deben basarse en un enfoque de derechos humanos que contemple la universalidad e inalienabilidad; indivisibilidad; interdependencia e interrelación de todos los derechos humanos; la igualdad y la no discriminación; la perspectiva de género, diversidad e interseccionalidad; la inclusión; la rendición de cuentas; el respeto al Estado de Derecho y el fortalecimiento de la cooperación entre los Estados". En cuanto a la protección de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, la CIDH recomendó "Proteger los derechos humanos, y particularmente los DESCA, de las personas trabajadoras en mayor situación de riesgo por la pandemia y sus consecuencias. Es importante

(29) BIDART CAMPOS, G., "Tratado elemental de derecho constitucional argentino", Ed. Ediar, Buenos Aires, 2001, t. I-B, nueva ed. amp. y act. a 1999-2001, p. 536.

tomar medidas que velen por asegurar ingresos económicos y medios de subsistencia de todas las personas trabajadoras, de manera que tengan igualdad de condiciones para cumplir las medidas de contención y protección durante la pandemia, así como condiciones de acceso a la alimentación y otros derechos esenciales", así como "Disponer y movilizar el máximo de los recursos disponibles, incluyendo acciones de búsqueda permanente de dichos recursos a nivel nacional y multilateral, para hacer efectivo el derecho a la salud y otros DESCA el con objeto de prevenir y mitigar los efectos de la pandemia sobre los derechos humanos, incluso tomando medidas de política fiscal que permitan una redistribución equitativa". Asimismo, la CIDH recomendó en particular "Incluir expresamente las poblaciones en situación de movilidad humana en las políticas y acciones de recuperación económica que se hagan necesarias en todos los momentos de la crisis generada por la pandemia".

Por su parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales emitió la "Declaración sobre la Enfermedad por Pandemia de Coronavirus (COVID-19) y Derechos Económicos, Sociales y Culturales" **(30)** del 06/04/2020. Allí se señaló que "nadie debe ser dejado de lado en las medidas que se adopten para combatir la pandemia" y que, en particular "los pueblos indígenas, los refugiados, las personas solicitantes de asilo humanitario, y las personas que viven en países o regiones donde suceden conflictos son particularmente vulnerables durante esta pandemia", por lo que efectuó una serie de recomendaciones a los Estados partes, estableciendo que "Los Estados partes tienen la obligación de dedicar el máximo de recursos de que dispongan a la plena realización de todos los derechos económicos, sociales y culturales, incluido el derecho a la salud. Dado que esta pandemia y las medidas adoptadas para combatirla han tenido unos efectos desproporcionadamente negativos en los grupos más marginados, los Estados han de hacer todo lo posible por movilizar los recursos necesarios para combatir la COVID-19 de la manera más equitativa posible, con objeto de evitar que se imponga una carga económica adicional a esos grupos marginados. Se debe dar prioridad a las necesidades especiales de esos grupos en la asignación de recursos" (párr. 14), y que "Todos los Estados partes deben adoptar con carácter urgente medidas especiales y específicas, también mediante la cooperación internacional, para proteger y mitigar los efectos de la pandemia en grupos vulnerables como las personas mayores, las personas con discapacidad, los refugiados y las poblaciones afectadas por conflictos, así como las comunidades y los grupos sometidos a discriminación y desventajas estructurales" (párr. 15).

El comité también recomendó a los Estados adoptar medidas inmediatas para proteger los trabajos, pensiones y otras prestaciones sociales durante la pandemia, así como para mitigar los impactos económicos negativos de esta, indicando que los Estados partes deben adoptar medidas inmediatas como, por ejemplo, subvenciones salariales, desgravaciones fiscales y el establecimiento de programas complementarios de seguridad social y protección de los ingresos (párr. 16).

La necesidad de estas previsiones recomendadas tanto por la CIDH como por el Comité DESC, se ve confirmada por los hallazgos realizados en el Informe sobre la "Situación de la población migrante/extranjera en Argentina ante el avance del Coronavirus", elaborado por el Espacio Agenda Migrante 2020. A partir de encuestas a migrantes y a referentes de organizaciones y colectivos de migrantes en todo el país, el diagnóstico contenido en el informe indica que "las personas en situación de movilidad internacional han quedado más expuestas al impacto socioeconómico del ASPO, vigente desde el 20 de marzo (DNU 297/2020) en Argentina. Por un lado, la falta de documentación (el 29% no cuenta con documentación, está tramitándola o cuenta con una residencia precaria) afecta la posibilidad de acceder a otros derechos. Por otro lado, esta población se encuentra más expuesta a la informalidad laboral —el 75% trabaja en changas, de manera informal o no trabaja—; a enfrentar dificultades habitacionales —el 81% tiene que pagar alquiler y un 28% indicó haber tenido problemas con su alquiler desde que se inició el aislamiento—, además, tiene escaso acceso a beneficios y derechos sociales —79% no recibe ninguna ayuda social—. Asimismo, cabe remarcar que todas estas exclusio-

(30) Res. E/C.12/2020/1.

nes y marginaciones se agudizan si la migración es reciente, pues a las dificultades para el acceso a la documentación en los primeros años (con sus consecuentes informalidades, precariedad y marginalidades asociadas), se suma la falta de redes familiares y comunitarias de apoyo" **(31)**.

VI. Conclusiones

El requisito de nacionalidad o residencia legal no inferior a dos años para acceder al IFE establecido en el art. 2º, inc. a), del dec. 310/2020 redujo el universo de posibles beneficiarios, dejando sin cobertura a sectores sumamente vulnerables —como son las personas migrantes, solicitantes de asilo y refugiadas que no cumplían dicho requisito— en un contexto social extremadamente crítico. Pero incluso personas que sí cumplían con dicho requisito temporal de residencia en nuestro país tampoco pudieron solicitar el IFE por no contar con DNI, lo que —en la práctica— resultaba necesario para gestionar la prestación monetaria a través del portal de ANSeS. Ello redujo aún más el universo de posibles beneficiarios de la principal medida de resguardo adoptada en favor de las personas en situación de vulnerabilidad.

En tal sentido, el Estado no fue respetuoso del principio de igualdad y no discriminación en materia de seguridad social, contrariando lo dispuesto en instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional y desoyendo además las recomendaciones realizadas durante la pandemia por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, quienes exhortaron a los Estados a adoptar medidas destinadas especialmente a estos grupos vulnerables.

Tampoco se tuvieron en cuenta los precedentes de la CS que, desde hace muchos años, viene alertando sobre la presunción de inconstitucionalidad existente frente a la diferencia de trato entre nacionales y extranjeros.

Por su parte, la Cámara Federal de la Seguridad Social adoptó una decisión que va en consonancia con los postulados de derechos humanos reseñados, máxime teniendo en cuenta las particulares circunstancias del caso.

Finalmente, debe destacarse la actuación de la defensa pública, cuya intervención inmediata —y el agotamiento de las vías recursivas correspondientes— permitió garantizar los derechos de personas en situación de extrema vulnerabilidad, en un contexto desfavorable y de mucha incertidumbre socioeconómica.

(31) Se puede acceder al informe completo vía web en http://observatoriojovenesiigg.sociales.uba.ar/2020/06/02/informe-sobre-migrantes-y-covid.

RESPONSABILIDAD DE LOS ESTABLECIMIENTOS EDUCATIVOS

Niña de dos años abusada sexualmente por un empleado de maestranza del colegio. Procedencia del daño punitivo. Seguro. Readecuación del tope máximo de cobertura.

Con nota de Marcela V. Pons y Melina Schwab

1. — Las características del delito y de la víctima, la violación grosera de la especial confianza depositada por los padres al elegir la institución a la que encomendaron nada menos que el cuidado y formación de sus hijos, exigía obrar con la mayor diligencia en el esclarecimiento del hecho aberrante enrostrado a su dependiente. Pero, lamentablemente, optaron por distraer la atención con el inconfesado propósito de eludir la responsabilidad que recaía sobre el establecimiento, y adoptaron un temperamento contrario, en una abierta violación de las directivas constitucionales. Este hecho es de tal gravedad que torna inequívoca en este caso la procedencia de la sanción prevista por el art. 52 bis de la Ley 24.240 que, por su propia índole, adquiere también carácter disuasorio, en orden a prevenir conductas que, persistan en la violación de los derechos fundamentales de los afectados.

2. — El propósito de las autoridades de la entidad educativa de desviar la investigación, insinuando que el autor del delito de abuso sexual debía ser buscado en el seno familiar, es diametralmente opuesto a la actitud que era exigible y revela un grave menosprecio a la dignidad de los actores, una humillación que justifica la sanción requerida en la demanda (art. 52 bis, Ley 24.240).

3. — Las autoridades de la entidad educativa, comenzando por la directora, además de violar el deber de seguridad propio del vínculo (art. 5. Ley 24.240), lejos de colaborar con el esclarecimiento del hecho y de abstenerse de realizar conductas vergonzantes, humillantes y vejatorias, no mantuvieron una postura neutral. Antes bien, se involucraron en la investigación, pero para intentar desviarla. Incluso las maestras que se ocupaban de la niña manifestaron que esta asumía conductas inapropiadas para su edad y sugirieron que el autor del abuso podría encontrarse en el entorno próximo a la familia. Mencionaron concretamente a un padre del colegio. El trato digno que merecían la niña y sus padres generaba deberes de conducta concretos para las autoridades del colegio, y no solo declamaciones. Entre ellos se destaca el deber de acompañarlos en la dolorosa tarea de esclarecer el caso y de identificar al autor de la vejación.

4. — Aun cuando por mera hipótesis de trabajo, el alejamiento del abusador de su lugar habitual de tareas no hubiera tenido el propósito de ocultarlo, existen distintos elementos que revelan que las autoridades escolares han adoptado actitudes encaminadas a diluir su responsabilidad. Tanto los responsables de la institución como los docentes intentaron desviar la investigación al referir conductas hipersexualizadas en la niña, y que buscaron también generar confusión sobre la identidad del autor del abuso.

5. — La relación jurídica de índole contractual se constituyó entre los padres de la niña y la fundación demandada. Fueron ellos quienes, en cumplimiento de los deberes impuestos por la responsabilidad parental, celebraron el contrato de enseñanza y confiaron al colegio la educación y cuidado de su hija. Se trató de una estipulación concertada por los progenitores en beneficio de su hija, pero de ello no se sigue que resulten ajenos a la génesis del contrato, el que exige al proveedor garantizar las condiciones de trato digno y equitativo en el desarrollo del vínculo. Como parte de la relación de consumo y activos participantes durante la investigación del delito merecían que se les dispense dicho trato. Por tanto, los padres de la niña víctima del delito de abuso sexual están legitimados para reclamar daño punitivo, pues fueron víctimas de los manejos evasivos realizados por las autoridades y docentes de la institución demandada.

6. — La imposición de la pena en los términos del art. 52 bis de la Ley 24.240 solo procede para sancionar la conducta obrada por los órganos y dependientes de la emplazada durante la etapa posterior a la comisión del delito, que con manifiesta indiferencia por los derechos de los actores obstaculizaron la investigación del hecho en menoscabo de los derechos fundamentales de la niña y agravando la angustia, la vergüenza y la humillación que traía aparejada para sus padres la vejación de la pequeña. Por tanto, la suma debe ser prudencialmente ajustada estrictamente al hecho que constituye el fundamento de la sanción que se examina. Corresponde fijar por este concepto, en total para los tres actores, la suma de pesos dos millones ($2.000.000), de los cuales a la niña le corres-

ponde un millón ($1.000.000) y a los progenitores pesos quinientos mil ($500.000), a cada uno.

7. — No es verdad, como sostiene dogmáticamente la demandada, que la aplicación de daños punitivos no procede en el caso porque la entidad educativa no obtuvo ningún beneficio económico de la conducta enrostrada. El daño punitivo es un fenómeno multifacético, en el que no se deben tomar en cuenta únicamente los beneficios indebidos, la magnitud del daño y la reprochabilidad de la conducta por separado y en forma excluyente. Todos esos elementos hacen a la formación del criterio para decidir la procedencia y cuantificación de la condena.

8. — No pasa inadvertido que la niña es un consumidor hipervulnerable, es decir, extremadamente frágil, situación que reclama una protección más intensa, en consonancia con la que establecen los Tratados Internacionales. Su vulnerabilidad se apoya no solo en su condición de mujer, sino también en su edad, que supone mayor indefensión para hacer frente a los problemas que acarrea la vida. También fueron víctimas sus progenitores que vieron defraudada su confianza por uno de los sujetos llamados a velar por la protección de su hija (art. 19, último párrafo, de la Convención sobre los Derechos del Niño).

9. — La hija de los actores fue la víctima directa de la vejación, pues el delito de abuso sexual fue cometido en su perjuicio y, como tal, fue la principal afectada por la conducta obstruccionista reprochada a la institución educativa demandada durante la investigación del hecho. Pero, no abrigo dudas que sus padres ocupan el lugar de usuarios en la relación de consumo y se encuentran legitimados también para reclamar el daño punitivo.

10. — La conducta reprochada a la institución demandada es posterior a la reforma que incorpora el art. 52 bis a la Ley 24.240. Es sabido que, a partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplicarán aún a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas preexistentes. De modo tal que, con independencia del delito cometido por el dependiente del colegio —cuya responsabilidad se proyecta sobre la institución (art. 1113, primera parte, del Cód. Civil)— los hechos que se reprochan exclusivamente a la fundación podrán ser examinados desde la órbita del art. 8 bis y 52 bis de la LDC, en tanto constituyen consecuencias no consumadas del ilícito e, incluso muchos de ellos, son posteriores a la vigencia de la Ley 26.361.

11. — La relación que se genera entre el establecimiento escolar y los usuarios constituye una relación de consumo, en el cual el proveedor es el colegio y consumidor el educando, en la medida que recibe la prestación aun sin ser parte en el contrato, carácter que revestirán sus representantes legales en atención a su menor edad. Por cierto, se trata de un sujeto particularmente débil —en general, son niños, niñas o adolescentes— de modo que se impone en tal caso la acentuación del principio protectorio.

12. — No es dudoso que las actividades educativas deben ser apreciadas dentro de las previsiones de la Ley 24.240, que es directamente reglamentaria del art. 42 CN. Es que, si bien la protección del educando desborda las fronteras del Derecho del Consumidor, no puede soslayarse la significación de dicho régimen en la construcción de una tutela integral de aquel.

13. — Los principios y disposiciones relacionadas con los derechos de consumidores y usuarios no se circunscriben a la protección de los derechos de contenido patrimonial, sino que expande a los aspectos extrapatrimoniales, como una necesidad de priorizar a la persona, resguardándola de la creciente despersonalización que promueve la sociedad de consumo.

14. — El monto fijado en concepto de daño punitivo no devengará intereses desde el hecho enrostrado al responsable del abuso, pues no pertenece a la órbita resarcitoria de la responsabilidad civil, sino que persigue un fin disuasivo y sancionatorio de la conducta atribuida a la institución, la que ha sido apreciada en este pronunciamiento. Por tanto, no puede hablarse de mora. De allí es que los réditos en este caso correrán a la tasa dispuesta en la sentencia de primera instancia, una vez vencido el plazo para pagar la condena.

15. — Con los elementos producidos en sede penal se tuvo por acreditado que la niña fue abusada por un adulto, empleado de maestranza del colegio, que la obligó a un despliegue de actividad sexual inadecuada, involuntaria y precoz, cuya proyección sobre la psiquis, es verdaderamente impredecible. Ni la corta edad de la damnificada ni el hecho de carecer de recuerdos vívidos del hecho, constituyen excusas que obsten a la reparación plena de la enorme afección que experimentó en su esfera íntima y sus repercusiones negativas. El ilícito que menoscabó sus derechos fundamentales existió, obligándola a tener una aproximación de contenido sexual

que su frágil psiquismo pudo advertir como perturbador y violento.

16. — La circunstancia de que el informe psicológico no se encuentre actualizado resulta irrelevante, en la medida que el daño extrapatrimonial causado a la niña justifica que se mantenga la suma fijada en su favor en la sentencia que se revisa.

17. — Cuando las víctimas son niñas, la problemática del abuso sexual infantil debe ser incluida en los hechos de violencia de género.

18. — No abrigo dudas que el maltrato infantil —en el caso, por abuso sexual— constituye un atentado a los derechos fundamentales.

19. — El abuso sexual infantil es una de las formas más severas de maltrato. Una agresión de esta índole vulnera, sin duda, el derecho al propio cuerpo, a la libertad de hacer y a su aspecto negativo, como decir "no" a diversas expresiones de contenido sexual.

20. — Es muy difícil calibrar la magnitud del daño sufrido por los niños abusados a largo plazo, debido a que los episodios traumáticos impactan sobre un psiquismo muy frágil. Al respecto, el Comité de los Derechos del Niño estableció en la Observación General N° 7 sobre la "Realización de los derechos del niño en la primera infancia" del año 2005 que existen pruebas convincentes de que el trauma resultado del abuso tiene una repercusión negativa en el desarrollo, y, en el caso de niños muy pequeños, efectos mensurables en los procesos de maduración cerebral.

21. — Para ponderar la razonabilidad de la indemnización establecida para la niña víctima de abuso sexual, cuadra valorar si la cuantía fijada excede la reparación justa que le corresponde por daño extrapatrimonial. No advierto que la suma reconocida por este concepto resulte elevada frente al traumático episodio que le ha tocado vivir al ser abusada por un sujeto que formaba parte del entorno de la comunidad educativa a la cual sus padres la habían confiado y que, en lugar de protegerla para preservar su armonioso crecimiento, la transformó en víctima de un delito aberrante.

22. — Aun cuando el art. 1767 del Cód. Civ. y Comercial, mantuvo el recaudo exigido por la Ley 24.830, colocando esta vez en cabeza de la autoridad en materia aseguradora su regulación, no se ha dictado aún una norma de seguro obligatorio para los establecimientos educativos, no obstante haber transcurrido casi cinco años desde la vigencia de la Ley 26.994. De modo que en este caso corresponde la aplicación del mismo régimen jurídico que al seguro voluntario (Ley 17.418).

23. — Por aplicación de lo dispuesto en el art. 118 LS, cualquiera sea el alcance de la sentencia dictada en una acción de daños y perjuicios, su ejecución contra el asegurador no podrá exceder el límite de la cobertura, pues el artículo 118 de la Ley de Seguros solo reconoce el derecho de ejecutar la condena a su respecto en la medida del seguro, expresión esta que debe entenderse (equivalente) a la suma asegurada.

24. — No son las víctimas las llamadas a soportar las contingencias del desequilibrio producido en el contrato de seguro por causas exógenas, sino la empresa que tomó inicialmente el riesgo hasta una suma equivalente a U$S90.851,73. De modo que una forma justa de equilibrar los derechos involucrados y toda vez que la propia aseguradora funda la razonabilidad inicial de la póliza tomando como referencia su equivalencia en dólares estadounidenses, me lleva a proponer que se readecue el tope máximo de cobertura y se establezca que la sentencia se haga extensiva contra la aseguradora por la suma que resulte de convertir los U$S90.851,73 en pesos, según la cotización que registre el dólar tipo vendedor en el Banco de la Nación Argentina, el día del pago.

CNCiv., sala M, 01/07/2020. - A., C. H. y otros c. F. E. s/ daños y perjuicios.

[Cita on line: AR/JUR/29469/2020]

Expediente N° 35.421/2014

2ª Instancia.- Buenos Aires, julio de 2020.

La doctora *Benavente* dijo:

I. A comienzos del ciclo escolar del año 2008, entre el 10 y el 30 de marzo, K. A. —que por entonces tenía dos años de edad— asistía al jardín de infantes denominado "D. L.", de propiedad de la fundación demandada. En ese lapso fue abusada sexualmente por un dependiente de la mencionada entidad. El autor del delito —F. N.— fue condenado en sede penal a cuatro años de prisión de cumplimiento efectivo. Los padres de la niña, C. H. A. y A. P., por sí y en representación de aquélla, promovieron demanda contra F. E. por el pago de los daños que les fueron causados con motivo del ilícito.

Fundaron el reclamo, en el art. 1113, primera parte del Cód. Civil pero —además— atribuyeron a la entidad "responsabilidad subjetiva y personal" por la actitud que adoptó una vez que tomó conocimiento del ilícito, e incluso durante la causa penal. Más aún, —agregaron— en la sentencia dictada en dicha sede se hizo mérito de la conducta de las autoridades del colegio, destacando que trataron de entorpecer y desviar la investigación, ocultando al abusador en detrimento de la víctima. En razón de esa actitud, solicitan que se imponga a la emplazada el pago de una suma en concepto de daño punitivo. Fundaron el planteo en el art. 52 bis de la ley 24.240 (t.o por la ley 26.361).

La entidad demandada negó los hechos que se le imputan a título personal, en tanto que la aseguradora opuso las excepciones de prescripción y de falta de legitimación pasiva. La primera fue desestimada a fs. 232/4, decisión que fue confirmada por la Sala a fs. 255/6. La segunda, ha sido resuelta en el pronunciamiento que ahora se examina.

En la sentencia de fs. 567/584, la colega de grado rechazó la defensa articulada por "Berkley International Seguros SA" e hizo lugar a la demanda. En consecuencia, condenó al establecimiento educativo —con extensión al seguro— a abonar a los actores las sumas que indica, con más sus intereses a la tasa activa desde el hecho y hasta el efectivo pago. Impuso las costas del juicio a los vencidos. Por lo demás, admitió la aplicación del daño punitivo solamente a favor de la niña, rechazándola con relación a los progenitores.

Tanto los demandantes como la entidad condenada y su seguro interpusieron recurso de apelación. También hizo lo propio la Sra. Defensora de Menores interviniente. Los primeros se quejan porque la colega de grado los ha considerado damnificados indirectos para reclamar daño punitivo y, además, porque consideran escasa la cuantía fijada en beneficio de la víctima del abuso (fs. 655/672).

Por su parte, "Berkeley International Seguros SA" en sus agravios de fs. 640/653, sostiene que la póliza no se hallaba vigente al momento del hecho, toda vez que el contrato entre su parte y la demandada fue celebrado con posterioridad a la comisión del delito, cubriendo el riesgo asegurado entre el 15 de abril y el 15 de octubre de 2008, según se desprende del informe elaborado por el perito contador. Pide, entonces, que por aplicación de lo dispuesto por el art. 163 inc. 6° del Código Procesal, se revoque la sentencia que hace extensiva la condena a su parte. En subsidio, solicita que se la extienda solamente hasta el límite máximo del seguro contratado. Cuestiona, asimismo, el monto de los daños por los que prosperó la acción.

En las quejas de fs. 682/687, F. E. sostiene que el monto reconocido por daño psicológico a favor de los actores es injustificadamente excesivo y, al propio tiempo, efectuó un replanteo de prueba en la Alzada que, conforme se desprende del sistema Lex 100, fue rechazado por extemporáneo durante la feria extraordinaria dispuesta por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Acordada N° 4/2020 y sus sucesivas ampliaciones).

A fs. 720/723 se expidió la Sra. Defensora de Menores de Cámara. Contestó el traslado de los agravios de la emplazada y adhirió al recurso deducido por la actora.

II. Tal como ha quedado trabado el contradictorio de segunda instancia, no se encuentra cuestionado el deber de responder de "F. E." por el hecho de su dependiente en los términos del art. 1113, primera parte, del código civil sustituido. Pero sí constituye motivo de agravio el monto por el que prosperó la partida por daño psicológico, al igual que la procedencia y extensión del daño punitivo fijado por la *a quo*. También se encuentra en tela de juicio la cobertura asegurativa.

Comenzaré, entonces, por examinar las quejas vinculadas con la procedencia y cuantía del daño.

Al respecto, luego de efectuar algunas precisiones conceptuales sobre el daño moral y el daño psicológico, la colega de grado fijó una única suma para resarcir ambas partidas por entender que el segundo carece de autonomía y, por ende, queda subsumido en el primero. Solamente desglosó el monto que consideró adecuado para afrontar el tratamiento psicoterapéutico, computando a ese efecto el costo y extensión estimado por la perito psicóloga designada de oficio a fs. 357/369.

Después de examinar a los padres, la experta explicó que A. P. exhibe un estado emocional melancólico, con presencia de reproches y sentimientos de culpa. Aparece desacreditada y degradada en su propia percepción en lo relativo a su rol de cuidado y autoridad como madre. Agregó que, a pesar del tiempo transcurrido, el conflicto continúa mostrando eficacia y actualidad traumática. La entrevistada mostró indicadores de ansiedad, a los que intenta controlar con mecanismos defensivos. Según la perito, si bien P. cuenta con los recursos internos para ejercer la función materna, exhibió una disminución en la capacidad de ligar —vincular— esos elementos y recursos emocionales por la persistencia del trauma. Ello genera inhibiciones a la hora de desplegar su creatividad y libertad de pensamiento para desarrollar su profesión como diseñadora gráfica. Encuadró la situación de la coactora en el concepto psicológico de

trauma, al que definió como "un proceso en la vida de una persona caracterizado por su intensidad e imposibilidad de responder de modo adaptativo y los efectos patológicos duraderos que conlleva en la tramitación psíquica".

Por otra parte, la Lic. Chiappetta señaló que en la entrevista mantenida con C. A. quedó al descubierto la fatiga moral que éste experimenta ante la repetición del suceso, circunstancia que le causa gran dolor psíquico, del que intenta defenderse. Subrayó que se trata de una persona convencional, controlada y tradicionalista, con escasa ductilidad psíquica para demostrar e integrar los afectos, en particular, cuando se trata de sentimientos que desbordan su capacidad de tramitación. Exteriorizó una posición de intensa angustia e impotencia ante la reiteración del relato. Según el informe que reseño, el progenitor puso de manifiesto cierta pérdida de autonomía para el despliegue activo de su función parental, la que se ve limitada a la función de proveedor material.

En sus conclusiones, la psicóloga interviniente insistió en que el suceso que dio origen a estos obrados ejerció una acción violenta y sorpresiva, y alcanzó para la subjetividad de los actores rango traumático. Al responder en concreto los puntos de pericia destacó que A. P. presenta un marcado sentimiento de culpa y un incipiente estado depresivo. También registró rasgos de angustia y ansiedad, junto con una sensible afectación en sus capacidades productivas que estimó de leves a moderadas. En el restante actor, en cambio, observó un empobrecimiento generalizado a nivel emocional y anímico, que se manifiesta en inhibiciones, pérdida de la autoestima, desvalorización y en la adopción de una postura pasiva en la toma de decisiones familiares. Sin embargo, afirmó expresamente que la capacidad laboral de A. se encontraría conservada.

En sus agravios, tanto la institución demandada como Berkeley International Seguros SA insisten en que la fundamentación de la sentencia es genérica e insuficiente para llegar a conceder una suma tan abultada por daño psicológico. Además, la entidad educativa sostiene que no se tuvieron en cuenta las observaciones realizadas en su oportunidad al peritaje —las que fueron formuladas con el auxilio de un consultor técnico— desestimándolas con el único argumento de que se trata de una mera disconformidad con el informe elaborado por la perito psicóloga. Remarcó especialmente que la Lic. Chiappetta puso de manifiesto en el dictamen que la niña "se fue olvidando paulatinamente con el pasar del tiempo" del hecho, de modo que no existe daño indemnizable en esta órbita, toda vez que tampoco se ha efectuado un nuevo informe pericial, que revele el estado psicológico actual de K.

Como se advierte, la situación de ambos padres no es idéntica. La perito sólo comprobó secuelas patológicas —de grado leve a moderado—, con compromiso de la capacidad productiva, solamente en la madre, descartándolas con relación al progenitor. En cuanto a A., no se mencionó siquiera que las secuelas halladas —inhibiciones, pérdida de autoestima, desvalorización— alcancen un grado patológico de carácter permanente. No puede soslayarse, por lo demás, que el actor cuenta con la partida que fue admitida por separado para hacer frente al costo de un tratamiento psicoterapéutico, que podrá contribuir a mitigar los efectos de la situación angustiante y traumática por la que debió atravesar.

En tales condiciones, las quejas de la demandada y la citada en garantía serán admitidas en lo que concierne al progenitor, de modo que postularé detraer el daño psíquico del monto global fijado por la *a quo*.

Distinta es la solución con relación a la progenitora. Las "advertencias formuladas en su oportunidad contra el peritaje" —como las denomina la fundación demandada— están encaminadas a cuestionar el método de abordaje empleado por la perito, como así también la interpretación que corresponde efectuar a partir de los estudios que fueron practicados sobre los interesados, extremos éstos que —ciertamente— exceden el saber específico de los jueces. Nuestra tarea es interpretar el informe a la luz de la sana crítica y según las reglas de la experiencia (art. 386 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación) a efectos de verificar si el estudio pericial aparece suficientemente fundado y genera bastante convicción sobre los puntos respecto de los cuales se requirió asesoramiento. Y aun cuando es verdad que, en el caso, la Lic. Chiappetta no profundizó en la historia personal de cada uno de los mayores, los datos que proporciona son suficientemente ilustrativos para contar con un panorama sobre aquellas variables que deben ser ponderadas a la hora de evaluar el impacto —a nivel de patología— que tuvo el hecho en la salud psíquica de la progenitora (conf. esta Sala "Escobar, Nicolasa c. Compañía de Microómnibus La Colorada SACEI s/ daños y perjuicios", del 24/04/2000). De allí que las objeciones formuladas —aunque parcialmente ciertas— no impiden advertir la existencia de una lesión que se manifiesta en distintos aspectos vitales de la referida actora, entre ellos, la imposibilidad de ejercer plenamente su profesión, debido a la secuela traumática del hecho. No puede soslayarse, sin embargo, que también se concedió en su favor una suma para atender a los gastos de tratamiento psicoterapéutico, de modo que es razonable esperar, cuanto menos, que la terapéutica recomendada proporcione cierto alivio a la afectada.

Para establecer la cuantía indemnizatoria, no es posible soslayar que el dictamen pericial no especi-

fica un porcentual estimado de incapacidad aunque, en rigor, esta omisión no es decisiva. En efecto, bien se ha dicho que la determinación de cierto porcentual no traduce matemáticamente una cierta cuantía indemnizatoria, sino que constituye un parámetro de aproximación económica que debe ser conjugado con las múltiples circunstancias vitales que, comprobadas en el proceso, contribuyen a establecer adecuadamente el monto de la reparación pretendida (CS, jul. 15/97, AR, P. A. c. Estado Nacional y/u otros, en LA LEY, 1997-F, 14 y ss.; CNCiv., Sala G, rec. libre N° 206.012, del 27/12/1996; ídem, rec. libre N° 288.282, del 04/04/2000, entre muchos similares). Por tanto, en la medida que el experto proporcione las pautas para juzgar la dimensión del perjuicio, el juzgador puede valorar la incidencia que éste tiene sobre las aptitudes generales, la vida de relación y la capacidad productiva de la víctima.

Tampoco pasa inadvertido que en la sentencia se fijó una única suma con la expresa mención de que incluye los "aspectos psicológicos" y el daño moral. En sus agravios las demandadas no sólo nada objetan respecto al modo en que se procedió en la sentencia, sino que se limitan a cuestionar, por exagerada, la cuantía por la que prosperó este renglón.

Cuadra destacar, asimismo, que los emplazados no han vertido ningún agravio contra la procedencia del daño extrapatrimonial ni formularon objeciones concretas sobre su cuantía. Por tanto, más allá de las evidentes dificultades para calcular cuál es la incidencia del daño psíquico en la suma total por la que prosperó esta partida, es necesario proceder con extrema prudencia para evitar que, en la tarea de evaluar las quejas, se reduzca indebidamente el monto del daño moral.

Desde otro ángulo, es primordial tener en cuenta que la condena lleva la accesoria de intereses que se ordenaron liquidar a la tasa activa, cartera general (préstamos) nominal anual a treinta días del Banco de la Nación Argentina, prevista en la doctrina plenaria "Samudio de Martínez, Ladislaa c. Transportes Doscientos Setenta SA s/ daños y perjuicios" (del 20 de abril de 2009), desde el hecho y hasta el efectivo pago, pauta ésta que se encuentra consentida. De modo que para establecer el monto resarcitorio no es posible prescindir del resultado indemnizatorio final (conf. CSJN, "Bonet c. Experta", Fallos: 342: 1662, ídem, Fallos: 323:2562; 319:351; 316:1972; 315:2558; 326: 259; esta Sala, voto de la Dra. De los Santos "Petella, Rago c. Knaap", del 18/03/2019, entre varios).

Desde esta perspectiva, en el caso de C. A., con criterio de prudencia, postulo disminuir el monto total fijado en conjunto por la *a quo* a la suma de pesos quinientos mil ($500.000).

Con relación a A. P., la patología comprobada, como dije, no es grave, sino que, según fue calificada, oscila entre moderada y leve. De allí, para justipreciar el monto de este menoscabo, sin mengua de la reparación del daño extrapatrimonial, postulo reducir este ítem a la suma de pesos seiscientos mil ($600.000).

III. Un desarrollo argumental distinto corresponde efectuar con relación al resarcimiento debido a la pequeña K., víctima de abuso sexual. Cuadra recordar que durante el trámite de esta causa, el juez entonces interviniente decidió que, a efectos de preservar la salud psíquica y física de aquélla y en orden a evitar su revictimización, debía tenerse por reproducido el peritaje psicológico elaborado en sede penal (fs. 352).

Cuando las víctimas son niñas, la problemática del abuso sexual infantil debe ser incluida en los hechos de violencia de género. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que las violaciones de derechos en perjuicio de aquéllas, deben ser examinadas no sólo a partir del corpus iuris internacional de protección de los niños y niñas, sino también a la luz de los instrumentos internacionales de violencia contra la mujer (CIDH. "V. R. P., V. P. C. y otros c. Nicaragua", sent. del 08/03/2018, Serie C 350). De manera que el caso debe ser juzgado bajo el doble estándar de protección internacional de los derechos humanos que ampara a las niñas víctimas de abuso, es decir, en cuanto niñas y mujeres (conf. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Convención Americana sobre Derechos Humanos; Convención Sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y su Protocolo Facultativo; Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará de 1994).

No abrigo dudas que el maltrato infantil —en el caso, por abuso sexual— constituye un atentado a los derechos fundamentales. En efecto, el art. 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que "Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo". Estos lineamientos fueron reproducidos en el art. 9 de la ley 26.061, de Protección Integral de NNyA., que dispone que "...las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a su integridad física, sexual psíquica y moral..." (art. 9).

Por su parte, el art. 15 de la ley 114, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires dispone: "Derecho a la integridad. Es deber de la familia, la sociedad y el Gobierno de la Ciudad proteger la dignidad de niños, niñas y adolescentes impidiendo que sean sometidos a trato violento... vejatorio, humillante, intimidatorio... o a cualquier otra condición inhumana degradante".

Por la incidencia directa que tiene para resolver este caso, merece destacarse también, la Recomendación General 19 de la Convención sobre la Eliminación de Toda Forma de Discriminación contra la Mujer (CEDAW): "Los Estados también pueden ser responsables de actos privados si no adoptan medidas con la debida diligencia para impedir la violación de los derechos o para investigar y castigar los actos de violencia y proporcionar indemnización a las víctimas". Precisamente, esto es de lo que se trata en la especie.

Pues bien. En el informe que obra a fs. 157/160 de la causa N° 3681 que tengo a la vista, la Lic. Ana María Barchietto, perteneciente al Servicio de Psicología del Cuerpo Médico Forense, tras explicar las distintas técnicas utilizadas —que incluyó la observación de la niña en la Cámara Gesell— concluyó que en "la estructura psíquica de la menor se hallan, en esta fase de la exploración psicológica, dificultades propias de su etapa evolutiva para formar recuerdos episódicos. No obstante, se halla la aparición de un recuerdo que proporciona información distintiva o única, acompañada de acentuada activación emocional displacentera.... Se manifiestan indicadores compatibles con la presencia de contenidos psíquicos perturbadores impregnados de reacciones acentuadamente evitativas, que son compatibles con la experiencia de situaciones estresantes y/o traumáticas en niños pequeños". El informe —ampliado a fs. 440/441, siempre de la causa penal— fue mantenido por la licenciada Barchietto en la audiencia celebrada ante el Tribunal Oral que intervino en el caso.

En la pieza de fs. 364/369, al expedirse sobre el cuadro de K. —aunque sin entrevistarla y en forma conjetural— la Lic. Chiappeta dijo específicamente "que habiendo sucedido el abuso a muy temprana edad, la propia estructuración del aparato psíquico pudo haberle evitado el registro amnésico de la situación padecida. Sin embargo, la sola persistencia del trauma a través del discurso familiar, a nivel tanto consciente como inconsciente, atravesaría de cualquier modo el proceso de maduración de la niña y los modos bajo los cuales termine estructurándose su desarrollo sexual y el conjunto de su personalidad adulta". De ello se infiere que cuando la víctima de abuso es una persona de corta edad, está expuesta a padecer en la adultez la incidencia negativa del trauma experimentado durante esa etapa incipiente del ciclo vital, influencia que tiene entidad para proyectarse, seguramente, en las relaciones interpersonales, en los vínculos con los otros y en la elaboración de su propia sexualidad.

No debe perderse de vista que el abuso sexual infantil es una de las formas más severas de maltrato. Para la Organización Mundial de la Salud, el concepto de maltrato infantil designa el maltrato físico y emocional, el abuso sexual, la desatención y el tratamiento negligente de los niños, como así también su explotación. Constituye uno de los traumas psíquicos más intensos cuyas consecuencias son sumamente destructivas para la formación y estructuración de su personalidad, a tal punto que sus efectos se han comparado a los de "un balazo psíquico" o con una "tentativa de asesinato moral" (conf. Intebi, Irene, "Abuso sexual infantil en las mejores familias", ed. Granica, Bs. As. 1998, p. 173 ss.; Grossman, Cecilia P.- Mesterman, Silvia, "Violencia familiar. Enciclopedia de Derecho de Familia", T. III, ed. Universidad, Bs. As 2004). Una agresión de esta índole, vulnera, sin duda, el derecho al propio cuerpo, a la libertad de hacer y a su aspecto negativo, como decir "no" a diversas expresiones de contenido sexual (conf. De Lucca, Javier - López Casariego, Julio, "Delitos contra la integridad sexual", Hammurabi, Bs. As., 2009, p. 28).

Es muy difícil calibrar la magnitud del daño sufrido por los niños abusados a largo plazo, debido a que los episodios traumáticos impactan sobre un psiquismo muy frágil (conf. Intebi, op. y loc. cit. y ss.). Al respecto, el Comité de los Derechos del Niño estableció en la Observación General N° 7 sobre la "Realización de los derechos del niño en la primera infancia" del año 2005 que existen pruebas convincentes de que el trauma resultado del abuso tiene una repercusión negativa en el desarrollo, y, en el caso de niños muy pequeños, efectos mensurables en los procesos de maduración cerebral (CRC, OG N° 7, art. 36, párrafo a).

En este caso, sin duda, el primer impacto se manifestó de manera temprana por la facilidad de K. de exteriorizar determinadas conductas que llamaron la atención de sus padres. Se puso agresiva, lloraba sin motivos aparentes, tenía pesadillas, conductas regresivas e hipersexualizadas. Se resistía a ingresar al colegio, a menos que fuera llevada en brazos por alguna de las maestras. Comenzó a decir palabras que no solía utilizar y que no escuchaba en su familia. En reiteradas oportunidades refirió que el "hombre malo del jardín", la había llevado a su casa y, sacándole el pañal, la sometió a prácticas de contenido sexual que, a pesar de su media lengua y precario vocabulario, pudo dar a conocer incluso con gestos y posturas corporales que, por cierto, son inusuales en niños tan pequeños. La reacción oportuna y sagaz de sus padres que creyeron desde el primer momento en los dichos de

su hija merece ser destacada, porque muchas veces las víctimas pequeñas no son comprendidas, e incluso se las considera fantasiosas o, peor aún, mendaces, denigrándolas y confinándolas a la más absoluta indefensión.

En fin, con los elementos producidos en sede penal se tuvo por acreditado que la niña fue abusada por un adulto, empleado de maestranza del colegio, que la obligó a un despliegue de actividad sexual inadecuada, involuntaria y precoz, cuya proyección sobre la psiquis, es verdaderamente impredecible.

Para ponderar la razonabilidad de la indemnización establecida para K. A., cuadra valorar si la cuantía fijada excede la reparación justa que le corresponde por daño extrapatrimonial. No advierto que la suma reconocida por este concepto resulte elevada frente al traumático episodio que le ha tocado vivir al ser abusada por un sujeto que formaba parte del entorno de la comunidad educativa a la cual sus padres la habían confiado y que, en lugar de protegerla para preservar su armonioso crecimiento, la transformó en víctima de un delito aberrante.

Desde luego, ni la corta edad de la damnificada ni el hecho de carecer de recuerdos vívidos del hecho, constituyen excusas que obsten a la reparación plena de la enorme afección que experimentó en su esfera íntima y sus repercusiones negativas. El ilícito que menoscabó sus derechos fundamentales existió, obligándola a tener una aproximación de contenido sexual que su frágil psiquismo pudo advertir como perturbador y violento.

En tales condiciones, la circunstancia de que el informe psicológico no se encuentre actualizado resulta irrelevante, en la medida que el daño extrapatrimonial causado a la niña, justifica que se mantenga la suma fijada en su favor en la sentencia que se revisa.

IV. Los agravios de "Berkley International Seguros SA" giran en torno a dos cuestiones. En primer lugar, sostiene que su parte no debe responder porque la póliza fue contratada después de sucedidos los hechos que aquí se ventilan, tal como quedó demostrado con el peritaje contable producido a fs. 466/469. Por otro lado, cuestiona la decisión en cuanto declaró inoponible el tope máximo de la póliza respecto de los actores.

En punto a la primera cuestión cabe recordar que la jurisdicción de los tribunales de Alzada está constituida por los capítulos que oportunamente hubieran sido propuestos a consideración del juez de primera instancia (art. 277 CPCNN). Al contestar la citación en garantía, Berkley opuso excepción de falta de legitimación pasiva con fundamento en que el hecho por el cual fue traída a juicio constituía un riesgo excluido de la póliza (fs. 217/219), planteo éste que, aun cuando no fue acogido en la sentencia, ni siquiera ha sido mencionado en los agravios de fs. 640/653.

Es cuanto menos insólito que un elemento del tenor del que se vierte en las quejas, cuya incidencia para los intereses de la aseguradora es innegable, hubiera pasado inadvertido en oportunidad procesal de contestar la citación en garantía, toda vez que los antecedentes de la relación jurídica que vinculó a la empresa con el establecimiento educativo surgía de los propios libros de la entidad, y nadie estaba en mejores condiciones que la propia interesada para examinarlos. En tales condiciones, mal puede sostener que tomó conocimiento de la fecha en que se celebró la póliza a partir del informe pericial realizado en extraña jurisdicción, porque una afirmación de esa índole importa tanto como alegar la propia torpeza (conf. Morello-Stiglitz, "La doctrina del acto propio", LA LEY, 1984-A, 871; Borda, Alejandro, "La doctrina de los actos propios", LexisNexis, Abeledo-Perrot, 2005, p. 91).

Tampoco se trata, como se sostiene, del supuesto de hecho que establece el art. 163 inc. 6° Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación. Las facultades que dicho precepto confiere a los jueces de hacer mérito sobre los hechos constitutivos, modificativos o extintivos al momento de sentenciar, está referida a aquellos que, debidamente comprobados, hubieran tenido lugar durante la tramitación del juicio, es decir, en tanto sean sobrevinientes a los escritos introductorios, de modo que no alcanza —obviamente— a aquellos que hubieran ocurrido con anterioridad, incluso, a la promoción de la demanda. Tampoco basta el peritaje contable para suplir la falta de alegación de la inexistencia del contrato a la fecha en que tuvo lugar el ilícito. No se trataba en el caso de una prueba de difícil acceso, reitero, por cuanto los elementos que ahora se invocan, se hallaban en los libros que se encuentran en la esfera de custodia de la aseguradora. Por consiguiente, propongo desoír las quejas vertidas sobre el particular.

V. La colega de primera instancia declaró nula la cláusula del contrato que contiene el tope máximo de la cobertura del seguro. Consideró que los $288.000 convenidos son exiguos, irrazonables y se contraponen a las directivas del art. 1117 del Cód. Civil que, con carácter de orden público, impone a los propietarios de colegio contratar un seguro obligatorio.

Al respecto, cuadra destacar que partir de la reforma que introdujo la ley 24.830 al art. 1117 del Cód. Civil —aplicable a la especie en razón de lo dispuesto por el art. 7 del Cód. Civ. y Comercial— se produjo una modificación sustancial de dicha norma. Así, en línea con los criterios más modernos del derecho

comparado, se derogó la presunción de la culpa de los directores de colegios y "maestros artesanos" por los daños que los alumnos o aprendices mayores de diez años hubieran causado a terceros y se instauró en su lugar la responsabilidad de los propietarios de establecimientos educativos por los daños causados o sufridos por los alumnos menores de edad cuando se hallaren bajo el control de su autoridad. Dicha responsabilidad se estructuró sobre la base del factor de imputación objetivo y como única causal de exoneración contemplaba la alegación del caso fortuito.

La citada reforma dispuso asimismo la contratación de un seguro de responsabilidad civil para prevenir el riesgo de insolvencia. Se trata de uno de los supuestos en que el ordenamiento legal impone un seguro obligatorio para el ejercicio de determinada actividad (conf. Trigo Represas. Félix-López Mesa, Marcelo, "Tratado de la responsabilidad civil", 2ª ed. Actualizada y ampliada, LA LEY, 2011, p. 1168 ss.; Kemelmajer de Carlucci, Aída, "La responsabilidad de los establecimientos educativos en Argentina después de la reforma de 1997, LA LEY, 1998-B, 1069; Reyna C. en Bueres-Highton, "Código Civil Anotado...", T. 3-B, p. 34 ss.). Para ello, el art. 1117 del código derogado, encomendaba a "las autoridades jurisdiccionales" disponer las medidas para dar cumplimiento a la referida obligación. Más allá de la defectuosa redacción del precepto, la doctrina interpretó que se aludía a los estados provinciales, en su carácter de reguladores y prestadores de los servicios educativos en sus respectivos territorios (conf. Sagarna, Fernando A., "La ley 24.830. Nuevo régimen de la responsabilidad civil de los propietarios de establecimientos educativos", JA, 1997-III, p. 940 ss.; Reyna, en Bueres-Highton, "Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial", ed. Hammurabi, Bs. As. 2000, T. 3-B, p. 34; Loizaga, en Bueres-Highton, op. cit., p. 121).

Señala Compiani que existe una tendencia universal a la instauración de los seguros obligatorios en aquellas actividades o supuestos de mayor incidencia en la producción. Así, se posibilita que determinadas actividades potencialmente peligrosas o en la que los eventuales daños alcanzan una importante dimensión —muchos de los cuales generan una acusada sensibilidad social— encuentren una garantía de indemnidad para el asegurado y, primordialmente, la percepción de la indemnización por las víctimas (conf. Compiani, María Fabiana, "El seguro obligatorio de los establecimientos educativos", Derecho Privado III, dir. Caramelo - Picasso, Infojus, Bs. As. 2012, p. 55 ss.). Precisamente, en el caso de los establecimientos educativos, la protección de los damnificados se convierte en la finalidad y justificación directa de la obligación de contratar un seguro de responsabilidad civil.

Pero, a pesar de la importancia y el carácter obligatorio que el legislador asignó a la referida cobertura, las autoridades locales no establecieron un régimen jurídico específico para esta clase de seguros. De modo que en este caso corresponde la aplicación del mismo régimen jurídico que al seguro voluntario (ley 17.418). La apuntada omisión subsiste, lamentablemente, en la actualidad. En efecto, aun cuando el art. 1767 del Cód. Civ. y Comercial, mantuvo el recaudo exigido por la ley 24.830, colocando esta vez en cabeza de la autoridad en materia aseguradora su regulación —es decir, de la Superintendencia de Seguros de la Nación— no se ha dictado aún una norma de seguro obligatorio para los establecimientos educativos, no obstante haber transcurrido casi cinco años desde la vigencia de la ley 26.994.

En este contexto, por aplicación de lo dispuesto en el art. 118 LS, cualquiera sea el alcance de la sentencia dictada en una acción de daños y perjuicios, su ejecución contra el asegurador no podrá exceder el límite de la cobertura, pues el artículo 118 de la Ley de Seguros sólo reconoce el derecho de ejecutar la condena a su respecto en la medida del seguro, expresión ésta que debe entenderse (equivalente) a la suma asegurada. Esta es la lógica consecuencia de las obligaciones asumidas al celebrar la póliza, resultando irrelevante que la citación sea pedida por la víctima, como que lo sea por el propio asegurado (conf. Stiglitz, Rubén S. Compiani, María Fabiana, "La suma asegurada como límite de la obligación del asegurador", AR/DOC/4202/2015). Así lo ha sostenido nuestro más alto tribunal al destacar que la causa fuente de la obligación es el contrato suscripto con el asegurado y es en los términos de dicho contrato que la aseguradora ha sido traída al presente juicio (conf. CSJN, "Fernández, Gustavo G. y otro c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, Sec. de Educación, s/ daños y perjuicios", del 10/11/2015, AR/JUR/46004/2015; "Flores, Lorena R. c. Giménez, Marcelino s/ daños y perjuicios", Fallos: 340:765).

No obstante lo expuesto, no dejo de advertir el grave problema que se plantea cuando en épocas de elevada depreciación de la moneda, la suma histórica convenida queda reducida a una parte ínfima del monto de la condena. El envilecimiento constante del peso, ligado a la dilatada duración de los juicios, constituyen factores que conspiran contra el cumplimiento de la finalidad prevista por el legislador y, en los hechos, cuando se trata de condenas elevadas y el autor es insolvente, impactan negativamente sobre el principio de reparación plena de los daños (art. 1740 Cód. Civ. y Comercial). Repárese que la víctima que se ve constreñida a promover juicio para hacer valer sus derechos, corre numerosos riesgos, entre ellos, la eventual insolvencia del responsable, mientras que el seguro tiene la certeza de que su obligación siempre estará

circunscripta a una suma determinada e inalterable, por más que el transcurso del tiempo y la influencia de la erosión constante de su poder adquisitivo, la transforme en irrisoria (conf. esta Sala, "Sione, Claudia y otro c. Santana, Matías O. s/ daños y perjuicios", del 07/12/2018; ídem "Hermosilla, Elizabeth c. Aguilera, Andrés A. s/ daños y perjuicios", del 20/05/2019).

Para sostener la razonabilidad del tope máximo de la cobertura convenida y desvirtuar —así— las conclusiones de la *a quo*, en sus agravios Berkley International Seguros SA sostiene que al momento de la contratación, la suma total asegurada era equivalente a U$S90.851,73. Aun cuando pudiera entenderse que el tope de $288.000 era adecuado en ese entonces y, por ende, no desvirtuaba, por exiguo, la finalidad del seguro obligatorio, lo cierto es que por la estrepitosa desvalorización sobreviniente de la moneda nacional frente al dólar norteamericano, la suma máxima —nominal— asegurada, representa en la actualidad —aproximadamente— U$S4.000, según la cotización del Banco de la Nación —tipo vendedor— del día de la fecha.

El problema es, entonces, resolver quién está en mejores condiciones de absorber el inmenso desfasaje producido por causas exógenas al contrato. Sin desconocer el delicado aspecto que ofrece esta cuestión, pienso que no son las víctimas las llamadas a soportar las contingencias del desequilibrio producido sino la empresa que tomó inicialmente el riesgo hasta una suma equivalente a U$S90.851,73. De modo que una forma justa de equilibrar los derechos involucrados y toda vez que la propia aseguradora funda la razonabilidad inicial de la póliza tomando como referencia su equivalencia en dólares estadounidenses, me lleva a proponer que se readecue el tope máximo de cobertura y se establezca que la sentencia se haga extensiva contra "Berkeley International de Seguros SA" por la suma que resulte de convertir los U$S90.851,73 en pesos, según la cotización que registre el dólar tipo vendedor en el Banco de la Nación Argentina, el día del pago.

VI. Restan examinar las quejas de la demandada y de los actores vinculadas a la aplicación del daño punitivo que se solicitó con fundamento en la conducta que adoptó la emplazada una vez informada de los hechos, como así también durante la investigación penal.

El memorial de la fundación demandada no cumple mínimamente con los recaudos que establece el art. 265 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación para sostener el recurso. Se limitó a reiterar en forma escueta los argumentos que expuso al contestar demanda, sin efectuar una crítica concreta y razonada de los fundamentos vertidos por la *a quo* sobre el particular. Por tanto, la apelación en este punto debe considerarse desierta (art. 265 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

Antes de examinar las quejas de la actora, como primera premisa, corresponde esclarecer cuál es la naturaleza del vínculo que ligó al establecimiento pedagógico con los actores. No es dudoso que las actividades educativas deben ser apreciadas dentro de las previsiones de la ley 24.240, que es directamente reglamentaria del art. 42 CN. Es que, si bien la protección del educando desborda las fronteras del Derecho del Consumidor, no puede soslayarse la significación de dicho régimen en la construcción de una tutela integral de aquél (conf. Hernández, Carlos A. - Trivisonno, Julieta, "Perspectivas contractuales de los servicios educativos privados: una mirada desde el Código Civil y Comercial unificado", Revista de Derecho Privado y Procesal del Ministerio de Justicia de la Nación, Editorial Ministerio de Justicia y Derecho Humanos, Revista Derecho Privado, año III, N° 10, Ed. Infojus, ps. 81 y ss.).

En efecto, es sabido que la relación que se genera entre el establecimiento escolar y los usuarios constituye una relación de consumo, en el cual el proveedor es el colegio y consumidor el educando, en la medida que recibe la prestación aun sin ser parte en el contrato, carácter que revestirán sus representantes legales en atención a su menor edad. Por cierto, se trata de un sujeto particularmente débil —en general, son niños, niñas o adolescentes— de modo que se impone en tal caso la acentuación del principio protectorio (conf. Hernández, Carlos A., "El contrato de prestación de servicios educativos privados. Consideraciones sobre el derecho de admisión y las facultades de extinción a favor del establecimiento", RCyS 2007, p. 532; del mismo autor, "Régimen Jurídico de los servicios educativos privados. Consideraciones desde la perspectiva del derecho contractual", Revista de Derecho Privado y Comunitario, Rubinzal-Culzoni, T. 2005-1, "Contratos de Servicios", p. 291 y ss.; Sagarna, Fernando Alfredo, "Responsabilidad civil de los establecimientos educativos en el Código Civil y Comercial", RCyS 2015, p. 255; Arias, María Paula-Trivisonno, Julieta, "La protección del consumidor frente a la economía de servicios", SJA, 30/03/2016, p. 223).

Es oportuno recordar que el art. 42 de la Constitución Nacional expresamente dispone que "los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos…, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos…". Como se advierte, el texto constitucional introducido con la reforma de 1994, actúa como una herramien-

ta de jerarquización de los consumidores y usuarios en cuanto personas humanas, en especial, frente a aquellas prácticas excesivas o lesivas de sus derechos personalísimos (conf. Frustagli, Sandra - Hernández, Carlos A., "La protección al consumidor desde la fundamentales", JA, 2017-III, p. 1341).

No pasa inadvertido que la referencia a la dignidad de la persona es, además, la llave para identificar a los derechos de consumidores y usuarios en el sistema que tutela los derechos humanos (CSJN, Fallos: 314:424; conf. Stiglitz, Gabriel, "Los principios del Derecho del Consumidor", en Stiglitz, Gabriel - Hernández, Carlos A. (dir) Tratado del Derecho del Consumidor, ed. LA LEY, Bs. As., 2015, p. 311 ss.; Tambussi, Carlos E., "Constitucionalización del derecho del consumidor", Supl. Esp. Const. ed. LA LEY, del 17/11/2018, p. 247). Como corolario de ello, es innegable también que el respeto por la dignidad inherente a los seres humanos, reviste el carácter de principio general del derecho que se expande por todo el ordenamiento jurídico, con jerarquía constitucional (conf. Sozzo, Gonzalo, "Derecho a la dignidad en las relaciones de consumo", en Revista de Derecho Privado y Comunitario, ed. Rubinzal Culzoni, 2009-1, p. 578 ss.). Bien se ha dicho que la incidencia de los derechos fundamentales sobre el Derecho Privado se profundiza con el cambio de concepción operado en orden a su oponibilidad, porque no sólo son oponibles frente al Estado, sino que es posible invocarlos también en las relaciones entre particulares (conf. Frustagli, Sandra, "El contrato como marco de tensión entre utilidad y derechos de la personalidad", RCyS, 2010-VII, p. 24). Específicamente, el Comité de los Derechos del Niño, en la Observación General N° 7 sobre la "Realización de los derechos del niño en la primera infancia" (2005), señaló que los proveedores de servicios no estatales, ya sean "comerciales" o "sin ánimo de lucro", deben respetar los principios y disposiciones de la Convención de Derechos del Niño (CRC, OG N° 7, art. 32).

De lo expuesto se deduce que los principios y disposiciones relacionadas con los derechos de consumidores y usuarios no se circunscribe a la protección de los derechos de contenido patrimonial, sino que expande a los aspectos extrapatrimoniales, como una necesidad de priorizar a la persona, resguardándola de la creciente despersonalización que promueve la sociedad de consumo (conf. Ciuro Caldani, Miguel A., "La debilidad del consumidor", en Investigación y docencia, N° 28, FIJ, Rosario, p. 34). Por lo que cabe afirmar que el derecho del consumidor tiene un contenido más amplio que el que surge de la ley especial, que no lo agota (conf. Tambussi, Carlos E., "Constitucionalización del derecho del consumidor", cit.). La dimensión antedicha cobra singular relevancia en aquellos casos en que el daño causado con motivo de la relación de consumo —concepto que aprehende una inmensa variedad de supuestos de distinta índole— tiene como principal protagonista a la persona, como ocurre en el contrato de enseñanza o en aquellos otros vinculados directamente con la salud.

Desde otro ángulo, cabe recordar también las directrices constitucionales del derecho a la educación. El art. 14 de la CN alude al derecho de aprender, que se enmarca en el más amplio derecho a la educación, al que refieren diferentes pactos internacionales incorporados a nuestra Constitución. Dicho derecho importa, como lo establece la Declaración Universal de Derechos Humanos, el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales, favoreciendo la comprensión, la tolerancia, la amistad y la paz entre la Naciones y los diferentes grupos étnicos y religiosos. Por su parte, la reforma constitucional de 1994 en el art. 75 inc. 19 afirmó la responsabilidad indelegable del Estado en materia educativa, sin desconocer la actuación del Estado y los particulares, lo que supuso: a) Asegurar el servicio en todos los niveles y modalidades, con independencia de la iniciativa privada; b) Autorizar, regular, supervisar y controlar los servicios educativos privados (conf. Frustagli - Hernández, "La protección al consumidor desde la fundamentales", cit.).

En ese enclave, el art. 52 bis de la ley 24.240 establece que "Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancia del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan".

Es bien conocida la amplia polémica que generó el texto legal en la doctrina. Así, más allá de destacar su deficiente regulación, el instituto fue bien recibido por prestigiosos autores (conf. Alterini, Atilio A., "Las reformas a la Ley de Defensa del Consumidor. Primera lectura 20 años después", LA LEY, 2008-B, 1239; López Herrera, Edgardo, "Los daños punitivos", 1ª ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 2008), en tanto que, para otros, el daño punitivo es notoriamente extraño a nuestro sistema jurídico (conf. Bustamante Alsina, Jorge, "Los llamados daños punitivos son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil", LA LEY, 1994-B, 860; Mayo, Jorge A. - Crovi, Daniel, "Penas civiles y daños punitivos", Revista de derechos de daños. Daño punitivo", 2011-2 ed. Rubinzal Culzoni, p. 9 ss.). Se cuestiona, incluso, su constitucionalidad, con fundamento en que se trata de una sanción propia del Derecho Penal a lo que se añade la falta de tipicidad de la conducta susceptible de ser sancionada (conf. Picasso en Picasso-Vázquez Ferreyra (dir)

"Ley de Defensa del Consumidor. Comentada y anotada", T. I, com. art. 52 bis, ps. 597, 602, 620 y conc.).

Frente a los categóricos embates recibidos, un importante sector de la doctrina nacional ha intentado superar las deficiencias ostensibles que exhibe el precepto. Así, en las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Comisión Interdisciplinaria), se propuso que el art. 52 bis de la LDC debía ser corregida por una interpretación racional y prudente por parte de los jueces, para ser adecuada a los principios informadores del Derecho Privado y el resguardo de las garantías constitucionales (despacho 3).

En la especie, más allá de las serias y justificadas objeciones que ha merecido la redacción de la disposición incorporada como art. 52 bis a la ley 24.240 (conf. Pizarro, Ramón D., "Sirven los daños punitivos tal como están regulados en la Ley de Defensa del Consumidor?", Revista de derechos de daños. Daño punitivo, 2011-2, ed. Rubinzal Culzoni, p. 435 ss.), no se introdujo ningún planteo tendiente a descalificar la constitucionalidad de la norma. Antes bien, la emplazada dio por supuesta su validez al limitarse a sostener que no se encuentra alcanzada por los factores que habilitan su aplicación.

Por cierto, de lo que no cabe duda es que la figura que contiene el art. 52 bis de la ley 24.240, no tiene naturaleza resarcitoria, sino sancionatoria, aunque tiene también una función disuasoria y preventiva (conf. Álvarez Larrondo, Federico, "Un nuevo avance en materia de daños punitivos", en Revista de derecho comercial, del consumidor y de la empresa", Año 2, N° 3, (2011), p. 115; Irigoyen Testa, Matías, " Cuándo el juez puede y cuándo debe condenar por daños punitivos?, XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Córdoba, 2998, T. 5, p. 111; CCCom. De Mar del Plata, sala II, del 27/05/2009, "Machinandiarena Hernández, Nicolás c. Telefónica", RCyS, año XI, N° 7, julio 2009), que apunta a la finalidad de evitar la repetición de la inconducta desaprobada por la sociedad (conf. Luft, Marcelo E., "El daño punitivo en la Ley de Defensa del Consumidor y su exclusión en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Validez constitucional", RDCO 269, p. 64; Nallar, Florencia, "Daños punitivos", 1ª ed. Cathedra Jurídica, Bs. As., 2016, p. 293 ss.; Tinti, Guillermo P. - Roitman, Horacio, "Daño punitivo", en Revista de Derecho Privado y Comunitario. 2012-I, "Eficacia de los derechos de los consumidores", Rubinzal Culzoni, p. 207 ss.; Roberto Vázquez Ferreyra, "La naturaleza de los daños punitivos", en Revista de Derecho de Daños, 2011-2 Daño Punitivo, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2011, 1ª ed., páginas 103/4; Graciela Lovece, "De los daños punitivos a la sanción pecuniaria en el Proyecto de Código", LA LEY, 2012-D, 1187).

Al respecto, Kemelmajer de Carlucci indica que "los punitive damages se conceden para sancionar al demandado (sujeto dañador) por haber cometido un hecho particularmente grave y reprobable con el fin de disuadir o desanimar acciones del mismo tipo" (conf. Kemelmajer de Carlucci, Aída, "¿Conviene la introducción de los llamados "daños punitivos" en el derecho argentino?", en Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Segunda Época, Año XXXVIII, Número 31, 1993, Buenos Aires, 1994, p. 88). Asimismo, Zavala de González ha destacado la finalidad disuasoria de este tipo de penas, para conjurar o prevenir conductas similares, socialmente disvaliosas en el futuro (conf. Zavala de González, Matilde, "Relevancia cuantitativa del daño", RCyS, 2012-II, p. 95).

Pues bien. Cabe aclarar que, en el caso, en la demanda se solicitó la fijación del daño punitivo contra F. E. por el delito de abuso sexual del cual fue víctima la niña y, además, se fundó el pedido en la absoluta falta de colaboración y en el desinterés de las autoridades de la institución por esclarecer los hechos, no obstante haber tomado conocimiento de los elementos que daban cuenta de la enorme posibilidad de que el abuso hubiera sido cometido por un dependiente del colegio. También se hizo hincapié en la conducta obstruccionista que asumieron los directores y dependientes en la causa criminal, de la que hizo mérito el tribunal interviniente en los fundamentos de la sentencia.

Cabe destacar que, en razón del derecho transitorio no corresponde la aplicación del daño punitivo por el hecho ilícito cometido por el dependiente, toda vez que el artículo 52 bis fue incorporado a la LDC por la ley 26.361, sancionada el 12 de marzo de 2008, promulgada parcialmente el 3 abril de ese año. Fue publicada en el BO el día 7 de ese mes y entró en vigencia ocho días más tarde (art. 2° Cód. Civil). De modo que si el delito tuvo lugar entre el 10 y el 30 de marzo de 2008, la disposición en estudio no puede ser aplicada en forma retroactiva (conf. CNCiv., Sala F, "Cañadas Pérez, María c. Bank Boston NA", del 18/11/2009).

Distinta es la situación vinculada con la conducta reprochada a la institución, que es posterior a la citada reforma. Es sabido que, a partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplicarán aún a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas preexistentes (art. 3° Cód. Civil y 7 Cód. Civ. y Comercial). De modo tal que, con independencia del delito cometido por el dependiente del colegio —cuya responsabilidad se proyecta sobre la institución (art. 1113, primera parte, del Cód. Civil)— los hechos que se reprochan exclusivamente a la fundación podrán ser examinados desde la órbita del art. 8 bis y 52 bis de la LDC, en tanto constituyen consecuencias no consumadas del ilícito

e, incluso muchos de ellos, son posteriores a la vigencia de la ley 26.361.

VII. Es verdad que K. A. P. ha sido la víctima directa de la vejación, pues el delito de abuso sexual fue cometido en su perjuicio y, como tal, fue la principal afectada por la conducta obstruccionista reprochada a la institución durante la investigación de aquél. Pero, no abrigo dudas que sus padres ocupan el lugar de usuarios en la relación de consumo y se encuentran legitimados también para reclamar el daño punitivo.

En efecto, la relación jurídica de índole contractual se constituyó entre los padres de K. y la fundación demandada. Fueron ellos quienes, en cumplimiento de los deberes impuestos por la responsabilidad parental, celebraron el contrato de enseñanza y confiaron al colegio la educación y cuidado de su hija que, por su corta edad, muy lejos estaba de hallarse en condiciones, por falta de discernimiento, de prestar su consentimiento para concluir el contrato. En todo caso, se trató de una estipulación concertada por los progenitores en beneficio de su hija, pero de ello no se sigue que resulten ajenos a la génesis del contrato ni a su correcto desenvolvimiento, el que exige al proveedor garantizar las condiciones de trato digno y equitativo en el desarrollo del vínculo. De allí que, como parte de la relación de consumo y activos participantes durante la investigación del delito, merecían que se les dispense dicho trato.

Por tanto, pienso que C. A. y A. P. están legitimados para reclamar daño punitivo, pues fueron víctimas de los manejos evasivos realizados por las autoridades y docentes de la institución demandada.

VIII. La relación de consumo se encuentra atravesada por los bienes y valores que expresa o implícitamente tutela este microsistema, entre ellos, el derecho a la vida, a la dignidad, a la salud y seguridad, a la libertad de elección, a la protección de los intereses económicos y al trato digno y equitativo, todos ellos vinculados —como dije— con la dignidad humana y, por ende, con los derechos fundamentales. Ello supone que cualquier proveedor, público o privado, está obligado no sólo a la prestación del servicio, sino a resguardar primordialmente la integridad física, psíquica y moral de las personas, que se verían menoscabadas en el supuesto de que éstas sean objeto de un trato indigno, discriminatorio, agresivo o violento por parte de esas autoridades (conf. Iturbide, Gabriela A., "Reflexiones sobre el trato equitativo y digno en la relación de consumo", Publicado en elDial.com - DCB6A).

En este contexto, el art. 8 bis de la ley 24.240 (t.o. ley 26.361) reproduce la directiva que contiene el art. 42 CN y dispone que "los proveedores deberán garantizar condiciones de atención y trato digno y equitativo a los consumidores y usuarios. Deberán abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias.

... Tales conductas, además de las sanciones previstas en la presente ley, podrán ser pasibles de la multa civil establecida en el art. 52 bis de la presente norma, sin perjuicio de otros resarcimientos que correspondieren al consumidor, siendo ambas penalidades extensivas solidariamente a quien actuare en nombre del proveedor". Como se advierte, ambas normas —art. 8 bis y 52 bis de la ley 24.240— están íntimamente vinculadas, toda vez que la sanción prevista en la segunda, va precedida de una inconducta merecedora de la calificación de vergonzante, ultrajante o intimidatoria, es decir, que trasgreda el deber de trato digno previsto en la primera. La pena refleja o expresa la condena moral que en la sociedad genera este tipo de actitudes (conf. Racimo, Fernando M., "En el intervalo: un estudio acerca de la eventual traslación de los daños punitivos al sistema normativo argentino", Revista de la Universidad de Palermo, año 6, N° 1 (2005), p. 8; Álvarez Larrondo, Federico, "Daños punitivos por trato inequitativo e indigno", LA LEY, 2012-D, 613).

Por prácticas vejatorias se entienden aquellas que infringen malos tratos, perjuicios o padecimientos a los consumidores y usuarios. Son vergonzantes, las que resultan deshonrosas, humillantes, perturbadoras, que colocan a aquéllos en situación de ridículo, absurdo, vergüenza o incomodidad (conf. Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Prácticas abusivas en los contratos de consumo", Suplemento Especial. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos. LA LEY del 25/02/2015).

Coincido con la *a quo* en que la procedencia de este tipo de pena es excepcional y debe ser aplicada con extrema prudencia (conf. López Herrera, Edgardo, "Los daños punitivos", cit., p. 17). Por tal motivo, la doctrina es conteste en que no basta el mero incumplimiento de obligaciones legales o contractuales para habilitar la sanción (conf. Mosset Iturraspe, Jorge - Wajntraub, Javier, "Ley de Defensa del Consumidor", ed. Rubinzal Culzoni, 1ª reimpresión, Santa Fe, 2010). Debido a su carácter extracompensatoria, está reservada para supuestos de real gravedad, (conf. Irigoyen Testa, op. cit.; CNCiv., Sala F, "Cañadas Pérez, María c. Bank Boston NA", del 18/11/2009), en los que surja evidente el grave menosprecio del proveedor por los derechos de los consumidores o usuarios, el desdén, la indiferencia o la eventualidad de que la práctica humillante se reitere (conf. Stiglitz, Rubén - Pizarro, Ramón, "Reformas a la Ley de Defensa del Consumidor", LA LEY, 2009-B, 949).

Al examinar este tópico, la colega de primera instancia hizo referencia a las extensas consideraciones que formuló el Tribunal Oral en lo Criminal N° 9, que intervino en sede represiva (fs. 747/793 de la causa 3681), en las que destacó que, desde que fueron informados de los hechos por los actores, la entidad obstaculizó el esclarecimiento de la investigación para alcanzar la verdad de lo sucedido, asumiendo más una conducta de autoprotección que de apoyo hacia los padres de la niña que, durante ocho horas diarias, se encontraba a cargo de los docentes de la escuela. Allí se dijo expresamente que "se ha evidenciado un marcado desinterés por develar la realidad de lo acontecido frente a tan grave situación" y "quedó en evidencia una importante actividad para direccionar la responsabilidad hacia afuera de la institución". En la sentencia se hizo mérito, además, de que la entidad había enviado de inmediato al imputado fuera de la jurisdicción, ocultó el nombre por el que era conocido en el colegio como así también otros detalles —v.gr. la forma en que se vestía habitualmente— con la clara finalidad de restar credibilidad a la descripción realizada en su media lengua por la víctima. Puso también de manifiesto que algunos de los testigos —curiosamente, aquellos que al momento de la audiencia se encontraban en relación de dependencia con la entidad— daban cuenta de ciertas conductas erotizadas e impropias de la niña —v.gr. dar besos en la boca— que, llamativamente, no fueron recordadas por aquellos que, por entonces, habían dejado de pertenecer al establecimiento.

La emplazada —reiterando lo dicho al contestar demanda— sostiene que no fue parte en la causa penal, de modo que la sentencia, en tanto hace mérito de las consideraciones formuladas en ese ámbito, deviene arbitraria, además, de vulnerar su derecho de defensa. Sin embargo, aun cuando por mera hipótesis de trabajo, el alejamiento del abusador de su lugar habitual de tareas no hubiera tenido el propósito de ocultarlo, existen distintos elementos que revelan que las autoridades han adoptado actitudes encaminadas a diluir su responsabilidad. Es que, cualquier observador imparcial que examine la nutrida prueba que existe en esos autos puede advertir que tanto los responsables de la institución como los docentes, intentaron desviar la investigación al referir conductas hipersexualizadas en la niña, y que buscaron también generar confusión sobre la identidad del autor del abuso.

Cuadra destacar que en la oportunidad prevista por el art. 378 CPPN, el propio imputado manifestó que no había estado prófugo, sino que manifestó incluso su intención de presentarse a declarar en la causa, pero el representante legal de la entidad le explicó que no podía volver de Villa Gesell —a donde lo habían enviado luego de la denuncia, supuestamente, a realizar unos trabajos de mantenimiento— por razones de seguridad. Si la versión fuera real y sincera, sumada al principio de inocencia (art. 18 CN), no habría merecido reproches. Pero, si se tienen en cuenta los restantes elementos, como la actitud adoptada por la directora del jardín de infantes, A. P., se concluye que el móvil fue muy distinto del manifestado.

Según P., fue P. quien inicialmente proporcionó por escrito los datos de N., haciéndole comentarios sobre el vínculo extraño que mantenía con los niños. Afirmó también que P. se acercó para preguntarle por qué razón K. no estaba concurriendo al colegio. Al explicar que había sucedido algo malo, aquélla contestó: "Es F., verdad?", refiriendo al propio tiempo que había actitudes de éste que no le gustaban, como por ejemplo, que llevaba a los nenes en el ascensor o iba a arreglar los baños durante el recreo, cuando están allí los chicos. A. P. relató que, después de esa manifestación, en otra oportunidad la directora escribió en un papel los datos de N. y se lo hizo llegar.

Sin embargo, en la causa criminal P. desconoció haber tenido contacto con los padres con anterioridad a la reunión a la que se refirió en su declaración de fs. 185/191 —ratificada a fs. 393 ss.— y negó que la nota manuscrita que éstos exhibieron en el juicio fuera de su autoría. Ello derivó en la designación de un perito calígrafo que, tras realizar un cuerpo de escritura, aclaró que la letra impugnada correspondía a P. (ver fs. 410/413).

Esas pruebas revelan que las autoridades de la entidad educativa, comenzando por la directora, además de violar el deber de seguridad propio del vínculo (art. 5° de la ley 24.240), lejos de colaborar con el esclarecimiento del hecho y de abstenerse de realizar conductas vergonzantes, humillantes y vejatorias, no mantuvieron una postura neutral. Antes bien, se involucraron en la investigación pero para intentar desviarla. Incluso las maestras que se ocupaban de la niña, manifestaron que K. asumía conductas inapropiadas para su edad y sugirieron —además— que el autor del abuso podría encontrarse en el entorno próximo a la familia. Mencionaron concretamente a un padre del colegio, del mismo nombre que el autor, padrino —a su vez— del hermano mayor de K.

Precisamente, en línea con lo que dije en párrafos anteriores, el trato digno que merecían la niña y sus padres generaba deberes de conducta concretos para las autoridades del colegio, y no sólo declamaciones. Entre ellos se destaca el deber de acompañarlos en la dolorosa tarea de esclarecer el caso y de identificar al autor de la vejación. Cuadra recordar que mientras se llevaba a cabo la investigación del delito, fue sancionada la Ley de Protección Integral a las Mujeres (Ley N° 26.845, promulgada de hecho el 1° de

abril de 2009), cuyo art. 18 establece la obligación de las personas que desempeñen servicios asistenciales, sociales, educativos y de la salud, en el ámbito público y privado, que con motivo o en ocasión de sus tareas tomaren conocimiento de un hecho de violencia contra las mujeres, de formular las denuncias, aun en aquellos casos en que el hecho no configure delito. Por cierto, no basta con formular la denuncia —como hizo P.— para cumplir con la directiva legal, sino que es preciso adoptar una actitud de colaboración efectiva tendiente a esclarecer el hecho de violencia.

Es sabido que para cumplir con la manda constitucional, es indispensable garantizar trato digno al consumidor y al usuario, en cualquiera de las etapas de la relación de consumo, es decir, desde el comienzo, el desarrollo y su finalización (conf. Kemelmajer de Carlucci, "Prácticas abusivas en los contratos de consumo", Suplemento Especial Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos, del 25/02/2015: Gregorini Clusellas, Eduardo L., "El 'ninguneo' al consumidor debe sancionarse, incluso mediante daño punitivo", LA LEY, 2016-E, 114; Álvarez Larrondo, Federico, "Consumidores. 20 años que cambiaron el Derecho argentino", LA LEY, 2014-E, 1035). Sin duda, el propósito exteriorizado de desviar la investigación, insinuando que el autor del delito debía ser buscado en el seno familiar, es diametralmente opuesto a la actitud que era exigible y revela un grave menosprecio a la dignidad de los actores, una humillación que justifica la sanción requerida en la demanda.

No pasa inadvertido que K. es un "consumidor hipervulnerable", es decir, extremadamente frágil (conf. Lorenzetti, Ricardo, "Consumidores", ob. cit., p. 78; Frustagli, Sandra A. - Hernández, Carlos A., "El concepto de consumidor. Proyecciones actuales en el Derecho argentino", LA LEY, 2011-E, 998; de los mismos autores, "La protección del consumidor desde la perspectiva de los derechos humanos y de los derechos fundamentales", LA LEY del 13/09/2017), situación que reclama una protección más intensa, en consonancia con la que establecen los Tratados Internacionales a los que hice referencia anteriormente (conf. Convención sobre los Derechos del Niño, art. 19). Su vulnerabilidad, como ya dije, se apoya no sólo en su condición de mujer, sino también en su edad, que supone mayor indefensión para hacer frente a los problemas que acarrea la vida (conf. Urbina, Paola A. "El derecho de las niñas, niños y adolescentes a vivir una vida libre de maltrato. Una aproximación a su alcance", LA LEY, Gran Cuyo, 2016, p. 164).

También fueron víctimas sus progenitores que, reitero, vieron defraudada su confianza por uno de los sujetos llamados a velar por la protección de su hija (art. 19, último párrafo, de la Convención sobre los Derechos del Niño).

Las características del delito y de la víctima, la violación grosera de la especial confianza depositada por los padres al elegir la institución a la que encomendaron nada menos que el cuidado y formación de sus hijos, exigía obrar con la mayor diligencia en el esclarecimiento del hecho aberrante enrostrado a su dependiente. Pero, lamentablemente, optaron por distraer la atención con el inconfesado —pero evidente— propósito de eludir la responsabilidad que recaía sobre el establecimiento, y adoptaron un temperamento contrario, en una abierta violación de las directivas constitucionales. Este hecho es de tal gravedad que torna inequívoca en este caso la procedencia de la sanción prevista por el art. 52 bis de la ley 24.240 que, por su propia índole, adquiere también carácter disuasorio, en orden a prevenir conductas que, persistan en la violación de los derechos fundamentales de los afectados.

IX. No es verdad, como sostiene dogmáticamente la demandada, que la aplicación de daños punitivos no procede en el caso porque la entidad educativa no obtuvo ningún beneficio económico de la conducta enrostrada. Al respecto, bien se ha dicho que el daño punitivo es un fenómeno multifacético, en el que no se deben tomar en cuenta únicamente los beneficios indebidos, la magnitud del daño y la reprochabilidad de la conducta por separado y en forma excluyente. Todos esos elementos hacen a la formación del criterio para decidir la procedencia y cuantificación de la condena (conf. López Herrera, Edgardo, "Los daños punitivos. Naturaleza. Tipos. Jurisprudencia comparada. Análisis económico. Aplicación del derecho al consumidor", ed. Abeledo-Perrot, 2008, p. 359).

Respecto de su cuantía, cabe recordar que si bien el daño es presupuesto de aplicación de la figura prevista en el art. 52 bis de la ley 24.240, no constituye una pauta de cuantificación. En efecto, la función resarcitoria de la responsabilidad civil busca compensar los perjuicios inferidos, en tanto el daño punitivo persigue sancionar y disuadir la repetición de conductas análogas. De allí es que se dice que el segundo es autónomo, no accesorio e independiente de los daños y perjuicios, que tienen carácter resarcitorio (conf. Hernández, Carlos - Sozzo, Gonzalo, "La construcción judicial de los daños punitivos. Antecedentes y funciones de la figura en Argentina", Revista de Derecho de Daños, 2011-2 Daño Punitivo, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011, p. 376; Zavala de González, Matilde, "Relevancia cuantitativa del daño", RCyS, 2012-II, p. 95).

Como corolario de lo expuesto, contrariamente a lo que sostienen los actores, para cuantificar la multa el juez debe liberarse del enfoque resarcitorio y a atender a las pautas que fija el art. 52 bis (conf. Zavala de González, M., op. cit.), cuya textura abierta faculta a

los jueces a graduar la pena en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso. Pero, también debe ponderarse que, según la disposición anteriormente citada, el beneficiario no es otro que la víctima, cuestión que ha generado fundadas críticas por parte de la doctrina (conf. Alterini, Atilio A., "Las reformas a la ley de defensa del consumidor. Primera lectura 20 años después", cit.).

En ese contexto, cuadra tener presente que, en la especie, la imposición de la pena sólo procede para sancionar la conducta obrada por los órganos y dependientes de la emplazada durante la etapa posterior a la comisión del delito, que con manifiesta indiferencia por los derechos de los actores obstaculizaron la investigación del delito en menoscabo de los derechos fundamentales de la niña y agravando la angustia, la vergüenza y la humillación que traía aparejada para sus padres la vejación de la pequeña. Por tanto, la suma debe ser prudencialmente ajustada estrictamente al hecho que constituye el fundamento de la sanción que se examina.

Tampoco pasa inadvertido el monto —capital más intereses, a la tasa fijada por la *a quo*— por la que prospera la demanda. De allí es que propongo fijar por este concepto, en total para los tres actores, la suma de pesos dos millones ($2.000.000), de los cuales a la niña le corresponde un millón ($1.000.000) y a los progenitores pesos quinientos mil ($500.000), a cada uno.

El monto fijado en concepto de daño punitivo no devengará intereses desde el hecho enrostrado al responsable del abuso. Señalé anteriormente que éste no pertenece a la órbita resarcitoria de la responsabilidad civil, sino que persigue un fin disuasivo y sancionatorio de la conducta atribuida a la institución, la que ha sido apreciada en este pronunciamiento. Por tanto, no puede hablarse de mora ni corresponde la aplicación del pronunciamiento plenario dictado por esta cámara en pleno, "in re" "Gómez, Esteban c. Empresa Nacional de Transporte", del 16/12/1958 (LA LEY 93-667). La conducta merecedora de la sanción fue valorada en los términos que resultan de los considerandos que anteceden. De allí es que los réditos en este caso correrán a la tasa dispuesta en la sentencia de primera instancia, una vez vencido el plazo para pagar la condena.

X. En síntesis. Postulo al Acuerdo modificar la sentencia apelada en los siguientes puntos: a) reducir el daño psíquico —fijado en conjunto con el daño moral— hasta alcanzar el total de pesos quinientos mil ($500.000) para C. H. A. y de pesos seiscientos mil ($600.000) para A. P.; b) revocar la nulidad del tope máximo de cobertura del seguro, estableciendo que Berkley International Seguros SA deberá responder hasta el monto que resulte de convertir a pesos la suma de U$S90.851,73, tomando en consideración la cotización del dólar norteamericano, tipo vendedor, en el Banco de la Nación Argentina al momento del pago; c) admitir la fijación de daños punitivos a favor de C. H. A. y de A. P. por la suma de pesos un millón ($1.000.000), la que será distribuida por partes iguales entre los mencionados coactores; d) disponer que los réditos en el caso del daño punitivo que fue admitido, se liquiden una vez vencido el plazo para el pago de la condena. En lo demás, postulo confirmar el pronunciamiento en cuanto ha sido materia de agravio.

Si mi apreciada colega me acompaña, las costas de Alzada serán impuestas a los demandados que resultan sustancialmente vencidos (art. 68 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

La doctora *Iturbide* dijo:

Comparto plenamente el sólido y muy fundado voto de mi estimada colega de Sala en una causa por demás compleja tanto desde el punto de vista fáctico como jurídico al hallarse involucrados los derechos personalísimos de una menor y de sus padres con motivo de daños injustamente padecidos en el marco de la prestación de servicios educativos, y por ello adhiero sin reservas a sus conclusiones. Así voto.

Se deja constancia que la Vocalía N° 37 se encuentra vacante.

Visto lo deliberado, conclusiones establecidas en el Acuerdo precedente, de conformidad —en lo pertinente— con el dictamen de la Sra. Defensora de Menores de Cámara, el Tribunal resuelve: 1) Modificar la sentencia de grado en los siguientes puntos: a) Se reduce la partida por daño psíquico y moral a favor de los actores C. H. A. y A. P. a la suma total de pesos quinientos mil ($500.000) y de pesos seiscientos mil ($600.000), respectivamente, confirmando el monto fijado en la sentencia apelada para K. M. A.; b) se revoca la nulidad del tope máximo de cobertura asegurativa y se establece que Berkley International Seguros SA deberá responder hasta el monto que resulte de convertir a pesos de U$S90.851,73, según la cotización del dólar norteamericano, tipo vendedor, en el Banco de la Nación Argentina al momento del pago; c) se revoca el rechazo de la legitimación de los padres para reclamar daño moral y se fijan daños punitivos a favor de C. H. A. y de A. P. por la suma total de pesos un millón ($1.000.000), correspondiendo a cada uno de ellos pesos quinientos mil ($500.000); d) se dispone que en el caso del daño punitivo que fue admitido, los réditos se liquiden a partir del vencimiento del plazo para pagar la condena; e) en lo demás, postulo confirmar el pronunciamiento en cuanto ha sido materia de agravio. 2) Las costas de Alzada se impo-

nen a los demandados, que resultan sustancialmente vencidos. 3) I. En atención a la forma en que se resuelve que modifica la base regulatoria, déjanse sin efecto las regulaciones de honorarios practicadas en la sentencia de grado anterior (conf. art. 279 del Código Procesal) y, en consecuencia, procédase a adecuar las mismas de conformidad a la normativa legal mencionada. II. El 4 de septiembre de 2018, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció respecto de la aplicación temporal de la ley 27.423, *in re* "Establecimiento Las Marías SACIFA c. Misiones, Provincia de s/ acción declarativa", de modo coincidente con lo decidido por la mayoría del Tribunal (cf. esta Sala *in re* "Grosso, C. c. Greco, M." del 30 de mayo de 2018). Según esa perspectiva, el nuevo régimen legal no resulta aplicable a los procesos fenecidos o en trámite, en lo que respecta a la labor desarrollada durante las etapas procesales concluidas durante la vigencia de la ley 21.839 y su modificatoria ley 24.432, o que hubieran tenido principio de ejecución. Por eso, teniendo en cuenta el tiempo en que fueron realizados los trabajos que dan lugar a las regulaciones de honorarios, como así también las etapas procesales comprendidas las que serán detalladas en el siguiente considerando, es que resultan de aplicación las pautas establecidas en la ley 21.839 (y su modificatoria ley 24.432) y en la ley 27.423. III. En función de lo expuesto, se tendrá en cuenta la naturaleza del asunto, el mérito, la calidad, la eficacia y la extensión de la labor desarrollada, monto comprometido, las dos primeras etapas cumplidas y pautas legales de los arts. 6, 7, 9, 19, 37, 38 y cc. de la ley n° 21.839 t.o. 24.432. En cuanto a los peritos intervinientes, se ponderará la naturaleza de las peritaciones realizadas, la calidad, la importancia, la complejidad, la extensión y el mérito técnico-científico de las mismas, y proporcionalidad que deben guardar estos emolumentos en relación a los de los letrados actuantes en el juicio (cf. art. 478 del Cód. Proc.). Respecto de los consultores técnicos, su asesoramiento a la parte que lo propuso, no es asimilable al dictamen de los peritos, por lo cual sus honorarios deben ser proporcionalmente menores a los de aquéllos (Peyrano Jorge W., "El proceso atípico", Bs. As. 1993, p. 147; CNCiv., Sala H, N° 168.726; CFedCiv. y Com., Sala 2, del 30/03/2009, entre muchos otros). IV. Para el conocimiento de las labores desarrolladas por los letrados en la tercera etapa (ver fs. 517), se considerará el monto del asunto conforme las pautas del art. 22, el valor, motivo, extensión y calidad jurídica de la labor desarrollada; la complejidad; la responsabilidad que de las particularidades del caso pudiera derivarse para el profesional; el resultado obtenido; la trascendencia económica y moral que para el interesado revista la cuestión en debate y de la resolución a que se llegare para futuros casos; y pautas legales de los artículos 1, 3, 14, 15, 16, 19, 20, 21, 22, 24, 26, 29, 51, 54, 58 y cc. de la ley 27.423. V. En consecuencia, se fijan los honorarios del letrado patrocinante de la parte actora, Dr. Walter Fernando Krieger por las dos primeras etapas, en la suma de pesos ... ($ ...) y por la tercera etapa, la cantidad de ... UMA, equivalente a la suma de pesos ... ($ ...) cfr Ac. 2/2020 CSJN. Y por su labor en los incidentes resueltos a fs. 232/234 y fs. 496, se fija la suma de pesos ... ($ ...), por cada uno de ellos. Por la actuación de la letrada apoderada de la demandada "F. E.", se regulan los honorario del Dr. José Eduardo Rabinovich, por las dos primeras etapas, en la suma de pesos ... ($ ...) y por la tercera etapa, la cantidad de ... UMA, equivalente a la suma de pesos ... ($ ...) cfr. Ac. 2/2020 CSJN. Asimismo, se fijan los de la Dra. Romina Marcela Gullelmotti, por su actuación en la etapa de prueba, en la suma de pesos ... ($ ...). Por la representación de la letrada apoderada de la citada en garantía "Berkley International Seguros SA", se fijan los honorarios del Dr. Alejandro Oscar Torres Bittel, por su actuación en parte de la primera y segunda etapa, en la suma de pesos ... ($ ...); y por la tercera etapa, la cantidad de ... UMA, equivalente a la suma de pesos ... ($ ...); cfr Ac. 2/2020 CSJN; y por su labor en el incidente resuelto a fs. 449, la suma de pesos ... ($ ...). Del mismo modo, se fijan los del Dr. Gabriel Rodríguez, por su actuación en parte de la primera y segunda etapa, en la suma de pesos ... ($ ...); y los de la Dra. Anabella Mara Centanni, por su actuación en la audiencia de fs. 286, en la suma de pesos ... ($ ...). Con relación a la auxiliar de justicia, se regulan los honorarios de la perito Psicóloga, María Daniela Chiappetta, en la suma de pesos ... ($ ...) y los del consultor técnico, Juan Pablo Mizrahi, en la suma de pesos ... ($ ...). VI. Ponderando las constancias de autos, naturaleza del asunto, monto comprometido y pautas legales del art. 2, inciso g) del Anexo I del Decreto Reglamentario 2536/2015, aplicable al caso en atención a la fecha del dictado de la sentencia, momento en el que se tornaron exigibles, se fijan los honorarios del mediador Carlos Guillermo Renis, en la suma de pesos ... ($ ...). VII. Finalmente, por la labor profesional realizada en esta instancia y que culminó con el dictado de la presente sentencia definitiva, se regula al Dr. Walter Fernando Krieger, la cantidad de ... UMA equivalente a la suma de pesos ... ($ ...); al Dr. Amadeo Eduardo Traverso, en su carácter de letrado apoderado de la citada en garantía, la cantidad de ... UMA equivalente a la cantidad de pesos ... ($ ...) y al Dr. José Eduardo Rabinovich, la cantidad de ... UMA equivalente a la suma de pesos ... ($ ...); conf. art. 30 de la ley 27.423 y Ac. 20/2019. Asimismo, se regulan los honorarios del Dr. Krieger, por su actuación de fs. 243/247 que culminó con la resolución de fs. 255/6, en la suma de pesos ... ($ ...); cfr. art. 14 de la ley 21.839). Regístrese, notifíquese y devuélvase. Se deja constancia que la vocalía N° 37 se encuentra vacante. — *María I. Benavente.* — *Gabriela A. Iturbide.*

DAÑOS POR ABUSO SEXUAL INFANTIL

Fallecimiento del imputado. Testimonios. Dichos de la víctima. Perspectiva de género. Procedencia.

Con nota de Marcela V. Pons y Melina Schwab

1. — Toda vez que los hechos propios de la causa no fueron materia de sentencia penal, por el fallecimiento del imputado, la única condena que puede perseguir la víctima es el reclamo resarcitorio civil, razón por la cual, es objetivo primordial y esencial indagar sobre la existencia del hecho en sí y resulta aplicable toda aquella jurisprudencia emanada del fuero penal sobre la apreciación de la prueba indirecta y el relato de la víctima, en cuanto se persigue el mismo cometido, indagar la existencia del hecho y la participación del demandado, ello conjugado con la persona vulnerada —niña-mujer—.

2. — El suceso abusivo, engasta en una situación de violencia dirigida contra una niña y mujer. Es evidente que en la violencia que se verifica en la causa existió una clara desigualdad de poder, donde la víctima se ubica en una posición de inferioridad y sumisión respecto del victimario.

3. — En punto a los testimonios, la sentencia no los califica como prueba directa, tota vez que efectúa una valoración de la totalidad de éstos de consuno con el resto del material aportado, como elementos de convicción indirectos. Por tal razón, la magistrada no ensalza a las declaraciones como elementos corroborantes determinantes por si mismos de la existencia del hecho, toda vez que antes de ingresar en las valoraciones de aportes probatorios expresamente apunta que tiene en consideración los indicios y presunciones, que, en conjunto con los demás elementos acompañados, revelan que el daño ha sido provocado por el accionar del demandado.

4. — No se niega que los deponentes en la causa relatan los dichos de la propia víctima, pero dicha condición no es artículo suficiente para descartarlos sin más y privarle todo tipo de utilidad para la solución de la causa.

5. — Con respecto a la condición de vecinos, allegados a la familia y/o parientes de la víctima por parte de los testigos, por la especie de hecho que se juzga —abuso sexual—, donde prácticamente en todos los casos se desarrollan en la intimidad y que a su vez la revelación de estos acontecimientos por parte de la víctima no es hacia terceros desconocidos, es lógico que sean esas personas vinculadas con la propia damnificada quienes den sus testimonios.

6. — Toda vez que la resolución en sede penal no determina la inexistencia del hecho, se puede avanzar en la pesquisa de éste, el fuero civil.

7. — Donde se invoca la existencia de daño por situaciones de abuso sexual, para la valoración de la situación de las partes, y para el análisis de la prueba, se impone la consideración de la condición de niña y mujer de la demandante, y el necesario juzgamiento de la cuestión con perspectiva de género. La demandante, como mujer víctima de violencia de género, es persona en condición de vulnerabilidad que requiere un rol activo de los tribunales (del voto del Dr. Domenech).

CCiv., Com. Familia y Contencioso Administrativo, Villa María, 08/07/2020. - A., M. A. y otro c. Suc. de T., L. O. y otros s/ ordinario.

[Cita on line: AR/JUR/42447/2020]

2ª Instancia.- Villa María, julio 8 de 2020.

1ª ¿Es procedente el recurso articulado? 2ª ¿Qué resolución corresponde dictar?

1ª cuestión. — El doctor *Cammisa* dijo:

1. Trámite en la alzada

Impreso el trámite de ley, la impugnante expresa agravios como da cuanta su escrito de fs. 555/559, y la contraria evacua el traslado de estos a fs. 561/564, solicitando la confirmación de la sentencia. Firme la integración del tribunal y el decreto de autos, como se certifica por secretaría a fs. 572, la causa viene a despacho para resolver.

2. Admisibilidad formal

A mérito de la facultad y deber de este tribunal para examinar de oficio la admisibilidad del recurso instaurado aún en esta etapa del proceso, de las constancias de la causa podemos observar que la impugnación fue ensayada por parte legitimada para desplegar dicha actividad (art. 354 CPC), la resolución es recurrible por la vía intentada (art. 361 CPC) y la apelación fue interpuesta en tiempo (art. 366 CPC y fs. 417 y 431).

3. Preliminar

La sentencia recurrida posee una relación de causa que satisface los requerimientos propios del caso, por

lo cual nos remitimos a esta en honor a la brevedad. En cuanto a los escritos presentados por los contrincantes en esta instancia tomamos en consideración íntegramente sus términos, sin perjuicio del compendio que se formula a continuación. Con respecto a la prueba será reseñada solo aquella que se considere útil para dirimir el conflicto, sin perjuicio del examen íntegro del material probatorio aportado (art. 327 2° párr. CPC).

4. Agravios co-demandada L. B. T.

Principia su impugnación solicitando, por haberse omitido, se proceda a determinar las costas y honorarios del proceso por la acción entablada por parte de M. A. A, rechazada en la anterior instancia. Prosigue manifestando que la madre y el padre de la actora solicitaron en su representación una medida cautelar pero luego solo la madre inicia la demanda de daños y perjuicios por derecho propio, y pide en consecuencia costas por su presentación primigenia a cargo del padre, ya que a su parecer se debió tenerlo por desistido.

Agrega que el relato de la demandada no solo es falso, sino que no reunió los requisitos mínimos por lo que debió desestimarse, en cuanto no precisa las circunstancias en que sucedieron los hechos motivo de su acción resarcitoria.

Con respecto al decisorio apunta que no es cierto que lo afirmado por la demandante, esté corroborado en sede penal. Entiende que en ese expediente solo consta la imputación del delito, y la prescripción de la causa antes de tomarse declaración al imputado, por muerte de éste.

Objeta en relación a la prueba que los testimonios provienen de personas cercanas o de familiares directos. Señala con respecto a estos que se refieren a dichos de la propia víctima, y a su vez son contradictorios, condiciones éstas por las cuales resultan irrelevantes a su parecer y no pueden ser tenidos en cuenta para la solución de la causa.

En cuanto a la testigo Lic. I. M., si bien no es familiar o allegado a la víctima, apunta que deja bien en claro de su exposición que no pudo determinar si las situaciones de abuso que relató la parte actora, son veraces, como así tampoco pudo afirmar que el demandado fuera responsable de dichos actos. Fustiga que la judicante toma en cuenta la declaración de esa testigo para acreditar el daño material, haciendo hincapié en la cantidad de sesiones que fue atendida (9), cuando en realidad la declarante, no pudo establecer la veracidad de los dichos de la víctima.

Entiende que en la pericia psicológica se extralimita claramente tanto en sus apreciaciones como en sus conclusiones. Apunta que las entrevistas transcriptas solo contienen un relato de hechos anecdóticos y descriptivos, sin que se indague las alteraciones existentes, la oportunidad de su desencadenamiento, ni su etiología.

Menciona que la Sra. P. confiesa en la entrevista que se entera de los hechos por manifestación de sus hijos y estos de E., y que la pericia da por sentado sin fundamentación que esos dichos son ciertos.

De igual forma refuta la pericia practicada a la víctima en cuanto da por sentado la existencia de los hechos solo con el relato de ésta, sin explicar las razones de ello.

Por último se limita a transcribir párrafos del alegato de la Sra. Asesora Letrada en donde se apunta de igual forma sobre el déficit probatorio de la causa

5. Contestación agravios parte contraria

Refiere la parte contraria a título general, que de los dos sucesores, uno decide cuestionar lo decidido y el otro no. A su vez destaca la aquiescencia de ambas partes con respecto al hecho, como así también su falta de proposición de prueba.

En punto a los agravios se oponen a estos ratificando la postura asumida en el decisorio, poniendo especial énfasis a las particulares condiciones de prueba para este tipo de delitos, que se cometen en ámbitos de intimidad.

6. Solución del caso

De manera previa, la parte recurrente amonesta el relato de la demanda, por imprecisiones relativas a los hechos ahí denunciados. Debemos tener en cuenta, que éstas no son objeciones propias de esta instancia recursiva. Sin perjuicio de ello repárese que es lógico y razonable, dada la especie de hechos que se investiga y la forma en que sucedieron estos, que el relato inicial no tenga las precisiones que pretende el demandado. Repárese que se trata de sucesos aberrantes ejecutados en la intimidad, por un prolongado período de tiempo.

Ahora bien, ingresando en los agravios podemos resumir que el hilo conductor de la queja, recala en la apreciación de la prueba rendida en la causa, por parte de la judicante.

Demás está decir que la especie de prueba incorporada impone su valoración sobre la base del sistema de la sana crítica racional, razón por la cual solo cuando el decisorio rebase dicho valladar e ingrese en

terrenos de la arbitrariedad, podremos censurar su labor. No se trata de emitir una nueva opinión sobre el tema, sino de examinar aquel sesgo lógico en la apreciación, ya efectuada desde el tribunal de origen.

En punto a los testimonios debemos señalar que la sentencia no los califica como prueba directa, tota vez que efectúa una valoración de la totalidad de éstos de consuno con el resto del material aportado, como elementos de convicción indirectos. Por tal razón, la magistrada no ensalza a las declaraciones como elementos corroborantes determinantes por si mismos de la existencia del hecho, toda vez que antes de ingresar en las valoraciones de aportes probatorios expresamente apunta que tiene en consideración los indicios y presunciones, que en conjunto con los demás elementos acompañados, revelan que el daño ha sido provocado por el accionar del Sr. T.

No se niega que los deponentes en la causa relatan los dichos de la propia víctima, pero dicha condición no es artículo suficiente para descartarlos sin más y privarle todo tipo de utilidad para la solución de la causa. Debemos tener presente que todos los testigos son contestes, que la víctima les relató que fue abusada por el Sr. T. A su vez es necesario tener en cuenta que aspectos relevantes de estos testimonios, como la congoja y turbación de la víctima cuando les relataba sobre sus padecimientos con T. La sentencia transcribe también el relato del novio de la hermana, quien refiere trastornos de conducta, llantos, "cualquier cosita era un llanto y no se sabía porque" por parte de la perjudicada. La compañera de colegio (M. S. S.) señala que el día que les contó a ella y otras compañeras la víctima estaba angustiada, triste, lloraba, la retiraban del colegio seguido, etc. Dato no menos importante proporcionado por los testigos y transcripto en la sentencia, es que la familia por un tiempo se mudó del barrio, de lo que se infiere la gravedad de la situación.

Con respecto a la condición de vecinos, allegados a la familia y/o parientes de la víctima por parte de los testigos, debemos apuntar que por la especie de hecho que se juzga, donde prácticamente en todos los casos se desarrollan en la intimidad y que a su vez la revelación de estos acontecimientos por parte de la víctima no es hacia terceros desconocidos, es lógico que sean esas personas vinculadas con la propia damnificada quienes den sus testimonios. El art. 711 del Cód. Civ. y Comercial receptando jurisprudencia de antigua data desarrollada principalmente en el ámbito del derecho de familia, habilita en procesos de familia la declaración de parientes y allegados, haciéndose eco así de la doctrina que nomina al supuesto como "testigo necesario". Nuestro TSJ adhirió en reiteradas oportunidades a dichos conceptos plenamente aplicables al caso (TSJ Sala CyC Sent. N° 2/00; Auto N° 7/01; Sent. N° 72/02).

Lo expuesto no empece que el juzgador al valorar dichos testimonios, deberá tener en cuenta si existe alguna carga de subjetividad o intención para favorecer a alguna parte, situación que no se verifica con los testimonios rendidos en la causa, en cuanto todos ellos cohonestan con el relato que les hiciera la víctima, y a su vez los testigos más próximos a ésta son contestes por la situación de angustia de la entonces niña y/o adolescente cuando narró los sucesos propios de este trámite, y las particulares reacciones de ésta en el ámbito familiar, como ya fuera relacionado más arriba. A su vez para fustigar estos dichos, no basta mencionar a título general que son contradictorios, ya que de acuerdo a la actividad impugnativa que despliega el disconforme, le exigía señalar puntualmente aquellas incongruencias que los descalifica como testimonios.

En cuanto a la pericia psicológica, no se advierte que el informe de fs. 343/347 pueda ser descartado sin más, bajo los artículos descalificativos que ensaya la parte impugnante. Nótese que las conclusiones son arribadas luego del examen del relato de la víctima, constituyendo ello el material necesario para arribar a su dictamen desde la percepción que hace la profesional conforme su ciencia, destacando a su vez la condición de perito oficial imparcial y la relevancia que tiene una prueba de la especie, para develar estos hechos repudiables, que por lo general acontecen en el ámbito de la intimidad.

Debe repararse que la auxiliar en su dictamen, desarrolla un capítulo destinado al análisis de los test administrados y dentro de este transcribe también las pautas que brindan la Asociación Americana de Pediatría y la Red Nacional de Estrés Traumático Infantil. Luego de todo ello la experta se pronuncia por la sinceridad de los dichos y relato de la víctima. Se advierte así que la impugnación a este elemento de prueba es deficiente, desde que no recala en aquellos antecedentes tenidos en cuenta por la profesional, para arribar a la conclusión de su dictamen, la que se considera en base a éstos, adecuadamente fundada.

En cuanto al testimonio brindado por la licenciada I. M., opuesto como contradictorio al dictamen pericial por la parte disconforme, observamos que la testigo consultada para que diga cuál era su diagnóstico sobre el problema que presentaba estas pacientes (víctima y madre), expresa que, "no está a mi alcance responder, ya que no se realizó un psicodiagnóstico". La misma profesional manifiesta que le sugirió realizar una denuncia y solicitar la realización de una pericia. En cuanto a la veracidad de los dichos de la víctima, reiteró que para ello debe participar de la pericia para responder el interrogante (fs. 173, 174 y 192).

Queda así demostrado que el antagonismo que intenta presentar la parte disconforme no es tal, y menos aún las conclusiones de la pericia son rebatidas por este testimonio.

Con respecto a la causa penal, debemos tener en cuenta que la judicante es clara al apuntar en primer término, que la especie de resolución dictada en dicha sede, no determina la inexistencia del hecho, pudiendo avanzar en la pesquisa de éste, el fuero civil. A su vez el decisorio transcribe el hecho descripto por el fiscal. Agrega también sobre lo resuelto en aquel otro fuero, que la provisoria prueba acompañada a aquel expediente avala la tipificación penal, y que a partir de informes científicos se infiere que la entonces niña fue objeto de abuso sexual con acceso carnal, por parte de L. O. T. Es decir transcribe y valora la resolución del fiscal sin excederse en los alcances de ésta, de acuerdo al grado de avance de dicha causa, como un elemento más para ponderar dentro del concierto probatorio reunido en este proceso. No se advierte que la magistrada haya ensalzado dicha prueba, como lo propone la parte recurrente. Repárese que uno de los informes científicos mencionados por el Fiscal, es el informe Técnico Médico N° 866.899 efectuado por la Dirección de Policía Judicial - Secretaría de Policía Científica, donde la Jueza le otorga correctamente particular relevancia a lo que dictaminan los profesionales, en cuanto dan cuenta de la antigua evolución del desgarro que describen.

Agréguese a lo expuesto que el decisorio, correctamente brinda pautas sobre el modo de apreciar la prueba en esta especie de hechos que se juzga. De por sí, estamos frente a situaciones que no se desarrollan en presencia de terceros y por lo tanto la acreditación y valoración del material probatorio, debe ajustarse a las particularidades propias del caso, so pena que, de someter el escrutinio de la prueba bajo las pautas clásicas del proceso civil, provocaría sin más que estos abusos, quedarían sin condena resarcitoria alguna.

Esta particular situación ha sido receptada por la jurisprudencia poniendo especial énfasis en la valoración de consuno de todos los elementos indiciarios, a fin de que conjugados con el relato de la propia víctima y las pericias que se practiquen sirvan de sustento para arribar a una conclusión válida.

Correctamente cita la judicante el fallo de nuestro tribunal de casación, donde alude a las particularidades que deben tenerse en cuenta a la hora de valorar el acervo probatorio en causas de la especie (T.S.J., "Sánchez, Leonardo J. p.s.a. Abuso sexual con acceso carnal agravado, etc. - Recurso de Casación" [Expte. "S", 04/2010], Sentencia N° 84, 04/05/2012).

Nuestro tribunal cimero ha expresado en más de una oportunidad que: "Frente a delitos contra la integridad sexual, el testimonio de la víctima aparece como la prueba dirimente, puesto que esta clase de hechos suele cometerse en ámbitos de intimidad, ajenos a las miradas de terceros y en ámbito de confianza. II. Es frecuente que los elementos de juicio que corroboran el relato de la víctima estén constituidos, en su mayoría, por prueba indirecta. Empero, en numerosos precedentes se ha advertido que ello no resulta óbice para sostener una conclusión condenatoria, en la medida en que los indicios meritados sean unívocos y no anfibológicos y a su vez sean valorados en conjunto y no en forma separada o fragmentaria. III. Cuando existe una pericia psicológica que se expide sobre la fiabilidad del relato de la menor, la lectura de este último debe ir necesariamente acompañada —cual sombra al cuerpo— de la explicación experta, en tanto aquel extremo se encuentra dentro del ámbito de conocimientos especiales de los que carece el Juzgador (o que, disponiendo de ellos, no son controlables a las partes) y que, por ende, no pueden motivar su decisión" (TSJ., Sala Penal, Sent. N° 434, 27/12/2013, "Díaz, Juan A. y otro p.ss. aa. abuso sexual calificado por el vínculo, etc. —Recurso de Casación—". Otros, mismo tribunal, Sent. N° 41, 27/12/1984, "Ramírez"; "Avila", Sent. N° 216, 31/08/2007; "Díaz", Sent. N° 12, 20/02/2008; "Boretto", Sent. N° 212, 15/08/2008).

Debemos tener presente que los hechos propios de esta causa no fueron materia de sentencia penal, por el fallecimiento del imputado. En razón de ello, la única condena que puede perseguir la víctima es el reclamo resarcitorio propio de este fuero, razón por la cual, siendo objetivo primordial y esencial en este proceso indagar sobre la existencia del hecho en sí, resulta aplicable toda aquella jurisprudencia emanada del fuero penal sobre la apreciación de la prueba indirecta y el relato de la víctima, en cuanto se persigue el mismo cometido, indagar la existencia del hecho y la participación del demandado, ello conjugado con la persona vulnerada (niña-mujer), sin que en el presente caso claro está, la indagación de esos tópicos se haya realizado oficiosamente, toda vez que siempre se ha respetado el equilibrio procesal propio de este trámite civil.

La forma de interpretar y escrudiñar hechos de la especie, no varía por el fuero donde se lo investigue, ya que la normativa internacional involucrada en ello, pone especial énfasis en la protección de las mujeres y con mayor razón cuando ésta es una niña, más allá del órgano del estado encargado en dicha faena.

De esta forma, aquel sistema valorativo propio de nuestra norma civil, y que en el caso engasta bajo el precepto sana crítica racional (art. 327 2° párr. CPC),

debe nutrirse de toda aquella normativa constitucional que acude en el caso.

En definitiva, no se advierte que el decisorio puesto en crisis haya desbordado los valladares propios de la sana crítica racional al apreciar la prueba producida en autos, antes bien ha realizado su mérito siguiendo los lineamientos propios del caso, lo que incluye los estándares internacionales y jurisprudenciales aplicables en la especie.

Cuestión de Género y protección de las NNA

El suceso abusivo propio de estos autos, engasta en una situación de violencia dirigida contra una niña y mujer. Es evidente que en la violencia que se verifica en la causa existió una clara desigualdad de poder, donde la víctima se ubica en una posición de inferioridad y sumisión respecto del victimario.

Nuestro país cuenta con un bloque convencional que regula la situación especial del género, a saber, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW), que tiene jerarquía constitucional, la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres o Belém do Pará, que regula distintos tipos de violencia que sufren las mujeres. Agregamos la Recomendación 19 del Comité de CEDAW, actualizada por la Recomendación 35, que entiende a la violencia de género como una forma de discriminación y la ley nacional de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los ámbitos en los que desarrollen sus relaciones Interpersonales (ley 26.485). A ello debemos sumarle expresamente la Convención de los Derechos de las Niñas Niños y Adolescentes. Un amplio muestrario de normas internacionales acuden en el presente caso, arts. 2°, 3°, 7°, 14, 17, 24 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 1° de la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, los arts. 3°, 4°, 7°, 8° y 9° de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, los arts. 1°, 5°, 7°, 8°, 11 y 24 de Convención Americana de Derechos Humanos, entre otros.

Debemos tener presente que la CIDH ha expuesto que, "Ante un acto de violencia contra una mujer, las autoridades a cargo de la investigación deben llevarla adelante con determinación y eficacia, teniendo en cuenta el deber de la sociedad de rechazar la violencia contra las mujeres y las obligaciones del Estado de erradicarla y de brindar confianza a las víctimas en las instituciones estatales para su protección" (Corte IDH, "Caso Fernández Ortega y otros c. México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas". Sentencia del 30 de agosto de 2010, Serie C, N° 215, párr. 193 y Corte IDH, "Caso Rosendo Cantú y otra c. México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas". Sentencia del 31 de agosto de 2010, Serie C, N° 216, párr. 177).

Particularmente en punto al examen de la prueba, la misma CIDH expuso en relación al testimonio de la víctima que: "En primer lugar, a la Corte le resulta evidente que la violación sexual es un tipo particular de agresión que, en general, se caracteriza por producirse en ausencia de otras personas más allá de la víctima y el agresor o los agresores. Dada la naturaleza de esta forma de violencia, no se puede esperar la existencia de pruebas gráficas o documentales y, por ello, la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el hecho" (Corte IDH, "Caso Fernández Ortega y otros c. México", cit., párr. 100, Corte IDH, "Caso Rosendo Cantú y otra c. México", cit., párr. 89, Corte IDH, "Caso J. c. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas". Sentencia del 27 de noviembre de 2013, párr. 323. Corte IDH, "Caso Espinosa Gonzáles c. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas". Sentencia del 20 de noviembre de 2014, párr. 150. Ver Corte Europea de Derechos Humanos, "Caso Aydin c. Turquía", Demanda 23178/94, sentencia del 25 de septiembre de 1997).

No es necesario aclarar la absoluta asimetría que se presenta en este caso entre el varón de mayor edad que ejerce la violencia sexual y la niña-mujer. Este tipo de violencia ha merecido un amparo especial, a nivel supranacional a través de la "Convención Interamericana para prevenir sancionar y erradicar la violencia contra la mujer" (más conocida como la "Convención de Belém Do Pará" y aprobada por Ley 24.632) imponiendo a los estados parte condenar todas las formas de violencia contra la mujer, debiendo actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer (art. 7 inciso "b").

Ponemos especial énfasis en la locución "investigar", labor ésta que debe desarrollarse con los paradigmas propios del caso, a fin de conformar un mérito asentado en una sana crítica racional nutrida de estos preceptos internacionales, tal como antes se expresara. Estas pautas normativas cohonestan también con la Ley 26.485 (Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales), que plantea como objetivos promover y garantizar el derecho a la mujer a vivir una vida sin violencia (art. 2), y específicamente a preservar su "integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial" (art. 3 inc. c).

Este marco normativo nos permite afirmar que el decisorio refleja un modo de actuación de la jurisdic-

ción, que satisface los requerimientos convencionales y constitucionales propios del caso.

En punto al reclamo para que se proceda a determinar las costas y honorarios del proceso, por la acción entablada por parte de M. Á. A., por haberse omitido en la anterior instancia y en razón que la acción de la mencionada no prospera, principiamos señalando que el pedido engasta en lo dispuesto por el art. 336 del CPC en cuanto, aclaratoria mediante, el tribunal que dicta la resolución está habilitado para suplir cualquier omisión incurrida en su decisorio. Por tal razón una omisión como la que denuncia el apelante, no puede ser materialmente objeto de impugnación, toda vez que contradice la esencia propia de la actividad recursiva, esto es, enarbolar la crítica a la línea argumental ensayada en el decisorio puesto en crisis, línea argumental que obviamente estaría ausente.

Sin perjuicio que lo expuesto sella la suerte de la impugnación ensayada, a todo evento señalamos que al momento de justificar la decisión sobre costas la judicante expresa que, "Nuestro código procesal se apoya en el principio objetivo del vencimiento (art. 130 CPC), razón por la cual las costas deben imponerse a los demandados por haber resultado perdidosos en este pleito, debiendo tenerse presente, a tal fin, la falta de oposición de los demandados en lo que respecta a la legitimación de la actora M. A. A. y el principio de reparación integral (Cfr Loutayf Ranea Roberto G. Condena en costas en el proceso civil. Editorial Astrea Bs. As. ps. 121 y 406)". Debe tenerse presente que para justificar el rechazo de la Sra. A. en el decisorio recurrido se expuso que, "La actora M. A. A., por derecho propio y en representación de su hija E. M. P., enunció una situación subjetiva de la cual surgiría potencialmente la calidad de acreedoras, no obstante ello, el art. 1741 del Cód. Civ. y Comercial, establece: "Está legitimado para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales el damnificado directo. Si del hecho resulta su muerte o sufre gran discapacidad también tienen legitimación a título personal, según las circunstancias, los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían con aquél recibiendo trato familiar ostensible", por lo cual, únicamente la joven E. M. P., en calidad de damnificada directa, tiene legitimación para accionar a través de su representante legal al tiempo de la interposición de la demanda. En este sentido y haciendo un análisis de la norma, es dable advertir que no le cabe tal derecho a la progenitora (fs. 1, 6/7) ya que en esta materia, el artículo 1741 circunscribe la legitimación activa sólo al damnificado directo del hecho nocivo, con exclusión del indirecto".

Por tal razón el decisorio al momento de justificar la imposición en costas expresa claramente, que además del vencimiento por la condena materia de esta causa, "la falta de oposición de los demandados en lo que respecta a la legitimación de la actora M. A. A. y el principio de reparación integral", justifican la imposición de las costas de la manera en que se justifica en el considerando undécimo.

Es así que más allá del acierto intrínseco o no sobre lo decidido, la materia impugnada exigía de parte del disconforme el compromiso de desandar la línea argumental expuesta, lo que no se satisface con la crítica que enarbola. En definitiva no es procedente el agravio que propone.

En punto a las costas que peticionada en contra del padre de la actora por los motivos ya desarrollados anteriormente, debemos tener presente igual déficit recursivo, ya que el desistimiento implícito que propone por parte del Sr. P. respecto de la cautelar peticionada al no demandar éste, no ha provocado en este proceso variación ni alteración alguna de la cautelar dictada, tal como se verifica en autos, ni ha existido petición de la especie durante el proceso, razón por la cual no es válido proceder como lo solicita en su impugnación.

En definitiva, debe rechazarse el recurso entablado y como consecuencia de ello corresponde confirmar la sentencia puesta en crisis, en todo cuanto ha sido materia de agravio.

7. Costas de segunda instancia

Se imponen a la vencida (art. 130 CPC).

8. Honorarios

Se regulan provisoriamente los honorarios del abogado R. C. B. en la suma de pesos ... estableciendo la pauta para los definitivos en el 40 % de la regulación de primera instancia, una vez actualizados a la fecha de la presente resolución (art. 40 Ley 9459).

A la primera cuestión, el vocal de primer voto dijo: que conforme los argumentos que anteceden no es procedente el recurso instaurado por la parte codemandada en contra de la sentencia recaída en el pleito.

El doctor *Domenech* dijo:

Que adhiere al voto emitido por el vocal preopinante, por considerarlo debidamente fundado, lógica y legalmente, y vota en igual sentido.

Para sumar al correcto y preciso análisis realizado por el colega que precede en el voto, y a la acertada conclusión a la que arriba, se exponen los siguientes fundamentos, en cuanto a la positiva procedencia de la demanda, y al rechazo de la apelación.

1) Agravio sobre falta de prueba de los hechos que motivan el reclamo de indemnización.

El principal agravio de la parte apelante, se basa en sostener que no se han probado los hechos por los cuales se reclama indemnización, postura sobre la cual pide el rechazo de la demanda. La impugnación es improcedente, porque los dichos de la víctima de abuso sexual, y su correspondencia precisa con otros elementos de prueba, llevan a la conclusión que están debidamente probados los hechos de daño. Tal como se ha señalado en el voto precedente, se impone la valoración de los hechos de la causa, con consideración de la cuestión de género implicada en el caso.

2) Derechos de la demandante víctima de abuso sexual, como niña y mujer. Juzgamiento con perspectiva de género.

Cabe aclarar inicialmente, que las valoraciones que se realizan seguidamente, están todas referidas exclusivamente a la demanda promovida por la niña E. M. P., a través de su representante legal, ya que la demanda planteada por su madre, M. Á. A., fue rechazada y ese rechazo fue consentido.

En el caso, donde se invoca la existencia de daño por situaciones de abuso sexual, para la valoración de la situación de las partes, y para el análisis de la prueba, se impone la consideración de la condición de niña y mujer de la demandante, y el necesario juzgamiento de la cuestión con perspectiva de género.

Al respecto, y en lo que aquí interesa, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), aprobada por ley 23.179 e incorporada a la Constitución Nacional por art. 75 inc. 22 —esto es—, con rango constitucional e integrante en nuestro país del llamado "Bloque de Constitucionalidad"), identifica como discriminación contra la mujer por su condición de tal, en tanto se denote exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el ejercicio por la mujer, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la esfera civil (art. 1).

Se efectúa una enérgica condena a la discriminación, por cuanto "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: (...) 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" (art. 2 inc. 'c').

Concretamente, en cuanto a los roles o estereotipos de conducta, el Estado tomará todas las medidas apropiadas para 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 (art. 5 inc. a, CEDAW). Ello significa que deberá valorarse la situación de la mujer, en cuanto se encuentren en discusión sus derechos con relación a los del varón, con especial consideración, para no consagrar un desajuste o desequilibrio en su perjuicio, desequilibrio que ya viene direccionado por relaciones desiguales o asimétricas de poder en favor del varón.

Como se sabe, por art. 17 CEDAW, se estableció un Comité (en adelante Comité CEDAW) de seguimiento para la correcta aplicación de la CEDAW, que tiene facultad de emitir Recomendaciones Generales para esa debida aplicación. En esa dirección, la Recomendación General N° 28 del Comité CEDAW (del 16/12/2010), en su punto 5, establece que la definición de discriminación del art. 1 CEDAW, "señala que cualquier distinción, exclusión o restricción que tenga por objeto o por resultado reducir o anular el reconocimiento, el disfrute o el ejercicio por las mujeres de sus derechos humanos y libertades fundamentales constituye discriminación, incluso cuando no sea en forma intencional". Y se agrega en forma contundente que "De esto se desprendería que el trato idéntico o neutro de la mujer y el hombre podría constituir discriminación contra la mujer cuando tuviera como resultado o efecto privarla del ejercicio de un derecho al no haberse tenido en cuenta la desventaja y la desigualdad preexistentes por motivo de género". Esto significa, precisamente, que la valoración de la prueba, en cuanto a la existencia de hechos de abuso sexual, no puede hacerse sin considerar la asimetría de poder entre el varón adulto acusado y la niña que reclama resarcimiento como víctima.

3) Nexo entre discriminación y violencia contra la mujer.

Por otro lado, la Recomendación General N° 19 del Comité CEDAW (del 29/01/1992), en sus puntos 6 y 7, estableció que "En el artículo 1 de la Convención se define la discriminación contra la mujer. 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 (...)". "La violencia contra la mujer, que

menoscaba o anula el goce por la mujer de sus derechos humanos y libertades fundamentales en virtud del derecho internacional o de convenios específicos de derechos humanos, constituye discriminación, tal como se entiende en el artículo 1 de la Convención" (puntos 6 y 7). Se advierte así, que la violencia contra la mujer es una forma acentuada de discriminación.

Esa violencia de género es una forma de discriminación "que inhibe seriamente la capacidad de la mujer de gozar y ejercer sus derechos humanos y libertades fundamentales en pie de igualdad con el hombre" (Recomendación General N° 28, 2010). Así también lo ha reconocido el máximo tribunal provincial, al sostener que "el nexo discriminación/violencia aparece claramente en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer ("Convención de Belém do Pará", de fecha 9 de junio de 1994), pues el derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como privado (art. 3), también incluye 'el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación' (art. 6, a)" (ver Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Sala Penal, Sent. N° 56, 09/03/2017, "Lizarralde, Gonzalo M. p.s.a. homicidio calificado y homicidio calificado en grado de tentativa").

4) Violencia de género, de tipo sexual.

La Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollan sus relaciones interpersonales, N° 26.485 (en adelante Ley de protección integral a las Mujeres), establece como objeto —entre otros— el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia (art. 2 inc. b), y precisa entre los derechos protegidos, la integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial (art. 3 inc. c, énfasis agregado). Dicha ley define como violencia contra las mujeres, toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, su libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial (art. 4).

En cuanto a los tipos de violencia contra la mujer, se define —entre otros tipos—, la violencia sexual, que es cualquier acción que implique la vulneración en todas sus formas, con o sin acceso genital, del derecho de la mujer de decidir voluntariamente acerca de su vida sexual o reproductiva a través de amenazas, coerción, uso de la fuerza o intimidación..." (art. 5 inc. 3).

Las previsiones de la Ley de protección integral a las Mujeres, recién detalladas, son consecuencia del compromiso internacional de la Argentina, asumido con la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer - "Convención de Belém do Pará", aprobada por ley 24.632 (en adelante Convención de Belém do Pará). Dicha Convención a la que adhirió nuestro país, establece en su art. 7 que los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones... lo siguiente: actuar con la debida diligencia... (inc. b), incluir en su legislación interna normas... civiles... que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer... (inc. c), establecer los mecanismos judiciales... necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces... (inc. g).

5) El acceso a la justicia y la prueba en casos de violencia de género. Estándares internacionales.

Según declaración del Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (Mesecvi), "el acceso a la justicia constituye la primera línea de defensa de los derechos humanos de las víctimas de violencia de género, y por tanto, se requiere que el acceso a los servicios de justicia resulte sencillo y eficaz y que cuente con las debidas garantías que protejan a las mujeres cuando denuncian hechos de violencia y con medios judiciales y de cualquier otra índole que garanticen la debida reparación a las mujeres, niñas y adolescentes víctimas de violencia" (Mesecvi, Declaración sobre la Violencia contra las Mujeres, Niñas y Adolescentes y sus Derechos Sexuales y Reproductivos, 19 de septiembre de 2014, página 5, http://www.oas.org/es/mesecvi/docs/CEVI11-Declaration-ES.pdf [consulta 03/07/2020]).

En casos de violencia de género, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que: "ante un acto de violencia contra una mujer, resulta particularmente importante que las autoridades a cargo de la investigación la lleven adelante con determinación y eficacia, teniendo en cuenta el deber de la sociedad de rechazar la violencia contra las mujeres y las obligaciones del Estado de erradicarla y de brindar confianza a las víctimas en las instituciones estatales encargadas de su protección" (CorteIDH, Caso Inés Fernández Ortega vs. México, sentencia del 30 de agosto del 2010, Serie C-215).

Y precisamente en cuanto a la prueba de los hechos de violencia de género de tipo sexual, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dejó sentado que: "a la Corte le resulta evidente que la violación sexual es un tipo particular de agresión que, en general, se caracteriza por producirse en ausencia de otras personas más allá de la víctima y el agresor o los agreso-

res. Dada la naturaleza de esta forma de violencia, no se puede esperar la existencia de pruebas gráficas o documentales y, por ello, la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el hecho" (CorteIDH, Caso Inés Fernández Ortega c. México, sentencia del 30 de agosto del 2010, Serie C-215, párrafo 100).

También, sobre la amplitud probatoria, tiene especial previsión la Ley de protección integral a las Mujeres 26.485, en cuanto establece que "Los organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativo, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por la Nación Argentina, la presente ley y las leyes que en consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías: (...) i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son sus naturales testigos".

6) Aplicación de los principios enunciados al caso. Configuración de violencia sexual. Persona en condición de vulnerabilidad.

En la causa se ha comprobado debidamente la existencia de abuso sexual por parte de L. O. T. respecto de E. M. P. A esa conclusión se llega a través de la totalidad de la prueba rendida en el expediente, y en la causa penal que se originó por la denuncia efectuada por el padre de la entonces niña. Concretamente respecto de la causa penal, aunque se haya dictado sobreseimiento por fallecimiento del imputado, hubo exámenes y análisis que determinaron la existencia de abuso sexual. Es así que a través de los dichos de la víctima, de los testigos que declararon sobre su relato, las constancias de la causa penal, y la multiplicidad de indicios corroborantes de todo el contexto probatorio, cobra indudable veracidad y comprobación la existencia de tales hechos de daño (arts. 316, 327 segundo párrafo y conc. Cód. Proc.).

Cabe dar por reiterados los minuciosos análisis realizados sobre el particular en la sentencia de primera instancia, y en el voto del vocal que precede, donde se da completa respuesta a los agravios expuestos por la parte apelante, y se los rechaza, conclusión que se comparte íntegramente.

En ese orden, la demandante, como mujer víctima de violencia de género (con las características ya expresadas), es persona en condición de vulnerabilidad que requiere un rol activo de los tribunales.

En tal sentido, la Regla 3 de las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad (aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, Brasilia, 2008, a las cuales adhirió el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba por Acuerdo N° 618 Serie "A" del 14/10/2011, y la Corte Suprema de Justicia de la Nación por Acordada N° 5/2009 del 24/02/2009, y que fueron actualizadas por la Asamblea Plenaria de la XIX edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, Quito - Ecuador, abril de 2018), establece que "se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, (...) encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico". Al respecto, cabe destacar la situación en que ocurrieron los abusos sexuales, favorecidos por la situación de vecindad, amistad y confianza entre las familias de la demandante y del agresor, y la situación de niña (menor de edad) de la afectada.

7) Categorías prohibidas o sospechosas. Carga de la prueba. Juzgamiento con perspectiva de género.

Ya se concluyó que el caso se comprobaron los hechos da daño por los cuales se demanda, y que tienen como víctima a la entonces niña ya mencionada, y que esos hechos constituyen violencia de género. Ya se valoró también que la violencia de género es una forma acentuada de discriminación. Para tales casos, la Corte federal ha establecido una doctrina identificada como categorías prohibidas o sospechosas. Señaló, al respecto, que "los principios de igualdad y de prohibición de toda discriminación resultan elementos estructurales del orden jurídico constitucional argentino e internacional (...) la discriminación no suele manifestarse de forma abierta y claramente identificable; de allí que su prueba con frecuencia resulte compleja. Lo más habitual es que la discriminación sea una acción más presunta que patente, y difícil de demostrar (...) (vid. Fallos: 334:1387, considerando 7°). Para compensar estas dificultades, en el precedente citado el Tribunal ha elaborado el estándar probatorio aplicable a estas situaciones. Según se señaló en esa ocasión, para la parte que invoca un acto discriminatorio, es suficiente con "la acreditación de hechos que, *prima facie* evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado, a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación" (conf. Considerando 11). En síntesis, si el reclamante puede acreditar la existencia de hechos de los que pueda presumirse su carácter discriminatorio, corresponderá al demandado la prueba de su inexistencia" (ver Corte Suprema de Justicia de la Nación, 20/05/2014, "Sisnero, Mirtha G. y otros c. Taldelva SRL y otros s/ amparo").

En sentido concordante, se ha resuelto que "se halla proscripta en nuestro ordenamiento jurídico toda forma de discriminación (sea fundada en el sexo, nacionalidad, religión, raza...) los conceptos de 'categoría sospechosa' y 'escrutinio estricto' (...) provienen del derecho estadounidense (...) entre nosotros se ha desarrollado y fortalecido a la luz de los numerosos tratados internacionales sobre protección de los derechos humanos que, vía art. 75 de la Constitución Nacional, integran y tienen operatividad inmediata en nuestro ordenamiento jurídico" (ver Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 08/05/2019, "P., V. B. c. Municipalidad de La Plata s/ pretensión de restablecimiento o reconocimiento de derechos", Diario Jurídico de Córdoba —edición digital— N° 3875, 23/05/2019, p. 3/4).

Explica la doctrina, al respecto, que: "cuando las diferencias de trato están basadas en categorías 'específicamente prohibidas' o 'sospechosas' —como el género, la identidad racial, la pertenencia religiosa, o el origen social o nacional— los Tribunales deben aplicar un examen más riguroso, que parte de una presunción de invalidez". Y agrega que: "al juzgar con perspectiva de género en los casos en que se resuelve sobre la discriminación contra la mujer o casos de violencia, se debe invertir la carga de la argumentación y es el demandado el que tiene que probar que la diferencia de trato se encuentra justificada por ser el medio menos restrictivo para cumplir un fin legítimo"; y se agrega que: "la desigualdad de la mujer y el hombre construida a partir de patrones socioculturales da lugar a violencia estructural contra la mujer que encuentra su fundamento en las relaciones desiguales y jerarquizadas entre los sexos" (ver Medina, Graciela, Juzgar con perspectiva de género: ¿por qué juzgar con perspectiva de género? Y ¿cómo juzgar con perspectiva de género?, Revista de Derecho de Familia y de las Personas, noviembre 2015, N° 10, p. 9/10 y 6).

En el presente caso, el apelante se ha limitado a cuestionar y negar las situaciones de abuso sexual (constitutivas de violencia de género), pero no ha producido prueba idónea sobre su inexistencia, que sean un contrapeso respecto de todas las pruebas aportadas por la parte demandante. Concretamente, la parte demandada produjo prueba pericial psicológica respecto de la demandante E. M. P. En el informe de la peritación correspondiente (fs. 343/347), en resumen, la perita psicóloga oficial designada dictamina sobre la veracidad y coherencia del relato de situaciones de abuso sexual sufridas, que ese abuso es una forma de maltrato que afecta su sexualidad y que tiene dificultad para elaborar los sucesos traumáticos. Concretamente en cuanto al punto de pericia propuesto por la parte demandada, la perita indica que en relación a la veracidad, no se encuentran elementos de fabulación ni exageración (fs. 345).

En suma, la parte demandada no ha demostrado en modo alguno que los hechos no hayan ocurrido como se plantearon en la demanda, como era su carga conforme los lineamientos expresados.

2ª cuestión. — El doctor *Cammisa* dijo:

Que a mérito de la solución arbitrada en la primera cuestión, corresponde: 1) Rechazar el recurso articulado por la parte co-demandada y confirmar la sentencia recaída en estos autos, en todo cuanto ha sido materia de agravios; 2) Imponer las costas a la apelante vencida (art. 130 CPC). Regular provisoriamente los honorarios del abogado R. C. B. en la suma de pesos ..., estableciendo la pauta para los definitivos en el 40 % de la regulación de primera instancia, una vez actualizados a la fecha de la presente resolución (art. 40 Ley 9459).

El doctor *Domenech* dijo:

Que adhiere al voto emitido por el vocal preopinante, por considerarlo ajustado a derecho, y vota en idéntico sentido.

En mérito al resultado del acuerdo que antecede, el Tribunal —integrado según art. 382 del Cód. Proc. Civ. y Comercial —, por unanimidad, resuelve: 1) Rechazar el recurso articulado por la parte co-demandada y confirmar la sentencia recaída en estos autos, en todo cuanto ha sido materia de agravios. 2) Imponer las costas a la apelante vencida (art. 130 CPC). Regular provisoriamente los honorarios del abogado R. C. B. en la suma de pesos ..., estableciendo la pauta para los definitivos en el 40 % de la regulación de primera instancia, una vez actualizados a la fecha de la presente resolución (art. 40 Ley 9459). Protocolícese, agréguese copia al expediente, notifíquese y oportunamente remítase al juzgado de origen. — *Augusto G. Cammisa*. — *Alberto R. Domenech.*

Recepción jurisprudencial de estándares internacionales en materia de violencia de género contra mujeres, niñas y adolescentes

Marcela V. Pons (*)
Melina Schwab (**)

Sumario: I. Introducción.— II. Fallo "Ancarola, C. H. y otros c. Fundación Educar s/ daños y perjuicios", expediente nro. 35.421/2014. Cámara Nacional de Apelaciones, sala M.— III. Fallo "A., M. A. y otro c. Sucesores de T., L. O. y otros s/ ordinario". CCiv., Com., Contenciosoadministrativo y Familia, Villa María, Córdoba, 08/07/2020.— IV. Reflexiones finales.

I. Introducción

La desigualdad y la discriminación que sufren las mujeres, niñas y adolescentes en la Argentina y en América Latina es estructural. Se trata de una desigualdad que encuentra sus raíces en creencias, en prácticas y en la reproducción de estereotipos de género profundamente enquistados en la sociedad. Una desigualdad arraigada, naturalizada y socialmente invisibilizada.

La prohibición legislativa (nacional e internacional) contra toda forma de violencia y discriminación contra las mujeres, las niñas y las adolescentes que existe en nuestro país y en la mayoría de los países de América Latina y el Caribe, si bien es imprescindible, resulta insuficiente para lograr la erradicación de las condiciones que perpetúan las desigualdades sociales y que siguen avalando las distintas formas de violencia contra las mujeres y las niñas. Para citar un ejemplo, el informe de la Oficina de Violencia Doméstica de la CS indica que, en el año 2019, los casos reportados ascendieron un 7% con respecto a los atendidos durante el año 2018; esta cifra representa la mayor demanda en los últimos cinco años **(1)**. Asimismo, de acuerdo con el informe del año 2018 de la Unidad Fiscal Especializada en Violencia contra las mujeres (UFEM) del Ministerio Público Fiscal, las violaciones sexuales exhibieron en ese año —2018— su mayor valor, un 9% más alto que el dato correspondiente al año anterior **(2)**. El informe también indica que las violaciones sexuales comprenden, anualmente, cerca del 25% del total de delitos sexuales que son denunciados. Esto significa que uno de cada cuatro delitos denunciados incluye agresiones con acceso carnal. Asimismo, entre 2008 y 2018, se exhibió un aumento del 74% en las denuncias categorizadas como "otros delitos contra la integridad sexual" (excluyendo aquellos que incluyen acceso

(*) Abogada (Universidad Nacional del Sur); magíster en Derecho Privado (UNR); docente del Departamento de Derecho de la Universidad Nacional del Sur.

(**) Abogada (Universidad Nacional del Sur).

(1) Informe disponible en http://www.ovd.gov.ar/ovd/verNoticia.do?idNoticia=4133

(2) Informe disponible en https://www.mpf.gob.ar/ufem/files/2019/10/Informe_UFEM.pdf

carnal) **(3)**. Finalmente, el mismo informe indica que el 88% de las víctimas de delitos contra la integridad sexual son mujeres.

Ante esta realidad, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), con el objetivo de tomar medidas de prevención, protección y resituación de los derechos de las mujeres, recomienda adoptar políticas públicas integrales, multisectoriales y multifacéticas con perspectiva de género que visibilicen el desequilibrio estructural que enfrentan las mujeres en el goce de sus derechos **(4)**.

Teniendo en cuenta este objetivo, no podemos soslayar dos herramientas básicas para lograr concretarlo y aspirar así a una sociedad más igualitaria: la educación y la justicia, dos instrumentos complementarios para la defensa de los derechos humanos.

El objetivo de este trabajo se centra en la segunda de las mencionadas herramientas. En la importancia de una justicia con perspectiva de género como la que, afortunadamente, se evidencia en los fallos objeto de este comentario.

En un mundo en el que las Naciones Unidas han situado entre los 17 objetivos del milenio la igualdad (el mundo 50-50) y el empoderamiento femenino (el tercer puesto) **(5)**, la realidad impone a quienes administran justicia la superación de los prejuicio y estereotipos culturales predominantes.

II. Fallo "Ancarola, C. H. y otros c. Fundación Educar s/ daños y perjuicios", expediente nro. 35.421/2014. Cámara Nacional de Apelaciones, sala M

II.1. Hechos

A comienzos del ciclo escolar del año 2008, entre el 10 y el 30 de marzo, la menor K. A. de 2 años de edad que asistía al jardín de infantes denominado "Del Libertador" fue sexualmente abusada por un dependiente del mencionado establecimiento educativo quien, en sede penal, fue condenado a cuatro años de prisión de cumplimiento efectivo. Los padres de la niña, C. H. Ancarola y A. P., por sí y en representación de aquella, promovieron demanda contra Fundación Educar por el pago de los daños que les fueron causados por el aberrante ilícito.

II.2. El doble estándar de protección

Como puede verse, el caso versaba sobre el abuso sexual padecido por una niña de apenas 2 años de edad. En relación con las niñas y las adolescentes en particular, la CIDH ha enfatizado que los Estados deben tomar en consideración que "los aspectos vinculados con la edad y su condición de desarrollo las exponen más que a las mujeres adultas a determinadas formas de violencia" **(6)**. Es decir, se trata de casos de violencia de género en el que confluyen más de un factor de vulnerabilidad. En el presente, además de ser mujer, se trataba de una menor edad. La falta de comprensión y conocimiento de sus derechos, la necesaria dependencia de los adultos —de los docentes que estaban a cargo de su cuidado—, la imposibilidad física y psíquica de resistirse y/o defenderse, la falta de credibilidad y la dificultad para dar un testimonio —véase que en el caso analizado la niña apenas hablaba— que la sola circunstancia de la escasa edad conlleva, entre otros, constituyen una doble vulnerabilidad de la víctima. Estos criterios de interseccionalidad —entendidos como la concurrencia de varios factores de vulnerabilidad— constituyen uno de los aspectos recientemente incorporados por la Corte Interamericana en el ámbito de la protección de aquellas personas que forman parte de grupos considerados, históricamente, en situación de desventaja.

De acuerdo con la Corte, es posible que en ciertas ocasiones aparezcan procesos de discriminación múltiple, como por ejemplo aconteció en el caso de Talía Gonzáles Lluy, en donde "confluyeron en forma interseccional múltiples factores de vulnerabilidad y riesgo de discriminación asociados a su condición de niña, mujer, persona en situación de pobreza

(3) https://www.mpf.gob.ar/ufem/files/2019/10/Informe_UFEM.pdf

(4) Ver los estándares y recomendaciones en http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/violencia-discriminacion-mujeres-Anexo1-es.pdf.

(5) https://www.unwomen.org/es/get-involved/step-it-up.

(6) Estándares y recomendaciones de la CIDH: http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/violencia-discriminacion-mujeres-Anexo1-es.pdf, p. 7.

y persona con VIH", por lo que "la discriminación que vivió Talía no solo fue ocasionada por múltiples factores, sino que derivó en una forma específica de discriminación que resultó de la intersección de dichos factores, es decir, si alguno de dichos factores no hubiese existido, la discriminación habría tenido una naturaleza diferente" **(7)**.

Esta interseccionalidad de diversas condiciones de vulnerabilidad, y la concurrencia de factores estructurales de discriminación —género y edad— sitúa a las niñas en una mayor condición de debilidad y de riesgo de ver, como sucedió en este caso, sus derechos vulnerados. Asimismo, y como contrapartida, las hace, necesariamente, sujeto pasivo de una mayor y especial protección de parte de quienes deben decidir al respecto. En este sentido, el derecho internacional de los derechos humanos reconoce el derecho de las niñas y las adolescentes a una protección especial y reforzada fundamentada, precisamente, en su condición de personas en etapa de desarrollo y crecimiento **(8)**.

En este sentido, el art. 19 de la Convención Americana prescribe que los Estados deben actuar como máximos garantes de los derechos de los más vulnerables, y tomar medidas especiales orientadas en el principio del interés superior del niño.

En la misma línea el art. 9º de la Convención de Belém do Pará establece que los Estados deben tomar en cuenta los factores interseccionales de discriminación en virtud de los cuales determinados grupos de mujeres se ven expuestas a un riesgo agravado de sufrir actos de violencia y/o determinados tipos de violencia basada en género. Este mandato obliga a los Estados a considerar las diversas necesidades de los grupos de mujeres en situación de especial vulnerabilidad, en virtud de su edad, raza, etnia, discapacidad, orientación sexual, identidad de género y posición socioeconómica, entre otros factores **(9)**.

Todas estas cuestiones fueron abordadas, analizadas y correctamente consideradas en la sentencia comentada. Así se expresa en ella que "Cuando las víctimas son niñas, la problemática del abuso sexual infantil debe ser incluida en los hechos de violencia de género. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que las violaciones de derechos en perjuicio de aquellas, deben ser examinadas no solo a partir del corpus iuris internacional de protección de los niños y niñas, sino también a la luz de los instrumentos internacionales de violencia contra la mujer" (CIDH, 'V. R. P., V. P. C. y otros vs. Nicaragua', 08/03/2018, Serie C 350). De manera que el caso debe ser juzgado bajo el doble estándar de protección internacional de los derechos humanos que ampara a las niñas víctimas de abuso, es decir, en cuanto niñas y mujeres (conf. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Convención Americana sobre Derechos Humanos; Convención Sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer

(7) Corte IDH, "Gonzales Lluy y otros c. Ecuador".

(8) La Comisión y la Corte Interamericana han realizado este reconocimiento con base en los arts. 19 de la Convención Americana y VII de la Declaración Americana. El art. 19 de la Convención Americana establece que "[t]odo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado". De forma similar se pronuncia la Declaración Americana en su art. VII, el cual reconoce que "[t]oda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especiales". CIDH, informe 83/10, caso 12.584, Fondo, "Milagros Fornerón y Leonardo A. Fornerón v. Argentina", 2010, párr. 72; Corte IDH, "Condición jurídica y derechos humanos del niño", opinión consultiva OC-17/02, 2002, serie A, nro. 17, párrs. 51, 54, 55 y 60; Corte IDH, 01/07/2006, "Caso de las Masacres de Ituango v. Colombia", serie C, nro. 148, párr. 244; Corte IDH, 15/09/2005, "Caso de la Masacre de Mapiripán v. Colombia", serie C, nro. 134, párr. 152; y especialmente: Corte IDH, 02/09/2004, "Caso Instituto de Reeducación del Menor v. Paraguay", excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, serie C, nro. 112, párr. 147; y Corte IDH, 21/09/2006, "Servellón García y otros v. Honduras", serie C, nro. 152, párr. 113.

(9) CIDH, comunicado de prensa 41/15, comunicado de prensa conjunto de las relatoras de la ONU y la CIDH. 28/04/2015; CIDH, "Violencia contra personas lesbianas, gay, bisexuales, trans e intersex en América". OAS/Ser.L/V/II.rev.2. Doc. 36, 2015, párr. 268; y CIDH, "Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica", OEA Ser.L/V/II. Doc. 63, 2011, párr. 43. Ver también CEDAW, recomend. gral. 28 relativa al art. 2º de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; CEDAW/C/GC/28. 16/12/2010, párr. 18.

y su Protocolo Facultativo; Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará de 1994).

La sentencia también hace referencia al art. 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño (cuyos lineamientos fueron reproducidos por el art. 9º de la ley 26.061 de Protección Integral de las Niñas, Niños y Adolescentes), normativa que, en virtud de esta confluencia de factores de discriminación, y en cumplimiento con el doble estándar de protección internacional, fue interpretada y aplicada en un armónico dialogo de fuentes con la normativa nacional e internacional referida a la violencia por cuestiones de género.

II.3. Los daños punitivos y los estándares relativos a la obligación de prevención y protección integral de la CIDH

La sentencia de Cámara, acertadamente, también entendió que la relación que se generó entre el establecimiento escolar y los demandantes constituía una clara relación de consumo. El proveedor es el colegio y el consumidor el educando, en la medida que, este último, recibe la prestación aun sin ser parte en el contrato. Por estos motivos hizo lugar a la aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor y condenó al establecimiento demandado a pagar $2.000.000 en concepto de daños punitivos (art. 52 bis, LDC) a favor de la menor abusada y de sus padres.

Con respecto al instituto de los daños punitivos, más allá de las finalidades o los objetivos que se le suele atribuir a estos (castigar, indemnizar, prevenir), podemos afirmar que ellos, efectivamente, cumplen una función (en el sentido de aquella relación que se da entre la institución y los hechos empíricos, y que opera con independencia de los propósitos de legisladores y jueces al respecto) claramente disuasiva o preventiva. Esa prevención deriva, simplemente, de la amenaza de la sanción pecuniaria. Su efecto, es una disminución, *ceteris paribus*, de la posibilidad de que hechos similares se reiteren en el futuro. En otras palabras, se espera que los potenciales dañadores, incentivados por el temor a sufrir una sanción pecuniaria, si actúan en su propio interés egoísta, eviten la conducta dañosa o lesiva.

Es en esta función de prevención general, o *general deterrence* en el vocabulario de Guido Calabresi **(10)**, donde me quiero detener a los fines de enlazarla con el estándar de prevención y protección integral de la CIDH.

De acuerdo con la CIDH, la obligación de los Estados de garantizar la igualdad y la no discriminación está íntimamente vinculada con la prevención de los actos de violencia contra las mujeres, niñas y adolescentes. Al respecto, ha indicado que la omisión del Estado de adoptar medidas razonables de prevención de actos de violencia basada en género contra las mujeres, niñas y adolescentes, no solo puede significar la lesión del derecho a la vida y/o a la integridad personal de la víctima, sino que también implica la inobservancia de la obligación estatal de respetar y garantizar su derecho a vivir libre de toda forma de discriminación **(11)**. En este sentido, es claro que el Estado tiene la obligación de tomar todas medidas necesarias para garantizar un adecuado nivel de prevención. No desconocemos que, en la mayoría de los casos, las medidas preventivas a adoptar serán para casos específicos y particulares en los que exista un riego determinado para mujeres o niñas como puede ser la prohibición de acercamiento, no podemos negar que también se encuentran incluidas todas las posibles medidas de prevención, entre las que se encuentran aquellas que proyectan prevención general o *general deterrence.* En este sentido, la Convención Belem do Pará establece en su cap. III, art. 7º, que "los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia" **(12)**. De la misma

(10) CALABRESI, G., "The costs of accidents. A legal and Economic Analysis", Ed. Yale University Press, New Haven, 1970, 1ª ed., ps. 95 y ss.

(11) CIDH, informe 86/13, casos 12.595, 12.596 y 12.621, fondo, "Ana Teresa Yarce y otras (Comuna 13), Colombia". 2013, párr. 230.

(12) Convención Belem do Pará, cap. III, art. 7º: "Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las

manera lo establecen la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) **(13)**, el art. 7º de la Ley de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres (ley 26.485) **(14)**, los arts. 2º, 3º y ss. de la Convención sobre los Derechos del Niño **(15)**, la ley 24.417 de Protección contra la Violencia Familiar y la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, entre otras.

Como puede observarse, el Estado argentino asumió múltiples compromisos internacionales —y nacionales— que le exigen garantizar la prevención de este tipo de hechos.

A diferencia de las medidas de prevención específicas, como pueden ser la exclusión del hogar o el impedimento de acercamiento, la prevención que generan los daños punitivos es la llamada prevención general o *general deterrence*. Se trata de una prevención que actúa tanto sobre el mismo dañador cuanto sobre el resto de la comunidad. Cualquier persona que proyecte o planee realizar una actividad o acción idéntica a la que llevó a la sanción de otra persona podrá evaluar, dentro de sus costos y beneficios, la probabilidad y la magnitud de la sanción que será pasible de sufrir.

En el caso, la fijación del daño punitivo contra la Fundación Educar se solicitó por el delito de abuso sexual del cual fue víctima la niña y se fundó, además, en la absoluta falta de colaboración y en el desinterés de las autoridades de la institución por esclarecer los hechos.

No solamente se prestó indebidamente el servicio de educación contratado, situación que ya por si sola habilitaría la imposición de la multa civil, sino que "la entidad obstaculizó el esclarecimiento de la investigación para alcanzar la verdad de lo sucedido, asumiendo más una conducta de autoprotección que de apoyo hacia los

autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación; actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer; incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso; adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad; tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer; establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos; establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces; adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva esta Convención".

(13) Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), arts. 2º, 3º y ss.

(14) Art. 7º, ley 26.485: "Preceptos rectores. Los tres poderes del Estado, sean del ámbito nacional o provincial, adoptarán las medidas necesarias y ratificarán en cada una de sus actuaciones el respeto irrestricto del derecho constitucional a la igualdad entre mujeres y varones. Para el cumplimiento de los fines de la presente ley deberán garantizar los siguientes preceptos rectores: a) La eliminación de la discriminación y las desiguales relaciones de poder sobre las mujeres; b) La adopción de medidas tendientes a sensibilizar a la sociedad, promoviendo valores de igualdad y deslegitimación de la violencia contra las mujeres; c) 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; d) La adopción del principio de transversalidad estará presente en todas las medidas así como en la ejecución de las disposiciones normativas, articulando interinstitucionalmente y coordinando recursos presupuestarios; e) El incentivo a la cooperación y participación de la sociedad civil, comprometiendo a entidades privadas y actores públicos no estatales; f) El respeto del derecho a la confidencialidad y a la intimidad, prohibiéndose la reproducción para uso particular o difusión pública de la información relacionada con situaciones de violencia contra la mujer, sin autorización de quien la padece; g) La garantía de la existencia y disponibilidad de recursos económicos que permitan el cumplimiento de los objetivos de la presente ley; h) Todas las acciones conducentes a efectivizar los principios y derechos reconocidos por la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres".

(15) https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf.

padres de la niña que, durante ocho horas diarias, se encontraba a cargo de los docentes de la escuela". Allí se dijo expresamente que "se ha evidenciado un marcado desinterés por develar la realidad de lo acontecido frente a tan grave situación" y "quedó en evidencia una importante actividad para direccionar la responsabilidad hacia afuera de la institución (...). Cualquier proveedor, público o privado, está obligado no solo a la prestación del servicio, sino a resguardar primordialmente la integridad física, psíquica y moral de las personas, que se verían menoscabadas en el supuesto de que estas sean objeto de un trato indigno, discriminatorio, agresivo o violento por parte de esas autoridades (...). Tales conductas, además de las sanciones previstas en la presente ley, podrán ser pasibles de la multa civil establecida en el art. 52 bis de la presente norma, sin perjuicio de otros resarcimientos que correspondieren al consumidor".

La condena por daños punitivos que el establecimiento educativo deberá afrontar proyectará, sin lugar a dudas, una importante prevención hacía el futuro. Esta prevención se disparará, tanto para el mismo establecimiento que se supone arbitrará los medios para extremar la precaución y evitar que hechos de la misma naturaleza vuelvan a ocurrir, como para otros establecimientos educativos que alberguen en su interior a niñas y niños a menores de edad.

La sanción impuesta aparece así en perfecta sintonía con los lineamientos y los estándares internacionales que imponen fijar y aplicar todas las medidas de prevención necesarias, sea para evitar hechos de violencia contra mujeres, niñas y adolescentes, como para evitar que los ya acontecidos se agraven o reiteren. Una sanción de esa magnitud constituye una clara señal hacia la sociedad con un impacto directo en actuales y futuros dañadores.

II.4. Directivos del establecimiento educativo: el deber de prevención y la responsabilidad por omisión

Los directivos del establecimiento educativo no fueron condenados por el hecho ocurrido. Como actualmente lo establece el art. 1767 del Cód. Civ. y Com., y como se expresó en la sentencia, quien responde por los daños ocasionados a los alumnos menores de edad, mientras estos se encuentren en el establecimiento educativo, es el titular del mismo. Esta disposición de ninguna manera intenta inmunizar de responsabilidad a los directivos, docentes y a otros dependientes del establecimiento educativo. La normativa implica que, al responder estos bajo un factor subjetivo de atribución de responsabilidad (a diferencia del factor objetivo que se aplica al titula del establecimiento), los mismos no serán considerados responsables a menos que se acredite su actuación dolosa o culposa y que, dicha conducta —al menos negligente— haya tenido incidencia causal en el hecho (en este caso, en el abuso de la menor). Tampoco fueron condenados a pagar la multa civil a la que hacíamos referencia en el acápite anterior. Esto también es correcto, dado que es el establecimiento quien actúan en calidad de proveedor del servicio de educación y quien, consecuentemente, resulta sujeto pasivo de la sanción pecuniaria.

Ahora bien, retomando la importancia de la prevención en este tipo de hechos, Pamela Tolosa analiza la posibilidad y las ventajas de aplicar, en estos supuestos, los institutos del Código Civil y Comercial vinculados con la función preventiva de la responsabilidad civil **(16)**. Si bien en el artículo de referencia se analizan los supuestos de violencia doméstica, el accionar de los directivos del establecimiento educativo en este asunto parece ser otro claro ejemplo para la aplicación de la acción del art. 1710 del Cód. Civ. y Com., no para este caso en particular, dado que el mismo aconteció antes de la reforma del Código Civil y Comercial, sino para futuros hechos similares al aquí analizado.

El actual Código Civil y Comercial regula el deber de prevención en su art. 1710, que establece:

"Deber de prevención del daño. Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un

(16) TOLOSA, Pamela, "Sobre la incidencia del Código Civil y Comercial en la prevención de daños derivados de violencia doméstica", RDF 85-33, AR/DOC/3167/2018.

daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que este le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c) no agravar el daño, si ya se produjo".

La violación u omisión de ese deber de prevención hará responsable a quien, pudiendo y debiendo prevenir, no lo hizo.

Resultan puntualmente relevantes en este caso los incs. b) en cuanto hacen referencia a adoptar las medidas para disminuir la magnitud del daño (ya producido) y c) en cuanto impone el deber de tomar medidas tendientes a no agravar el daño (ya ocasionado).

La sentencia pone énfasis en el accionar de mala fe de los directivos y en la dilación y desviación de la investigación que su conducta generó, prolongando y agravando, de esa manera, la angustia ya padecida por los demandantes. Expresamente manifiesta el tribunal: "desde que fueron informados de los hechos por los actores, la entidad obstaculizó el esclarecimiento de la investigación para alcanzar la verdad de lo sucedido (...) se ha evidenciado un marcado desinterés por develar la realidad de lo acontecido frente a tan grave situación (...) quedó en evidencia una importante actividad para direccionar la responsabilidad hacia afuera de la institución (...). En la sentencia se hizo mérito, además, de que la entidad había enviado de inmediato al imputado fuera de la jurisdicción, ocultó el nombre por el que era conocido en el colegio como así también otros detalles —v.gr. la forma en que se vestía habitualmente— con la clara finalidad de restar credibilidad a la descripción realizada en su media lengua por la víctima (...) tanto los responsables de la institución como los docentes, intentaron desviar la investigación al referir conductas hipersexualizadas en la niña, y que buscaron también generar confusión sobre la identidad del autor del abuso (...) las autoridades de la entidad educativa, comenzando por la directora, además de violar el deber de seguridad propio del vínculo (art. 5º de la ley 24.240), lejos de colaborar con el esclarecimiento del hecho y de abstenerse de realizar conductas vergonzantes, humillantes y vejatorias, no mantuvieron una postura neutral. Antes bien, se involucraron en la investigación, pero para intentar desviarla. Incluso las maestras que se ocupaban de la niña, manifestaron que K. asumía conductas inapropiadas para su edad y sugirieron —además— que el autor del abuso podría encontrarse en el entorno próximo a la familia. Mencionaron concretamente a un padre del colegio, del mismo nombre que el autor, padrino —a su vez— del hermano mayor de K.".

Si nos preguntáramos si la conducta desplegada por los directivos y maestros es alcanzada por el art. 1710 y, sobre todo, por la consecuencia de su inobservancia, la respuesta afirmativa parecería imponerse.

No solamente tomaron conocimiento del hecho aberrante, sino que, en lugar de colaborar para su esclarecimiento, dado que estaban en mejores condiciones de hacerlo que la víctima, desplegaron un arsenal de estrategias, todas tendientes a evadir y desviar la investigación. No solo omitieron el deber de colaborar y aportar toda la información necesaria para llegar a la verdad rápidamente, sino que aportaron pruebas falsas para obtener el efecto contrario. Todas conductas claramente tipificadas en la omisión de los deberes de diligencia que describen los incs. b) y c) del art. 1710.

Si bien el daño ya se había producido sin incidencia causal, al menos acreditada, de la conducta de los directivos y docentes, no parece generar dudas que la conducta posterior de los mismos no hizo más que agravar el padecimiento de las víctimas y de sus padres.

En este sentido, el art. 18 de la ley 26.485, establece que "las personas que se desempeñen en servicios asistenciales, sociales, *educativos* **(17)** y de salud, en el ámbito público o privado, que con motivo o en ocasión de sus tareas tomaren conocimiento de un hecho de violencia contra las mujeres en los términos de dicha ley, estarán obligados a formular las denuncias, según corresponda", aun en aquellos casos en que el hecho no configure delito.

Asimismo, el Cód. Penal establece, en el art. 177, que "tendrán obligación de denunciar los delitos perseguibles de oficio: 1) Los funcionarios o empleados públicos que los conozcan en el ejercicio de sus funciones...".

(17) El destacado nos pertenece.

En este sentido, afirma Pamela Tolosa **(18)** que existe una vinculación entre el deber de denunciar y el deber de prevención comentado. La omisión de denuncia implica entonces violación del deber de prevención.

Así como la omisión de denuncia implica una violación al deber impuesto por el art. 1710, también la omisión de aportar la prueba necesaria para identificar al autor del hecho vejatorio —pudiendo y estando en mejores condiciones que la víctima para hacerlo— encuadra también en la transgresión del art. 1710 del Cód. Civ. y Com. Su configuración, consecuentemente, dispara el efecto resarcitorio de la responsabilidad civil.

Nadie mejor que los directivos del establecimiento educativo para colaborar y aportar toda la prueba necesaria a fin de encontrar rápidamente al culpable. No solo lo omitieron, sino que escondieron al presunto responsable, falsearon e inventaron testimonios, todo con la única finalidad de evitar la condena judicial, agravando la angustia, la vergüenza y la humillación de la menor y de sus padres.

Si este hecho hubiera ocurrido luego de la sanción del Cód. Civ. y Com., los directivos y docentes involucrados también deberían haber sido condenados a resarcir daños y perjuicios a la víctima, ya no por el abuso sexual sufrido, sino por la violación al deber de prevención del art. 1710 del Cód. Civ. y Com.

Tratándose de hechos de violencia contra una niña, toda la normativa nacional e internacional debe ser aplicada e interpretada en un armónico diálogo de fuentes con la normativa que específicamente regula los hechos de violencia contra las mujeres.

El enfoque de género debe ser transversal; la CIDH ha determinado que los Estados deben organizar toda su estructura estatal —incluyendo el marco legislativo, las políticas públicas, los órganos encargados de implementar la ley como la policía, y el sistema judicial— para la prevención, investigación, sanción y reparación de la violencia basada en género, desde un enfoque comprehensivo que involucre a todos los sectores **(19)**.

(18) TOLOSA, Pamela, ob. cit.

III. Fallo "A., M. A. y otro c. Sucesores de T., L. O. y otros s/ ordinario". CCiv., Com., Contenciosoadministrativo y Familia, Villa María, Córdoba, 08/07/2020

III.1. Hechos

E. M. P., cuando era niña, fue sexualmente abusada en reiteradas oportunidades por su vecino, L. O. T. La madre de la niña, por sí y en representación de aquella, promovió demanda por daños y perjuicios para obtener reparación civil en virtud del aberrante ilícito sufrido por su hija contra los sucesores del abusador ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y de Familia de la ciudad de Villa María, provincia de Córdoba.

III.2. Género y protección de las niños, niñas y adolescentes

Vuelve aquí a tomar protagonismo el doble estándar de protección anteriormente comentado, sin embargo, y dado que ese tópico fue analizado en el comentario anterior, en esta instancia resulta interesante la especial valoración de la prueba que se desarrolla en el mismo donde, no solo se le da importancia y relevancia al relato de la víctima sino que, tratándose de un caso de violencia de género, y haciéndose eco de los estándares internacionales y jurisprudenciales aplicables en la en la materia, se hace especial énfasis en la importancia de tener una adecuada perspectiva de género en las procesos en los cuales se investigan este tipo de caso.

En este mismo sentido ya se había expresado la CIDH en el conocido caso "Campo Algodonero" al entender que la acreditación y la valoración de la prueba debe realizarse desde una mirada en clave de género, poniendo especial énfasis en la protección de las mujeres y con

(19) CIDH, "Las mujeres frente a la violencia y la discriminación derivadas del conflicto armado en Colombia", OEA/Ser.L/V/II. Doc. 67. 2006, párr. 28; CIDH, comunicado de prensa 41/15, comunicado de prensa conjunto de las relatoras de la ONU y la CIDH, 2015. Ver también CEDAW, recomend. gral. 28 relativa al art. 2º de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, CEDAW/C/GC/28, 2010.

mayor razón cuando esta es una niña como en el presente caso: "la investigación deberá incluir una perspectiva de género; emprender líneas de investigación específicas respecto a violencia sexual, para lo cual se deben involucrar las líneas de investigación sobre los patrones respectivos en la zona; realizarse conforme a protocolos y manuales que cumplan con los lineamientos de esta sentencia; proveer regularmente de información a los familiares de las víctimas sobre los avances en la investigación y darles pleno acceso a los expedientes, y realizarse por funcionarios altamente capacitados en casos similares y en atención a víctimas de discriminación y violencia por razón de género.

Expresamente manifestó el tribunal la importancia de investigar el hecho de acuerdo con las particularidades que lo rodean y tomando como fundamento los preceptos y las normas internacionales que rigen la materia: "De por sí, estamos frente a situaciones que no se desarrollan en presencia de terceros y por lo tanto la acreditación y valoración del material probatorio, debe ajustarse a las particularidades propias del caso, so pena que, de someter el escrutinio de la prueba bajo las pautas clásicas del proceso civil, provocaría sin más que estos abusos, quedarían sin condena resarcitoria alguna (TSJ, 'Sánchez, Leonardo J. p.s.a. abuso sexual con acceso carnal agravado, etc. - recurso de casación' [Expte. 'S', 04/2010], sent. 84, 04/05/2012)".

No se debe perder de vista que la violencia de género es una forma acentuada de discriminación. Como se indica en la sentencia, en general, esta forma de discriminación no se manifiesta de forma abierta y claramente identificable, sino amparada en los ámbitos de la privacidad; de allí que su prueba, con frecuencia, resulte compleja. Por estos motivos, y teniendo en cuenta la doble vulnerabilidad de la víctima, se ha elaborado lo que podríamos denominar un estándar probatorio. Como se señala en la sentencia: "En síntesis, si el reclamante puede acreditar la existencia de hechos de los que pueda presumirse su carácter discriminatorio, corresponderá al demandado la prueba de su inexistencia" (del voto del Dr. Domenech).

En el caso de E. M. P., el apelante no produjo ni aportó prueba alguna que pudiera acreditar la inexistencia del hecho, solo se limitó a cuestionar la insuficiencia de la aportada por la propia víctima. Tratándose de un caso de abuso sexual de una mujer menor de edad y, de acuerdo con toda la normativa, jurisprudencia y estándares internacionales sobre la materia citados en la sentencia, correspondía al demandado producir la prueba tendiente a acreditar su inocencia, y no limitarse a la pasiva actitud de impugnar la producida por la víctima. Esto se relaciona con lo que se conoce como las cargas probatorias dinámicas.

En materia probatoria, la regla, en general, es imponer la carga de la prueba de un hecho a quien afirma su existencia. Esta regla, sin embargo, muchas veces puede llevar a situaciones muy gravosas e injustas, exigiéndole, en muchas ocasiones, la producción de una prueba imposible ¿De qué manera puede la víctima de un abuso sexual con acceso carnal, sufrido en la privacidad de cuatro paredes, demostrar que el hecho ocurrió?, más aún si consideramos que se trataba de una menor de edad, que se encontraba en una relación absolutamente asimétrica con respecto a su agresor. La carga dinámica de la prueba implica asignar el gravamen de probar a la parte que se encuentra en mejores condiciones para hacerlo.

Esta teoría parece estar en línea con los estándares internacionales sobre la prueba a los que hacíamos referencia. No parece suficiente que quien esté en mejores condiciones de probar su inocencia solo se limite a impugnar la prueba acompañada por la víctima.

La teoría de las cargas probatorias dinámicas fue recepcionada por nuestro Código Civil y Comercial, tanto en el art. 710 que hace referencia a los procesos de familia como en el art. 1735 referido a los elementos de la responsabilidad civil resarcitoria.

Nadie mejor que el demandado para aportar toda la prueba necesaria que demostrara, acabadamente, su falta de participación en el hecho denunciado.

El argumento del tribunal encuentra fundamento en un adecuado diálogo de fuentes entre la normativa internacional y nacional, específicamente referida a la violencia de género, y la normativa sobre los procesos de daños.

IV. Reflexiones finales

Toda agresión perpetrada contra una mujer posee características que la hacen factible de identificar como violencia de género. Es decir, se trata de una violencia directamente vinculada a la desigualdad y a las relaciones asimétricas que se establecen entre varones y mujeres en nuestra sociedad, las que, lamentablemente, se siguen perpetuando. Lo que distingue la violencia de género de otras formas de violencia es que el factor de vulnerabilidad esta dado por el solo hecho de ser mujer. Muchas veces, y como sucede en los fallos comentados, nos enfrentamos con la coexistencia de más de un factor de riego, lo que implica una doble vulnerabilidad para las víctimas.

Quienes trabajan en la justicia cumplen un rol esencial para minimizar las condiciones que hacen que la violencia contra las mujeres se siga perpetuando. Tienen a su cargo la responsabilidad de actuar activamente en la prevención y la sanción de este tipo de hechos.

Los fallos comentados exhiben un gran valor y reflejan la transversalidad de esta problemática aportando herramientas y soluciones con una clara perspectiva de género, orientadas, como lo indican toda la normativa nacional e internacional que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico, a prevenir, erradicar y sancionar la violencia de género contra las mujeres.

HOTELES ALOJAMIENTO

Provincia de Buenos Aires. Requisitos para la radicación del establecimiento. Diferenciación con otras actividades. Derecho de admisión.

Con nota de Mariana Villarreal

1. — Las ordenanzas cuestionadas son disposiciones destinadas a definir qué se entiende por rubro "hotel alojamiento", con el objeto de regular los requisitos para la obtención de la autorización de radicación del establecimiento en la Provincia de Buenos Aires, pero de ningún modo aspira a regir el catálogo de personas habilitadas —y correlativamente impedidas por exclusión—, para concurrir y requerir hospedaje allí.

2. — Las normas cuestionadas no contienen un criterio de distinción basado en la condición sexual de las personas, sino en las características particulares de la actividad con el objeto de diferenciarla de aquellos servicios que prestan los hoteles denominados turísticos o familiares.

3. — La alusión a "parejas de distinto sexo" que efectúan las ordenanzas impugnadas, bien puede ser comprendida en el contexto histórico en que fue redactada, sin que quepa forzar la directiva que de allí se desprende encaminada a definir el rubro por las características del servicio que ofrece y no por la orientación sexual de quienes integran la pareja que pretende alojarse en alguno de esos establecimientos.

4. — Los dueños de los albergues transitorios se hallan limitados en el ejercicio de su derecho de admisión por las normas superiores que impiden restringir el acceso a lugares públicos por razones de sexo, entre otros criterios específicamente considerados arbitrarios y censurados por la CN y los tratados internacionales de derechos humanos incorporados.

SC Buenos Aires, 19/08/2020. - Usuarios y Consumidores Unidos (Asociación Civil) c. Municipalidad de Tigre, San Nicolás, Junín y Malvinas Argentinas s/ Inconst. Ords.

[Cita on line: AR/JUR/70339/2020]

COSTAS

Se imponen a la actora vencida.

La Plata, agosto 19 de 2020.

Vistos: I. La Asociación Civil Usuarios y Consumidores Unidos, por apoderado, promueve acción originaria por ante esta Suprema Corte, solicitando la declaración de inconstitucionalidad de las ordenanzas 1894/96 del Municipio de Tigre, 1111/76 del Municipio de San Nicolás, 2930/91 del Municipio de Junín y 106/96 del Municipio de Malvinas Argentinas, afirmando que tales normas violan el principio de Igualdad, el derecho a un trato digno, al respeto por la intimidad y la integridad psíquica y moral de las personas, todos ellos reconocidos por los artículos 11, 12 inc. 3, 26 y 57 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

Explica que la Ordenanza General N° 96/70 establece que sus disposiciones "...será[n] de aplicación para los 'albergues por hora', 'alojamientos por hora', 'hoteles alojamiento', 'hoteles habilitados', y todo otro establecimiento cualquiera fuese su denominación que esté destinado a alojar parejas de distintos sexos, provistos o no de equipaje, por lapsos inferiores a veinticuatro horas, y que se hallen exentos de cumplir la obligación de registrar documentos de identidad en el Libro de Registro de Pasajeros".

Indica que, por tal razón, las ordenanzas impugnadas en este proceso han reproducido en su ámbito el texto transcripto en el párrafo anterior. Refiere que éstas regulan la actividad comercial vinculada al servicio brindado por hoteles alojamiento, estableciendo las condiciones a que deben atenerse quienes deseen explotarla. Centra su agravio en las disposiciones municipales que reeditan la directiva emanada de la ordenanza general que, al definir qué se considera por albergue transitorio, refiere al sitio destinado a "alojar parejas de distinto sexo" infiriendo, a partir de ello, que las referidas normas excluyen a las parejas conformadas por otras opciones sexuales.

Pone de relieve que las ordenanzas impugnadas determinan un doble alcance. Así, por un lado, están destinadas a aquellas personas que se encuentren explotando la actividad. Pero por el otro, determinan y condicionan, también, a todos aquellos potenciales usuarios del servicio en tanto —sostiene— se les "...restringe la entrada en la medida que no declaren su orientación sexual" (fs. 33).

Apunta que, de ese modo, las normas cuestionadas violan derechos fundamentales inherentes a la privacidad y a la dignidad humana contemplados en nuestra Constitución provincial, en su par nacional y en diversas convenciones y pactos internacionales sobre derechos humanos (fs. 33/35).

II. Conforme lo dispone el art. 161, inc. 1 de la Constitución provincial, la Suprema Corte de Justicia ejerce jurisdicción originaria para conocer y resolver"... acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de leyes, decretos, ordenanzas o reglamentos que

estatuyan sobre materia regida por la Constitución y se controvierta por parte interesada" de lo cual se infiere que el objeto de esta acción y, por ende, el ámbito de conocimiento reservado a esta vía, reside en la discusión sobre la validez constitucional del texto mismo de la norma.

II.1. El recaudo arriba señalado no luce con la nitidez que esta parte pretende exhibir en su argumentación. Veamos:

La actora aduce que las ordenanzas en cuestión violan el principio de igualdad, no discriminación y el debido respeto a las acciones privadas de los hombres. Sostiene que la regla allí contenida afecta de modo directo la posibilidad de acceso a los hoteles alojamiento o albergues transitorios por parte de parejas que no sean de distinto sexo y que, para cumplir con dicho recaudo, los usuarios de ese servicio se ven interpelados a declarar su orientación sexual.

Sin embargo, tales normas —e incluso la ordenanza general en la cual aquellas reconocen su fuente— son disposiciones destinadas a definir qué se entiende por el rubro hotel alojamiento en sus diversas denominaciones con el objeto de regular los requisitos para la obtención de la autorización de radicación del establecimiento que los municipios de la Provincia deben expedir a quien así lo solicite, pero de ningún modo aspira a regir el catálogo de personas habilitadas —y correlativamente impedidas por exclusión— para concurrir y requerir hospedaje allí (cfr. arts. 2, 3 y 4, O.G. 96/70; 2, 3 y 4, Ord. 1111/76 de la Municipalidad de San Nicolás; art. 89, Ord. 1894/96 de la Municipalidad de Tigre; 177, Ord. 2930/91 de la Municipalidad de Junín y 1 Ord. 114/96 de la Municipalidad de Malvinas Argentinas).

De especial relevancia para arribar a la conclusión antes señalada, es la lectura de los propios términos de las normas, las que no contienen un criterio de distinción basado en la condición sexual de las personas sino en las características particulares de la actividad con el objeto de diferenciarla de aquellos servicios que prestan los hoteles denominados turísticos o familiares. Es por ello que la definición se apoya en la singularidad de que el alojamiento sea proporcionado por "lapsos inferiores a veinticuatro horas", en los que los concurrentes se hallen "exentos de cumplir la obligación de registrar documentos de identidad en el Libro de Registro de Pasajeros" (Cfr. art. 1, O.G. 96/70 y similares antes cit).

La alusión a "parejas de distintos sexo" que efectúan las ordenanzas impugnadas —a más de seccionada por la demandante del resto de las expresiones que componen la redacción de los artículos que la refieren— bien puede ser comprendida en el contexto histórico en que fue redactada la norma sin que quepa, bajo una interpretación razonable, forzar la directiva que de allí se desprende encaminada a definir el rubro por las características del servicio que se ofrece y no por la orientación sexual de quienes integran la pareja que pretende alojarse en alguno de esos establecimientos.

II.2. A tal punto ello es así que el art. 4 de la Ordenanza General 96/70 —reproducido con idéntica redacción en la Ord. 1111/76 de la Municipalidad de San Nicolás— aclara que el procedimiento para la radicación de los hoteles alojamiento es independiente del certificado de habilitación necesario para iniciar su funcionamiento. Y al establecer las condiciones y requisitos que deberán seguirse para habilitar el funcionamiento así como al regular las actividades prohibidas dentro de aquellos establecimientos, en ningún punto se refiere a la exigencia que la demandante pretende colegir de la redacción del art. 1 de la Ordenanza General 96/70 y de las demás disposiciones locales.

II.3. Por lo tanto, los planteos de la asociación actora relativos a que las parejas que no fueran de distinto sexo se encuentran excluidas del ingreso a los hoteles alojamiento, así como la supuesta exigencia de declarar la orientación sexual al concurrir a tales establecimientos (v. fs. 33), no encuentran resguardo en el texto abstracto de las normas controvertidas en este proceso. Su embate se dirige, en todo caso, a la interpretación y eventualmente a la aplicación sesgada que pudiera hacerse de ellas.

Aun así, los dueños de los albergues transitorios se hallan limitados en el ejercicio de su derecho de admisión por las normas superiores que impiden restringir el acceso a lugares públicos por razones de sexo, entre otros criterios específicamente considerados arbitrarios y censurados por tales disposiciones (cfr. arts. 16, Constitución nacional; 11, Constitución provincial; 1.1., Convención Americana sobre Derechos Humanos; 26, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 1, ley 23.592 —BO 05/09/1988—).

II.4. No conmueve la afirmación precedente sino antes bien la corrobora, el hecho nuevo denunciado a fs. 67/80 por medio del cual la actora acredita que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H, confirmó la sentencia de primera instancia que ordenó al titular del establecimiento General Paz Hotel SA a indemnizar el daño ocasionado a quien le fue negado el acceso con su pareja del mismo sexo por considerarlo un acto discriminatorio.

Ese caso es demostrativo de que el perjuicio experimentado por el actor fue provocado por el empleo disvalioso e ilegítimo que se hizo de la norma local.

III. Esta Suprema Corte ha resuelto con reiteración que el alcance de la impugnación ligada a este tipo de procesos debe versar sobre una norma considerada en abstracto sin que, en principio, pueda discutirse la afectación concreta de derechos derivada de una indebida aplicación de la disposición de que se trate por parte de las autoridades facultadas para hacerlo (doctr. causas I. 1308 "Abasto Mar del Plata SA", sent. del 28/06/1994; I. 1335 "Club Atlético Brown", sent. del 27/09/1994; I. 1616 "Marsiglia", sent. del 08/09/1998; I. 2171 "Bayón", resol. del 02/05/1999; I. 2018 "Club de Campo San Diego SA", sent. del 14/11/2001; B. 65.124 "Glaria", sent. del 16/06/2004; B. 68.048 "Asesor General de Gobierno", resol. del 20/10/2004; I. 68.276 "Empresa de Transportes 25 de mayo SRL", resol. del 21/09/2005; B. 73.041 "Supermercados Mayoristas Yaguar SA", resol. del 05/03/2014; B. 73.734 "C., A. V.", resol. del 12/08/2015; B. 73.956 "Alfani SA", resol. del 22/12/2015; I 74.293, "Suárez", resol. del 07/09/2016; I. 74.358, "Telecom Argentina SA", resol. del 22/02/2017, I. 69.624, "Stampi Sanguineti SA", sent. de 08/05/2019, e.o.).

Bajo tal premisa, es evidente que la conjetural vulneración de derechos y garantías en las que se podría incurrir bajo una interpretación forzada de las ordenanzas en crisis, resultan extrañas al proceso originario de inconstitucionalidad.

Ello se ve robustecido por los documentos incorporados por la asociación demandante a partir de los cuales se acredita la correcta canalización de un litigio en el que se debatió la aplicación en un caso específico de una ordenanza similar a la aquí cuestionada y en el marco del cual se remediaron los daños provocados por ese obrar antijurídico.

IV. Por lo tanto, desde que es ostensible que la actora no alega ni demuestra que se ha configurado en la especie un caso que sea susceptible de tener cauce por la vía de la demanda originaria de inconstitucionalidad, corresponde rechazar *in limine* la demanda.

Por ello, la Suprema Corte de Justicia resuelve: Rechazar *in limine* la demanda de fs. 31/58 (arts. 161 inc. 1° de la Constitución de la Provincia; 683 y ss. y 336 y conc. del Cód. Proc. Civ. y Comercial). Costas a la actora (art. 68, Cód. Proc. Civ. y Comercial). Regístrese y notifíquese de oficio y por medios electrónicos (conf. art. 1 acápite 3 "c", resol. Presidencia SCBA 10/2020). *— Eduardo N. de Lázzari. — Hilda Kogan. — Sergio G. Torres. — Eduardo J. Pettigiani.*

Alojar la diversidad: a propósito del fallo "Usuarios y Consumidores Unidos c. Municipalidad de Tigre, San Nicolás, Junín y Malvinas Argentinas s/ acción de inconstitucionalidad

Mariana Villarreal (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Breve resumen del caso analizado.— III. Sobre la acción de inconstitucionalidad: ¿resulta la vía apropiada?.— IV. El derecho a la igualdad y la orientación sexual como categoría sospechosa.— V. ¿Pero cuándo existe discriminación por orientación sexual?— VI. La negativa al acceso a derechos en igualdad de condiciones.— VII. Más allá de su aplicación: lo que se nombra y lo que no.

I. Introducción

En el presente trabajo comentaré la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (en adelante, SCBA) en "Usuarios y Consumidores Unidos (Asociación Civil) c. Municipalidad de Tigre, San Nicolás, Junín y Malvinas Argentinas s/ acción de inconstitucionalidad" de fecha 20/07/2020 que rechaza *in limine* la acción promovida. El objetivo es analizar los argumentos esgrimidos como parte del diálogo y el debate actual sobre la interpretación del principio de igualdad y no discriminación. En ese caso particular, se considerarán especialmente estos principios vinculados con el reconocimiento y el respeto de la diversidad sexual, sobre la base de los lineamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CS) y los estándares del sistema interamericano en la materia.

II. Breve resumen del caso analizado

La Asociación Civil Usuarios y Consumidores Unidos promovió una acción declarativa de inconstitucionalidad ante la SCBA en los términos del art. 161, inc. 1º, de la Const. Prov. Buenos Aires, solicitando la declaración de inconstitucionalidad de las ordenanzas 1894/1996 del municipio de Tigre, 1111/1976 del municipio de San Nicolás, 2930/1991 del municipio de Junín y 106/1996 del municipio de Malvinas Argentinas. Estas normativas regulan la actividad comercial vinculada al servicio brindado por hoteles alo-

(*) Abogada (2010) por la Facultad de Derecho de la UNC; diploma de egresada sobresaliente; máster en Derecho Constitucional por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de la Universidad Internacional Menéndez Pelayo, España (2016); posgrado "Especialización interdisciplinar en violencia de género" dictado por el Instituto Universitario de Estudios de Género de la Universidad Carlos III, España (2018); integrante como abogada especializada en género de la Oficina de la Mujer del TSJ de Córdoba (2013 a 2019); becaria doctoral de Conicet en el Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la UNC en el marco del Doctorado en Derecho de la Facultad de Derecho de la UNC; integrante de la Clínica Jurídica de Interés Público de Córdoba.

jamiento, estableciendo las condiciones a que deben atenerse quienes deseen explotarla. Las disposiciones municipales reproducen en su ámbito lo dispuesto en la ordenanza general 96/1970 que establece que sus disposiciones "será[n] de aplicación para los 'albergues por hora', "alojamientos por hora', 'hoteles alojamiento', 'hoteles habilitados', y todo otro establecimiento cualquiera fuese su denominación que esté destinado a alojar parejas de distintos sexos, provistos o no de equipaje, por lapsos inferiores a veinticuatro [24] horas, y que se hallen exentos de cumplir la obligación de registrar documentos de identidad en el Libro de Registro de Pasajeros".

La parte actora argumentó que las ordenanzas impugnadas, al definir qué se considera por albergue transitorio, determinan un doble alcance. Por un lado, están destinadas a aquellas personas que se encuentren explotando la actividad. Pero, por el otro, determinan y condicionan también a todos/as aquellos/as potenciales usuarios/as del servicio en tanto les "restringe la entrada en la medida que no declaren su orientación sexual". Sostienen que, al definir que se considera albergue transitorio al sitio destinado a "alojar parejas de distinto sexo", excluyen a las parejas conformadas por otras opciones sexuales. Apunta que, de ese modo, las normas cuestionadas violan derechos fundamentales inherentes a la privacidad y a la dignidad humana contemplados en nuestra Constitución provincial, en su par nacional y en diversas convenciones y pactos internacionales sobre derechos humanos. Específicamente indicaron que las normas violan el principio de igualdad, el derecho a un trato digno, al respeto por la intimidad y la integridad psíquica y moral de las personas, todos ellos reconocidos por los arts. 11, 12, inc. 3º, 26 y 57 de la Const. Prov. Buenos Aires.

Conforme al art. 161, inc. 1º, la SCBA ejerce jurisdicción originaria para conocer y resolver acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de leyes, decretos, ordenanzas o reglamentos que estatuyan sobre materia regida por la Constitución y se controviertan por parte interesada. Para la SCBA "no luce con la nitidez que la parte pretende exhibir con su argumentación" el cumplimiento de los requisitos de procedencia de la acción de presentada (consid. II.1). Sostiene que el cuestionamiento se debe dirigir a la interpretación y eventualmente a la aplicación sesgada que pudiera hacerse de ellas. Por lo tanto, resuelve el rechazo *in limine* la acción presentada.

III. Sobre la acción de inconstitucionalidad: ¿resulta la vía apropiada?

Antes de entrar en la cuestión de fondo debatida, recordemos que esta acción de inconstitucionalidad cumple una función eminentemente preventiva, sin necesidad de que una persona alegue la transgresión de un derecho en virtud de la aplicación de la normativa cuestionada, y que es suficiente la existencia de un interés legítimo. Por otra parte, el control se realiza en relación con la Constitución provincial y no Constitución Nacional pero, tal como explica Valcarce Arodín **(1)**, este principio no impide la invocación de normas de igual naturaleza, como argumentos coadyuvantes en tanto los fundamentos de la demanda coincidan con la pretendida violación de normas de la Constitución provincial **(2)**.

Es pacífica la jurisprudencia del máximo tribunal bonaerense que sostiene que la acción tiene por objeto exclusivo aquellos ordenamientos jurídicos generales, abstractos e impersonales dirigidos a toda la comunidad, sea municipal o provincial respectivamente, independientemente de la denominación que adoptaren (causas I.2.171, I.2.297 y I.73.429). En definitiva, se trata de un mecanismo de control de constitucionalidad que se anticipa a la aplicación del precepto reputado inconstitucional, siendo su-

(1) VALCARCE, A., "La acción declarativa de inconstitucionalidad en la provincia de Buenos Aires", *Derecho PUCP*,, 95-112, disponible en https://doi.org/10.18800/derechopucp.200201.005.

(2) En ese sentido Berizonce (citado en VALCARCE, A., ob. cit.) sostiene que la distinción entre el contenido de la "cuestión constitucional local" y el "caso federal" casi siempre resulta artificiosa e insustancial, ya que la impugnación se concreta en un mismo argumento y en una misma pretensión, no siendo siquiera el caso de acumulación objetiva de pretensiones. Si el paralelo de los derechos y garantías, según están previstos en una y otra Constitución, es casi absoluto, solo una interpretación disfuncional puede escindir las impugnaciones cuando tienen un único sustento (v.gr., la garantía de la propiedad, o de la defensa en juicio, o la de trabajar y ejercer industria lícita, etc.).

ficiente que la ley, decreto u ordenanza se haya promulgado o que sus efectos se encuentren vigentes. En ese sentido, en el fallo analizado se explica que "Esta Suprema Corte ha resuelto con reiteración que el alcance de la impugnación ligada a este tipo de procesos debe versar sobre una norma considerada en abstracto sin que, en principio, pueda discutirse la afectación concreta de derechos derivada de una indebida aplicación de la disposición de que se trate por parte de las autoridades facultadas para hacerlo (doctr. causas I.1308, 'Abasto Mar del Plata SA', sent. del 28/06/1994; I.1335, 'Club Atlético Brown', sent. del 27/09/1994; I.1616, 'Marsiglia', sent. del 08/09/1998; I.2171, 'Bayón', resol. del 02/05/1999; I.2018, 'Club de Campo San Diego SA', sent. del 14/11/2001; B.65.124 'Glaria', sent. del 16/06/2004;...)" **(3)**. Pero como explica Valcarce **(4)** tras analizar la jurisprudencia en la materia, se ha aceptado excepcionalmente que también puede ser anulatoria si se cuestiona paralelamente a la norma general la "aplicación" que se hizo de ella.

En el caso planteado, la SCBA considera ostensible que la actora no alega ni demuestra que se ha configurado un caso que sea susceptible de tener cauce por la vía de la demanda originaria de inconstitucionalidad y, por lo tanto, rechazar *in limine* la demanda. Así sostiene que "es evidente que la conjetural vulneración de derechos y garantías en las que se podría incurrir bajo una interpretación forzada de las ordenanzas en crisis, resultan extrañas al proceso originario de inconstitucionalidad" **(5)**. Pero, como veremos, mientras alega rechazar la acción en virtud de la improcedencia formal, puede leerse en el desarrollo argumental del fallo que, para así decidir, el tribunal efectivamente realiza juicio sobre la constitucionalidad de las normativas cuestionadas, expidiéndose a favor de esta.

La cuestión sobre los criterios de procedencia de este mecanismo de control de constitucionalidad y su evaluación en este caso concreto requiere un análisis y debate más profundo del que podríamos permitirnos en este espacio. Pero, sobre todo, sería perder de eje una cuestión de especial interés que este fallo nos invita a pensar: la manera en que comprendemos la igualdad y el principio de no discriminación en relación con el reconocimiento y el respeto de la diversidad sexual. Sobre este asunto nos detendremos analizando los argumentos de la SCBA en el caso, sobre la base de los lineamientos de la CS y los estándares del sistema interamericano en la materia de igualdad y la orientación sexual como categoría sospechosa.

IV. El derecho a la igualdad y la orientación sexual como categoría sospechosa

Es conocido que la interpretación tradicional del principio de igualdad que surge del art. 16 de la Constitución Nacional (en adelante, CN) indica que todas las personas deben ser tratadas de igual manera cuando estén en las mismas circunstancias. Es lo que se conoce como "igualdad formal". Pero como sostiene la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CS), a partir de 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" **(6)**. En este sentido el derecho a la igualdad también debe ser considerado a la luz del art. 75, inc. 23, CN, y de diversas disposiciones contenidas en tratados con jerarquía constitucional tales como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. II: "sin distinción de raza, sexo, idioma, credo [...]"), en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 1º, "sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social"), el Pacto Internacional

(3) SCBA, 20/07/2020, "Usuarios y Consumidores Unidos (Asociación Civil) c. Municipalidad de Tigre, San Nicolás, Junín y Malvinas Argentinas s/ acción de inconstitucionalidad".

(4) Véase VALCARCE, A., ob. cit.

(5) SCBA, 20/07/2020, "Usuarios y Consumidores Unidos (Asociación Civil) c. Municipalidad de Tigre, San Nicolás, Junín y Malvinas Argentinas s/ acción de inconstitucionalidad".

(6) CS, 12/12/2017, "Castillo, Carina V. y otros c. Provincia de Salta - Ministerio de Educación s/ amparo", disponible en https://sj.csjn.gov.ar/sj/suplementos.do?method=ver&data=SupFalloCastillo (voto de la mayoría, consid. 18).

de Derechos Civiles y Políticos (art. 26: "contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión..."), la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, arts. 2º a 7º; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y la Convención sobre los Derechos del Niño. Estas normas enumeran características por las cuales distintos grupos históricamente han sufrido prácticas discriminatorias, basados en prejuicios arraigados socialmente que han generado desigualdades de derecho y de hecho que en distintas medidas subsisten actualmente.

El 12/12/2017 la CS resolvió el caso "Castillo, Carina V. y otros c. Provincia de Salta - Ministerio de Educación s/ amparo", en donde recoge y refleja una reciente línea jurisprudencial en materia de igualdad **(7)** y establece estándares que resultan de utilidad para pensar el caso comentado. Allí la CS consideró que, para decidir si una diferencia de trato es ilegítima en primer lugar se debe analizar su razonabilidad; esto es, si persigue fines legítimos y constituye un medio adecuado para alcanzarlos. Pero cuando las diferencias de trato que surgen de las normas están basadas en categorías "específicamente prohibidas" o "sospechosas" es necesario ir más allá de analizar la mera razonabilidad y aplicar un examen más riguroso a partir de la presunción de invalidez: "En estos casos, se invierte la carga de la prueba y es el demandado quien tiene que probar que la diferencia de trato se encuentra justificada por ser el medio menos restrictivo para cumplir un fin sustancial (doctrina de Fallos: 327:3677; 332:433, considerando 6º y sus citas)" **(8)**.

Desde esta perspectiva, para determinar si una norma cuestionada lesiona los derechos a la igualdad y a la no discriminación, corresponde la utilización de criterios de control de constitucionalidad más estrictos que aquellos utilizados en un enfoque tradicional de aquella garantía. Debe realizarse un análisis que considere 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 desaventajados, si es que efectivamente lo hacen.

La doctrina denomina estas distinciones usualmente como "categorías sospechosas" **(9)** para indicar que se debe otorgar protección judicial más intensa con el objeto de evitar su perpetuación y revertir la situación de desventaja en la que se encuentran quienes forman parte de ciertos grupos para ejercitar con plenitud los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico. Sin adentrarse en la discusión de sus límites y sus alcances, en definitiva esta doctrina obliga a la judicatura a analizar las decisiones que impactan sobre grupos usual e históricamente desaventajados "con mayor atención" **(10)**. Como sostiene Dworkin, determinados rasgos de distinción "son especiales solo porque la historia sugiere que algunos grupos son más propensos a que se les niegue la consideración debida, de modo que las decisiones políticas que actúan en su contra deberían ser tomadas en cuenta con especial sospecha" **(11)**.

(7) Un desarrollo sistematizado de las líneas jurisprudenciales en la materia puede estudiarse en CLÉRICO, M. L. — RONCONI, L. M. — ALDAO, M. M., "Hacia la reconstrucción de las tendencias jurisprudenciales en América Latina y el Caribe en materia de igualdad: sobre la no-discriminación, la no-dominación y la redistribución y el reconocimiento", *Revista Direito GV*, nro. 9, 1, 6-2013, ps. 115-170, disponible en http://ref.scielo.org/kzxh2s.

(8) "Castillo", cit., consid. 10 del voto de la mayoría.

(9) Para un desarrollo de la noción dentro del sistema interamericano véase p. ej.: DULITZKY, Ariel, "El principio de igualdad y no-discriminación. Claroscuros de la jurisprudencia interamericana", *Anuario de Derechos Humanos*, 2007, nro. 3, disponible en https://revistas.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/13452/13720.

(10) Explica Ezequiel Nino que esta "mayor atención" no se traduce solamente en la necesidad de realizar un escrutinio más estricto sobre las decisiones que afectan a grupos tradicionalmente desaventajados. También implica que aquellas diferencias que limiten el acceso a derechos de estos grupos deben presumirse inválidas, a menos que razones "urgentes" e "imperiosas" las justifiquen. En otros casos, las categorías sospechosas han servido para invertir la carga de la prueba: no son los grupos desaventajados quienes deben probar que se los discrimina, sino que son los que establecen diferencias en su perjuicio los que deben probar que no discriminan. Véase: NINO, Ezequiel, "Efecto o intención: ¿Cuál debería ser el requisito en los casos de discriminación?", en ALEGRE, Marcelo — GARGARELLA, Roberto (coords.), *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Ed. LexisNexis, Buenos Aires, 2007, ps. 227-251.

(11) DWORKIN, R., "El imperio de la ley", Ed. Gedisa, Barcelona, 1992, p. 269.

El listado contenido en los tratados se funda en el reconocimiento y el repudio de nuestra historia pasada, pero no se trata de un catálogo cerrado ya que, de hecho, ha sido ampliado jurisprudencialmente, conforme a las valoraciones sociales imperantes. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) en "Atala Riffo" **(12)** argumentó que la expresión "cualquier otra condición social" del art. 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos incluye la orientación sexual y la identidad de género de las personas como categorías protegidas por la convención.

En dicho caso se expresó que "está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual" **(13)**. Por eso, la prohibición de discriminación por orientación sexual requiere que la restricción de un derecho en base a esta categoría deba ser fundamentada rigurosamente: "Esto en aras de la necesidad de aplicar un escrutinio mayor cuando la decisión judicial se relacione con el derecho a la igualdad de grupos poblacionales tradicionalmente discriminados como es el caso de los homosexuales" **(14)**. Además considera que, dentro de la prohibición de discriminación por orientación sexual, se deben incluir, como derechos protegidos, las conductas en el ejercicio de la homosexualidad **(15)**.

Una sistematización de las principales estructuras argumentativas en materia de no discriminación realizada por Clérico, Ronconi y Aldao **(16)** concluye que se percibe claramente una evolución de la jurisprudencia interamericana hacia una aplicación del principio de igualdad en términos de reconocimiento cuando se trata de la orientación sexual. Es que estos grupos sufren especialmente discriminación como consecuencia de la desvalorización y el desprecio generalizado hacia distintas orientaciones sexuales en el marco un sistema heterosexista y patriarcal que plantea la heterosexualidad como el único modelo válido de relación sexual y afectiva. La filósofa Judith Butler explica que los ideales de masculinidad y feminidad han sido configurados como presuntamente heterosexuales y presupone la estabilidad del binarismo de género y depende de la alineación entre sexo, género, deseo y práctica sexual sin dar a lugar a la ambigüedad, la contradicción o el movimiento **(17)**. El heterosexismo se sostiene y reproduce a partir de instituciones (en la familia, en la escuela, en la Iglesia, en la medicina, en los medios, en la ley) que tradicionalmente han legitimado y privilegiado la heterosexualidad y de distintos mecanismos sociales que incluyen la invisibilización, exclusión y persecución de todas las manifestaciones que no se adecuen a él. Y si bien la sanción de la Ley de Matrimonio Igualitario (26.618) en año 2010 implicó un avance en el reconocimiento de otras formas vinculares, aún subsiste la estigmatización de las personas que se apartan del parámetro de sexualidad dominante. Un informe de sistematización de las denuncias recibidas en el INADI entre los años 2008 y 2019 destaca que la discriminación contra personas LGBTIQ+ **(18)** es uno de los motivos por los cuales se presentan mayor cantidad de denuncias, luego de razones de la discapacidad y estado de salud **(19)**. Queda clara entonces la especial consideración

(12) Corte IDH, 24/02/2012, "Atala Riffo y Niñas vs. Chile", disponible en https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf.

(13) *Ibid*., párr. 83

(14) *Ibid*., párr. 127.

(15) *Ibid*., párr. 139.

(16) CLÉRICO, M. L. — RONCONI, L. M. — ALDAO, M. M., ob. cit.

(17) BUTLER, J., "Cuerpos que importan: Sobre los límites materiales y discursivos del sexo", Ed. Paidos, Buenos Aires, 2008.

(18) La sigla LGBTIQ+ se utiliza para hacer referencia a las personas lesbianas, gay, bisexuales, transgénero, transexuales, travestis, intersexuales y *queer*. Al final se añade el símbolo + para incluir todos los colectivos que no están representados en las iniciales anteriores.

(19) Los mayores motivos de discriminación durante estos once años son: discapacidad (20,2%), estado de salud (10,8%) y + (10,5%), que agrupa las denuncias por discriminación hacia la orientación sexual (6,3%) y hacia la identidad de género (4,2%), migrantes (7,9%) y género (7,0%), disponible en https://www.argentina.gob.ar/

que debe tenerse a la hora examinar normativas y prácticas impugnadas por resultar discriminatorias contra la diversidad sexual.

V. ¿Pero cuándo existe discriminación por orientación sexual?

Un estudio sobre los cambios en la jurisprudencia estadounidense y su influencia en la Argentina realizado por Ezequiel Nino **(20)** muestra de qué manera paulatinamente el elemento intencional deja de ser relevante para configurar la discriminación, para centrarse en el resultado. En ese sentido, tradicionalmente solo se admitía la discriminación que surgía del mismo texto de la ley, lo que puede suceder especialmente cuando realiza una distinción en base a categorías sospechosas. Pero, tendencias contemporáneas también reconocen que el trato diferenciado no se encuentre en la letra de la ley, sino en su efecto. Y en ese sentido, resulta indiferente si la intención "del legislador" haya sido producir dicho resultado. En esta formación objetiva de la noción de discriminación ha sido importante el desarrollo de tratados derechos humanos como la CEDAW, que asumen explícitamente esta metodología en la materia. Así por ejemplo en el art. 1º incluye en la definición de discriminación contra la mujer no solo aquellos actos, normas o prácticas que tengan como objetivo establecer diferencias en perjuicio de las mujeres, sino también las que tengan dicho resultado. En igual sentido, la Corte IDH sostuvo en "Atala Riffo" que "tratándose de la prohibición de discriminación por orientación sexual (...) corresponde a la autoridad demostrar que su decisión no tenía un propósito *ni un efecto discriminatorio*" **(21)**.

Esta línea es la que asume claramente la mayoría de la CS en "Castillo" **(22)**. Para la CS, ante el riesgo de una discriminación a un grupo históricamente desaventajado es necesario comprobar la manera en que normas neutrales, que *prima facie* no son discriminatorias, puedan tener un impacto desmedido en dicho grupo. Y si se comprueba ese efecto de desigualdad, se deberá justificar la necesidad de los efectos desproporcionados que causa la disposición. Caso contrario, la norma aparentemente neutra resultará inconstitucional por afectar el principio de igualdad y no discriminación **(23)**.

Así el voto mayoritario en el caso "Castillo", analizando la constitucionalidad de una norma vinculada a la educación religiosa en las escuelas sostuvo que "Los desequilibrios fácticos descriptos afectan la constitucionalidad de la norma, en la medida en que esta última ha contribuido causalmente a su producción, aumentando la situación de desventaja en que se encuentran los grupos religiosos minoritarios y los no creyentes. No solo serán violatorias del principio de igualdad las normas que deliberadamente excluyan a determinado grupo, sino también aquellas que, como sucede en el presente caso, tienen comprobados efectos o impactos discriminatorios" **(24)**.

Teniendo en cuenta las ideas hasta aquí expuestas sobre la manera en que debe examinarse las normativas impugnadas por vulnerar el principio de igualdad sobre la base de categorías sospechosas, volvamos ahora al caso que nos ocupa.

En el caso tratado, la SCBA sostiene que las normativas objetadas son neutrales porque de su letra no surgen términos discriminatorios en sentido de excluir a las parejas no heterosexuales, tal como sostiene la actora. Argumenta que, aunque defina el hotel alojamiento como aquel destinado a albergar "parejas de distintos sexos" no se infiere lógicamente que se encuentre prohibido el acceso a parejas del mismo sexo. Para

sites/default/files/29062020_denuncias_2008-2019_final_12-6_1.pdf.

(20) NINO, Ezequiel, ob. cit.

(21) "Atala Riffo", cit., párr. 125; el destacado me pertenece.

(22) "Castillo", cit., voto de la mayoría, consid. 18.

(23) La CS analiza la constitucionalidad de una norma vinculada a la educación religiosa, en la que la disposición puesta en crisis por la existencia *prima facie* de discriminación, justifica que el tribunal analice los efectos que su aplicación ha generado en la realidad. ("Castillo", cit., voto de la mayoría, consid. 21).

(24) Por su parte el Dr. Rosatti en su voto en disidencia parcial, sostiene que si una norma no lesiona derechos constitucionales, pero sí lo hacen las prácticas, la solución no debe pasar por suprimir dicha norma sino por declarar la antijuridicidad de las prácticas que la desvirtúan y por establecer las condiciones necesarias para que la norma alcance plena vigencia.

el máximo tribunal bonaerense, en definitiva, se trata de una norma "neutral en apariencia", de lo que se deduce que correspondería a quien alega la discriminación acreditarla. Aduce que el objetivo de la normativa es distinguir el servicio que brinda los hospedajes transitorios en relación con los hoteles que tienen fines turísticos. Así, sostiene que las normativas se encuentran "destinadas a definir qué se entiende por el rubro hotel alojamiento en sus diversas denominaciones con el objeto de regular los requisitos para la obtención de la autorización de radicación del establecimiento que los municipios de la Provincia deben expedir a quien así lo solicite, pero que de ningún modo aspira a regir el catálogo de personas habilitadas —y correlativamente impedidas por exclusión para concurrir y requerir hospedaje allí" **(25)**.

Señala que el objetivo de la norma no es indicar quiénes son las parejas habilitadas para ingresar, sino diferenciar dicha actividad de la que prestan los hoteles turísticos o "familiares": "Es por ello que la definición se apoya en la singularidad de que el alojamiento sea proporcionado por 'lapsos inferiores a veinticuatro horas', en los que los concurrentes se hallen 'exentos de cumplir la obligación de registrar documentos de identidad en el Libro de Registro de Pasajeros'" **(26)**. Además, deduce la ausencia de la intención discriminatoria a que su redacción responde a otro contexto histórico **(27)**. Sin embargo, si bien podría explicarse tal exclusión en el contexto de su sanción, no es menos cierto que las normas pueden devenir inconstitucionales conforme al reconocimiento de nuevos derechos.

Por lo tanto, la SCBA asume la tesitura según la cual es necesario considerar el elemento intencional de la normativa a los fines de definir si esta resulta discriminatoria y concluye que estas no constituyen un aparato intencional para lograr un tratamiento discriminatorio. En definitiva, para la SCBA no surge de la literalidad de la ley un trato diferenciado; la norma no realiza una expresa distinción entre destinatarios del servicio y es una interpretación forzada entender que se excluye a las parejas del mismo sexo. Para la corte, la discriminación podría suceder eventualmente por la aplicación errónea que hagan los/as prestadores del servicio, en cuyo caso, existen otros remedios judiciales: "los planteos de la asociación actora relativos a que las parejas que no fueran de distinto sexo se encuentran excluidas del ingreso a los hoteles alojamiento, así como la supuesta exigencia de declarar la orientación sexual al concurrir a tales establecimientos (v. fs. 33), no encuentran resguardo en el texto abstracto de las normas controvertidas en este proceso. Su embate se dirige, en todo caso, a la interpretación y eventualmente a la aplicación sesgada que pudiera hacerse de ellas".

Considero que esta interpretación de la normativa resulta por lo menos forzada. La norma no es neutral si partimos de una interpretación literal según el uso común del lenguaje en que se expresa **(28)**. Si bien no explicita que "solamente" se admitirán "parejas de distinto sexo", si el/la legislador/a ha optado por manifestar expresamente el sexo de los integrantes de la pareja en la definición de las personas destinatarias del servicio, se infiere en el uso normal del lenguaje que está indicando que no deben ser iguales.

Por otra parte, aun en el caso de que concediéramos que las normativas impugnadas no resultan discriminatorias en sus propios términos, es importante tener en cuenta que esta forma de razonar representa un retroceso en relación al estándar protectorio sostenido por la CS

(25) SCBA, 20/07/2020, "Usuarios y Consumidores Unidos (Asociación Civil) c. Municipalidad de Tigre, San Nicolás, Junín y Malvinas Argentinas s/ acción de inconstitucionalidad".

(26) *Ibid*.

(27) Así, en la resolución sostiene que "La alusión a 'parejas de distintos sexo' que efectúan las ordenanzas impugnadas, a más de seccionada por la demandante del resto de las expresiones que componen la redacción de los artículos que la refieren bien puede ser comprendida en el contexto histórico en que fue redactada la norma".

(28) Es reconocido el canon relativo a la interpretación de las normas según el cual "cuando la letra de la ley no exige esfuerzo de interpretación debe ser aplicada directamente", sin atender a otras consideraciones (Fallos 324:1740). Según la CS, la primera fuente de interpretación es la propia letra de la ley (Fallos 316:1247, 314:1018 y 324:2780), y en principio debe acudirse al sentido común o corriente de las palabras empleadas por la proposición normativa en cuestión (Fallos, 324:3345, 308:1745 y 320:2145).

en "Castillo" en cuanto a la importancia de los efectos. En este sentido, la mayoría sostuvo que aunque una norma por sí sola no ofrezca ningún reparo de constitucionalidad, puede ocurrir que "aplicada en un contexto social, produzca un impacto desproporcionado en un grupo determinado. Esto es, 'leyes, políticas o prácticas en apariencia neutras' causantes de una 'discriminación sistémica (...) que genera desventajas comparativas para algunos grupos y privilegios para otros' (Observación General 20 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, puntos 10 y 12)" **(29)**.

En definitiva, aunque asumiéramos que la intención de la normativa no es discriminatoria, debemos analizar su impacto a fin de establecer si las normativas resultan acordes o no al principio de igualdad. Y en este sentido, aunque se encuentren íntimamente vinculados, podemos diferenciar dos tipos de efectos: materiales y simbólicos. En el primer sentido, la negativa al acceso a ciertos derechos en igualdad de condiciones; y en el orden simbólico, ya que desconocer otras formas legítimas de conformar parejas sostiene el efecto sistémico de discriminación.

VI. La negativa al acceso a derechos en igualdad de condiciones

Con el objetivo de acreditar los perjuicios concretos de las normativas impugnadas, la parte actora presentó como prueba del efecto discriminatorio, a modo de ejemplo, lo resuelto por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H, que confirmó la sentencia de primera instancia por la cual se ordena al titular del establecimiento General Paz Hotel SA a indemnizar el daño ocasionado a quien le fue negado el acceso con su pareja del mismo sexo. De esta forma, las actoras dan cuenta de lo que es realmente un hecho notorio: más allá de los cambios a nivel normativo, subsisten prejuicios y discriminación en contra de las parejas no heterosexuales, tal como se expuso en el apartado anterior. Pero, sorpresivamente, para el SCBA, este caso no revela nada en relación con el impacto de la normativa sino solo del empleo disvalioso e ilegítimo que se hizo de la norma local **(30)**. De esta forma, para la SCBA se corrobora así que es la aplicación "errónea" lo que genera la discriminación y no la norma que la habilita. Sin embargo, esta aplicación no es otra cosa que el producto de su interpretación literal que reconoce expresamente a ciertos destinatarios/as en un contexto marcado por la discriminación hacia sexualidades no hegemónicas.

Por otra parte, el fallo destaca que este documento incorporado por la asociación demandante prueba "la correcta canalización de un litigio en el que se debatió la aplicación en un caso específico de una ordenanza similar a la aquí cuestionada y en el marco del cual se remediaron los daños provocados por ese obrar antijurídico" **(31)**. Por lo tanto, en vez de dar por acreditada la inconstitucionalidad de la normativa por causar efectos discriminatorios, promueve que el remedio ante estos hechos sea de carácter individual, caso por caso, una vez que el daño ya ha sido provocado. Se desvirtúa así el carácter preventivo de la acción y deja sin una protección adecuada a las parejas no heterosexuales.

Resulta inaceptable que la SCBA, pese a reconocer la existencia de prácticas de tal tenor, haya rechazado su planteo de inconstitucionalidad y resuelto, en cambio, que la subsanación de dicha situación ilegítima se solucione solo en caso en el que no se permita ingresar a parejas del mismo sexo. Recordemos que una de las finalidades de esta acción es carácter preventivo para proteger derechos constitucionales. Por otro lado, se trata de una impugnación optativa, cuyo no uso obsta para agotar el derecho de fondo, para hacerlo valer por las vías ordinarias reservadas para cuando, por la aplicación práctica

(29) Fallo "Castillo", consid. 20.

(30) En ese sentido, sostuvo que "Los dueños de los albergues transitorios se hallan limitados en el ejercicio de su derecho de admisión por las normas superiores que impiden restringir el acceso a lugares públicos por razones de sexo, entre otros criterios específicamente considerados arbitrarios y censurados por tales disposiciones (cfr. arts. 16, CN, 11, Constitución provincial; 1.1., Convención Americana sobre Derechos Humanos; 26, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 1, ley 23.592 -BO 5-IX-1988-)".

(31) SCBA, 20/07/2020, "Usuarios y Consumidores Unidos (Asociación Civil) c. Municipalidad de Tigre, San Nicolás, Junín y Malvinas Argentinas s/ acción de inconstitucionalidad".

de la ley inconstitucional, el daño ya ha sucedido **(32)**. Aquí la importancia del estándar propuesto por la CS en "Castillo": "de no recurrir a un análisis que se centra en la norma como causante de efectos discriminatorios —y, por tanto, constitucionalmente indeseables— el efecto negativo de la ley se perpetuará más allá de que, una y otra vez, se invaliden las prácticas, pues ellas solo concretizan la discriminación encubierta que una lectura perniciosa de la norma admite. Es por ello que resulta insuficiente invalidar la práctica sin hacer lo propio con la norma que la apaña" **(33)**.

VII. Más allá de su aplicación: lo que se nombra y lo que no

Asumamos por un momento que no existe riesgo de quienes administren los hoteles alojamiento realicen actos discriminatorios amparándose en la literalidad de la norma que define sus servicios. Aun así, la referencia explícita a un tipo de parejas y la ausencia de las parejas homosexuales tiene un efecto discriminador, ya que reafirma aquello que es considerado lo común, lo esperable, lo que es norma. En un contexto caracterizado por la homofobia y el transodio no es inocuo que se defina expresamente las parejas habilitadas para usar el servicio de alojamiento, como aquellas de distinto sexo. Resulta incuestionable que el contexto social de las normas impugnadas se caracteriza por una preponderancia del reconocimiento de las relaciones heterosexuales como legítimas, que solo recientemente se ha legalizado las uniones homosexuales y que existen patrones sistemáticos de trato desigualitario hacia las orientaciones sexuales no hegemónicas. Es por eso que este tipo de normativas tiene decisivos efectos discriminatorios y viola el principio de igualdad y no discriminación.

Considero que la SCBA, al restringir su intervención, no solo aplicó una respuesta que implica un retroceso en materia de examen de igualdad, sino que desaprovechó la oportunidad de aportar desde la judicatura a desandar este camino de exclusión, en línea con la propuesta de la Corte IDH en "Atala Riffo": "El tribunal constata que, en el marco de las sociedades contemporáneas se dan cambios sociales, culturales e institucionales encaminados a desarrollos más incluyentes de todas las opciones de vida de sus ciudadanos (...). En este sentido, el Derecho y los Estados deben ayudar al avance social, de lo contrario se corre el grave riesgo de legitimar y consolidar distintas formas de discriminación violatorias de los derechos humanos" **(34)**.

En cuanto al rol del derecho, es importante tener en cuenta la potencialidad transformadora a la que refiere Rita Segato, cuando sostiene que la ley puede impactar y modelar la sensibilidad ética de las personas e instalar nuevas referencias morales que se opongan a las tradicionales productoras de desigualdades: "La ley nomina, coloca nombres a las prácticas y experiencias deseables y no deseables para una sociedad. En ese sentido, el aspecto más interesante de la ley es que constituye un sistema de nombres. Los nombres, una vez conocidos, pueden ser acatados o debatidos. Sin simbolización no hay reflexión, y sin reflexión no hay transformación (...). El discurso de la ley es uno de estos sistemas de representación que describen el mundo tal como es y prescriben cómo debería ser" **(35)**.

De allí la importancia que el Poder Judicial tome conciencia del impacto que pueden tener las interpretaciones que realice en materia de derecho a la igualdad y el valor de su rol institucional para revertir la situación histórica de discriminación por orientación sexual.

(32) VALCARCE, A., ob. cit.

(33) Fallo "Castillo", cit., consid. 23.

(34) Corte IDH, "Atala Riffo", cit., párr. 120.

(35) SEGATO, R., "Las estructuras elementales de la violencia: contrato y *status* en la etiología de la violencia", Ed. Serie Antropología, Brasilia, 2003, p. 13.

CUESTIÓN PREJUDICIAL

Inaplicabilidad. *Probation*. Daños contra la mujer. Solución que aplica perspectiva de género.

Con nota de Mariana Brocca

1. — La aplicación de la prejuidicialidad en el caso de los daños reclamados por la violencia cometida contra una mujer, por resolverse la cuestión en sede penal con la suspensión del juicio a prueba, es consecuencia de una apreciación dogmática e infundada por parte de la a quo y por tanto debe ser revocada.

2. — El juez penal —por imperio de lo dispuesto por el art. 76 bis, Cód. Penal— cuenta con la carga de decidir sobre la razonabilidad del ofrecimiento de suspensión de juicio a prueba mediante resolución fundada, por lo que al homologarlo o receptarlo puede haber considerado la existencia del hecho prima facie y la posible culpabilidad del imputado (esta posibilidad ha sido prevista en el proyecto de la ley 24.316 del año 1994 que consagra el instituto, y que podría inferirse dado que, en caso contrario, cuenta con otras herramientas como el sobreseimiento o archivo de la causa por ejemplo, o bien el debate en juicio). Ahora bien, este es un elemento que ha valorarse en esta sede, pero siempre deberá ser analizándolo como un medio más para llegar a la convicción sobre la existencia de los hechos y la responsabilidad civil en este fuero, pero de ningún modo por aplicación de las reglas de la prejudicialidad, ni como una prueba excluyente.

3. — Tampoco resulta de aplicación la prejudicialidad, toda vez que la suspensión del juicio a prueba, otorgada al imputado en el caso, no es la sentencia definitiva, sino que el sobreseimiento es la resolución concluyente que da fin al debate penal (art. 1774 y ss. Cód. Civ. y Com., art. 76 y ss., Cód. Penal).

4. — La indemnización fijada por violencia contra una mujer ha de evaluarse la indemnización fijada con una perspectiva de género ante la agresión sufrida por parte de un hombre de su entorno —demandado y excuñado— y sus implicancias en el ámbito estético y psicológico. En virtud de lo establecido por el art. 1746, Cód. Civ. y Com., bajo este rubro no solo he de computar el deterioro de carácter laborativo a la actora, sino que computaré las lesiones en sí mismas que afectan la integridad estética y psicológica de la damnificada, el menoscabo que estas limitaciones le generan en los diversos planos de la vida del individuo como su capacidad de trabajo, en su vida en relación en el aspecto social, deportivo, etcétera, y todos los aspectos detallados en este punto.

5. — Se ordena como medida complementaria al demandado, quién agredió a su excuñada, una vez finalizado el "aislamiento social preventivo y obligatorio", la realización de un abordaje socioeducativo para abordar la problemática. A tales fines, deberá concurrir al programa "Desaprender" del Hospital Interzonal y acreditar su participación en el grupo, bajo apercibimiento de multa, la que será asignada en favor del mencionado grupo y quien podrá ejecutarla por la vía de ejecución de sentencia.

C2aCiv. y Com., La Plata, sala II, 14/07/2020. - R., M. C. c. J., J. L. s/ daños y perjuicios extracontractual.

[Cita on line: AR/JUR/25882/2020]

Causa N° 127098

2ª Instancia.- La Plata, julio 14 de 2020.

1ª ¿Es justa la sentencia apelada de fs. 195/198? 2ª ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

1ª cuestión. — El doctor *Banegas* dijo:

I. La sentencia de primera instancia hizo lugar a la demanda de daños y perjuicios promovida por R., M. C. contra J., J. L., condenando a éste último a pagarle en el plazo de 10 días de quedar firme el pronunciamiento la suma de ... con más los intereses que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta días, a la tasa vigente al primer día de cada mes o fracción de éste, en cada uno de los períodos de aplicación a partir de los 10 días de firme el decisorio y hasta su efectivo pago; asimismo difirió las regulaciones de honorarios hasta la oportunidad debida (fs. 195/198).

II. La resolución fue apelada por la actora (fs. 201) y el demandado (fs. 203), recursos que, previamente concedidos (fs. 204 y 207), fueron fundados en tiempo y forma en esta instancia (fs. 224/228 y fs. 235/238, respectivamente). Debidamente sustanciados, merecieron las réplicas de su contraparte (escritos electrónicos del 17/05/2020 11:18:52 la accionante y 14/05/2020 9:43:35 el demandado). Posteriormente, se llamó autos para sentencia (18/05/2020).

III. La legitimada activa se agravia de los montos por los cuales prosperaron los rubros "incapacidad sobreviniente", "daño moral" y "gastos médicos y farmacéuticos - traslados" calificándolos de irrisorios, insignificantes y exiguos.

Destaca que debió aplicarse la ley 26.485, resolviéndose la presente causa con perspectiva de género. Subraya que éste es un ejemplo de la extrema violencia contra la mujer, en el que su cuñado la interceptó en la vía pública y pretendió por la espalda quitarle la vida, golpeándola con una baldosa en la cabeza y luego huyendo.

Recalca que con esa visión la reparación debe contemplar mucho más que el frío cálculo derivado de la aplicación de una fórmula matemática porque este caso no se trata de lesiones obtenidas producto de un simple accidente de tránsito, se trata del intento de homicidio de una mujer por parte de su cuñado con una piedra a plena luz del día en el centro de la Ciudad.

Respecto de los montos, en particular se duele del otorgado por incapacidad sobreviniente por considerarlo insuficiente y subvalorado.

Declara que el Juez de grado menosprecia las lesiones que sufrió, a pesar de que han sido debidamente acreditadas.

Denuncia que la sentencia viola el principio de congruencia, desoye lo claramente establecido en los arts. 34, 36, 163 inc. 6, 164, 272, 330 del Cód. Proc. Civ. y Comercial y cae en el absurdo en torno de la valoración de la prueba. Por todo ello, reputa como arbitraria la decisión del Juez de grado.

Asimismo, se disconforma por los mismos motivos de la cuantificación del daño moral.

Enfatiza que las pericias producidas acreditaron que como consecuencia de la agresión que le propinó el demandado, sufre una enorme incapacidad, requiriendo incluso de tratamiento.

Denuncia que la sentencia de grado es violatoria de los principios de la reparación plena e integral, en violación del deber genérico de no dañar a otro.

Finalmente, se queja del monto reconocido por gastos médicos y farmacéuticos por considerarlos bajos.

Por su parte, el demandado se agravia de que la responsabilidad endilgada se funde en las constancias de la causa penal, en tanto considera que el argumento de la *a quo* constituye una falacia.

Destaca que se pretende hacer pasar como la doctrina de la prejudicialidad una circunstancia que no tuvo pronunciamiento firme en sede penal y a la que por lo tanto no puede endilgársele al acusado efectos en el juicio civil.

La falta del dictado de sentencia en sede represiva, y la consecuente suspensión del juicio a prueba —dice el apelante—, constituye una circunstancia significativa respecto de que no se han arrimado hechos en el fuero penal que den por acreditados la versión de la actora.

Insiste en que el art. 76 bis del Cód. Penal expresamente instituye que no implica confesión o reconocimiento de la responsabilidad civil en contra del imputado.

Concluye en este aspecto que en autos no ha mediado un supuesto de prejudicialidad, y por ende, la Jueza ha tenido por acreditada una plataforma fáctica recalando solamente en una causa penal en la que no se ha dictado sentencia de mérito.

Finalmente, resalta que la parte actora no ha probado los hechos alegados, toda vez que la prueba informativa (se decretó la caducidad con fecha 5 de febrero de 2019) y testimonial no fue producida (se decretó la caducidad con fecha 22 de noviembre de 2017).

Subsidiariamente, plantea la lectura sesgada de la jueza respecto de la causa penal, basándose que a fs. 5 de esas actuaciones el reconocimiento médico legal al nombrado constata una lesión descripta como edema inflamatorio antebrazo izquierdo.

Reclama que no se ponderó la situación conflictiva que ha llegado a excitar la jurisdicción de los tribunales y que la Jueza no ha tomado como un elemento a considerar la medida cautelar de restricción de acercamiento solicitada por él en trámite por violencia familiar y que se encontraba vigente al momento de los hechos.

Se disconforma del apartamiento —en su consideración— por parte de la jueza de las consideraciones científicas realizadas en las pericias.

Destaca que se inclina por hacer un cálculo matemático sin relación con los elementos entregados por la pericia, en especial la médica que dice que no se observaron secuelas del contenido de los hechos denunciados y que desde el 2015 la actora no concurrió a consulta médica.

Respecto del menoscabo psicológico, arguye que no existe como tal y de carácter permanente toda vez que el experto actuante recomienda un tratamiento. Al aconsejar un tratamiento implica que el estado de la accionante es susceptible de mejoría y por ello, no corresponde otorgar una indemnización por la incapacidad como si esta no pudiera ser suplida por el tratamiento aconsejado.

Además, sobre el monto indemnizatorio, marca que la accionante no realizaba al momento del hecho ninguna actividad remunerada y que no obra en la causa ningún elemento que tienda a acreditar lo contrario.

Concluye que el argumento de la jueza en la cuantificación no supera el menor test de razonabilidad, por lo que debe dejarse sin efecto.

Se agravia también del monto otorgado en concepto de daño moral por considerarlo exorbitante, subrayando que las constancias del expediente en trámite ante el Fuero de Familia (sobre violencia familiar) dan cuenta de una situación de agresividad en la cual mal podía entenderse como de victimización a la reclamante.

Finalmente, se duele de que la sentencia de grado no haya analizado la conducta procesal de las partes y que éstas no tengan traducción alguna en la forma de decidir. Que se den por probados los hechos relatados en la presentación de inicio sin considerar la falta de declaración de los testigos allí propuestos, como así también se ha ignorado la declaración de los ofrecidos por su parte. Tales son, desde la óptica del accionado, otros síntomas de un decisorio cuya dogmática no encuentra respaldo en las constancias de la causa.

IV. Liminarmente, por la implicancia que la temática tiene tanto en este proceso como en la consolidación de un nuevo paradigma judicial, daré tratamiento al agravio de la actora referido a la aplicación de la Ley 26.485 (Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en los que se desarrollen sus relaciones interpersonales) y a la necesidad de abordar el tratamiento a partir de la perspectiva de género.

He de resaltar que ésta mirada será central a la hora de abordar el recurso, pero no únicamente por la ley citada por la apelante, sino por la interpretación armónica del plexo normativo provincial, nacional y supranacional aplicable.

Además, la visión o perspectiva de género consagrada en nuestro derecho no se limita de modo alguno al ámbito legal y judicial sino que es una herramienta que ha adquirido la sociedad en su conjunto.

A partir de allí, concluyo que el Magistrado no cuenta solo con la facultad de velar por los derechos de las mujeres de modo discrecional o a pedido de parte ante ataques deliberados de todo tipo como consecuencia de su condición de mujer, sino que se trata de una obligación legal y de un deber ontológico inexcusable (art. 7 inc. g, Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer; art. 7 Ley 26.485).

Esa obligación excede el ámbito del derecho penal o de familia, resultando de plena aplicación en todo tipo de procesos que así lo requieran por sus circunstancias de hecho, aun en los reclamos de daños y perjuicios civiles, como es el caso en estudio.

Más no debe traducirse en los casos como el de autos en una mejora en las sumas de dinero otorgadas de modo automático, porque ello sería llevar la cuestión a un reduccionismo contrario a las reglas que consagran la protección integral. En cambio, deben aplicarse métodos, sanciones y reparaciones de distinta entidad para que el abordaje resulte efectivo (reparación económica, sanciones extrapatrimoniales, medidas de reeducación, etc.).

En este extremo, concuerdo plenamente con que "los jueces tienen el imperativo constitucional y supranacional de hacer efectiva la igualdad; porque los magistrados no pueden ignorar la existencia de patrones socio culturales y en consecuencia no pueden decidir este tipo de cuestiones como si fuera un caso en el cual se definen los derechos de dos hombres o dos empresas, sino que debe juzgar con perspectiva de género en la toma de decisiones judiciales", "no basta contar con legislaciones supranacionales, nacionales y provinciales de última generación si a la hora de aplicarlas se ignora la perspectiva de género y se sustancia el proceso con idénticos mecanismos procesales que cualquier proceso y se lo juzga olvidando la cuestión del género y su problemática que es en definitiva lo que da origen al conflicto" (cfr. Medina, Graciela; "¿Por qué juzgar con perspectiva de género? y ¿cómo juzgar con perspectiva de género?" LA LEY AP/DOC 185/2016, citado por CC03 LZ, causa 8365 205, sent. del 17/09/2017).

"El género es una categoría construida, no natural, que atraviesa tanto la esfera individual como la social (...) En suma, la construcción social y cultural de las identidades y relaciones sociales de género redunda en el modo diferencial en que hombres y mujeres pueden desarrollarse en el marco de las sociedades de pertenencia, a través de su participación en la esfera familiar, laboral, comunitaria y política. De este modo, la configuración de la organización social de relaciones de género incide sustantivamente en el ejercicio pleno de los derechos humanos de mujeres y varones" (Faur, Eleonor. Desafíos para la igualdad de género en la Argentina. - 1ª ed. - Buenos Aires: Programa Naciones Unidas para el Desarrollo - PNUD, 2008). Específicamente, y pasando al respaldo normativo de las afirmaciones precedentes, la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer —"Convención

Belem Do Pará" de la que nuestro país es signataria (ley 24.632)— define como violencia contra la mujer a "cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado" (art. 1), incluyéndose a "la violencia física, sexual y psicológica" (art. 2) "en cualquier relación interpersonal" (art. 2 inc. a), "tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona" (art. 2 inc. b) o "perpetrada o tolerada por el estado" (art. 2 inc. c), consagrando asimismo que toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia y el reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos entre los que se comprenden: el derecho a que se le respete su vida, su integridad física, psíquica y moral (conf. art. 4, inc. a, b y c).

Asimismo, insta a los estados a "establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces" (art. 7 inc. g).

A su vez, la ley 26.485 que ha sido citada por la actora, en términos similares a los establecidos por la norma internacional aludida, promueve y garantiza el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia y las condiciones necesarias para sensibilizar, prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia de las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos (arts. 2, inc. b y c, 3 inc. a), definiendo asimismo la violencia contra las mujeres como "toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público o privado, basado en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su integridad personal. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes..." (art. 4).

Precisa que comprende expresamente dentro de los términos de violencia a la "Física: la que se emplea contra el cuerpo de la mujer produciendo dolor, daño o riesgo de producirlo y cualquier otra forma de maltrato agresión que afecte su integridad física" (art. 5, inc. a), "Psicológica: la que causa daño emocional y disminución de la autoestima o perjudica o perturba el pleno desarrollo personal o que busca degradar o controlar sus acciones, comportamientos, creencias y decisiones, mediante amenaza, acoso, hostigamiento, restricción, humillación, deshonra y descrédito, manipulación, aislamiento" (art. 5 inc. b). Finalmente, pone e cabeza de los tres poderes del Estado la adopción de las medidas necesarias y ratificación en cada actuación el respeto irrestricto del derecho constitucional a la igualdad entre mujeres y varones (art. 7).

Se evidencia claramente entonces que la visión con perspectiva de género debe actuar como un principio general de aplicación a todo tipo de acciones y actuaciones judiciales en las que la mujer fuera víctima en base a su condición, dentro de la que encuentro comprendidas las causas de carácter patrimonial como la presente.

Es decir que este extremo es de aplicación cuando la ofensa proferida, ya sea física, psíquica, etc., haya sido efectuada, básica y fundamentalmente, por su condición de mujer.

Por ello, —y más allá que no resulta ocioso destacar que en esta causa se encuentran involucrados antecedentes de violencia recíproca entre las partes— ésta ha de analizarse con la perspectiva de género señalada a fin de dar estricto cumplimiento con la normativa imperante en la especie.

V. Cabe abordar seguidamente —a fin de mantener el orden metodológico en el recurso— los agravios del accionado referidos a la responsabilidad que le endilga la sentencia de grado.

Las quejas esgrimidas en este extremo se centran en tres puntos:

1) la errónea aplicación de la regla de la prejudicialidad, 2) la valoración de la prueba producida en sede penal por parte del *a quo* y 3) la orfandad probatoria de la actora a los fines de acreditar sus dichos.

Emprendiendo el desarrollo de la primera de las objeciones planteadas, observo que la sentencia de grado concluye que —ante la orden de suspensión de juicio a prueba dispuesta en las actuaciones penales por el mismo suceso ventilado en autos— no corresponde analizar los hechos controvertidos, ni el factor de atribución que la parte actora le achaca al demandado J., teniéndolos por acreditados. Ello, en palabras del fallo recurrido, por haberse expedido sobre esa parcela aquél fuero (fs. 195/198).

Esta conclusión se traduce indudablemente en la aplicación de la regla de la prejudicialidad.

Justifica el *a quo* su postura concluyendo que en la causa penal N° ... "resulta probado que los hechos acontecieron como lo relata la actora, así como la existencia de lesiones recíprocas entre las partes. En este marco la Sra. Juez elevó a juicio la presente causa, para luego suspenderse el juicio a prueba por un año, debiendo el actor realizar tareas comunitaria por el término de cincuenta horas" (considerado "a" de la sentencia referida).

Ahora bien, sobre este extremo, el art. 76 bis del Cód. Penal indica —contrariamente a lo interpretado por la Jueza de grado— que en la solicitud de suspensión de juicio a prueba "el imputado deberá ofrecer hacerse cargo de la reparación del daño en la medida de lo posible, sin que ello implique confesión ni reconocimiento de la responsabilidad civil correspondiente", agregando que "si la realización del juicio se suspendiere, tendrá habilitada la acción civil correspondiente" (art. 76 2° párrafo, Cód. Penal).

Asimismo, el art. 76 quarter de la misma legislación indica que "Las suspensión del juicio a prueba hará inaplicables al caso las reglas de prejudicialidad de los arts. 1101 y 1102 del Cód. Civil, y no obstará a la aplicación de las sanciones contravencionales, disciplinarias o administrativas que pudieran corresponder". Cabe destacar que esta normativa mantiene su vigencia a pesar de la derogación de los arts. 1101 y 1102 Cód. Civil, con las disposiciones del nuevo ordenamiento en lo Civil y Comercial que en la materia ha receptado estos principios en el Libro III, título V, sección 11° (art. 1774 y ss. Cód. Civ. y Comercial).

De ello, colijo que —de conformidad con lo dicho por nuestro Máximo Tribunal Provincial— el instituto de la probation o suspensión del juicio a prueba no implica confesión ni reconocimiento de la responsabilidad civil y debe ser considerada tal oferta resarcitoria como un acuerdo transaccional (conf. SCBA LP C 99.887 sent. del 27/04/2011).

En el mismo sentido, antecedentes en la Justicia Nacional Civil han dicho "Quien solicita la probation no ha confesado su delito ni reconocido hecho imputado alguno, debiendo prevalecer dicha tesitura también en el ámbito civil, pues, si tal pedido implicara reconocimiento de los hechos no se comprende cómo, de revocarse tal beneficio, el acusado podría ser finalmente absuelto por cualquiera de las circunstancias pertinentes" (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, 16/08/2007, L., R. C. c. M., R. O., RCyS, 2007-1011).

No debe soslayarse que la opción de someterse a la suspensión del juicio a prueba por parte del acusado en proceso penal es personalísima y puede responder a variadas motivaciones entre las que es dable suponer una legítima decisión de evitar un pronunciamiento de mérito sobre la autoría del ilícito que se investiga, pero de ningún modo determina la lisa y llana aceptación de su culpabilidad.

En el mismo sendero se ha dicho doctrinariamente que "Este acogimiento no insinúa la existencia de semiplena prueba de la supuesta responsabilidad ni, menos aún, la previa confesión del impetrante, como tampoco pareciera reclamarse la real enmienda del detrimento ocasionado por el accionar disvalioso, pues de acuerdo al artículo 76 bis la presentación de la solicitud de suspensión del juicio a prueba no implica confesión ni reconocimiento de la responsabilidad civil correspondiente. Ello significa, en realidad, que tampoco implica confesión ni reconocimiento de responsabilidad penal ni de culpabilidad alguna; o que el imputado no sólo no admite la responsabilidad penal sino que tampoco la civil" (conf. Dra. Elena Inés Highton de Nolasco "La suspensión del juicio a prueba 'probation' y el proceso civil". Revista de Derecho de Daños, T. 2002-3, Relaciones entre la responsabilidad civil y la penal).

En suma, el imputado no reconoce hechos ni derecho. Su pedido de aplicación del beneficio no implica admisión de autoría ni de participación en los hechos por los cuales se ha requerido su juicio. Es decir que quien pide la probation no ha confesado su delito, ni siquiera ha aceptado los hechos imputados (conf. Dra. Elena Inés Highton de Nolasco, obra citada), por lo que al momento de dictar sentencia, la resolución penal que hace lugar a la suspensión del juicio a prueba no implica una imposición legal de efectos, por lo que el juez Civil es libre de resolver la situación de responsabilidad que se le haya planteado (conf. Miguel A. Piedecasas "Incidencia de la sentencia penal en relación con la sentencia civil". Revista de Derecho de Daños. T. 2002-3, Relaciones entre la responsabilidad civil y la penal).

Sin perjuicio de lo expuesto, estimo pertinente destacar que el juez penal —por imperio de lo dispuesto por el art. 76 bis Cód. Penal— cuenta con la carga de decidir sobre la razonabilidad del ofrecimiento de suspensión de juicio a prueba mediante resolución fundada, por lo que al homologarlo o receptarlo puede haber considerado la existencia del hecho *prima facie* y la posible culpabilidad del imputado (esta posibilidad ha sido prevista en el proyecto de la ley 24.316 del año 1994 que consagra el instituto, y que podría inferirse dado que, en caso contrario, cuenta con otras herramientas como el sobreseimiento o archivo de la causa por ejemplo, o bien el debate en juicio). Ahora bien, este es un elemento que ha valorarse en esta sede, pero siempre deberá ser analizándolo como un medio más para llegar a la convicción sobre la existencia de los hechos y la responsabilidad civil en este fuero, pero de ningún modo por aplicación de las reglas de la prejudicialidad, ni como una prueba excluyente.

Por todo lo expuesto es que concluyo que la aplicación de la prejuidicialidad en este caso es consecuencia de una apreciación dogmática e infundada por parte de la *a quo* y por tanto debe ser revocada.

Desde otro punto de análisis —pero en la misma dirección—, el art. 1776 Cód. Civ. y Comercial dispone que una sentencia penal condenatoria produce efectos de cosa juzgada en el proceso civil.

Ahora bien, deviene central detallar entonces cuál es la sentencia definitiva en sede represiva (a pesar del error en el que incurre la juez de grado a la hora de citar normativa en el fallo "Conf. art. 1175 Cód. Civ. y Com. de la Nación", punto "a") y si cumple con los requisitos del art. 1776 Cód. Civ. y Comercial.

En esta labor vislumbro claramente, que no se trata de la resolución referenciada en el decisorio —la que ordena la suspensión de juicio a prueba por un año (fs. 170/171 de la causa XXXX caratulada "J., J. L. s/ Lesiones culposas víctima R., M. C." en trámite por ante el Juzgado Correccional 4 de este Departamento Judicial)—, sino la que dispone el sobreseimiento del imputado por haberse extinguido la acción penal en virtud al cumplimiento de la suspensión del juicio a prueba (fs. 184 y vta. de los autos referidos), la que por otra parte no hace mérito sobre el fondo de la cuestión.

Entonces, al haber concluido el proceso con el sobreseimiento del imputado, es preciso diferenciar cuáles fueron los fundamentos que sustentan la decisión. Si ella se funda en que se encuentra acreditado que el hecho no sucedió, o que el autor no participó en él, el Juez Civil no puede abstenerse de considerar dicha resolución a los fines de resolver la cuestión. Por el contrario, si el sobreseimiento se funda en otras razones como la prescripción de la acción penal, el sentenciante que intervenga en el proceso de daños queda en absoluta libertad para decidir sobre las cuestiones que se le plantean (conf. Dra. Elena Inés Highton de Nolasco, obra citada).

Por lo tanto, observado desde ésta óptica, tampoco resulta de aplicación la prejudicialidad, toda vez que la suspensión del juicio a prueba no es la sentencia definitiva, sino que el sobreseimiento es la resolución concluyente que da fin al debate penal (art. 1774 y ss. Cód. Civ. y Comercial, art. 76 y ss. Cód. Penal).

Pues bien, ante la inoponibilidad de la prejudicialidad por las causas antes aludidas, he de abordar el segundo y tercer agravio del demandado —antes enumerados— los que se centran en la valoración de la prueba en sede penal y la orfandad probatoria de la actora en estas actuaciones.

Ello también, y en tanto este voto propone revocar la conclusión y análisis del *a quo* respecto de la existencia del hecho y la atribución de responsabilidad, debe procederse —por aplicación de las reglas apelación implícita, también llamada adhesiva— a atender las cuestiones que la actora llevó a la instancia anterior y que por su condición de gananciosa no pudo traer a esta instancia (Conf. SCBA, causa C 109574 sent. del 12/03/2014 Juez Hitters SD).

En este ejercicio, examinada la responsabilidad desde la óptica de las normas que rigen en el ámbito de la legislación común, debe determinarse si encuentran configurados en el *sub lite* los presupuestos para la procedencia de la acción: daño, factor de atribución, nexo de causalidad e ilicitud (conf. SCBA causa C 88.599, sent. del 03/03/2010).

Se ha dicho que "...En la esfera aplicativa de la responsabilidad contractual, la obligación de reparar el daño surge como consecuencia de la transgresión de un deber calificado, preexistente, una obligación cuyos alcances están definidos o perfilados en la base del negocio jurídico y que vincula a cada una de las partes con la otra. De su lado, en la responsabilidad extracontractual, entra en juego la violación del deber general de no dañar impuesto por la ley a toda persona, y es recién luego de generada dicha conducta lesiva que se concretará el vínculo más específico, relativo a la obligación de reparar (conf. Picasso, Sebastián en Bueres, Alberto J.Highton, Elena I., Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial, Edit. Hammurabi, Bs. As., 1999, T. 3-A, com. art. 1107, p. 346; SCBA fallo citado).

A tales fines, como se viene desarrollando, los tribunales civiles cuentan con amplia facultad para juzgar la existencia de los elementos constitutivos de la responsabilidad civil a fin comprobar si se encuentra configurada la obligación de resarcir y la dimensión de ésta (art. 1774 y ss. Cód. Civ. y Comercial).

En definitiva, dentro de este contexto, ha de apreciarse la prueba producida a fin de dilucidar los hechos ocurridos, dejando en claro que la responsabilidad será examinada desde la óptica de las normas que rigen en el ámbito de la legislación común y —como se dijo— sin considerar como único medio el ofrecimiento del imputado a los fines de la obtención de la probation (conf. CNCiv., sala A, L. 197.150 del 06/11/1998; CNCiv., sala F, 30/11/1999, J. A. 2001-III).

Del análisis de la evidencia producida, tanto las obrantes en la causa civil y en la causa penal agregada por cuerda y que tengo en este acto en vista —examinada conforme las reglas de la sana crítica—, concluyo que éstas constituyen suficientes indicios que, por su número, precisión, gravedad y concordancia, conllevan a tener por probados los hechos tal como los desarrolló la actora en su presentación de inicio (art. 384, Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Veamos: ha quedado debidamente acreditado —tanto por la causa sobre violencia familiar agregada por cuerda (J., J. L. c. R., M. C. s/ protección contra la violencia familiar, en trámite por ante el Juzgado de Familia N° 4 de este Departamento Judicial), como de las constancias penales (fs. 12, 17, 26 causa penal referenciada), como de las manifestación de las partes en su demanda y contestación (fs. 6/20 y 39/42)— que ambos contendientes venían atravesando hace tiempo problemas familiares y patrimoniales derivados de su condición de cuñados (la actora era pareja del fallecido hermano del demandado por más de 35 años).

Ahora bien, luego de varios episodios reprochables por parte de ambos, de los que dan cuenta uno y otro en las pruebas antes aludidas, encuentro probado que el 21 de noviembre de 2015 aproximadamente a las 12.00 horas en calle ..., el accionado atacó a la legitimada activa con un objeto contundente (una baldosa) golpeándola en la cabeza y produciéndole lesiones.

Ello ha quedado plasmado en el acta de procedimiento en sede penal —causa que fue ofrecida por ambas partes— en el que los agentes policiales actuantes dejan sentado que "Observamos una femenina la cual presentaba una herida sangrante sobre su cabeza lado izquierdo, interiorizándonos en el momento que el masculino que emprendió a la fuga le ocasionó dicha lesión con una baldosa". Constatan, asimismo, que la persona agredida es la señora R. y que fue trasladada al Hospital Rossi. En la misma acta se identifica al sujeto agresor como J., J. L., aprehendiéndolo por lesiones (fs. 1/1 vta., causa penal referenciada).

A fs. 36/42 de esos obrados, la Policía Científica comparece al lugar del hecho encontrando como evidencia "una piedra con mancha pardo rojiza" y "mancha sobre cinta asfáltica", las que analizadas por la División Química Legal (perito Bioquímico Rodolfo Jesús Esquivel) dictamina que éstas "son de sangre humana y corresponderían al grupo sanguíneo '0' (cero)".

A la hora de las pruebas testimoniales en sede represiva, tanto el deponente E., E. N. como L., M. N., abonan la versión de la actora.

En efecto, E. dice que "llegaba a su hogar con su madre quien logra ver... que un masculino que se encontraba en la calle ... golpeaba a una femenina. Que al mirar hacia el lugar mencionado por su madre logra ver como el masculino efectivamente golpeaba a una femenina y tenía en su poder un ladrillo, el cual luego de varios golpes y una vez que la femenina cae en al suelo, se lo tira en la cara. Que en ese instante logra dar la voz de alto, ya que el testigo es personal policial". Manifiesta que no conoce al agresor personalmente y éste emprende fuga hacia calle ..., logrando el deponente aprehenderlo en la esquina de ... y agrega "que puede manifestar que la víctima se encontraba con una herida cortante en la cabeza, siendo trasladada por personal médico en ambulancia" (fs. 52, causa penal referenciada).

Mientras que L., M. N. relató "me dirigía por calle ... y antes de ... veo a un hombre que le pega a una señora y antes de que yo llegue ese hombre toma una piedra y la golpea con ella, por eso lo puteo y lo corro para frenarlo, luego un vecino de enfrente lo corre junto a efectivos de la Policía Local". Añade que "La golpeaba constantemente y que tomo una baldosa del piso y la golpeó en la cabeza varias veces" (fs. 91 y vta., causa penal referenciada).

Encuentro ambos testimonios —valorados conforme los parámetros de la sana crítica— precisos, convincentes y concordantes en lo medular entre sí y con el resto de las evidencias producidas y detalladas anteriormente, por lo que cabe tener por probada la existencia de los hechos tal como lo detalló la actora y la consecuente responsabilidad del demandado en la producción de los daños alegados en su carácter de agresor (arts. 1716, 1724, 1726, 1736, 1737 y ccdtes. Cód. Civ. y Comercial; 384 Cód. Proc. Civ. y Comercial).

No conmueve esta conclusión la determinación de las lesiones en el brazo de J. posterior al ataque (evidenciados en la constatación médica obrante a fs. 5 vta. de las actuaciones penales y uno de los pilares de sus agravios), toda vez que esa verificación de heridas no justifica de modo alguno los daños sufridos por la accionante, los que por otra parte también han sido debidamente corroborados al igual que su autoría (fs. 11 vta. y 13, causa penal).

Es por ello que en esta parcela no han de proceder las quejas esgrimidas por el legitimado pasivo en cuanto alega orfandad probatoria y errónea valoración de las evidencias producidas, considerando en cambio que ha quedado debidamente probado el hecho que genera el inicio de estas y la responsabilidad en cabeza del demandado (arts. 375, 384 Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Ello, toda vez que el Juez goza de la facultad de seleccionar aquellos elementos de apreciación objetiva que se incorporan al expediente que estime relevantes para formar convicción y decidir el tema sometido a su conocimiento. Atribuirle eficacia probatoria a alguna de ellos sobre otros, no puede constituir un agravio atendible si no se demuestra la sinrazón de haber procedido de tal modo, sea por falta de mérito del material probatorio, como cuanto por su contra-

dicción con otros medios más eficaces o relevantes, o por cualquier otra razón que persuada que medió de parte del sentenciante una incorrecta aplicación de las reglas de la sana crítica, extremo que no encuentro cumplido en estas actuaciones (art. 384, Cód. Proc. Civ. y Comercial).

VI. Superados los agravios relativos a la responsabilidad del demandado, cabe dar tratamiento de los relativos a los montos indemnizatorios reconocidos.

VI.1. En este aspecto, ambas partes concuerdan en la queja relativa a la utilización de pautas matemáticas para fijar la reparación.

La señora juez de grado en su resolutorio hace referencia a la efectiva aplicación de fórmulas matemáticas para fijar la indemnización, conforme lo dispuesto por el art. 1746 Cód. Civ. y Comercial.

La norma aludida dispone que "En caso de lesiones o incapacidad permanente, física o psíquica, total o parcial, la indemnización debe ser evaluada mediante la determinación de un capital, de tal modo que sus rentas cubran la disminución de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables, y que se agote al término del plazo en que razonablemente pudo continuar realizando tales actividades...".

La aplicación de fórmulas aritméticas a los fines de indemnizar la incapacidad sobreviniente, ha despertado y despierta distintas posturas doctrinarias y jurisprudenciales, existentes aún desde antes de la sanción del Cód. Civil y Comercial, las que ya he abordado en reiterados antecedentes en esta Sala (causas 126.110, RDS 309/2019, sent. del 25/11/2019; 126.858, RDS 41/2020, sent. del 03/04/2020, e.o.).

A partir de esos desarrollos, encontramos las posturas receptivas, las que se resisten a la aplicación de las fórmulas matemáticas y quienes la receptan como una pauta orientadora pero no vinculante.

Adhiero a esta última corriente, toda vez que considero que el art. 1746 Cód. Civ. y Comercial contempla una serie de circunstancias que deben ser necesariamente tenidas en cuenta para la determinación de la indemnización, pero de ningún modo una pauta matemática o financiera a la que deba atarse el Magistrado de forma obligatoria y única.

Es que, cuando el artículo 1740 Cód. Civ. y Comercial desarrolla el concepto de reparación, indica expresamente que ésta debe ser "plena", agregando que debe contemplar "la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie".

De la interpretación armónica de ambas normativas y de los principios generales en la materia, se desprende que no basta con la aplicación de una fórmula que determine un capital en base a la actividad productiva o económicamente valorable del damnificado, sino que el resarcimiento en materia civil debe tener un marco de valoración más basto y amplio. No tiene como objeto —tal como las reparaciones en el ámbito del derecho del trabajo— solo las limitaciones del orden laborativo, relacionadas con la edad y grado de incapacidad, sino que debe incluir necesariamente las implicancias de la persona tanto desde su faz individual como desde su inserción social, su vida en relación, sus relaciones amorosas, familiares, deportivas, lúdicas, etc. Las que deben ser analizadas detalladamente en cada caso individual.

En este sentido, un aspecto importante de la nueva norma es la referencia a una pauta o criterio matemático de ponderación para determinar una suma global definitiva a título de capital que, invertido adecuadamente, produzca renta o ganancia que le permita al damnificado continuar percibiendo durante su vida útil un monto equivalente al que cobraba antes del hecho nocivo. Si bien la redacción de la norma podría dar margen a otra interpretación, concluyo que mantienen vigor los criterios interpretativos que confieren al razonable arbitrio judicial la función por excelencia de cuantificar los daños. Tanto los parámetros matemáticos como los porcentajes de incapacidad resultantes de prueba pericial han de ser valiosos aportes, pero no obligan matemáticamente al juez, porque —insisto— la cuantía por incapacidad sobreviniente no debe ceñirse a cálculos matemáticos rígidos, cerrados y herméticos, sino que debe fijarse sujeta al prudente arbitrio judicial, ponderando la multiplicidad factores particulares de cada caso (enunciadas por el art. 1746 Cód. Civ. y Comercial).

Asimismo, no resulta ocioso destacar que fórmulas matemáticas predispuestas no están exentas de generar arbitrariedades por su nivel de abstracción.

La Justicia Nacional Civil tiene dicho sobre este tópico "La reparación, cualquiera sea su naturaleza y entidad, debe seguir un criterio flexible, apropiado a las circunstancias de cada caso y no ceñirse a cálculos basados en relaciones actuariales, fórmulas matemáticas o porcentajes rígidos, desde que el juzgador goza de un margen de valoración amplio, ello concuerda con las pautas de valoración establecidas en el art. 1746 del Cód. Civil y Comercial" (Cám. Nac. de Apel. en lo Civil, sala A, *in re:* "A. A. R. c. G. A. M. s/ daños y perjuicios", sent. del 28/10/2015, publicado en: RCCyC 2016 (abril), 150; RCyS 2016-VII, 155, cita online: AR/JUR/63674/2015).

En tanto que "Para decidir el monto de la indemnización, además de acudir a las fórmulas matemáticas y cálculos actuariales que surgieron como una herramienta de orientación para proporcionar mayor objetividad al sistema y reflejar de una manera más exacta en lo posible el perjuicio patrimonial experimentado por el damnificado, el Juzgador debe ponderar los elementos vitales que surjan acreditados en la causa, a fin de evitar que la frialdad de una ecuación aritmética cierre la mirada a lo justo en concreto que es, en definitiva, aquello que los jueces deben resolver mediante una resolución razonablemente fundada" (Cám. Nac. de Apel. en lo Civil, sala A, *in re:* "Ponce, Graciela E. c. Balagna, Reynaldo A. y otros s/ daños y perjuicios", sent. del 19/10/2018).

Por su parte, el Dr. de Lázzari, en un criterio que encuentro plenamente aplicable a la indemnización por incapacidad sobreviniente a partir de la sanción del Cód. Civ. y Comercial ha dicho que "Para la determinación de la indemnización es útil recurrir a fórmulas de matemática financiera o actuarial como son aquellas contenidas en las tablas de amortizaciones vencidas a interés compuesto y de uso habitual en los Tribunales de Trabajo. Ello ofrece, como ventajas, algún criterio rector más o menos confiable, cierto piso de marcha al formular o contestar reclamos, o el aventamiento de la inequidad, la inseguridad o la incerteza. Pero esas ventajas no deben llevarnos a olvidar que tales formulas juegas, por un lado, como un elemento más a considerar —cuando mensurar un daño y su reparación se trata— junto a un haz de pautas fundamentales ajenas al mundo de las matemáticas y con todas las cuales el juzgador ha de trabajar para aquélla determinación. Y por otro lado, que su aplicación desprovista de prudencia puede llevar a verdaderos despropósitos" (SCBA LP C 117926 S 11/02/2015 Juez de Lázzari SD).

En el mismo antecedente de nuestro máximo Tribunal Provincial ha concluido que "Nada impide que se utilicen cálculos matemáticos o tablas actuariales como una orientación, pero los jueces no estamos constreñidos a la aplicación de fórmula alguna para la determinación de una indemnización. Esto no debe interpretarse como que repruebo la racionalidad —ni siquiera que me aparto de ella—; pero ha de advertirse que la acepto cuando puede ser pasada por el tamiz de la razonabilidad, cuando refleja una verdadera adecuación de medios afines o cuando se nutre de la experiencia vital y de la realidad humana concreta. Puedo aceptar y adoptar esta racionalidad del cálculo aritmético como una directriz o como un instructivo, pero lo haré siempre bajo la reserva del sentido común. Una reserva que —entre otras cosas— me avisa de juzgar los fríos cómputos como lo que son: configuraciones aritméticas y económicas llevadas a cabo a partir de las personales y subjetivas apreciaciones de sus creadores y operadores." (Causa citada, voto Juez de Lázzari SD).

Por ello, al tratar la indemnización por incapacidad sobreviniente he de aplicar un criterio elástico de valoración, que contenga los parámetros otorgados por el art. 1746 Cód. Civ. y Comercial, mas no atado a una fórmula matemática financiera que prescinda de las circunstancias particulares de la víctima de autos, en ejercicio de los principios de la valoración de la prueba y la sana crítica (art. 384, Cód. Proc. Civ. y Comercial).

VI.2. Bajo estos parámetros, emprendo el análisis de los montos otorgados por daño físico, daño estético, psicológico y su tratamiento, de los cuales se agravian ambas partes: la actora por considerarlos reducidos y el demandado por elevados e injustificados.

He de señalar primeramente que la persona se integra tanto con la esfera física como con la psicológica de forma necesaria e inescindible. Estos ítems conforman la aptitud de un individuo.

De esta naturaleza surge la posibilidad del juzgador de entender la incapacidad generada en ambos aspectos de forma global o conjunta, en el caso que considere que las dolencias psicológicas —al igual que las físicas y estéticas— afectan al patrimonio de la persona y por tanto se trate de un daño patrimonial.

Es decir que el tratamiento de ellos en forma genérica o separadamente no afectan per se la indemnidad de su cuantificación, siempre que se ajuste a las pruebas producidas en el proceso y la aplicación de las reglas de la sana crítica.

Por ello, a fin de mantener el orden metodológico de la sentencia de grado he de tratar el daño físico, estético y psicológico de forma conjunta en la inteligencia que debidamente explicitados y argumentados cada uno de ellos no lesiona ni menoscaba derecho alguno, sino que se ajusta a un mecanismo válido para cuantificar el daño patrimonial.

Conforme lo resolvió esta Sala, en el supuesto de lesiones, el daño patrimonial se configura cuando existe incapacidad o disminución de las aptitudes físicas o psíquicas, que incide en las posibilidades laborales y en tanto genera una restricción a la potencialidad productiva, el que es indemnizado como daño emergente (esta Sala, causas 97.753, sent. del 27/06/2002, RSD 162-2002; 101.097, sent. del 16/08/2005; 104.884, sent. del 18/08/2005, entre otras).

Ahora bien, tomada la incapacidad como el daño que afecta el patrimonio actual y futuro del individuo, al comprometer definitivamente sus potencialidades,

se advierte que el mismo puede reconocer diversas manifestaciones, ya sea porque el desmedro se produce en sus aptitudes psíquicas o en la estructura corporal de la persona y, dentro de este aspecto, presentarse como un desorden orgánico, funcional, o aún estético. En este último caso, para integrar el concepto de incapacidad, como daño patrimonial emergente, el daño inferido a la faz estética del individuo debe ser ostensible y manifestarse con una envergadura tal que acarree una verdadera limitación a las posibilidades económicas del damnificado, pues, de lo contrario, sólo cabe emprender su consideración como una afectación de orden moral, o espiritual, por los sufrimientos o mortificaciones que pueden provocar en la víctima (esta Sala, causas 100.508, RSD 111/2003, sent. del 27/05/2003; 125.904, RDS 264/2019, sent. del 01/10/2019, e.o.).

Así lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación en cuanto a que "El daño o lesión estética no es autónomo respecto al material o moral, sino que integra' uno u otro o ambos, según el caso", afirmando asimismo que ante la ausencia de indicios de que el menoscabo sufrido provoque o haya provocado perjuicios patrimoniales, debe ser considerado al establecer el daño moral (conf. CSJN Causa "Coco, Fabián A. c. Buenos Aires Provincia de y otros s/ daños y perjuicios". Sent. del 29/06/2004).

En consecuencia, no basta demostrar la existencia de cicatrices evidentes, o variaciones en la marcha, o movimientos en general para tener por acreditado el daño estético, sino que éstas deben traducirse en una afectación de carácter permanente en el individuo, para que proceda su consideración dentro de la esfera patrimonial.

En el mismo sentido, en el supuesto de las dolencias psicológicas alegadas, cuando se trate de una perturbación del equilibrio espiritual, del pleno ser y hacer del individuo determinada como irreversible —aun cuando pueda ser parcialmente mejorada con tratamiento— cabe involucrarla dentro del ámbito del daño patrimonial, mientras que si es de carácter reversible o temporal deberá incluírsela como integrante de daño moral.

El daño psicológico o psíquico no resulta un rubro autónomo del daño material o del daño moral, sino que se incluye como parte integrante de uno u otro según las particularidades del caso. Si es de carácter transitorio formará parte del daño moral, si es de carácter permanente, será parte integrante del daño material o patrimonial.

Sobre este piso de marcha, se analizan las pruebas colectadas en autos, entre las que cobra significativa relevancia el aporte de las experticias practicadas.

En el orden físico, la pericia médica efectuada por el Dr. G., O. P. —instado a que detalle todas las lesiones sufridas por R. con motivo del hecho de marras— determina que durante el examen médico no se obtuvieron datos de interés pericial (respuesta 1, fs. 177/178), agregando que "La actora... no aportó ninguna documentación relacionada con el hecho denunciado" (punto 2, fs. citadas) y que "No se observaron secuelas del contenido de los hechos denunciados, teniendo en cuenta que de acuerdo a los dichos de la propia actora, durante el examen médico pericial, no asistió a ninguna consulta médica posterior al año 2015. Esto quiere decir que si hubiera habido alguna secuela, la misma hubiera ido a la asistencia médica para control, evolución y tratamiento de las lesiones supuestamente padecidas" (repuesta 6, fs. citadas).

Por su parte, en el orden estético, el perito cirujano plástico D., F. A. dictamina sobre el estado actual del accionante "Cicatriz postraumática distrófica, oblicua, diastasada, discrómica, alopécica, de 25 mm de largo por 5 mm de ancho, ubicada en la región frontal superior y línea de implantación pilosa derecha; Cicatriz postraumática eutrófica, lineal, oblicua, eucrómica de 30mm de largo por 4mm de ancho, ubicada en el cuero cabelludo del vértex cefálico; Cicatriz postraumática eutrófica lineal, oblicua, eucrómica, de 18 mm de largo por 2mm de ancho, ubicada en la región occipital del cuero cabelludo" (puntos 3.1, 3.2, 3.3, de fs. 127/129).

Luego, entiende que "las secuelas antiestéticas descriptas al momento del examen pericial padece la actora le producen un Daño Estético parcial del 3,18% del total de tipo permanente y definitivo, con prescindencia de incapacidades de otro orden que eventualmente pudiera padecer" (fs. referidas, punto tercero del cuestionario de la actora) y que "las secuelas antiestéticas cicatrizales que al momento del examen pericial padece la actora son estables, permanentes y definitivas, careciendo de posibilidades de mejoría tanto espontánea como por medio de procedimientos médico-quirúrgicos" (fs. referidas, punto cuarto parte actora).

Ante el pedido de explicaciones de fs. 142, el experto reafirma su informe a fs. 149/150.

Finalmente, en el orden psicológico/psiquiátrico, la Licenciada A., M. J. dictamina en su conclusión diagnóstica que: "De acuerdo a la evaluación realizada a la Sra. R., presenta un Trastorno por Stress post-Traumático crónico... La patología que presenta la actora, constituye un síndrome psiquiátrico coherente, novedoso en su biografía; está relacionada causalmente con el trauma vivido y le ha provocado una disminución en sus aptitudes psíquicas previas, por lo que se

ha visto resentida su salud, su actividad laboral, social y deportiva" (fs. 158/160).

Preguntada la experta sobre el grado de incapacidad sufrido por la actora a consecuencia de la producción del hecho de autos determina: "La Sra. R. presenta un porcentaje de incapacidad del 20 %, según Baremo de los Dres. Castex y Silva" (punto 2°, fs. referidas) y agrega que "Es necesario que la actora realice tratamiento psicoterapéutico y psicofarmacológico: antidepresivos y ansiolíticos; durante un lapso aproximado a un año, según evolución. El costo por sesión oscila entre los $... y $... y, el costo de medicación, ronda los $... mensuales" (punto 3°, pericia referida).

Ante las observaciones presentadas por el accionado, la Licenciada ratificó su informe (fs. 171 y 175).

A partir de las experticias detalladas, para la determinación de la cuantía indemnizatoria, no resulta ocioso precisar que éstas deben valorarse de conformidad a las reglas de la sana crítica y con sujeción a las normas de aplicación al caso (SCBA, B 50.984, sent. del 04/07/1995, "Acuerdos y Sentencias" 1995-II-810; SCBA, B 52.359, sent. del 14/11/2007). Al sopesarlas, los jueces ejercen facultades propias, no teniendo sus conclusiones eficacia vinculante (SCBA, Ac. 38.915, sent. del 26/04/1988, "LA LEY" 1988-D-100, "Acuerdos y sentencias" 1988-I-720, DJBA 1988-134, 345; SCBA, Ac 49.735, sent. del 26/10/1993; Ac 56.166, sent. del 05/07/1996; Ac. 61.475, sent. del 03/03/1998), si bien para apartarse debe haber motivos serios y acreditados.

En suma, conforme ha resuelto esta Sala, las reglas de la sana crítica indican que para el desplazamiento de la pericia suficientemente fundada, es necesario oponer argumentos científicos que pongan en duda su eficacia probatoria. Las meras opiniones en contrario, sin esgrimir razones científicas fundadas, son insuficientes para provocar el apartamiento de las conclusiones vertidas por quien es experto en un área de la ciencia o técnica (art. 474 del Cód. Proc. Civ. y Comercial; esta Sala, causas 109.550, sent. del 22/07/2008; 124.286, sent. del 09/04/2019, RSD 79/2019, entre muchas otras).

En el presente, no encuentro razón alguna obrante para apartarme de las conclusiones técnicas y específicas brindadas por los expertos actuantes (arts. 384 y 474 Cód. Proc. Civ. y Comercial).

En este orden, concluyo que en el orden físico resulta procedente que solo sea indemnizada por los menoscabos estéticos de los que efectivamente se encuentra corroborada su existencia, su medida y permanencia en el tiempo, mas no por el resto de los daños alegados por la accionante de lo que no hay prueba en concreto, pero si la convicción —colectada mediante la pericia médico traumatológica efectuada— que en la actualidad no existe tal detrimento (fs. 127/129, 142/149/150, 177/178; arts. 384, 474 Cód. Proc. Civ. y Comercial).

En el caso de la experticia psiquiátrica/psicológica evidencio de su texto la existencia de patologías de carácter permanente (fs. 158/160, 171, 175).

Ahora bien, luego la experta propone un tratamiento psicoterapéutico y psicofarmacológico fijando tiempo, sesiones, medicación y costos, circunstancia que supone la posibilidad —claramente incierta— de operar en el futuro mejorías en el cuadro de la damnificada.

De allí colijo que ambas cuestiones deben ser tratadas y valoradas en forma conjunta y equilibrada sin invalidar uno de los aspectos (la incapacidad) con el otro (el tratamiento), acudiendo para ello a las reglas de la sana crítica y obviando la aplicación matemática o aritmética de ambos resultantes de la pericia a un porcentaje, fijándose una única tarifación para ambos puntos.

Ello no significa de modo alguno desconocer la procedencia de los dos ítems aludidos, toda vez que "No se genera una doble indemnización al reconocer el daño psicológico y además el tratamiento terapéutico posterior porque en materia de hechos ilícitos corresponde la reparación integral del perjuicio sufrido por la víctima y, dentro de tal orden de ideas, los desembolsos necesarios para la rehabilitación terapéutica de los actores resultan consecuencias del hecho dañoso y son imputables al responsable del mismo a tenor de lo dispuesto por el art. 901 y siguientes del Cód. Civil"; careciendo por otra parte de significación el resultado que pudiera arrojar el mismo porque éste obviamente opera para el futuro pero no borra la incapacidad existente hasta entonces, también imputable al responsable del ilícito" (CC0203 LP 122.316 RSD 240/17 Sent. de fecha 21/12/2017).

Sentado ello, deben ponderarse las características particulares de la actora que tenía 50 años al momento del accidente (fs. 1 y vta. causa penal referida), que su ocupación es la de ama de casa (fs. 1 y vta., 12 causa penal referida) y que su concubino durante más de 35 años falleció.

R. refiere ser estudiante pero no prueba por ningún medio tal extremo, por lo que no cabe considerarlo como un elemento más (fs. 12 causa penal referida).

Como otro parámetro para estimar el rubro y como variable ha de tomarse el salario mínimo vital y móvil

mensual vigente ante la ausencia de acreditación de ingresos (Resolución 3/2018 del Consejo Nacional del Empleo, la Productividad y el Salario Mínimo Vital y Móvil. V. vínculo web https://www.argentina.gob.ar/trabajo/consejodelsalario/resoluciones).

Igualmente, conforme lo desarrollado en el punto IV del presente,ha de evaluarse la indemnización fijada con una perspectiva de género ante la agresión sufrida por una mujer —actora en estas actuaciones— por parte de un hombre de su entorno —demandado y ex cuñado— y sus implicancias en el ámbito estético y psicológico.

Asimismo —como se dijo— en virtud de lo establecido por el art. 1746 Cód. Civ. y Comercial, bajo este rubro no solo he de computar el deterioro de carácter laborativo a la actora, sino que computaré las lesiones en sí mismas que afectan la integridad estética y psicológica de la damnificada, el menoscabo que estas limitaciones le generan en los diversos planos de la vida del individuo como su capacidad de trabajo, en su vida en relación en el aspecto social, deportivo, etcétera, y todos los aspectos detallados en este punto.

En consecuencia, a raíz de las variables mencionadas estimo que resulta adecuada la cuantificación efectuada por el *a quo*, por lo que propongo confirmarla (arts. 1740 y 1746 Cód. Civ. y Com. de la Nación; 384, 456, 474, Cód. Proc. Civ. y Comercial).

De tal forma, se fija una reparación plena e integral que permita a la accionante contar con un recurso económico que cubra la merma que el hecho de autos provocó en su vida (art. 1746, Cód. Civ. y Com. de la Nación).

VI.3. Con relación al daño moral reconocido por la sentencia de grado, he de destacar que conforme lo establece el artículo 1738 y 1741 del Cód. Civ. y Comercial, la obligación de resarcir también lo comprende, además de la indemnización de las pérdidas e intereses.

Se entiende entonces que el responsable del daño debe cubrir el quebranto que supone la privación o disminución de bienes como la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad física y, en general, todo menoscabo a los más sagrados afectos (SCBA. AC: 35.579 del 22/04/1986; esta Sala, causa 96.891, sent. del 02/04/2002, RSD 46/2002, e.o.).

En virtud de las características del hecho ventilado en autos y las probanzas producidas, tengo por acreditado que a partir del accidente la legitimada activa sufrió padecimientos de distinta entidad, fundamentalmente en su tranquilidad personal y vida en relación que deben ser indemnizados.

Ahora bien, tal como se ha referenciado, se encuentra probada la existencia de hechos de violencia recíprocos entre las partes, además de una relación conflictiva a partir de cuestiones patrimoniales. Así lo evidencian la actora y el demandado en su demanda y conteste (fs. 6/20 y 39/42) como en las declaraciones efectuadas en sede penal por ambos (fs. 12, 17, 26 causa penal referenciada), como la causa sobre violencia familiar agregada por cuerda al presente como prueba (autos: "J., J. L. c. R., M. C. s/ protección contra la violencia familiar" en trámite por ante el Juzgado de Familia N° 4 de este Departamento Judicial).

Estos se traducen en que si bien el acto lesivo le ha causado a la actora una indudable conmoción, angustia y padecimientos que debe ser indemnizada, no fue este el hecho generador de los problemas familiares, sino que por el contrario, ambos intentaron justificar sus agresiones en situaciones familiares/ patrimoniales.

A los fines de cuantificar el rubro —más allá de lo expuesto—, no resulta ocioso indicar que su determinación no está sujeta a reglas fijas (Conf. SCBA, C 98.039, sent. del 18/03/2009) y que para su determinación depende "...Del arbitrio judicial para lo cual basta la certeza de que ha existido, sin que sea necesaria otra precisión y no requiere prueba específica alguna cuando ha de tenérselo por demostrado por el solo hecho de la acción antijurídica —daño *in re ipsa*— y es al responsable del hecho dañoso a quien incumbe acreditar la existencia de una situación objetiva que excluya la posibilidad de un daño moral (SCBA, Ac. 41.539, sent. del 21/11/1989, publicado en DJBA 1990-138, 15, en "Acuerdos y Sentencias" 1989-IV-219; Ac. 55.648, sent. del 14/06/1996; Ac. 56.328, sent. del 05/08/1997, publicado en "El Derecho" 182-134, "Acuerdos y Sentencias" 1997-IV-9; Ac. 59.834, sent. del 12/05/1998; Ac. 64.247, sent. del 02/03/1999, "Acuerdos y Sentencias" 1999-I-360; Ac. 82.369, sent. del 23/04/2003).

Dentro de este contexto, encuentro que las sumas fijadas por la *a quo* resultan adecuadas por lo que propongo confirmarlas (arts. 1738 y 1741 del Cód. Civ. y Comercial, 384, 474 Cód. Proc. Civ. y Comercial).

VI. 4. La procedencia y cuantificación de la reparación por gastos médico asistenciales y de traslado reconocidos por la sentencia de grado, es otro de los puntos que agravia a la actora.

De las constancias de la causa penal surge que la actora fue atendida en el Hospital Rossi (fs. 1, causa penal referida) luego de cortes en la cabeza (fs. 1, causa penal referida, testigos fs. 52, 91/ 91 vta., fs. 36/42).

Por su parte, la pericia médica refiere que no se constata constancia de atención médica de la actora desde el año 2015 (fs. 177/178).

Ahora bien, para determinar la procedencia de este rubro debe estarse al actual art. 1746 del Cód. Civ. y Com. de la Nación que en su parte pertinente dispone "...Se presumen los gastos médicos, farmacéuticos y por transporte que resultan razonables en función de la índole de las lesiones o la incapacidad...".

De la letra del mencionado artículo se desprende que los gastos médicos y farmacológicos se presumen a partir de la producción de un daño mensurable, y no requieren de una prueba expresa, excepto que su monto sea oneroso y requiera de una demostración especial.

Es decir que, probado el daño físico, se presume que el actor realizó erogaciones en medicamentos y traslados para el tratamiento de las dolencias, siempre que revistan el carácter de prudentes, en tanto que las sumas mayores deben ser debidamente alegadas y acreditadas.

No resulta óbice que la víctima del siniestro haya sido tratada por profesionales y centros asistenciales públicos, toda vez que los gastos efectuados no se limitan a esas atenciones puntuales, sino a los gastos producidos en este aspecto a partir de las dolencias padecidas.

En función a lo expuesto, a las atenciones médicas efectuadas y a la ausencia de prueba sobre tratamiento o visitas médicas desde el año 2015, encuentro que la suma otorgada por la *a quo* luce prudente y correctamente cuantificada.

En consecuencia, estimo procedente rechazar los agravios de las accionante en este extremo y confirmar el monto fijado en la instancia (arts. 1746 Cód. Civ. y Comercial, 384 Cód. Proc. Civ. y Comercial).

VII. Finalmente, en aplicación de la visión desarrollada en el punto IV del presente, en virtud a que mediante este decisorio se concluye que la condición de mujer de la víctima ha sido uno de los desencadenantes del hecho de violencia y por ello requiere su análisis con perspectiva de género, encuentro adecuado un abordaje sociocultural y educativo adicional de las reparaciones pecuniarias fijadas tanto en la sentencia de grado como en este decisorio.

Ello en virtud a que se trata de una problemática que requiere de la búsqueda de soluciones de fondo para este tipo de actos.

En este sentido, la Licenciada Sandra de Andrés, coordinadora del programa 'Desaprender' dependiente del Hospital 'Sor María Ludovica' de esta Ciudad, conceptualiza que "Nadie se levanta violento de una mañana a la otra. La violencia es una conducta aprendida y repetida, una construcción social que se va repitiendo de generación en generación. El ámbito en que cada quien se crió y las experiencias que tuvo al crecer llevan a que algunas personas se apropien o no de determinadas formas violentas de conducirse, de determinados abusos de poder que están insertos en el sistema patriarcal con siglos de existencia. La violencia es una conducta aprendida y como tal se puede desaprender" (fuente: Diario El Día, publicación del 21 de abril de 2019 "Enseñan a hombres que golpean a sus mujeres a salir del ciclo de la agresión").

Con este alcance es que se ordena como medida complementaria al demandado J., J. L. la realización de un abordaje socioeducativo para abordar la problemática.

A tales fines, deberá concurrir al programa "Desaprender" del Hospital Interzonal de Agudos "Sor María Ludovica" de esta Ciudad y acreditar su participación en el grupo en las condiciones y modalidades que los profesionales actuantes lo requieran, bajo apercibimiento de multa de $... (...) la que será asignada en favor del mencionado grupo y quien podrá ejecutarla por la vía de ejecución de sentencia, por lo que la presente también le será notificada.

Para ello, deberá concurrir al nosocomio sito en calle 14 e/ 65 y 66 de la Ciudad de La Plata (lunes a viernes, de 08.00 a 12.00 hs.) a los fines de generar el proceso de admisión, con la orden que se librará mediante oficio por Secretaría.

A sus efectos, se informa que las responsables del programa "Desaprender" son las Lic. en Trabajo Social: Sandra de Andres - Mariel Tobalo Garay y Lic. en Psicología: Sandra Branchin (Teléfono: ... internos —1413/1723/1415/ 1897— ..., programadesaprender@gmail.com).

Esta medida deberá cumplirse una vez finalizado el "aislamiento social preventivo y obligatorio" establecido por Dec. PEN 297/2020 prorrogado hasta el 17 de julio de 2020 inclusive, mediante Decretos 325/2020, 355/2020, 408/2020, 459/2020, 493/2020, 520/2020, 576/2020 y conc. y las Resoluciones dictadas en consecuencia por la Suprema Corte de Justicia Provincial (N° 480/20, 553/20, 558/20, Res. De Presidencia 31/2020 sus aclaratorias y complementarias), fijándose un plazo para la acreditación de su inicio de 60 (sesenta) días desde la fecha señalada o la que se determine posteriormente por el Poder Ejecutivo (ya sea Nacional, Provincial o Municipal) en caso de continuidad de las medidas de emergencia por la pandemia de público conocimiento.

VIII. En tal entendimiento, por las consideraciones vertidas, he de proponer hacer lugar parcialmente al recurso impetrado por el demandado disponiendo la inoponibilidad de la prejudicialidad a los presentes actuados; insto —en ejercicio de la apelación implícita o adhesiva— a tener por probada la existencia de los hechos tal como lo detalló la actora y la consecuente responsabilidad del demandado en la producción de los daños alegados en su carácter de agresor (arts. 1716, 1724, 1726, 1736, 1737 y ccdtes. Cód. Civ. y Comercial, 384 Cód. Proc. Civ. y Comercial); asimismo postulo que se ordene al demandado concurrir al programa "Desaprender" del Hospital Interzonal de Agudos "Sor María Ludovica" de esta Ciudad y acreditar su participación en el grupo en las condiciones y modalidades que los profesionales actuantes lo requieran, bajo apercibimiento de multa de $... (...) la que será asignada en favor del mencionado grupo y quien podrá ejecutarla por la vía de ejecución de sentencia, por lo que la presente también le será notificada; propongo desestimar los restantes agravios examinados y la consecuente confirmación de la sentencia apelada en esos aspectos. Finalmente, propicio que las costas tanto de la instancia de origen como las de la Alzada se impongan al legitimado pasivo en su esencial condición de vencido (art. 68, Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Voto por la Negativa.

El doctor *Hankovits*, por los mismos fundamentos, votó en igual sentido.

2ª cuestión. — El doctor *Banegas* dijo:

En atención al acuerdo alcanzado al tratar la cuestión anterior corresponde: 1) hacer lugar parcialmente al recurso impetrado por el demandado, disponiendo la inoponibilidad de la prejudicialidad a los presentes actuados; 2) tener por probada la existencia de los hechos tal como lo detalló la actora y la consecuente responsabilidad del demandado en la producción de los daños alegados en su carácter de agresor (arts. 1716, 1724, 1726, 1736, 1737 y ccdtes. Cód. Civ. y Comercial, 384 Cód. Proc. Civ. y Comercial), conforme el ejercicio de la apelación implícita o adhesiva; 3) se ordene al demandado a concurrir al programa "Desaprender" del Hospital Interzonal de Agudos "Sor María Ludovica" de esta Ciudad y acreditar su participación en el grupo en las condiciones y modalidades que los profesionales actuantes lo requieran, ello bajo apercibimiento en caso de incumplimiento de la aplicación de una multa de $... (...), la que será asignada en favor del mencionado grupo, quien podrá ejecutarla en su caso por la vía de ejecución de sentencia, por lo que el presente fallo también le será notificado; 4) desestimar los restantes agravios examinados y la consecuente confirmación de la sentencia apelada en todos esos aspectos; 5) imponer las costas tanto de la instancia de origen como las de la Alzada al legitimado pasivo en su esencial condición de vencido (art. 68, Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Así lo voto.

El doctor *Hankovits*, por los mismos fundamentos, votó en igual sentido.

Con lo que termino el acuerdo, dictándose la siguiente sentencia: Por ello, y demás fundamentos del acuerdo que antecede 1) se hace lugar parcialmente al recurso impetrado por el demandado, disponiendo la inoponibilidad de la prejudicialidad a los presentes actuados; 2) se tiene por probada la existencia de los hechos tal como lo detalló la actora y la consecuente responsabilidad del demandado en la producción de los daños alegados en su carácter de agresor (arts. 1716, 1724, 1726, 1736, 1737 y ccdtes. Cód. Civ. y Comercial, 384 Cód. Proc. Civ. y Comercial), conforme el ejercicio de la apelación implícita o adhesiva; 3) se ordena al demandado a concurrir al programa "Desaprender" del Hospital Interzonal de Agudos "Sor María Ludovica" de esta Ciudad, quien debe acreditar su participación en el grupo en las condiciones y modalidades que los profesionales actuantes lo requieran, bajo apercibimiento en caso de incumplimiento de la aplicación de una multa de $... (...), suma que será asignada en favor del mencionado grupo, quien podrá ejecutarla en su caso por la vía de ejecución de sentencia, por lo que el presente fallo también le será notificado; 4) se desestiman los restantes agravios examinados y la consecuente confirmación de la sentencia apelada en todos esos aspectos; 5) se imponen las costas tanto de la instancia de origen como las de la Alzada al legitimado pasivo en su esencial condición de vencido (art. 68, Cód. Proc. Civ. y Comercial). Regístrese. Notifíquese electrónicamente (SCBA, Res. Presidencia 10/2020, art. 1 ap. 3, c.2) y en carácter de urgente a las responsables del programa "Desaprender" mediante cédula al domicilio real. Devuélvase. *— Leandro A. Banegas. — Francisco A. Hankovits.*

VIOLENCIA DE GÉNERO

Exclusión de hogar. Impedimento de comunicación con el hijo. Profesional del derecho denunciado. Necesaria capacitación en materia de género. *Obitter*: Deber de los colegios profesionales y de las universidades de impartir capacitación en relación con la temática.

Con nota de Mariana Brocca

1. — Se dispone como medida cautelar, urgente y provisoria prohibir la comunicación del denunciado por violencia de género para con su hijo por cualquier medio: verbal, telefónica, personal, incluso por medios informáticos o cibernéticos, o por interpósita persona, como asimismo relacionarse, entrevistarse o desarrollar cualquier conducta similar. También se ordena terapia psicológica del denunciada, efectiva y sostenida en el tiempo, a fin de procurar una reflexión por parte de este, de su situación, para luego de ello mejorar la relación paternofilial, a los fines de una revinculación.

2. — En cumplimiento con la obligación que asumió el Estado Argentino, y en búsqueda del cambio de los patrones socio culturales de conducta para lograr una efectiva y real igualdad en este caso concreto entiendo que corresponde emplazar a quien fue denunciado por violencia de género para que realice capacitación obligatoria en la materia —entendido el género como una construcción, no biológica sino cultural, social e histórica—; máxime cuando el denunciado es profesional del derecho (abogado), quien debería conocer todo el bloque de legalidad y convencionalidad que conforman el sistema jurídico, incluso el referido a la materia. Del profesional del derecho, la sociedad espera conductas acordes a todo el ordenamiento jurídico legal y convencional, por considerarse la profesión de abogado uno de los pilares fundamentales en los que se apoya el sistema jurídico, como coadyuvantes y auxiliares de la justicia misma.

3. — *Obiter dictum*: Se exhorta a las autoridades del Colegio de Abogados de la Provincia de Córdoba para que la capacitación en materia de género (Ley "Micaela"), se extienda en forma obligatoria a todos profesionales del derecho, ya matriculados. Asimismo, a las autoridades de la Universidad Nacional de Córdoba a fin de que incorporen esta capacitación en la currícula de todo su alumnado, áreas extensivas y público en general; en virtud del lugar trascendental que ocupan ambas instituciones, y con la finalidad que colaboren con dicho aporte a la modificación y desconstrucción de roles y esterotipos de género, históricamente asignados, para lograr una reconstrucción social y cultural con perspectiva de género, y en consecuencia con enfoque de derechos humanos; y así se acelerará la transformación necesaria e indispensable para alcanzar la igualdad real y efectiva dispuesta normativamente.

JCiv., Com., Conciliación, Familia, Alta Gracia, 03/08/2020. - C.I.G. s/ denuncia por violencia familiar.

[Cita on line: AR/JUR/43857/2020]

Expediente: 8434459

1ª Instancia.- Alta Gracia, agosto 03 de 2020.

Vistos:

La intervención de carácter preventivo del Tribunal y las constancias de autos de la que se desprende la denuncia efectuada por M. G. P. en contra de I. G. C. (fs. 1 y 2); resolución del Tribunal disponiendo como medida cautelar la exclusión del Sr. I. G. C. del hogar familiar y la medida de prohibición y restricción entre los mismos (fs. 3 y 3 vta.); acta de incautación de tres armas de fuego del Sr. I. G. C. (fs. 10); actas de audiencias celebradas con las partes, en cumplimiento del Art. 22 de la ley 9283 (fs. 19 y 20); resolución del Tribunal en relación a los alimentos provisorios y régimen comunicacional del hijo en común de las partes (fs. 21); resolución del Tribunal que pone a disposición del MPF, las tres armas de fuego incautadas, por requerimiento de la Fiscalía de instrucción interviniente, en el marco de la investigación penal preparatoria que se encontraban efectuando en contra de I. G. C.A fs. 39/44 obra agregada nueva denuncia efectuada por M. G. P., emplazando el Tribunal al Sr. C. a cesar en las conductas que entrañarían violencia psicológica en el niño G. (fs. 45). A fs. 48/55 se encuentra incorporada denuncia formulada por el Sr. I. G. C. en contra de la Sra. M. G. P., disponiendo el Tribunal nueva medida cautelar de prohibición de contacto y restricción de acercamiento entre I. G. C. y M. G. P. y ordenando terapia psicológica para la Sra. M. G. P., para Sr. I. G. C. en el Centro Integral de Varones y emplazamiento a los progenitores para la realización de terapia psicológica del niño G. (fs. 56 y 56 vta.).

A fs. 65/66 obra presentación efectuada por I. G. C. a lo que el Tribunal solicita al Equipo Técnico un diagnóstico de situación en el marco de lo dispuesto por el art. 25 de ley 9283. A fs. 75/85 obra incorporado el informe requerido.

Considerando:

Primero: Situación del niño

a) Marco teórico: Atento lo dispuesto por la Convención sobre los Derechos del Niño, Ley Nacional N° 26.061 y Ley Provincial N° 9944 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes cuyo objetivo es la promoción, asistencia, protección, resguardo y restablecimiento de los derechos de este grupo vulnerable y contienen como principio fundamental el interés superior del niño, como criterio para comprender y decidir el derecho en cualquier situación que implique conflicto de intereses e involucre al niño. En este sentido los niños, niñas y adolescentes son reconocidos por dicha legislación como sujetos de derecho, como personas en desarrollo y en consecuencia tienen derecho a no ser sometidos a trato violento de ningún tipo y a la protección - entre otros aspectos - de su integridad psíquica.

b) Marco fáctico: Teniendo en cuenta la situación del niño G. C. P. conforme las actuaciones incorporadas a la presente causa, y en especial el aporte de la Licenciada Alejandra Reinato, integrante del Equipo Técnico interdisciplinario de la sede judicial quien expresa— entre otras cuestiones— que "...En relación a la detección de vulnerabilidades en la Sra. M. G. P., se podría inferir que reuniría las características de una persona víctima de violencia psicológica, económica y simbólica, ejercida por el Sr. I. G. C. (...) teniendo especialmente en cuenta que de sostenerse la violencia en cualquiera de sus formas, el niño G. se encontraría expuesto a lo mismo, con graves consecuencias en su vida, por su edad y la etapa de desarrollo en la que se encuentra..." "...el Sr. I. G. C. poseería características que se condicen con quien había ejercido el poder y la dominación en la interacción con su expareja, con inevitables impactos sobre el niño G." asimismo es dable resaltar de dicho informe que: "de las manifestaciones de I. G. C. se puede inferir una clara actitud de negación a asumir ningún tipo de coparentalidad junto a la Sra. M. G. P. en relación a G..." "...se podría inferir que el niño G. C. P., habría sido expuesto a situaciones de alta vulnerabilidad...".

Que de ello se puede advertir el ejercicio de una violencia predominantemente psíquica o psicológica, aparentemente inconsciente y naturalizada por parte del progenitor hacia su hijo que afectaría el desarrollo del crecimiento de la persona de G., no solamente en un contexto actual, sino de larga data, atento surgir de dicho informe y de las presentes actuaciones una marcada personalidad jerárquicamente dominante del Sr. I. G. C.

c) Conclusión: Atento todo ello y la legislación anteriormente referenciada a los fines preventivos y de resguardar la integridad psicofísica del niño G. C. P. y conforme lo dispuesto también por la Ley 9283 de hacer cesar la escalada de violencia a la que se encontraría expuesto el mismo como medida cautelar, urgente y provisoria este Tribunal considera pertinente ordenar:

- la prohibición de comunicación de I. G. C. para con el niño G. C. P. por cualquier medio: verbal, telefónica, personal, incluso por medios informáticos o cibernéticos, o por interpósita persona, como asimismo relacionarse, entrevistarse o desarrollar cualquier conducta similar, todo bajo apercibimiento del art. 239 del CP y el art. 30 de la Ley 9283. Asimismo se hace saber que las presentes tienen un plazo de vigencia de diez meses desde el día de la fecha y quedan sujetas a su ampliación, restricción o levantamiento por parte del Tribunal, de acuerdo a lo que resulte del procedimiento.

Asimismo ordenar terapia psicológica del Sr. I. G. C. efectiva y sostenida en el tiempo, a fin de procurar una reflexión por parte del mismo, de su situación, para luego de ello mejorar la relación paterno-filial, a los fines de una revinculación. En virtud que la medida (terapia) ya fue ordenada a fs. 21 y se emplazó a su cumplimiento a fs. 56/57, sin que ello fuera acatado, emplácese al Sr. I. G. C. para que en el término de un mes (a contar desde la notificación de la presente), acredite con la certificación respectiva el inicio de la terapia psicológica, denunciando el profesional que lo tratara y consignando el contacto telefónico del mismo para conocimiento del Tribunal, bajo apercibimiento de astreintes (un jus por día). Asimismo deberá acompañar informe evolutivo de la terapia, expedida por el profesional, de manera trimestral.

Habiendo tomado conocimiento que G. C. P. se encontraría realizando terapia psicológica, deberá requerirse a la profesional interviniente un informe del tratamiento que se encuentra realizando y su evolución.

Dar intervención a la Asesora Letrada a fin de que asuma en su carácter de Ministerio Público (art. 103 del Cód. Civ. y Comercial) la representación del niño G. C. P. y córrase vista de lo actuado.

Segundo: Violencia de género

a) Marco teórico: En cuanto a la relación del Sr. I. G. C. y M. G. P. considero que es relevante hacer un breve recorrido a la normativa vigente a fin de darle marco jurídico a la presente resolución. Con la reforma de la Constitución Nacional en el año 1994 se incorporaron al sistema jurídico una serie tratados de derechos humanos al que se les otorgó jerarquía constitucional y pasaron a conformar el bloque de constitucionalidad, lo que a su vez, me convoca a un control de convencionalidad.

En primer lugar como pieza fundamental de la temática que nos ocupa se encuentra la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) que establece que el "...Estado adoptará medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer..." (art. 4) "...En relación a los roles y estereotipos de conducta, el Estado tomará todas las medidas apropiadas para modificar los patrones socioculturales de conductas 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 inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres..." (art. 5 inc. a).

Asimismo es dable resaltar lo dispuesto por la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer "Convención Belem do Para" la que establece como obligación de los Estados en su art. 8 inc. b) "...modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, incluyendo el diseño de programas de educación formales y no formales apropiados a todo nivel del proceso educativo, para contrarrestar prejuicios y costumbres y todo otro tipo de prácticas que se basen en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros o en los papeles estereotipados para el hombre y la mujer que legitimizan o exacerban la violencia contra la mujer"... "Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia" (art. 7).

En el ámbito de la legislación nacional contamos con la Ley de Protección Integral para prevenir, sancionar, erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos que desarrollen sus relaciones interpersonales (26.485) la que en su art. 7 establece que: "...Los tres poderes del Estado, sean del ámbito nacional o provincial, adoptarán las medidas necesarias y ratificarán en cada una de sus actuaciones el respeto irrestricto del derecho constitucional a la igualdad entre mujeres y varones.

Para el cumplimiento de los fines de la presente ley deberán garantizar los siguientes preceptos rectores: a) La eliminación de la discriminación y las desiguales relaciones de poder sobre las mujeres; b) La adopción de medidas tendientes a sensibilizar a la sociedad, promoviendo valores de igualdad y deslegitimación de la violencia contra las mujeres...";

Y la Ley Provincial 10.401 de Protección Integral a las víctimas de violencia, a la mujer por cuestión de género, en el marco procesal, administrativo y jurisdiccional la que establece como una de las facultades del juez interviniente en su art. 11 inc. o) "Disponer reglas de conducta que resulten adecuadas para prevenir la comisión de nuevas infracciones y toda otra medida que considere conveniente...".

Es numerosa la jurisprudencia internacional en la materia pero en relación al rol del Estado y en especial al del Poder Judicial en el Expediente N° 2015401-96/131 relativa a la discriminación en contra de la mujer, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su informe denominado "Estándares jurídicos vinculados a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: desarrollo y aplicación", expresó que "la administración de justicia es la primera línea de defensa en la protección de los derechos humanos a nivel nacional, incluyendo los derechos de las mujeres. Es importante también traer a colación lo sostenido por dicha Comisión en el informe 54/01 del caso emblématico 12,501: Maria Da Penha Maia Fernandes c. Brasil del 16 de abril de 2001 el que dispone que la obligación de los estados se extiende a "prevenir estas prácticas degradantes" (parr. 56) y que la omisión del accionar del Estado consituye una "tolerancia de todo el sistema, que no hace sino perpetuar las raíces y factores psicológicos sociales e históricos que mantienen y alimentan la violencia contra la mujer". En este sentido la Cámara de Familia de Córdoba expresó "el poder judicial como órgano estatal puede razonablemente prevenir o evitar la materialización de un daño o riesgo, o hacer cesar los efectos perjudiciales de una conducta, debe adoptar todas las medidas que estime necesarias a tales fines "(Excma. Cám. de Flia. de 2ª Nom. *in re* "C. A. - denuncia por violencia de género - recurso de apelación", Expte. N° 6465967 - AI N° 109 del 22/09/2017. Es importante resaltar también que "...reviste fundamental importancia ordenar desde el Poder Judicial la incorporación de los profesionales y/o empleados que integran y forman parte del sector privado, a su inserción en programas educativos y reflexivos de formación específica en cuestiones de violencia de género a los fines de evitar que hechos como los denunciados se reediten. Esta necesidad de capacitación obligatoria en materia de violencia de genero para el ámbito de los empleados públicos pertenecientes a los tres poderes del Estado, ha sido vislumbrada a nivel nacional con la sanción 27.449; plexo legal al recientemente ha adherido nuestra Provincia de Córdoba..." ("Bianchi, Jose L. y otro - denuncia por violencia de género", Expte. N° 7201219 - AI N°... del 30/05/2019).

b) Marco fáctico: Atento el tenor de las denuncias ya incorporadas en los presentes actuados, las constancias de autos y en especial lo informado por la Licenciada Alejandra Reinato, integrante del Equipo Técnico Interdisciplinario Judicial donde expresa: "el ejercicio naturalizado de cierta asimetría de

poder.." "el Sr. I. G. C. seria quien ejercería el control económico-material y simbólico en la dinámica familiar con un discurso peyorativo —desde el comienzo del relato— sobre la Sra. M. G. P..." refiriendo a su ex mujer con los términos "G. es nada" demostrando "alto nivel de desvalorización hacia su persona, trabajo y aptitudes".

Lo referenciado hace percibir a la suscripta, acciones por parte del Sr. I. G. C. que son demostrativas del ejercicio de violencia de género en contra de M. G. P., con un alto grado de naturalización de tal situación, por parte de ambos. Esta relación de superioridad-inferioridad entre las partes, o de asimetría, ya se advierte —según constancias de autos— desde su origen hasta incluso terminada la relación de pareja, pues el Sr. I. G. C., pretende continuar con un "control" de todos los actos de la Sra. M. G. P., siendo visible una desigualdad permanente y en todo aspecto entre ellos.

Además resulta agravada tal circunstancia, toda vez que el denunciado, es profesional del derecho (abogado), quien por su especial capacitación debería conocer todo el bloque de legalidad y convencionalidad que conforman el sistema jurídico de la República Argentina, incluso el referido a la materia de violencia de género.

En este sentido, del profesional del derecho, la sociedad espera conductas acordes a todo el ordenamiento jurídico legal y convencional, por considerarse la profesión de abogado uno de los pilares fundamentales en los que se apoya el sistema jurídico, como coadyuvantes y auxiliares de la justicia misma.

En razón de las obligaciones éticas que ello supone, la presente tiene por objeto poner fin a este posicionamiento personal que refleja el estereotipo de varón que reproduce relaciones históricamente desiguales de poder entre los géneros y evitar sus ulteriores efectos en el ámbito social, laboral, familiar, etc.

c) Conclusión: Es por eso que, como integrante de este Poder Judicial Provincial que represento, cumpliendo con la obligación que asumió el Estado Argentino con la firma, ratificación y posterior incorporación de la legislación internacional mencionada *ut supra* y en búsqueda del cambio de los patrones socio culturales de conducta para lograr una efectiva y real igualdad en este caso concreto entiendo que corresponde:

1) Emplazar al Sr. I. G. C. para que realice capacitación obligatoria en materia de género —entendido el género como una construcción, no biológica sino cultural, social e histórica— en el término de ocho meses a contar a partir de la fecha de notificación de la presente, bajo apercibimiento de astreintes y del art. 239 del CP.

Para ello deberá acreditar su participación real y aprehensión e internalización de los conocimientos ante esta oficina de Violencia Familiar y Género, con la certificación correspondiente de haber efectuado los cursos que a continuación se detallan, ambos obligatorios y no excluyentes entre sí:

Curso de sensibilización en perspectiva de género que da el Colegio de Abogados de Córdoba, que si bien se dicta a los fines de la obtención de la matrícula, el letrado, deberá realizarlo. Fuente: https://www.abogado.org.ar/images_db/noticias_archivos/3122-Requisitos.pdf

Capacitación dictada por la Universidad Nacional de Córdoba organizado la Unidad Central de Políticas de Género de la UNC (https://www.unc.edu.ar/g%C3%A9nero/la-unc-lanza-nuevo-curso-virtual-de-formaci%C3%B3n-en-g%C3%A9nero-para-todo-p%C3%Bablico).

2) Emplácese al Sr. I. G. C. a que efectivamente de inicio al tratamiento ordenado a fs. 63 vta. en el Centro Integral de Varones que por el contexto de la emergencia sanitaria atiende en forma telefónica —y no presencial— por lo que deberá comunicarse a los teléfonos... debiendo presentar ante esta Oficina de Violencia Familiar y de Género vía mail a ofuvfa-ag@justiciacordoba.gob.ar informe de evolución de la intervención que realizaran los profesionales de dicho organismo, en forma trimestral.

3) Como se ha referenciado supra el Sr. I. G. C. es abogado y como tal pertenece a todo un sector de profesionales cuyo actuar debe enmarcarse en las reglas de ética, decoro y buenas conductas. En razón de ello, deberá ponerse en conocimiento de la presente causa al Tribunal de Disciplina de Abogados de la Provincia de Córdoba a fin que evalúe el recto ejercicio de la profesión, debiendo oficiarse a tales efectos.

4) Por otra parte, atento los términos del informe del Equipo Técnico Interdisciplinario de la Sede Judicial y los antecedentes de la causa, donde se destaca el estado de vulnerabilidad naturalizada de la Sra. M. G. P., a fin de reestablecer el equilibrio e igualdad en la relación entre las partes, este Tribunal, considera que la Sra. M. G. P., deberá someterse a un tratamiento psicológico, efectivo y sostenido en el tiempo, a fin de procurar una reflexión por parte de la misma de su situación y correspondiente fortalecimiento. En virtud que la medida (terapia psicológica) ya fue ordenada a fs. 21 y se emplazó a su cumplimiento a fs. 56/57, sin que ello fuera acreditado emplácese a la Sra. M. G. P. para que en el término de un mes (a contar desde la notificación de la presente), acredite con la certificación respectiva el inicio de la terapia psicológica, denunciando el profesional tratante y consignando el contacto telefónico del mismo para conocimiento del

Tribunal, deberá también acompañar informe evolutivo de la terapia, expedida por el profesional, de manera trimestral. Asimismo y atento lo informado deberá librarse oficio al Equipo Técnico de la Municipalidad de Alta Gracia (Area de Familia) a fin de que brinden las herramientas que sean necesarias para el fortalecimiento, contención y empoderamiento de M. G. P., todo ello en el marco de la ley 9283.

5) Atento que de fs. 70 surge la tramitación del proceso "P. M. G. - C. I. G. - Divorcio Bilateral", Expte. N° 887.103, póngase en conocimiento del Juzgado Interviniente, las medidas dispuestas en la presente causa, a sus efectos.

6) Obiter dictum: Exhortar a las autoridades del Colegio de Abogados de la Provincia de Córdoba para que la capacitación en materia de género (Ley "Micaela"), se extienda en forma obligatoria a todos profesionales del derecho, ya matriculados. De igual manera, se exhorta a las autoridades de la Universidad Nacional de Córdoba a fin de que incorporen esta capacitación en la currícula de todo su alumnado, áreas extensivas y público en general. La invitación formulada por esta magistrada, es considerada en virtud del lugar trascendental que ocupan ambas instituciones, y con la finalidad que colaboren con dicho aporte a la modificación y desconstrucción de roles y esterotipos de género, históricamente asignados, para lograr una reconstrucción social y cultural con perspectiva de género, y en consecuencia con enfoque de derechos humanos. De esta forma, con el aporte de todos los actores sociales involucrados se acelerará la transformación necesaria e indispensable para alcanzar la igualdad real y efectiva dispuesta normativamente.

A tal fin deberán librarse los oficios respectivos, anoticiando a las entidades de la propuesta formulada por el Tribunal.

Por todo ello y normas referenciadas resuelvo: 1) Disponer como medida cautelar, urgente y provisoria (Art. 1 a 5; 20 y 21 de la ley provincial N° 9283) prohibir la comunicación de I. G. C. para con el niño G. C. P. por cualquier medio: verbal, telefónica, personal, incluso por medios informáticos o cibernéticos, o por interpósita persona, como asimismo relacionarse, entrevistarse o desarrollar cualquier conducta similar, todo bajo apercibimiento del art. 239 del CP y el art. 30 de la Ley 9283. Asimismo se hace saber que las presentes tienen un plazo de vigencia de diez meses desde el día de la fecha y quedan sujetas a su ampliación, restricción o levantamiento por parte del Tribunal, de acuerdo a lo que resulte del procedimiento. 2) Ordenar terapia psicológica del Sr. I. G. C. efectiva y sostenida en el tiempo, a fin de procurar una reflexión por parte del mismo, de su situación, para luego de ello mejorar la relación paterno-filial, a los fines de una revinculación. En virtud que la medida (terapia) ya fue ordenada a fs. 21 y se emplazó a su cumplimiento a fs. 56/57, sin que ello fuera acatado, emplácese al Sr. I. G. C. para que en el término de un mes (a contar desde la notificación de la presente), acredite con la certificación respectiva el inicio de la terapia psicológica, denunciando el profesional que lo tratara y consignando el contacto telefónico del mismo para conocimiento del Tribunal, bajo apercibimiento de astreintes (un jus por día). Asimismo deberá acompañar informe evolutivo de la terapia, expedida por el profesional, de manera trimestral.3) Requiérase a la Sra. M. G. P. que acompañe informe psicológico del tratamiento y evolución del niño, G. C. P. 4) Dar intervención a la Asesora Letrada a fin de que asuma en su carácter de Ministerio Público (art. 103 del Cód. Civ. y Comercial) la representación del niño G. C. P. y córrase vista de lo actuado. 5) Emplazar al Sr. I. G. C. para que realice capacitación obligatoria en materia de género —entendido el género como una construcción, no biológica sino cultural, social e histórica— en el término de ocho meses a contar a partir de la fecha de notificación de la presente, bajo apercibimiento de astreintes y del art. 239 del CP. Para ello deberá acreditar su participación real y aprehensión e internalización de los conocimientos ante esta oficina de Violencia Familiar y Género, con la certificación correspondiente de haber efectuado los cursos que a continuación se detallan, ambos obligatorios y no excluyentes entre sí: Curso de sensibilización en perspectiva de género que da el Colegio de Abogados de Córdoba, que si bien se dicta a los fines de la obtención de la matrícula, el letrado, deberá realizarlo. Fuente: https://www.abogado.org.ar/images_db/noticias_archivos/3122-Requisitos.pdf. Capacitación dictada por la Universidad Nacional de Córdoba organizado la Unidad Central de Políticas de Género de la UNC (https://www.unc.edu.ar/g%C3%A9nero/la-unc-lanza-nuevo-curso—virtual-de-formaci%C3%B3n-en-g%C3%A9nero-para-todo-p%C3%Bablico). 6) Emplácese al Sr. I. G. C. a que efectivamente de inicio al tratamiento ordenado a fs. 63 vta. en el Centro Integral de Varones que por el contexto de la emergencia sanitaria atiende en forma telefónica —y no presencial— por lo que deberá comunicarse a los teléfonos... debiendo presentar ante esta Oficina de Violencia Familiar y de Género vía mail a ofuvfa-ag@justiciacordoba.gob.ar informe de evolución de la intervención que realizaran los profesionales de dicho organismo, en forma trimestral. 7) Ofíciese al Tribunal de Disciplina de Abogados de la Provincia de Córdoba. 8) Emplácese a la Sra. M. G. P. para que en el término de un mes (a contar desde la notificación de la presente), acredite con la certificación respectiva, el inicio de la terapia psicológica ordenada oportunamente, denunciando el profesional tratante y consignando el contacto telefónico del mismo para conocimiento del Tribunal, deberá también

acompañar informe evolutivo de la terapia, expedida por el profesional, de manera trimestral. 9) Ofíciese al Equipo Técnico de la Municipalidad de Alta Gracia (Area de Familia) a fin de que brinden las herramientas que sean necesarias para el fortalecimiento, contención y empoderamiento de M. G. P., todo ello en el marco de la ley 9283. 10) Ofíciese al Juzgado de Familia de 2° Nominación de esta sede judicial. 11) Obiter dictum: Exhortar a las autoridades del Colegio de Abogados de la Provincia de Córdoba para que la capacitación en materia de género (Ley "Micaela"), se extienda en forma obligatoria a todos profesionales del derecho, ya matriculados. De igual manera, se exhorta a las autoridades de la Universidad Nacional de Córdoba a fin de que incorporen esta capacitación en la currícula de todo su alumnado, áreas extensivas y público en general. La invitación formulada por esta magistrada, es considerada en virtud del lugar trascendental que ocupan ambas instituciones, y con la finalidad que colaboren con dicho aporte a la modificación y desconstrucción de roles y esterotipos de género, históricamente asignados, para lograr una reconstrucción social y cultural con perspectiva de género, y en consecuencia con enfoque de derechos humanos. De esta forma, con el aporte de todos los actores sociales involucrados se acelerará la transformación necesaria e indispensable para alcanzar la igualdad real y efectiva dispuesta normativamente. A tal fin deberán librarse los oficios respectivos, anoticiando a las entidades de la propuesta formulada por el Tribunal. Notifíquese. — *Lorena Calderón de Stipisich.*

La igualdad y las reparaciones transformativas como respuestas a la violencia estructural contra las mujeres: un análisis desde los derechos humanos

Mariana Brocca (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Breve síntesis de los casos.— III. Igualdad transformativa.— IV. Reparaciones integrales con vocación transformadora.— V. Conclusiones.

"Al fin y al cabo, el miedo de la mujer a la violencia del hombre es el espejo del miedo del hombre a la mujer sin miedo". Eduardo Galeano

I. Introducción

A pesar de los avances en materia de derechos de las mujeres, la violencia y la discriminación siguen a la orden del día. En el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, distintos tratados y declaraciones han abordado la situación, procurando que los Estados adop-

(*) Becaria doctoral del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (Conicet); magíster en Derecho Internacional de los Derechos Humanos, graduada con honores *summa cum laude* por University of Notre Dame (EE.UU.); Becaria Fulbright-MINED 2019/2020; abogada por la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires (UNICEN); docente de las cátedras de Derechos Humanos y Garantías y de Derecho Internacional Público (UNICEN); integrante del Centro de Estudios en Derechos Humanos (CEDH) de la misma casa de altos estudios; exconsultora jurídica del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL).

ten las medidas necesarias para que las mujeres puedan ejercer y gozar sus derechos y sus libertades en igualdad con los varones. No obstante, las raíces de la discriminación por razones de género siguen incólumes, dando lugar a actos que atentan contra los derechos humanos de las mujeres de forma cotidiana, tanto por parte de la sociedad como del Estado.

Ante esta situación, organismos de derechos humanos —tanto del marco de las Naciones Unidas como del ámbito interamericano— han ido desarrollando y especificando obligaciones estatales que pretenden generar un cambio estructural en pos de la igualdad de género. Aquí es cuando los conceptos de igualdad transformativa y reparaciones integrales con vocación transformadora entran en escena. En efecto, estas nociones abogan por la adopción de medidas que tiendan a generar una igualdad modificando las estructuras sociales sobre las que se basan los actos de discriminación y violencia.

Así las cosas, el presente trabajo procurará analizar dos sentencias dictadas por juzgados argentinos (uno de la ciudad de La Plata y otro de Córdoba) que incluyen, dentro de su razonamiento, un análisis con perspectiva de género que se ve reflejado también en las medidas ordenadas. Con base en ello, este escrito se dividirá en cuatro partes. La primera describirá de forma sucinta los objetos de los casos *sub examine* y sus puntos en común. El segundo apartado desarrollará la noción de igualdad transformativa, a la luz de conceptos tradicionales como igualdad *de iure* e igualdad *de facto*. La tercera parte abordará el estándar relativo a las reparaciones integrales con vocación transformadora en contraposición con aquellas medidas que tienen un objetivo restitutivo. Por último, el cuarto apartado expondrá las conclusiones pertinentes.

II. Breve síntesis de los casos

Los casos bajo análisis —caratulados "R., M. C. c. J., J. L. s/ daños y prejuicios extracontractual" y "C. I. G. s/ denuncia por violencia familiar" — hacen referencia a dos situaciones de violencia de género perpetradas contra mujeres por miembros de su círculo familiar. El primer caso versa sobre el ataque realizado en vía pública contra una mujer por su cuñado; el segundo, sobre distintos tipos de violencia ejercidos contra una mujer por parte de su esposo (y las afectaciones que este contexto generaron en su hijo). Si bien las plataformas fácticas de estos casos son disímiles, tienen varios puntos de conexión. En efecto, ambas sentencias analizan casos de violencia de género perpetrada contra mujeres por varones integrantes de su grupo familiar y también desarrollan la obligación que tienen los juzgados de aplicar perspectiva de género a la hora de dictar sentencia.

Así, en el primer caso se determinó que no era suficiente con aplicar un cálculo matemático para indemnizar a la mujer por los daños ocasionados, sino que debían analizarse los hechos y, consecuentemente, las reparaciones de acuerdo con la estructura de violencia a la que se ven sometidas las mujeres. Por su parte, la segunda sentencia desarrolló vastamente la obligación estatal de erradicar estereotipos de género que dan lugar a los roles sociales impuestos a mujeres y varones (que, por lo general, afectan de forma negativa a aquellas). Además, ambos fallos ordenaron que las partes denunciadas tomaran cursos sobre género e, incluso, la segunda sentencia hizo extensivo este curso a todas las personas que ejerzan la abogacía y a las/os estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba (toda vez que el esposo de la denunciante era abogado y, de acuerdo con el juzgado, quienes se desempeñan en el ámbito jurídico tienen un deber reforzado de actuar contra la violencia de género).

III. Igualdad transformativa

En general, el derecho internacional de los derechos humanos ha entendido la igualdad en dos formas: como igualdad *de iure* y como igualdad *de facto* (también conocidas como igualdad formal e igualdad material o sustantiva). La igualdad formal ha sido definida como aquella que implica un tratamiento idéntico a todas las personas en todas las circunstancias **(1)**. Un claro ejemplo lo conforman los instrumentos genéricos (tanto de *hard law* como de *soft law*) que reconocen a todos los seres humanos como iguales. Así, la Declaración Universal de

(1) DAVIS, M., "International Human Rights Law, Women's Rights and the Intervention", *Indigenous Law Bulletin* 7, no 10 (2009), http://www5.austlii.edu.au/au/journals/IndigLawB/2009/2.html.

Derechos Humanos establece en su primer artículo que "[t]odos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia". A su vez, tratados como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención Americana sobre Derechos Humanos incluyen en su cuerpo normativo cláusulas de igualdad y no discriminación subordinadas aplicables a todos los derechos humanos.

A pesar de este reconocimiento, la igualdad formal no ha impedido la existencia de una brecha en la realidad entre varones y mujeres **(2)**. Aquí es donde el concepto de igualdad *de facto* entra en escena. Así, a diferencia de la igualdad formal, la material implica que los Estados no solo deben reconocer que varones y mujeres son iguales en el texto de los cuerpos normativos, sino que además deben adoptar medidas de carácter específico a los efectos de que todos los individuos puedan gozar de sus derechos humanos sin distinción **(3)**. Al respecto, resulta importante destacar la Convención para Eliminar Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), cuyo art. 4.1 determina que "[l]a adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato".

Sobre este punto, el Comité de la CEDAW manifestó en su Recomendación General 25 que "un enfoque jurídico o programático puramente formal, no es suficiente para lograr la igualdad de facto con el hombre, que el Comité interpreta como igualdad sustantiva" **(4)**. Sumado a ello, "la Convención requiere que la mujer tenga las mismas oportunidades desde un primer momento y que disponga de un entorno que le permita conseguir la igualdad de resultados. No es suficiente garantizar a la mujer un trato idéntico al del hombre **(5)**" y "[t]ambién deben tenerse en cuenta las diferencias biológicas que hay entre la mujer y el hombre y las diferencias que la sociedad y la cultura han creado" **(6)**. De este modo, de acuerdo con el Comité, "[e]n ciertas circunstancias será necesario que haya un trato no idéntico de mujeres y hombres para equilibrar esas diferencias" **(7)**. Por lo tanto, "[e]l logro del objetivo de la igualdad sustantiva también exige una estrategia eficaz encaminada a corregir la representación insuficiente de la mujer y una redistribución de los recursos y el poder entre el hombre y la mujer" **(8)**.

Ahora bien, ¿es suficiente la igualdad material para que deje de existir discriminación por razones de género? De acuerdo con el Comité de la CEDAW, los Estados no están obligados solo a adoptar medidas especiales para alcanzar una igualdad *de facto*, sino que, además, deben ir un paso más allá. Este estándar tiene como base el art. 5º de la CEDAW, cuyo pto. a) reza que los Estados deben tomar todas aquellas acciones tendientes a "[m]odificar 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". Así las cosas, el Comité ha desarrollado la noción de igualdad transformativa al obligar a los Estados a "transformar realmente las oportunidades, las instituciones y los siste-

(2) SABA, R., "Más allá de la igualdad formal ante la ley: ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?", Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2016, 1ª ed.

(3) LA BARBERA, M. C., "Igualdad entre mujeres y hombres", *Eunomía, Revista en Cultura de la Legalidad*, nro. 16 (2019): 233-42, https://doi.org/10.20318/eunomia.2019.4702.

(4) CEDAW Committee, "General Recommendation No. 25, on Article 4, Paragraph 1, of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, on Temporary Special Measures" (United Nations, 2004), https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/General%20recommendation%2025%20(English).pdf, párr. 8.

(5) *Ibid*.

(6) *Ibid*.

(7) *Ibid*.

(8) *Ibid*.

mas de modo que dejen de basarse en pautas de vida y paradigmas de poder masculinos determinados históricamente" **(9)**.

En el ámbito interamericano se ha desarrollado un estándar similar. Si bien la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) no han hecho uso del término "igualdad transformativa", sí han sentado obligaciones estatales que responden a aquella noción. Un caso clave dentro de la jurisprudencia de la Corte IDH es "Mujeres de Atenco v. México" donde la Corte manifestó que "del derecho a las mujeres a vivir una vida libre de violencia y los demás derechos específicos consagrados en la Convención de Belém do Pará, surgen las correlativas obligaciones del Estado para respetar y garantizarlos" **(10)**. Así, "[l]as obligaciones estatales especificadas en el art. 7 de la Convención de Belém do Pará deben alcanzar todas las esferas de actuación del Estado, transversal y verticalmente, es decir, todos los poderes públicos (legislativo, ejecutivo y judicial), tanto a nivel federal como estadual o local, así como en las esferas privadas" **(11)** y "[e]llo requiere la formulación de normas jurídicas y el diseño de políticas públicas, instituciones y mecanismos destinados a combatir toda forma de violencia contra la mujer, pero también requiere, la adopción y aplicación de medidas para erradicar los prejuicios, los estereotipos y las prácticas que constituyen las causas fundamentales de la violencia por razón de género contra la mujer" **(12)**.

La Corte IDH entiende el concepto de estereotipo de género como "una pre-concepción de atributos, conductas o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente, y que es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y persistentes" **(13)**. Sumado a ello, en el caso mencionado, el tribunal recalcó que la creación y uso de estos estereotipos "se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer, condiciones que se agravan cuando se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades estatales" **(14)**.

IV. Reparaciones integrales con vocación transformadora

La noción de igualdad transformativa analizada *supra* también tiene su corolario en materia de reparaciones. En el ámbito de derechos humanos, el carácter integral que deben tener las reparaciones ya no es objeto de discusión. De acuerdo con la Corte IDH, entender las reparaciones en su perspectiva integral implica que el Estado debe tomar todas aquellas medidas que resulten necesarias para que cesen los efectos de dichas vulneraciones **(15)**. Por lo general, el enfoque con el que se han abordado las reparaciones integrales ha sido el restitutivo, al buscarse "regresar" a la persona víctima de violaciones de derechos humanos a la situación previa a los hechos ocurridos.

No obstante, en los últimos años se ha tomado en cuenta que —en el caso de la discriminación y violencia contra las mujeres— adoptar dicha perspectiva "implicaría volverla[s] a una situación de discriminación, exclusión y desigualdades de poder que dieron origen a la violencia" **(16)**. Debido a ello, el derecho internacional de los derechos humanos ha comenzado a gestar la noción de reparación integral con vocación transformadora, la cual, como ha de imaginarse, se encuentra estrechamente vinculada con el concepto de igualdad transformativa analizada anteriormente.

(9) CEDAW Committee, párr. 10.

(10) Corte IDH, 28/11/2018, "Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco Vs. México", excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, serie C, nro. 371, párr. 215.

(11) *Ibid*.

(12) *Ibid*.

(13) *Ibid*., párr. 213.

(14) *Ibid*.

(15) Corte IDH, 25/11/2003, "Myrna Mack Chang v. Guatemala", fondo, reparaciones y costas, serie C, nro. 101.

(16) GUZMÁN, D. E., "¿Reparar lo irreparable? Violencia sexual en el conflicto armado colombiano. Propuestas con perspectiva de género", ONU Mujeres, Bogotá, 2021, p. 29.

Así, en el caso "Campo Algodonero v. México", la Corte IDH manifestó que "el concepto de 'reparación integral' (*restitutio in integrum*) implica el restablecimiento de la situación anterior y la eliminación de los efectos que la violación produjo, así como una indemnización como compensación por los daños causados" **(17)**. No obstante, continuó diciendo que "teniendo en cuenta la situación de discriminación estructural en la que se enmarcan los hechos ocurridos (...), las reparaciones deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo restitutivo, sino correctivo". De esta manera, de acuerdo con el órgano interamericano, "no es admisible una restitución a la misma situación estructural de violencia y discriminación" **(18)**.

Con base en ello, el tribunal determinó ciertos criterios que deben tenerse en cuenta a la hora de ordenarse reparaciones desde una perspectiva transformadora. Así, deben impulsarse acciones que "i) se refieran directamente a las violaciones declaradas por el Tribunal; ii) reparen proporcionalmente los daños materiales e inmateriales; iii) no signifiquen enriquecimiento ni empobrecimiento; iv) restablezcan en la mayor medida de lo posible a las víctimas a la situación anterior a la violación en aquello que no se interfiera con el deber de no discriminar; vi) se orienten a identificar y eliminar los factores causales de discriminación; vi) se adopten desde una perspectiva de género, tomando en cuenta los impactos diferenciados que la violencia causa en hombres y en mujeres; y viii) consideren todos los actos jurídicos y acciones alegadas por el Estado en el expediente tendientes a reparar el daño ocasionado" **(19)**. Como puede observarse, este conjunto de elementos incluye algunos que eran utilizados de forma previa para determinar reparaciones desde una perspectiva restitutiva. Sin embargo, la Corte IDH amplía esta gama de criterios para que —al tratar casos de discriminación o violencia basada en el género— las medidas adoptadas no tengan una finalidad de restitución, sino transformativa.

V. Conclusiones

Si bien cada vez son más las medidas que se adoptan en nombre de la igualdad de género, aún existe una gran brecha entre la realidad que viven varones y mujeres. Esto se debe, en parte, a la falta de acciones que, además de subsanar la discriminación estructural de forma temporal, también tengan por objetivo erradicar los estereotipos de género y otras causas que la generan. Para alcanzar esta meta, toman importancia los estándares desarrollados en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos ya que obligan a los Estados (y, en particular, a la Argentina) a implementar medidas que transformen las bases de la sociedad que afectan los derechos humanos de las mujeres.

El hecho de que esta noción de igualdad tenga su proyección en las reparaciones integrales ante vulneraciones de derechos es esencial. En efecto, esto les permite a los juzgados avanzar en pos de la vocación transformadora que mencionábamos *supra* cuando emiten sus sentencias. Claro ejemplo de ello son los fallos nacionales comentados en el presente trabajo. Las órdenes judiciales emitidas por los juzgados de Córdoba y La Plata son las que permiten ir erradicando los estereotipos de género de la sociedad. Consecuentemente, gracias a dichas medidas se irán eliminando las causas de la discriminación y la violencia en contra de las mujeres.

De cualquier modo, no debe perderse de vista que aun son pocos —en comparación— los juzgados o agentes estatales que aplican una perspectiva de género a la hora de tomar decisiones. Sobre todo, son limitadas las sentencias que incluyen dentro de su razonamiento estándares internacionales o interamericanos sobre derechos humanos, a pesar de que la Argentina ha ratificado la gran mayoría de los tratados en la materia. Debido a ello, sentencias como las comentadas deben servir de guía para la aplicación del control de convencionalidad que debe hacer el Estado y la adopción de medidas de carácter transformador que son, a fin de cuentas, las que permitirán hacer un cambio estructural en la sociedad.

(17) Corte IDH, "González y otras ('Campo Algodonero') v. México", excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 16/11/2009, serie C, nro. 205, párr. 450.

(18) *Ibid.*

(19) *Ibid.*, párr. 451.

NOTIFICACIÓN ELECTRÓNICA EN LA PANDEMIA

Alimentos provisorios. Interés superior del niño. Domicilio electrónico constituido en autos conexos. Tutela judicial efectiva. Provincia de Buenos Aires. Validez.

Con nota de Martina Vido

1. — No pueden, tanto el demandado como su letrada patrocinante, alegar que desconocían la eventualidad de recibir una notificación en el domicilio electrónico por alguna cuestión urgente y de excepción, cuando ello había sido expresamente previsto y habilitado por la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires en el marco de la presente crisis sanitaria, siendo ello de público y notorio conocimiento. Tampoco cabe hacer reparo alguno al argumento que no tuvo acceso a las copias respectivas, porque la notificación fue realizada en debida forma, cumpliendo con todos los elementos de sujeto, objeto, y requisitos de tiempo, lugar y forma que hacen a la validez del acto procesal.

2. — Es razonable en el marco de la emergencia sanitaria, la flexibilización de la normativa procesal, y en el caso concreto de marras, el domicilio procesal electrónico y constituido por el demandado en los autos conexos —en tanto espacio virtual otorgado por un organismo estatal y que funcionan dentro de un sistema específicamente diseñado al efecto— adquiere plena virtualidad a fin de tener por válida la notificación de la demanda alimentaria incoada por la accionante, y es a su vez, técnicamente más seguro, eficaz y veloz que las otras opciones.

3. — Teniendo en consideración lo dispuesto por la normativa sustantiva que insta a los jueces y a las partes a velar por los principios de tutela judicial efectiva, la buena fe y lealtad procesal y a aplicar las normas que rigen el procedimiento de modo de facilitar el acceso a la justicia, especialmente tratándose de personas vulnerables, teniendo siempre como norte el superior interés del niño, y la ineludible perspectiva de género al momento de decidir, corresponde flexibilizar las normas procesales a fin de compatibilizarlas al estado actual de emergencia sanitaria, máxime ante el reclamo alimentario destinado a satisfacer las necesidades de una niña y la obligación que pesa sobre los poderes del Estado de velar por su interés superior.

4. — La declaración de pandemia a raíz del COVID-19 por parte de la Organización Mundial de la Salud y la propagación mundial del coronavirus, vino a acelerar los tiempos de cambios y en particular, en lo que hace al funcionamiento de la justicia donde la informatización y digitalización lograda en los procesos y los esfuerzos de todos los operadores jurídicos para adaptarse a las nuevas tecnologías, redunda no solamente en mayor celeridad, economía de recursos y sostenibilidad del ambiente, sino que permite preservar la salud de los involucrados.

5. — El art. 6 segundo párrafo de la res. 480/20 de la SCBA dispone que los órganos judiciales podrán ordenar la realización de actos procesales de cuya suspensión o postergación pudiera derivarse un grave perjuicio a derechos fundamentales, a practicarse mediante el uso de las herramientas tecnológicas disponibles; por lo que cabe deducir que en supuestos de urgencia el rigor de las formas debe ceder frente a las necesidades que se aducen.

Juz. Familia n° 1, San Isidro, 03/07/2020. - Z., F. D. c. D´O., A. s/ alimentos.

[Cita on line: AR/JUR/25620/2020]

COSTAS

Se imponen al demandado vencido.

Expte N° SI-2212-2020

1ª Instancia.- San Isidro, julio 3 de 2020.

Resulta:

1. Ante la solicitud de habilitación del asueto judicial solicitado por el Dr. Juan Pablo María Viar, letrado patrocinante de la Sra. F. D. Z. con fecha 17 de abril de 2020, ante la urgencia —dada la incertidumbre relativa a cuándo acontecerá la definitiva normalización de las actividades sociales— para notificar la demanda de alimentos. Solicita la flexibilización de las normas procesales a fin de que se compatibilicen con el estado sanitario actual, a fin de otorgar la debida protección de la integridad de las partes y del personal judicial que debiera intervenir en el acto de notificación (Decretos de Necesidad y Urgencia 297/2020 y Res. 386/2020 y 14/2020 de la SCBA), el supremo interés de los niños (art. 3, CDN.) y las posibilidades tecnológicas, por lo que solicita se notifique la misma mediante la aplicación WhatsApp debiendo el Actuario comunicarse al teléfono del demandado y explicarle que se le remitirán en archivo PDF la demanda, la documentación y la orden judicial que fija la cuota alimentaria

provisoria citando el precedente del decisorio dictado por el titular a cargo del Juzgado de Paz Letrado de General La Madrid. Asimismo, y como mayor recaudo la parte actora pide se notifique la misma mediante cédula electrónica a la Doctora Mónica Baldi quien es la letrada patrocinante del demandado en todos los expedientes conexos.

2. Se tuvo presente el dictamen de la Sra. Asesora de Incapaces quien tomó intervención en autos por D. D., de conformidad con lo normado por el art. 103 del Cód. Civ. y Com. de la Nación y art. 38 de la Ley 14.442. Quien al tener ante su vista los autos caratulados "Z. F. D. c. D. A. s/ medidas precautorias" (Exp. 19.523) en los que con fecha 14/06/2019 se dictó resolución modificando con carácter cautelar y provisorio la cuota alimentaria fijada, elevando la misma a pesos veintisiete mil ($27.000.-), ante la actual requerimiento la progenitora de su representada, en tanto peticiona el aumento de la cuota provisoria producto del proceso inflacionario, estima pertinente proveer una acogida favorable a dicho planteo en tanto se encuentra justificado redimensionar la cantidad de la prestación alimentaria fijada en su momento ante la realidad económica que atraviesa la República (art. 544 Cód. Civ. y Com. de la Nación y art. 3 y 27 de la CIDN) a los fines de salvaguardar los derechos de la niña. Y se dispuso la habilitación solicitado por la peticionante, pasando los autos a resolver en virtud de dictamen efectuado por el Ministerio Pupilar.

3. Ante lo solicitado verbalmente por la suscripta con fecha 24 de abril de 2020, el Sr. Actuario Dr. Tomás Mac Rae Moir, procedió a certificar en los términos del art. 116 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Provincia de Buenos Aires las actuaciones "Z. F. D. c. D. A. s/ medidas precautorias (art. 232 del Cód. Proc. Civ. y Comercial)" (Expte. N° SI-19523-2018), en trámite por ante ésta dependencia, dejando debida constancia que los mismos fueron iniciadas con fecha 01/06/2018 como incidente cautelar a fin de obtener un pronunciamiento sobre alimentos provisorios. Y en los que se dictó Resolución de fecha 6 de junio de 2018, y Resolución Ampliatoria de 14 de junio de 2019. Dejó constancia que en dichas actuaciones se presentó el demandado A. D. con su patrocinante actual la Dra. Mónica Carla Baldi constituyendo domicilio físico en la calle... de San Isidro y electrónico en... Dejó debida constancia que conforme se desprende del sistema informático del Juzgado el Sr. D. se encuentra también patrocinado actualmente por la Dra. Baldi en otros expedientes conexos (v. "D., A. c. Z., F. s/ plan de parentalidad (Expte. N° SI-10184-2018)", "Z., F. D. c. D., A. s/ protección contra la violencia familiar (Expte. N° 35.001/18)" y "D., A. c. Z., F. D. s/ divorcio por presentación unilateral Expte. N° 37.440, entre otros)"... sic.

4. En idéntica fecha determiné teniendo en consideración además de las constancias obrantes en autos y actuaciones conexos, lo dispuesto por la normativa sustantiva que insta a los jueces y a las partes a velar por los principios de tutela judicial efectiva, la buena fe y lealtad procesal y a aplicar las normas que rigen el procedimiento de modo de facilitar el acceso a la justicia, especialmente tratándose de personas vulnerables, teniendo siempre como norte la regla de oro del superior interés del niño (arg. art. 706 y ccss. del Cód. Civ. y Com. de la Nación), y la ineludible perspectiva de género al momento de decidir, por lo que entendí y sostengo la razonabilidad de la flexibilización de las normas procesales a fin de compatibilizarlas al estado actual de emergencia sanitaria, máxime ante el reclamo alimentario destinado a satisfacer las necesidades de una niña y la obligación que pesa sobre los poderes del Estado de velar por su interés Superior (conf. arts. 3, 12, 9 y 21 de la Convención de los Derechos del Niño, arts. 12 y 15 de la Constitución de la Pcia. de Buenos Aires, art. 24 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, art. 10 Inc. 3° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y culturales, Declaración sobre principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños. ONU Res. 41/85, arts. 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos - Pacto San José de Costa Rica) —arts. 75 inc. 22 y ccss. de la CN—, arts. 26, 639, 706, 707 y ccss. del Cód. Civ. y Com. de la Nación), habilitar el presente asueto judicial a fin de continuar el trámite de las actuaciones. Acumular los mismos en el sistema informático y por cuerda los autos caratulados "Z. F. D. c. D. A. s/ medidas precautorias (art. 232 del Cód. Proc. Civ. y Comercial)" (Expte. N° SI-19523-2018), resolví autorizar la notificación del traslado de la demanda incidental al Sr. A. D. al domicilio electrónico que constituyó en los autos "Z. F. D. c. D. A. s/ medidas precautorias (art. 232 del Cód. Proc. Civ. y Comercial)" (Expte. N° SI-19523-2018) perteneciente a su letrada patrocinante Dra. Mónica Carla Baldi.

Se tuvo presente la fijación de la audiencia preliminar que prevén el art. 636, 637 y ccss. del Cód. Proc. Civ. y Comercial solicitando la colaboración de las partes a fin de que denuncien en autos los teléfonos celulares y respectivos correos electrónicos individuales, y se manifiesten respecto de los medios tecnológicos que dispongan a fin de poder implementar el sistema TEAM o propongan algún sistema alternativo al mismo que resulte de más fácil aplicación y que reúna las condiciones tecnológicas similares (zoom, WhatsApp, facetime, etc.) otorgando un plazo para ello. Procedí a modificar con carácter cautelar y provisorio la cuota alimentaria provisoria oportunamente fijada en los autos "Z. F. D. c. D. A. s/ medidas precautorias (art. 232 del Cód. Proc. Civ. y Comercial)" (Expte. N° SI-19523-2018) en favor de la hija menor de

las partes, D. D., elevando la suma en efectivo a pesos treinta y un mil ($31.000) en merito a la normativa dispuesta por los arts. 3, 6, 12, 18, 27, 28 y 29 de la CDN; 19 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos; 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; 26, 544, 639, 706, 707, 709 y ccss del Cód. Civ. y Comercial; Leyes 23.849 y art. 7 de la Ley 26.061).

También en función del objeto de la presente Litis se le recordó a los profesionales intervinientes o a intervenir, lo dispuesto por el Art. 13 inc. II) de las Normas de Ética Profesional, que establece expresamente que: "Es deber del abogado favorecer la posibilidad de avenimiento y conciliación o de una justa transacción. Deber que es más imperioso en los conflictos de familia y en general entre parientes, en los cuales la intervención del abogado debe inspirarse en el propósito de allanar o suavizar las diferencias", por lo que se instó a los letrados intervinientes a dar cumplimiento con dicha normativa y junto a las partes observar la lealtad y buena fe procesal que debe reinar en todo proceso de familia, con especial readecuación a la situación social y sanitaria que resulta de público y notorio conocimiento. (Arts. 706 ss. y cc. del Cód. Civ. y Comercial).

5. Con fecha 3 de junio de 2020 se presenta el Sr. A. D. por derecho propio, con el patrocinio letrado de la Dra. Mónica Carla Baldi (CASI al Tomo XXVIII F° 244, constituyendo domicilio en... de San Isidro y electrónico en...) y preliminarmente denuncio usuario a fin de que se de alta en la MEV expresa que por el DNU emitido por el PEN esta profesional ha cumplido con la misma y desde entonces no he tenido acceso a las acciones de fondo de ninguno de los expedientes en los que interviene y mucho menos procedido a iniciar alguna que no sea de vencimiento urgente, como ser aquella en que la acción prescribiera.

Expone que en dicha inteligencia no procedió a abrir el sistema de notificaciones electrónicas sino en la oportunidad de anoticiarse de las notificaciones cursadas en autos. Califica a las mismas de arbitrarias y a pesar de haber sido fundadas en derecho, dice que deja a su parte en indefensión, por cuanto a pesar de que la actora en autos solicitó se lo notificara a su teléfono privado como ya se ha determinado en situaciones similares (vía WhatsApp, por ejemplo como fallo S. S. G. c. G. R. A. s/ alimentos Expte. 10533-2020, Gral. Lamadrid), se dispuso sea certificado el domicilio constituido electrónico de su parte en autos conexos y lo hizo extensivo a una acción de fondo en la que ni siquiera había sido citado a audiencia del 636 y ccdtes. Razón por la que sostiene no puede soslayarse la notificación a su parte y no a la letrada en otro autos, por cuanto no se encuentra determinado que ella fuera su patrocinante, o considerar que tal vez no puede afrontar los gastos que una acción de alimentos conlleva de por sí de ser condenado en costas. Agrega que el traslado de la demanda, en los archivos adjuntos llegó vacío.

Asimismo funda su pedido de nulidad en el hecho de que la Sra. Juez alega que se trata de una acción que no amerita demoras por la necesidad de la niña a acceder a sus alimentos y por ello no solo habilita feria en una acción de fondo de la que desconocía por completo su inicio, y arbitrariamente ordena correr traslado a un domicilio en dicha acción de fondo inexistente.

Expresa haber dado fiel cumplimiento con su deber alimentario y determinados en la acción de medida precautoria seguida entre las partes. Imputa a la suscripta no poder desconocer que dicha medida se encuentra recurrida, habiendo brindando tratamiento a la acción de la actora como si fuera de urgencia cuando a los hechos no lo es. No valorando las dos partes al momento de disponer una medida de tanta envergadura como lo es la defensa en juicio en una acción de fondo. Solicita se valore con sentido común los hechos de los autos conexos y que la acción de fondo que se pretende avanzar en momentos de absoluto aislamiento, sin acceso al trabajo de su parte, y sin recursos suficientes siquiera para vivir.

Sin perjuicio de lo expuesto pide se disponga audiencia a fin de intentar un acuerdo que involucre incluso el contacto con su hija en base a la normativa de que dispone el Art. 13 inc. II) de las Normas de Ética Profesional. Reiterando su solicitud de que se declare la nulidad de la notificación dispuesta del traslado de la demanda del 24 de abril de 2020 como así también todos los que en su consecuencia se han dictado. Hace reserva de caso federal ante la violación del debido proceso y defensa en juicio de su parte y las normas de igual jerarquía constitucional como son la de la protección de familia.

6. Con fecha 16 de junio de 2020 la actora contesta el traslado del planteo de nulidad. Solicita su rechazo con expresa imposición en costas. Expresa que en el escrito en responder la parte contraria dice que no ha tenido conocimiento a las notificaciones electrónicas que se le cursaran el día 24 y 28 de abril de 2020 al domicilio electrónico de su única letrada patrocinante en las causas conexas. En tanto sostiene —como consecuencia de los DNU emitidos por el PEN— que no ha tenido acceso a las acciones de fondo de ninguno de los expedientes en lo que interviene y mucho menos haber iniciado alguna acción que no sea de vencimiento urgente. En razón de ello dice haber abierto el sistema de notificaciones recientemente y que se ha visto privado de efectuar las defensas pertinentes. Da cuenta que de la MEV surge que el auto objeto del planteo de nulidad fue notificado con fe-

cha 24 de abril de 2020 por Secretaría y que el día 28 de abril de 2020 el suscripto emitió cédula electrónica con dos PDFs adjuntos que contenían la demanda y la documental acompañada a la misma. Agrega que con fecha 27 de abril de 2020 la SCJBA promulgó la Acordada 480/20 que dispuso la reanudación de plazos procesales a partir del día 06 de mayo de 2020, motivo por el cual a partir de aquélla fecha los letrados debían estar alertas" al movimiento que pudiera haber de los expedientes a través de la MEV, como asimismo del sistema de presentaciones electrónicas al que accedemos mediante token.

Agrega que el nulidicente se presentó solicitando audiencia el día 27 de mayo de 2020 en el expediente que entre las mismas partes tramita ante este mismo Juzgado y Secretaría por Protección Contra la Violencia Familiar; esgrime que ello demuestra que lo argumentado resulta inverosímil y pide se tenga a la presentación por extemporal. A mayor abundamiento expresa que en su libelo la parte demandada efectúa una serie de consideraciones ajenas como cuestionar la habilitación de la feria judicial con el sencillo "argumento" de que existía ya una cuota de alimentos provisorias, así como sostener que su patrocinada retiró muebles del inmueble que fuera la sede del último domicilio conyugal lo que desde niega enfática y terminantemente. Expresa que de las constancias de fs. 278/279 del expediente de Protección contra la Violencia Familiar, las llaves de dicho inmueble fueron depositadas, lo que se hizo saber al demandado mediante resolución de fecha 05 de diciembre de 2019, no habiendo dicho nada al respecto hasta la presentación en responde sobre el particular.

Expresa que respecto al cumplimiento de la cuota alimentaria, al día de la fecha su representada no percibió los alimentos provisorios vigentes correspondientes al mes de junio de 2020, más allá de los permanentes incumplimientos que se han denunciado y acreditado en el expediente de Medidas Precautorias. Agrega que la a modalidad de trabajo del demandado es a través de Mercado Libre, lo que le hace presumir que en estas épocas esta particularidad de venta se ha incrementado.

Refiere que no es cierto que la causa penal sea inventada como dice en el escrito en responde y —como refiere también se acreditó en el expediente de Protección Contra la Violencia Familiar— en tanto alega que la Fiscal interviniente pidió la elevación a juicio, y remite a los fundamentos del dictamen pertinente. Agrega que tampoco es cierto que su parte se haya negado a un acuerdo. Dejando asentado que los letrados de ambas partes mantuvieron una audiencia con la Señora Consejera de Familia y luego de ello algunas conversaciones donde lamentablemente existían posiciones muy disímiles. Agrega que el domicilio de la actora y la hija de las partes no han sido ocultados sino que el mismo —por obvias razones— se mantiene en reserva. Efectuada tal aclaración y luego de haber planteado la extemporaneidad del planteo en responde en relación a la notificación en estas épocas de Aislamiento Preventivo, Social y Obligatorio y a la validez de la notificación al domicilio constituido por el nulidicente se remite a los sólidos y abundantes argumentos expuestos en la resolución cuya nulidad pretende, y la que se encuentra avalada por las sucesivas Acordadas de la SCJBA y por lo normado por el art. 706 y cccs. del Cód. Civ. y Com. de la Nación. Por último refiere que en el escrito en responde se ha incumplido con la carga que le impone el código de rito al nulidicente al exigir la mención de las defensas que se vio impedido de argumentar. Lo que lo lleva a solicitar se rechace el planteo de nulidad en responde con costas.

7. Con fecha 22 de junio de 2020 la Sra. Asesora de Incapaces toma conocimiento del estado de autos y se notificó de la resolución de fecha 24 de abril del corriente. Con relación al planteo de nulidad y habiendo sido sustanciado con la representante legal de mis asistidos, solicita se resuelva y continúen las actuaciones según su estado.

8. Con fecha 2 de julio se tiene presente el dictamen efectuado y pasan los autos a despacho a fin de dictar resolución.

Considerando:

Primero. Desde el siglo pasado el mundo jurídico enfrenta un cambio de paradigma relacionado con el reconocimiento de una perspectiva internacional de los derechos humanos, la garantía indeclinable de acceso a la justicia, la tutela judicial efectiva y oportuna, el reconocimiento de la niñez como sujetos de derecho y la consideración primordial a que se atenderá su interés superior, la transversalidad de la cuestión de género, entre otras, que impactan directamente en el Derecho de Familia, y específicamente en nuestro fuero de la Justicia de Familia, si bien también en distintos ámbitos donde los operadores judiciales se desempeñan; lo que exigió la apertura a nuevos enfoques y la ganancia de habilidades para el manejo apropiado de las diversas herramientas que la tecnología brinda y acompaña este proceso.

En el mes de noviembre de 2008, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires puso en marcha una prueba piloto de notificaciones electrónicas, a efectos de progresar en la implementación y modernizar el sistema de comunicación procesal. Ostensiblemente, el Máximo Tribunal Provincial ha hecho un esfuerzo decidido en su intento de avanzar en este sentido. Empero, es recién, con la sanción de la Ley

14.142 del año 2010, que se implanta una reforma reveladora al sistema provincial de notificaciones judiciales. Ello llevó a la suscripción del Acuerdo N° 3399, pretendiendo con ello lograr una directa repercusión en la eficiencia del servicio de justicia, reduciendo los tiempos del proceso (arts. 15, Constitución provincial; 18 CN; 8 Convención Americana de Derechos Humanos) encaminando a una paulatina disminución en la utilización del soporte papel en los expedientes judiciales (conf. aspiración de progresiva despapelización reconocida con carácter general por el art. 48 de la Ley 25.506, a la que la provincia prestara adhesión por Ley 13.666 y en la que por otra parte se encuentra interesada la protección del medio ambiente - conf. arts. 41 CN, 28 CP).

Con la mencionada ley, se propendió y logró la reforma del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Provincia de Buenos Aires, por la cual se amplían, por medios más ágiles y operativos, la forma de practicar las notificaciones y, en algunos supuestos, la carga de practicar las mismas, incorporándose —entre otras variantes— la notificación por correo electrónico. Así el artículo 40 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Provincia de Buenos Aires impone la obligación a toda persona que litigue por su propio derecho o en representación de tercero de constituir domicilio dentro del perímetro de la ciudad que sea asiento del respectivo juzgado o tribunal, juntamente con una casilla de correo electrónico, que será la asignada oficialmente al letrado que lo asista, donde se le cursarán las notificaciones por cédula que no requieran soporte papel. Estos requisitos se cumplirán en el primer escrito que presente o audiencia a que concurra, si es ésta la primera diligencia en que interviene. La importancia de ello radica en que el correo denunciado será considerado como la casilla asignada oficialmente, quedándose allí notificado de las todas disposiciones que reciba.

Esto trajo aparejada la necesidad de otorgarle seguridad y confiabilidad a este nuevo medio de notificación. Ante ello, se estableció que la Subsecretaría de Información de la Suprema Corte de Justicia sea la encargada de implementar los recursos técnicos para contar con un sitio seguro (web) que sirva como soporte del sistema de notificaciones electrónicas. Se creó una base de datos en la que se depositan las comunicaciones a notificar, suscriptas con tecnología de firma digital, para garantizar la seguridad del acto de anoticiamiento.

El uso de la firma digital abarca no solo a funcionarios y auxiliares de Justicia, sino también a las partes y abogados intervinientes, los que podrán aportar un certificado digital propio. A estos efectos los colegios profesionales podrán brindar a sus matriculados el servicio de firma digital, obteniendo de las autoridades pertinentes la habilitación respectiva para actuar como certificadores licenciados (artículo 18, Ley 25.506).

De manera tal que constituido el domicilio electrónico le será asignado al letrado un casillero virtual en la base de datos del sitio web de notificaciones, contando con certificado de firma digital que avalará la autenticidad e intangibilidad de la operatoria. En el mencionado sitio web, se encontrarán los textos de los proveídos a notificar que estarán firmados digitalmente, quedando en condiciones de ser accedidos por las partes. En esta línea de ideas y para mayor seguridad de la operatoria, se dispuso que la oficina de notificaciones encargada de la base de datos del sistema de comunicaciones electrónicas del Poder Judicial, entre otros datos, emitirá avisos de fecha de envío y de recepción de las notificaciones y por otra parte, al emitirse una comunicación, se contará con un certificado digital que será otorgado por la autoridad certificante del Poder Judicial, de conformidad con las reglamentaciones vigentes. Si ha sido principio general que rige en materia de notificación es que las partes quedan notificadas ministerio legis y los supuestos de excepción nacen para los casos en que se encuentra más comprometida la defensa en juicio.

El Superior Tribunal a más de una década al aprobar la reglamentación, expuso los motivos de su dictado resaltando el anhelo de avanzar paulatinamente hasta la consagración de un sistema de uso general y obligatorio para todos los operadores del sistema de justicia, lo que entendía— repercutiría en beneficio de la celeridad y economía de los procesos, agilizando el trámite, reduciendo los costos que produce el diligenciamiento de estos actos de comunicación y potenciando su seguridad.

Pasó tiempo desde que se vislumbró la habilitación de los nuevos medios de notificación como alternativos al envío de la cédula judicial, las que sí abarcaba el anoticiacimiento de cuestiones consideradas de mayor importancia. Por lo que además del aprovechamiento de la tecnología entonces disponible en el Poder Judicial, y de las cuestiones que se han habilitado a notificar, la incorporación del correo electrónico como modo de notificación ha sido considerado un gran avance hacia la modernización del sistema de justicia (conf. arg. Pruzzo, Eugenia Fecha: 11/06/2012 Cita: MJ-DOC-5826-AR / MJD5826).

La declaración de Pandemia a raíz del Covid 19 por parte de la Organización Mundial de la Salud y la propagación mundial del coronavirus, vino a acelerar los tiempos de cambios y en particular, en lo que hace al funcionamiento de la justicia donde la informatización y digitalización lograda en los procesos y los esfuerzos de todos los operadores jurídicos para adaptarse a las nuevas tecnologías, redunda no sola-

mente en mayor celeridad, economía de recursos y sostenibilidad del ambiente, sino que permite preservar —y como ya lo expuse—, la salud de los involucrados (justiciables, representantes letrados, operadores judiciales, auxiliares de la justicia, entre otros). En este contexto la Suprema Corte de Justicia de nuestra provincia ha dictado numerosas resoluciones a fin de maximizar el servicio de justicia: desde la implementación del trabajo a distancia con acceso remoto desde los hogares, hasta prever la flexibilización y laxitud de ciertos formalismos, eludiendo ciertos rigorismos y evitando de esa manera un posible retardo de justicia. Lo que sin duda lleva al entendimiento que la utilización de herramientas digitales que permitan la mayor tramitación remota posible de causas judiciales así como el propio expediente digital en las diferentes materias, ha llegado para quedarse.

Es en éste escenario, en el que la razonabilidad de la flexibilización de las normas procesales se compatibilizan con el estado actual de emergencia sanitaria y la materia sobre la que versa la solicitud de marras y la obligación que pesa sobre los poderes del Estado de velar ante la vulnerabilidad. De allí la importancia de atenerse a la normativa sustantiva, que insta a los magistrados y a las partes a velar por los principios de tutela judicial efectiva, la buena fe y lealtad procesal y a aplicar las normas que rigen el procedimiento de modo de facilitar el acceso a la justicia, especialmente tratándose de personas vulnerables y teniendo siempre en consideración al momento de decidir el Superior interés del niño (conf. arts. 3, 12, 9 y 21 de la Convención de los Derechos del Niño, arts. 12 y 15 de la Constitución de la Pcia. de Buenos Aires, art. 24 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, art. 10 Inc. 3° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y culturales, Declaración sobre principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños. ONU Res. 41/85, arts. 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos —Pacto San José de Costa Rica) - arts. 75 inc. 22 y ccss. de la CN—, arts. 26, 639, 706, 707 y ccss. del Cód. Civ. y Com. de la Nación).

En tal lineamiento y certificada la existencia de un domicilio electrónico constituido por el encartado —Sr. A. D.— en las actuaciones conexas que tramitan por ante ésta dependencia, es que dispuse allí se efectúe la notificación del traslado de la demanda incidental alimentaria incoada por la accionante. Ello, en base a la argumentación esgrimida en el resolutorio recurrido al que me remito en mérito a la brevedad.

Segundo. Cabe introducir en la especie la temática relativa al domicilio especial. Se ha dicho que el domicilio especial, surte efectos sólo para determinado ámbito de relaciones jurídicas —a diferencia del general—, llamado también contractual o convencional, definido como el convenido en un negocio jurídico bilateral como lugar en el cual cada una de las partes será válidamente anoticiada para el ejercicio de los derechos o el cumplimiento de las obligaciones que se derivan de ese contrato (Conf. Saux, Edgardo I., en AAVV - Lorenzetti, Ricardo L. (dir.), Código Civil y Comercial de la Nación comentado, T. I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, p. 353).

La jurisprudencia en muchas ocasiones ha sido permisiva en oportunidad de discutirse la posibilidad de dar un traslado de demanda al domicilio especial constituido contractualmente —físico—, especialmente si se trataba de un domicilio constituido en instrumento público, privado reconocido o con firma certificada (Conf. reseña de jurisprudencia efectuada en Morello Mario - Sosa, Gualberto Lucas - Berizonce Omar, en Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación, Comentados y Anotados, 4ª ed., Abeledo-Perrot - Lep, Buenos Aires, 2015, T V, 566). Por lo que se puede decir que la doctrina tribunalicia ha permitido la notificación del traslado de demanda al domicilio especial constituido en la medida en que se tratara de un instrumento que ofreciera suficientes garantías de autenticidad (en el sentido de correspondencia entre su autor aparente y real). Lo cual se condice con el texto y el espíritu de art. 101 del Cód. Civil, actual art. 75 del Cód. Civ. y Com. de la Nación.

Cabe traer a colación un fallo muy reciente de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en Lo Civil y Comercial de Lomas de Zamora, que en un caso análogo al de autos, resolvió que el consecuente estado de crisis sanitaria dispuesto tanto en al ámbito Nacional como en el de la provincia de Buenos Aires —el que se presume por todos conocido— y que motivaran el dictado de normas excepcionales, tales como las referidas a la limitación de la circulación y al aislamiento social, preventivo y obligatorio (Decretos PEN 260/2020, 297/2020, 325/2020, 355/2020, 408/2020, y Decretos provinciales 132/2020, 180/2020, 203/2020, entre otros) Ello así, por cuanto es en el marco de ese contexto excepcional que la Suprema Corte de Justicia dispuso diversas resoluciones tendientes a regular la prestación de la actividad jurisdiccional, siendo ya muchísimos los abogados, jueces, empleados y funcionarios que se encuentran transitando este camino de innovación, intensificando los esfuerzos destinados a aprovechar de la mejor maneja posible las funcionalidades tecnológicas disponibles, aplicando herramientas novedosas para la tramitación remota de procesos mediante el trabajo domiciliario por medios informáticos o "teletrabajo" Innumerables son los ejemplos de ello: audiencias "telemáticas" a distancia vía Microsoft Team, whatsapp, telegram, etc., en todo tipo de juicios (de familia, penales, civiles, comerciales, laborales, etc.) y actos procesales

(acuerdos en tribunales colegiados, debates orales, declaraciones indagatorias, audiencias testimoniales, etc.) tales como la notificación que se pretende, y hasta incluso este mismo pronunciamiento.

Es sabido— sigue el fallo citado— que nuestra Constitución asegura la tutela judicial continua y efectiva, y —como se dijera precedentemente— la Suprema Corte viene dictando distintas resoluciones que persiguen el cumplimiento de tal noble objetivo, permitiendo la flexibilización de las normas procesales siempre y cuando, claró está, se garanticen también otros derechos de igual jerarquía como lo son el de defensa en juicio y el debido proceso. (doc. art. 18 y 75, inc. 22, CN; art. 8 Convención Americana de Derechos Humanos; art. 15, Const. de la Prov. de Buenos Aires; SCBA, Res. N° 10/2020, 13/2010, 14/2020, 15/2020, 18/2020, 386, 480, y Ac. 3971 y 3975; entre otros).

En este sentido, el artículo 6 segundo párrafo de la resolución 480/2020 de la SCBA dispone, en lo que sirve para el presente, que "...Los órganos judiciales podrán ordenar la realización de actos procesales de cuya suspensión o postergación pudiera derivarse un grave perjuicio a derechos fundamentales, a practicarse mediante el uso de las herramientas tecnológicas disponibles"; por lo que cabe deducir que —en supuestos de urgencia como en el que nos ocupa— el rigor de las formas debe ceder frente a las necesidades que se aducen (cfr. art. 6, res. SCBA 480/2020). Ello no significa que cualquier medida que se solicite pueda ser implementada en los procesos judiciales. Debe analizarse caso por caso su factibilidad, debiendo la prudencia para concederlas ser directamente proporcional a la discrecionalidad para aplicarlas"... En este sentido señala la Exma. Cámara en lo Civil y Comercial de Lomas de Zamora en un fallo reciente, al señalar que "en la especie, no corresponde en principio soslayar las cuestiones de salud del niño —ni la urgencia económica relacionada— que se aduce en la presentación inicial; como así tampoco el hecho de que tanto la parte actora como el demandado prestan funciones en el Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires, desde que tal cuestión los hace especialmente conocedores de las circunstancias de excepción a las que antes hiciéramos alusión. Se advierte asimismo, que el accionado ya tuvo intervención en el proceso principal, participando junto a su asistencia letrada de la audiencia celebrada el día 1 de julio de 2019, oportunidad en la que constituyera domicilio electrónico en los términos del artículo 40 del Código Procesal. De tal modo, existiendo un domicilio electrónico constituido en autos a los efectos procesales —regulado por la normativa de la SCBA, y a criterio de este Tribunal, técnicamente más seguro, eficaz y veloz que las opciones propuestas por la recurrente—, y tratándose el presente un incidente derivado de aquél, corresponde admitir lo peticionado y flexibilizar la normativa aplicable, efectivizando el anoticiamiento que se pretende mediante notificación electrónica a dicho domicilio —arts. 18 y 75, inc. 22, Constitución Nacional; art. 3, Convención de los Derechos del Niño, ley 23.849; art. 15, Constitución de la provincia de Buenos Aires; art. 3, ley 26.061; arts. 3, 705, 706, inc. "c" y ccdts. del Cód. Civ. y Comercial; art. 4, ley 13.298 y mod.; art. 6, res. SCBA 480/20 y ccts.— autos "M. C. L. c. R. S. R. s/ Incidente De Alimentos" Expte. N° 69.586, fallo del 14 de mayo de 2020 de la Sala I de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Lomas de Zamora).

En consonancia con ello, infiero razonable en el marco de la emergencia sanitaria que atravesamos, la flexibilización de la normativa procesal, y en el caso concreto de marras, entiendo que, de manera análoga, el domicilio procesal electrónico y constituido por el demandado en los autos conexos —en tanto espacio virtual otorgado por un organismo estatal y que funcionan dentro de un sistema específicamente diseñado al efecto— adquiriría plena virtualidad a fin de tener por válida la notificación de la demanda alimentaria incoada por la accionante, y es a su vez, técnicamente más seguro, eficaz y veloz que las otras opciones propuestas.

Tercero. Couture advierte que "en el lenguaje del derecho procesal el vocablo "nulidad" menciona, indistintamente, el error (acto nulo, como sinónimo de acto equivocado), los efectos de error (sentencia nula, como sentencia privada de eficacia), el medio de impugnación (recurso de nulidad) y el resultado de la impugnación (anulación de la sentencia o sentencia anulada (Couture Eduardo en "Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Ed. Depalma, 1958, p. 372).

Por su parte, Podetti señala que la nulidad procesal es "la ineficacia de un acto por defecto de sus elementos esenciales, que le impiden cumplir sus fines, siendo su objeto y fin el resguardo de una garantía constitucional, lo que permite limitar estrictamente las nulidades a los casos de indefensión y aseverar que no existen nulidades absolutas, porque todas son convalidables". Estos conceptos son aplicables al recurso de nulidad. Por lo que la ratio legis de la obligatoriedad de las formas del proceso es asegurar la defensa en juicio de la persona y de sus derechos, principio consagrado en la Constitución Nacional.

De allí surge que el objeto y finalidad del sistema de nulidades procesales es el resguardo de una garantía constitucional y ello solo permite ilustrar acerca de su fundamental importancia dentro del proceso. Las formas procesales son en esencia una verdadera garantía contra la arbitrariedad, en tanto "es indispensable no hacer de ellas un objeto en sí mismo, de manera

que en lugar de facilitar y asegurar la justicia la dilaten y obstruyen. No solamente no debe perderse ningún derecho por razones de forma, sino que debe evitarse la dilatación de un proceso y el entorpecimiento para esclarecer la verdad y llegar a la justicia por motivos simples o meramente formales". (Cfrme. arg. Podetti, J. Ramiro en "Tratado de los Recursos", Editorial EDIAR, Buenos Aires 1958).

La Jurisprudencia ha dicho que "sólo proceden cuando se violan trámites sustanciales en el proceso o se restringe el derecho de defensa. No existe nulidad por la nulidad misma" (JA, 1953, III, p. 183; 1950, III, p. 293; 1953. I. ps. 78 y 122, 599).

Son relativas y convalidables las nulidades de procedimiento aunque se trate de la omisión de un trámite esencial del juicio, en el fallo no se había conferido traslado de la reconvención, JA, 1943-II, p. 463; en igual sentido LA LEY 104-755; LA LEY 101-1001; y DJBA, 62, p. 105 citado por Soler Oscar en Esquema Jurídico de la Nulidad Procesal, en http: //www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/27/esquema-juridico-de-la-nulidad-procesal.pdf).

Por lo que el carácter relativo encuentra base de sustento en el principio de convalidación, en cuya virtud el acto procesal viciado es susceptible de ser subsanado por la parte perjudicada, sea tacita o expresamente. Ello es así ya que en el derecho procesal rige la máxima que busca la efectividad de los actos que componen el pleito; es ésta una necesidad del proceso por razones, entre otras, de economía procesal.

El derecho procesal, enseña Couture, está dominado por ciertas exigencias de firmeza y de efectividad en los actos, superiores a las de otras ramas del orden jurídico. "En consecuencia, los actos viciados se consolidan si no se los ataca en tiempo hábil y precluye así el derecho a solicitar la ineficacia del mismo (Couture, Eduardo en ob. cit. "Fundamentos del Derecho Procesal p. 395).

Para que la nulidad se declare sea a petición de parte o de oficio, la correspondiente resolución se halla condicionada por la concurrencia de los siguientes requisitos: 1) existencia de un vicio que afecte alguno o algunos de los requisitos del acto; 2) interés jurídico en la declaración; 3) falta de imputabilidad del vicio a la parte que impugna el acto o a favor de quien se declara la nulidad; 4) falta de convalidación o de subsanación del vicio (Palacio Lino Enrique, Derecho Procesal Civil T. IV, Actos Procesales, 4ª ed. actualizada por Carlos Enrique Camps, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2011, p. 114).

Por lo que ha de destacarse que la nulidad conlleva la exigencia de una debida fundamentación en cuya virtud es inexcusable invocar —carga específica— el perjuicio y daño concreto sufrido, cuya subsanación se pretende, y enunciar las defensas, pruebas o cuestiones que se pudieron oponer y de las que se habría quedado privado. No comprometida o violada la defensa en juicio, o invocada abstractamente la vulneración de ésta, no se justifica la declaración en el interés de la ley o para satisfacer pruritos formales (pas de nullité sans grief): sólo se incurriría en una excesiva formalidad y en formalismo vacío no compatible con el buen servicio de justicia (Código Procesal Civil de Mendoza, Comentado, Coordinador Horacio C. Gianella, Ed. LA LEY, T. I p. 568 y ss.). En tanto el objeto y fin de las nulidades procesales es el resguardo de la garantía constitucional de la defensa en juicio, por lo que "donde hay indefensión, hay nulidad; si no hay indefensión no hay nulidad". Asimismo la procedencia del recurso de nulidad posee carácter excepcional y debe ser de interpretación estricta (CNCiv. Com. Fed., Sala II, 25/06/1998, LA LEY Lit., 2000-534). Por lo que de conformidad con lo normado por el art. 172 del Cód. Proc. Civ. y Comercial, la parte que promueva la nulidad deberá expresar el perjuicio sufrido del que derivare su interés y mencionar, en su caso, las concretas defensas que no ha podido oponer, que pongan de relieve el interés jurídico lesionado, no bastando la invocación genérica de haberse violado el derecho de defensa. Predomina, pues, en esta materia el denominado principio de trascendencia, o instrumentalidad en las formas, desde que no es posible decretar nulidad alguna sin que exista desviación trascendente e interés jurídico en la declaración derivada del perjuicio ocasionado por el acto presuntamente irregular "no hay nulidad por la nulidad misma o para satisfacer un mero interés teórico" (CNCiv., Sala A, 09/10/1987, "Chiocconi, Lidia O. c. González, Carlos", JA, 1988-II-síntesis), razón por la cual debe existir y demostrarse el agravio concreto (CNCiv., Sala A, 09/10/1987, "Chiocconi, Lidia O. c. González, Carlos", JA, 1988-II-síntesis).

La jurisprudencia ha entendido que ante un pedido de nulidad de la notificación del traslado de la demanda es de aplicación la norma del artículo 172 del Código Procesal. En tal sentido la Cámara Civil y Comercial de Azul, Provincia de Buenos Aires resolvió que "la alegación genérica e indeterminada de que "el agravio fundamental de la sentencia lo constituye no haber podido contestar la demanda", sin indicar, mencionar o siquiera insinuar las defensas que no pudo articular por la notificación fallida, prescindiéndose de remarcar el perjuicio sufrido y el interés subsanable (art. 172 Cód. Proc. Civ. y Comercial), torna improcedente la pretensión de nulidad de la notificación de la demanda" (CC0002 AZ 42139 RSD-115-1 S 02/10/2001). De igual manera y conforme reza el

último párrafo del art. 169 del código de rito, se salva la nulidad al acto defectuoso, cuando en el caso concreto llega a obtener su finalidad (CNCiv., Sala F, 09/11/1979, Rep. Ed, 14-691).

En esta comprensión, se advierte que el recurrente Sr. A. D. se ha limitado a afirmar que se ha vulnerado su derecho de defensa, pero no esbozó cuales eran las defensas de las que se le ha privado oponer, ni expuso con claridad el perjuicio que se le ha ocasionado (art. 172 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Provincia de Buenos Aires).

Cuarto. Desde otra órbita, en su petición de nulidad, que tiene fecha de viernes 3 de junio de 2020, la letrada del Sr. D., Dra. Mónica Baldi refiere en su argumentación que en virtud del DNU emitido por el PEN ha cumplido con la misma y desde entonces no tuvo acceso a las acciones de fondo de ninguno de los expedientes en los que interviene y mucho menos iniciar alguna que no sea de vencimiento urgente, como ser aquella en la acción prescribiera, y que "...en esa inteligencia no he abierto el sistema de notificaciones electrónicas sino hasta el pasado día miércoles en el que me anoticio de las notificaciones arbitrarias..." (sic), es decir el día miércoles 1 de junio de 2020.

En primer lugar es fundamental destacar que ante la grave situación epidemiológica a escala internacional y la calificación de pandemia del virus Covid-19, se han dictado desde el Gobierno Nacional y Provincial, y desde la órbita del Poder Judicial, Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, sucesivas medidas gubernamentales destinadas a paliar de la forma más efectiva posible la propagación del virus, las cuales se fueron prorrogando y modificando en el tiempo de acuerdo a las distintas circunstancias que se fueron sorteando, moldeando y dando forma al servicio de justicia que actualmente se está implementando (arg. DNU PEN N° 260/2020, N° 297/2020 y sus prórrogas por Decretos de Necesidad y Urgencia N° 325/2020, N° 355/2020, N° 408/2020, N° 459/2020, N° 493/2020, 520/2020 y 576/2020 los Decretos del Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires N° 132/2020, N° 180/2020, N° 203/2020 entre otros y ccss.; con fecha 28 de junio de 2020 - 31/2020 SPL - que prorroga los dispuesto por la Ac. 386/2020 y demás normativa concordante - 48/2020 SDH, 7/2020 SPL, 133/2020 SSJ, 149/2020 y 165/2020 Sec. Personal, 8/2020 SPL, 134/2020 SSJ, 50/2020 SDH, 166/2020 SEC PERSONAL, 10/2020 SPL, 135/2020 SSJM 12/2020 SPL, 13/2020 SPL, 14/2020, 15/2020, 18/2020, 21/2020, 22/2020, 23/2020, 535/2020, 558/2020 sec. planif, Res. 480/2020, 593/2020 y ccss., entre otras).

Desde un primer momento, con fecha 16 de marzo de 2020, nuestra Suprema Corte, en la Ac. 386/2020 estableció en su art. 1 "... Disponer asueto en todo el ámbito del Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires, con suspensión de los términos procesales, desde el día 16 y hasta el 31 de marzo próximo inclusive, sin perjuicio de la validez de los actos que se cumplan..." y en su art. 2, primer parte, "...Establecer durante el citado período la prestación mínima del servicio de justicia, que se limitará a la atención de los asuntos de urgente despacho o que por su naturaleza no admitan postergación....".

Inmediatamente después, con fecha 18 de marzo de 2020, se publicó la Res. 10/2020 SPL de la SCBA, con instrucciones, recomendaciones y recaudos de prevención tendientes a proteger y preservar la integridad de las partes, profesionales, auxiliares de justicia, funcionarios y Magistrados, en la cuál fueron tomadas diversas medidas y numerosas disposiciones referidas a las actuaciones procesales, instaurando el trabajo remoto desde el domicilio, la suspensión de audiencias, la prohibición de traslado de expedientes, la petición de justicia sólo mediante presentaciones electrónicas —con mínimas excepciones— flexibilizando recaudos procesales en cuanto a la firma del interesado en la presentación, dispuso la notificación por secretaría de las providencias, resoluciones, etc., a los domicilios electrónicos - flexibilizando lo dispuesto por el art. 1 del anexo primero de la Ac. 3845/17. (ver. puntos. 3, a, b, c y ccss. de la Res. en cuestión).

Ambas resoluciones son de público y notorio conocimiento, habiendo sido oportunamente publicadas en las páginas Web de la Suprema Corte de Justicia y de la Procuración General, encomendadas a la Dirección de Comunicación y Prensa para su difusión en los medios de comunicación masiva y publicadas en el Boletín Oficial, así como también han sido difundidas en los respectivos Colegios de Abogados de la Provincia.

También cabe dejar sentado que, como otras disposiciones aplicables, han sido prorrogadas sucesivamente en el tiempo, estando plenamente vigentes al momento del dictado de la resolución atacada.

En el decisorio cuya nulidad se pretende y a la cuál me remito, fundé debidamente en derecho que se trataba de una "urgencia" por tratarse de alimentos para una niña (conf. arts. 3, 12, 9 y 21 de la Convención de los Derechos del Niño, arts. 12 y 15 de la Constitución de la Pcia. de Buenos Aires, art. 24 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, art. 10 Inc. 3° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y culturales, Declaración sobre principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños. ONU Res. 41/85, arts. 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos - Pacto San José de Costa Rica) —arts. 75 inc. 22 y ccss. de la CN—, arts. 26, 639, 706, 707 y ccss. del Cód. Civ. y

Com. de la Nación), y dispuso la notificación al domicilio electrónico en el marco de los lineamientos dispuesto por el Superior Supremo de la Provincia.

Tal como se desprende de las constancias del expediente electrónico, la cédula electrónica fue confeccionada y librada en autos por Secretaría y debidamente notificada con copias de demanda y documentación en el domicilio electrónico de la Dra. Mónica Baldi con fecha 24 de abril de 2020 a las 23:23:50 hs.

En conclusión, por los argumentos expuestos, no pueden tanto el demandado, Sr. A. D., como su letrada patrocinante, alegar que desconocían la eventualidad de recibir una notificación en el domicilio electrónico por alguna cuestión urgente y de excepción, cuando ello había sido expresamente previsto y habilitado por la Suprema Corte de Justicia Provincial en el marco de la presente crisis sanitaria en la normativa de rigor precitada, siendo ello de público y notorio conocimiento. Tampoco cabe hacer reparo alguno al argumento que no tuvo acceso a las copias respectivas, porque la notificación, tal como fue señalado y surge del sistema informático, fue realizada en debida forma, cumpliendo con todos los elementos de sujeto, objeto, y requisitos de tiempo, lugar y forma que hacen a la validez del acto procesal.

Aclarado ello, y ante la habilitación dispuesta en autos, y la normativa impartida por la SCBA cabe tener en consideración el plazo dispuesto por el art. 170 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Provincia de Buenos Aires, el acto de anoticiamiento que ataca llegó a su conocimiento mediante cédula electrónica librada por Secretaría al domicilio electrónico constituido por el demandado y de titularidad de la letrada que lo patrocina en las causas conexas que se encuentran en pleno trámite (a cuyas constancias me remito) con fecha 24/04/2020, notificación que fue reiterada ante la emisión de la cédula electrónica confeccionada por la accionante —de donde sin duda— se conforme constancia de fecha 28 de abril de 2020. Por lo que la misma quedó disponible para el destinatario en el Sistema de Notificaciones y Presentaciones Electrónicas razón por la cual y siendo que la nulidad procesal reviste por regla el carácter de relativa, debió deducirse la incidencia dentro del plazo de cinco días posteriores al referido acto (arts. 169, 170 Cód. Proc. Civ. y Comercial) (CCiv., La Plata, 108310 RSI 201-7 I, 28/08/2007).

Quinto. Es en virtud de lo expuesto, citas legales, doctrinarias y Jurisprudenciales citadas estimo cabe desestimar por manifiestamente extemporáneo el planteo de nulidad articulado, amén de advertir que no se han reunido *prima facie* los elementos que permitan vislumbrar una manifiesta violación al derecho de defensa en juicio y el debido proceso, al no haber demostrado el perjuicio ocasionado.

Por lo que resuelvo: 1° Tener por extemporal el recurso de nulidad interpuesto. 2° Rechazar el recurso de nulidad interpuesto por los motivos expuestos en los considerandos expresamente fundados. Con costas al demandado objetivamente vencido. Regístrese. Notifíquese con habilitación de días y horas inhábiles y al domicilio electrónico de las partes y del Ministerio Pupilar interviniente. — *Mónica P. Urbancic de Baxter.*

La notificación de la demanda por WhatsApp en los procesos de familia

Martina Vido (*)

Sumario: I. El fallo.— II. La flexibilización de las formas procesales y su particular relevancia en el contexto de la pandemia de COVID-19.— III. Entonces, ¿notificación por WhatsApp o notificación al domicilio procesal electrónico constituido en otro proceso?— VI. Cómo notificar entonces la demanda por WhatsApp. Mecanismo propuesto.— V. Conclusión.

I. El fallo (1)

El planteo es introducido en el contexto de ASPO por la parte actora, quien en el marco de un proceso de incidente de cuota alimentaria solicita que se notifique el traslado de demanda y la fijación de cuota provisoria vía WhatsApp.

Propone como forma que desde la Secretaría del Juzgado se comunique telefónicamente con el demandado explicándole que se le remitirán las copias.

No surge con claridad por qué, pero también ofrece que se notifique mediante cédula electrónica a la abogada que patrocinaba al demandado en el expediente principal de alimentos.

La jueza toma esta opción y le solicita a su secretario que certifique el patrocinio anterior y procede a notificar el traslado de demanda y la fijación de cuota provisoria a la casilla electrónica de la patrocinante del demandado en el mencionado proceso.

Se presenta posteriormente el demandado deduciendo nulidad de la notificación.

Indica que su abogada, en virtud del aislamiento, no ha tomado intervención en ninguno de los expedientes en los que interviene ni mucho menos iniciar acciones de fondo que no sea de vencimiento urgente y es por ello que no abrió el sistema de notificaciones electrónicas.

Califica de arbitraria la solución, en tanto el demandado ha quedado en estado de indefensión. Por cuanto, a pesar de que la actora solicitó que se lo notificara en su teléfono personal —como en el precedente de General La Madrid— **(2)**, dado que no se encuentra determinado que su abogada fuera su patrocinante.

Al contestar el planteo nulitivo, la actora alega que el hecho de que la abogada de la actora no haya consultado su casilla resulta inverosímil, máxime teniendo en cuenta que en el mes de mayo el demandado se presentó en el expediente de violencia familiar existente, y solicita que se rechace el planteo de nulidad.

De modo resumido, la jueza resuelve rechazar el planteo de nulidad fundando en especial contexto de la pandemia de coronavirus la flexibilización de las normas procesales compatibilizadas en este contexto a fin de asegurar la concreción de los derechos de la materia lo cual

(*) Abogada (UNLP); especialista en Derecho de Familia (UBA); prosecretaria del Juzgado de Familia, Niñez y Adolescencia Nº 4 de Neuquén; correo electrónico: martina.vido@jusneuquen.gov.ar.

(1) Trib. Fam. Nº 1 de San Isidro, "Z. F. D. c. D. A. s/ alimentos", expte. SI-2212-2020.

(2) Juzg. Paz General La Madrid, "S. S. G. C/ G. R. A. s/ alimentos", expte. 10533-2020, elDial.com, 07/04/2020, AABB1D.

fue expresamente autorizado por la Suprema Corte de su provincia.

II. La flexibilización de las formas procesales y su particular relevancia en el contexto de la pandemia de COVID-19

Tal como surge del fallo traído a comentario nos encontramos ante el siempre vigente debate relativo a la flexibilización de las formas procesales a fin de garantizar, como dice la sentencia aludida, el valor justicia y los derechos convencionales-constitucionales en juego.

En primer lugar, debemos resaltar que sabemos que el proceso es un medio para asegurar en la mayor medida posible la solución más justa de una controversia a lo cual contribuyen el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto del debido proceso legal.

Pero, como señalara Couture, "el juez no puede ser la boca que pronuncia las palabras de la ley, porque la ley no tiene la posibilidad material de pronunciar todas las palabras del derecho; la ley procede sobre la base de ciertas simplificaciones esquemáticas y la vida presenta diariamente problemas que no han podido entrar en la imaginación del legislador" **(3)**.

De allí la relevancia del activismo judicial y de rol integrador de la interpretación judicial para alcanzar el dictado de sentencias justas que aseguren la paz social.

Señala De los Santos que los aspectos que constituyen condiciones del debido proceso adjetivo revisten los tres jerarquía constitucional: 1) que medie imparcialidad e independencia de los jueces, condición que se vincula con el principio procesal de igualdad de las partes en el litigio; 2) que todo litigante tenga oportunidad adecuada de defensa y prueba, vinculado el principio de contradicción y 3) que la intervención jurisdiccional asegure la tutela judicial efectiva en tiempo útil, condición vinculada con el principio de economía procesal conforme lo dispone el art. 8º de la Convención Americana de Derechos Humanos **(4)**.

Sobre las dos primeras condiciones del debido proceso media coincidencia general entre los autores que distinguen los principios en tanto con ello no resulte afectado el derecho de defensa **(5)**.

En cuanto a la garantía de la tutela jurisdiccional efectiva, es de incorporación constitucional más reciente y responde a las últimas tendencias del derecho procesal constitucional conforme a los arts. 6º del Tratado Europeo de Derechos Humanos y 8º del Pacto de San José de Costa Rica, e incluso receptado hoy en el art. 706 del Cód. Civ. y Com.

Esta garantía se encuentra estrechamente vinculada con el principio de economía procesal y los principios de celeridad, concentración, eventualidad y saneamiento derivados, así como al principio de eficacia del proceso como instrumento para hacer operativo el derecho material tal como señala la jueza en la resolución en comentario.

Ello debe ser interpretado de forma sistémica en tanto que el art. 706 del Cód. Civ. y Com. prevé que en los procesos de familia debe respetarse el principio de tutela judicial efectiva y que "Las normas que rigen el procedimiento deben ser aplicadas de modo de facilitar el acceso a la justicia, especialmente tratándose de personas vulnerables, y la resolución pacífica de los conflictos" (inc. a]).

La especial trascendencia de la consagración normativa de este principio en el art. 706 del Cód. Civ. y Com. se basa en la necesaria referencia a las personas vulnerables, que a la luz de lo previsto por las Cien Reglas de Brasilia serán los niños, niñas y adolescentes, las personas con discapacidad y las mujeres (conf. pto. 3º). En tal sentido, precisamente el objeti-

(3) COUTURE, Eduardo J., "Introducción al estudio del proceso civil", Ed. Depalma, Buenos aires, 1988, p. 70.

(4) DE LOS SANTOS, Mabel, "Postulación y flexibilización de la congruencia", *Revista Peruana de Derecho Procesal*, nro. 8, 2005, ps. 87-106.

(5) DE LOS SANTOS, ob. cit., p. 93 y en el mismo sentido KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, "Derecho procesal de familia. Principios procesales", ponencia presentada en el XXVI Congreso Nacional de Derecho Procesal, Santa Fe, 8 a 10/6/2011.

vo de estas Reglas es "garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna, englobando el conjunto de políticas, medidas, facilidades y apoyos que permitan a dichas personas el pleno goce de los servicios del sistema judicial" (punto 1). A tales fines, "Se recomienda la elaboración, aprobación, implementación y fortalecimiento de políticas públicas que garanticen el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Los servidores y operadores del sistema de justicia otorgarán a las personas en condición de vulnerabilidad un trato adecuado a sus circunstancias singulares. Asimismo, se recomienda priorizar actuaciones destinadas a facilitar el acceso a la justicia de aquellas personas que se encuentren en situación de mayor vulnerabilidad, ya sea por la concurrencia de varias causas o por la gran incidencia de una de ellas" (pto. 2º).

Hasta acá podríamos decir que estas cuestiones tienen hoy suficiente consenso general y pareciera difícil encontrar argumentos en contra.

Ahora bien, desde un aspecto práctico cabe preguntarnos: ¿cómo concretamos esos delineamientos al momento de emplazar a alguien al proceso? ¿Cuáles son los límites dentro de los cuales nos podemos mover? ¿Qué recaudos resultan mínimos a fin de que ese emplazamiento pueda producirse de una manera respetuosa al derecho de defensa?

Este es el punto central del caso en comentario y, me atrevo a decir, uno de los mayores desafíos del servicio de justicia en el contexto de pandemia que atravesamos este 2020.

Sabido es que el contexto de aislamiento ha modernizado a pasos agigantados la prestación del servicio de justicia que suele mostrarse resistente a los cambios o que por lo menos resulta inobservado ante el desborde diario que se vive en algunos fueros en los que la atención se prioriza en otras cuestiones.

La incorporación de la tecnología en los procesos judiciales ha permitido en un periodo breve demostrar que el factor tiempo puede ser reducido y que utilizar la tecnología por parte de los poderes judiciales importa acompañar una exigencia social y un cambio cultural que no es nuevo, presentándose como un elemento transformador que nos invita a pensar su permanencia de forma definitiva.

A la par, estos avances han ido delimitando el nacimiento del derecho procesal electrónico de emergencia **(6)** dotando de eficacia los procesos judiciales y mostrando resultados positivos y bien recibidos por la sociedad.

Carlos Camps define el derecho procesal electrónico como aquel que comprende, por un lado, la forma en que es abordada por los órganos del Poder Judicial o arbitrales la pretensión procesal informática y, por el otro, la forma en que se desarrolla la informática jurídica judicial, entendida como las reglas de empleo de las TIC **(7)** para una más adecuada prestación del servicio de justicia **(8)**.

Se ocupa, además, entre otras cosas, del estudio y la sistematización de la normatividad específica que se genera a partir de la utilización de tales tecnologías aplicadas al trámite judicial, sea de fuentes formales como de fuentes informales. El derecho procesal electrónico, por ende, tiene como objeto de estudio al proceso electrónico.

Sin embargo, tal como señala Camps, desde el plano de la práctica, la cuestión puede mostrar una faceta distinta.

En esta dimensión, la de los hechos concretos, juegan factores que hacen que la visión teórica e idílica del juicio digital se desdibuje. Aparecen cuestiones relacionadas con los diseños normativos de los institutos, con la interpretación jurisprudencial de las normas en juego, con aspectos sociológicos vinculados a la resistencia a los cambios, con elementos de naturaleza presupuestaria o de planificación de los recursos —materiales y humanos— imprescindibles para implementar con éxito este gran cambio de

(6) VITTOLA, Leonardo, "Tecnologías, relaciones de familia y derecho", RDF 97-115, AR/DOC/3194/2020.

(7) Se denomina TIC a las tecnologías de la información y la comunicación.

(8) CAMPS, Carlos E., "Tratado de derecho procesal electrónico", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015, t. I, p. 2.

paradigma, con la necesidad de que —a pesar de esta modificación de los formatos— continúe incólume —en los terrenos del proceso judicial— el respecto a garantías y reglas básicas de las personas que se ven envueltas en un proceso judicial, etcétera **(9)**.

En otras palabras, las bondades y las ventajas, analizadas en abstracto, del proceso electrónico no justifican que se implementen mecanismos rituales digitales que desconozcan las básicas garantías de defensa en juicio o que tornen el trámite menos eficaz.

III. Entonces, ¿notificación por *WhatsApp* o notificación al domicilio procesal electrónico constituido en otro proceso?

Teniendo en consideración las cuestiones desarrolladas precedentemente, cabe ahora analizar ambos supuestos en tanto, recordemos, la parte solicitó la notificación por WhatsApp y la jueza ordenó la notificación al domicilio electrónico constituido en otro proceso.

Entiendo que resulta pertinente efectuar una breve consideración en relación con la conceptualización de domicilio real y procesal constituido, en tanto ello puede desentrañar algo sustancial de la diferencia entre ambas opciones propuestas.

Veamos: el domicilio real casi de forma replicada en todos los códigos procesales se regula de forma que establece que la persona física tiene su domicilio real en el lugar de su residencia habitual.

Por su parte, se regula el domicilio legal como el lugar donde la ley presume, sin admitir prueba en contrario, que una persona reside de manera permanente para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones, además de legislarse y conceptualizarse el especial, como aquel que las partes de un contrato pueden elegir para el ejercicio de los derechos y obligaciones que de él emanan.

Por su parte, los códigos procesales provinciales y de Nación establecen como obligatoria la denuncia del domicilio real de una persona que se presenta a juicio, indicando asimismo la carga de constituir un domicilio procesal; hoy, en la mayoría de las jurisdicciones es de carácter electrónico.

Este domicilio procesal es constituido para ese juicio particular, únicamente y lógicamente, porque es allí y solo allí donde se constituye a los efectos del proceso de que se trate y perdura hasta la finalización del proceso por el medio que fuere, salvo su modificación por cambio físico, debidamente denunciada en un expediente, o por renuncia del abogado, ya sea mandatario o letrado patrocinante de la parte, cuya necesaria consecuencia para lograr el instituto comunicacional del proceso es la constitución de un nuevo domicilio procesal **(10)**.

Sabemos que dicho domicilio que la parte constituye para ese juicio particular no se repite automáticamente en otro proceso judicial, salvo que así lo haga expresamente.

Este domicilio es precisamente el que se ha modernizado, dando lugar a la constitución del domicilio procesal electrónico despapelizando el grueso de las notificaciones procesales. En el caso de la provincia de Neuquén, por ejemplo, se encuentra implementado sin dificultades desde el año 2013, y similar situación se da en otras provincias.

Recordemos que, en materia de notificaciones procesales, lo que prevalece es el cumplimiento de la finalidad del acto de anoticiamiento por sobre los excesos formales.

Incluso, una interpretación sistémica de nuestro ordenamiento nos conduce hacia esta conclusión: si se posibilita, bajo ciertas condiciones, una notificación bajo responsabilidad de la parte actora (aun cuando su receptor niegue que el destinatario viva en el lugar) ello da muestra de que, en ciertos contextos extremos, son imprescindibles algunas soluciones flexibles, en pos de permitir el avan-

(9) CAMPS, Carlos E., "El proceso electrónico y el derecho procesal electrónico", en http://e-procesal.com/el-proceso-electronico-y-el-derecho-procesal-electronico-1764.

(10) MONTALDO MAIOCCHI, Valeria, "Jurisdicción y nuevas tecnologías", en *La actividad jurisdiccional moderna*, 01/09/2019 IJ, DCCLVI.252.

ce del proceso y ello aún asumiendo algunos riesgos procesales **(11)**.

Es que el juez tiene el deber de dirigir el procedimiento para evitar nulidades pero, en la procura de ello, no pueden adoptarse prácticas que, paralelamente, conlleven al final un obstáculo a derechos de raigambre superior, como la tutela judicial efectiva.

Resulta necesario un balance y, a veces, este balance conlleva riesgos, los cuales el propio sistema decide asumir, frente a determinadas circunstancias.

Efectuada esta diferenciación, parece entonces que la notificación por WhatsApp se asemeja más a la notificación al domicilio real en tanto es la parte demandada quien se anoticia del proceso instado en su contra, invitándolo a presentarse a él y recién en dicha oportunidad, elegir y constituir su domicilio procesal electrónico.

Concluyendo entonces que la notificación directa al demandado parece ser la solución que mejor equilibra la finalidad de la notificación del traslado de demanda y el ejercicio del derecho de defensa, surge así otro elemento central a analizar para que ello resulte eficaz: la notificación fehaciente.

Podríamos definir la notificación fehaciente cuando una comunicación entre el emisor y receptor produce efectos jurídicos desde que entra en la esfera de conocimiento del receptor, de conformidad con la teoría recepticia de la manifestación de la voluntad.

Por su parte, el concepto de fehaciente no se circunscribe solo a acreditar que el destinatario recibió la notificación, sino que además recibió su contenido de autoría indubitable del emisor, pudiendo además determinar la fecha en la que tuvo lugar.

En el curso regular de los procesos a los que veníamos acostumbrados de forma inmutable hasta el 19/03/2020, esto se resguardaba y aún hoy, con la actividad de los oficiales notificadores quienes dotaban de fe lo que ocurría al diligenciar la cédula.

Entonces, cuando analizamos el extremo de la notificación fehaciente al referirnos a los medios telemáticos como WhatsApp debemos poder asegurarnos de que esas condiciones se encuentren cumplidas: 1) que sea el receptor quien reciba la comunicación; 2) que reciba el contenido de dicha comunicación; 3) la fecha en que tomó conocimiento; 4) que la notificación y su contenido sea de autoría indubitable del emisor **(12)**.

En el caso de WhatsApp, estamos ante un servicio de mensajería instantánea gratuito y de uso masivo a nivel global al cual se accede al contar con un número telefónico asignado, lo cual permite asociar la cuenta a un usuario único que lo identifica en la red de la propia aplicación.

La aplicación permite emitir y recibir comunicaciones de modo instantáneo de textos y archivos de cualquier tipo, así como efectuar llamados telefónicos.

Entonces cabe preguntarnos cómo podríamos encuadrar normativamente los mensajes que se emiten y reciben desde dicha aplicación a fin de sortear que la comunicación que surja de ella resulte fehaciente.

En primer lugar, recordemos que la ley 25.506 en su art. 6º establece que se entiende por documento digital la representación digital de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento o archivo. Un documento digital también satisface el requerimiento de escritura.

Tal como señala Aginsky **(13)** la última parte del artículo resulta de vital importancia en tanto y en cuanto se exija que un documento sea presentado por escrito, el mismo es igual de válido si se suple por un documento digital.

Por otra parte, es el propio Cód. Civ. y Com. el que en su art. 286 clasifica los instrumentos privados estableciendo la existencia de los do-

(11) *Ibid.*

(12) AGINSKY, Ariel, "Notificaciones fehacientes por Whatsapp en tiempos de pandemia", RC D 1637/2020.

(13) *Ibid.*

cumentos particulares firmados o no firmados dejando a salvo expresamente que puede hacerse constar en cualquier soporte siempre que el contenido sea representado con texto inteligible, aunque la lectura exija medios técnicos.

Continúa en el art. 287 estableciendo que los instrumentos particulares pueden estar firmados o no. Si lo están, se llaman instrumentos privados.

Si no lo están, se los denomina instrumentos particulares no firmados; esta categoría comprende todo escrito no firmado, entre otros, los impresos, los registros visuales o auditivos de cosas o hechos y, cualquiera que sea el medio empleado, los registros de la palabra y de información.

Dicho esto, nos aproximarnos entonces a la idea de que un archivo enviado por WhatsApp, como por ejemplo la demanda, podría resultar un instrumento privado no firmado, pero si se encuentra firmado digital o electrónicamente **(14)**, es un documento electrónico en los términos del art. 6º de la ley 25.506.

Sin embargo, tal como señala doctrina especializada en derecho procesal electrónico **(15)**, en tanto WhatsApp se encuentra vinculado a una línea telefónica, a su vez vinculada a una tarjeta SIM y así a un dispositivo electrónico con un código de IMEI único, permite cumplir lo dispuesto por el art. 5º de la ley 25.506, los mensajes de WhatsApp se encuentran suscriptos mediante firma electrónica y, por ende, dotan de fehaciencia la comunicación importando un verdadero documento electrónico.

VI. Cómo notificar entonces la demanda por Whatsapp. Mecanismo propuesto

Sentado todo lo anterior, hemos visto a lo largo de estos meses que fueron numerosos los juzgados que durante la pandemia han optado por ordenar notificaciones por WhatsApp y ello se ha efectivizado de las formas más diversas.

Veamos. Algunos han ordenado la notificación a cargo de la parte actora de la siguiente forma: "autorizando —bajo su responsabilidad— a la parte actora a notificar, vía Whatsapp, las resoluciones de fecha 30/08/2017 y 22/06/2020. A tales efectos, quedará a cargo de la accionante el envío de sendas copias de dichas resoluciones, como así también de la presente, todo ello en formato.pdf, a la línea individualizada en su presentación de fecha 27/05/2020 como así también a la línea mencionada por el accionado en su denuncia obrante en la causa MO-59495-2018; posteriormente, la accionante habrá de acreditar —en el expediente y mediante el aporte de las respectivas capturas de pantalla— las constancias de envío, como así también el informe de recepción y de lectura de cada mensaje, emergente del chat respectivo; quedando a cargo de la accionante, la conservación y resguardo de las constancias electrónicas pertinentes y que documenten el anoticiamiento dispuesto, para cualquier eventualidad procesal que pudiera presentarse en el futuro" **(16)**.

Otros autorizaron que la notificación sea cursada por el abogado o abogada de la parte actora, debiendo acompañarse luego la captura de pantalla **(17)**.

Una tercera variante que aparece como la más utilizada ha sido ordenada a ser efectuada por el propio juzgado como el primigenio caso de General La Madrid **(18)** que instruyó el siguien-

(14) Recordemos que, a grandes rasgos, en los términos de la ley 25.506 la diferencia radica en que la firma digital posee un certificado, a diferencia de la firma electrónica, por lo que la carga de la prueba se invierte.

(15) AGINSKY, Ariel — BIELLI, Gastón E., "Los mensajes de WhatsApp y su acreditación en el proceso civil", LA LEY, 29/10/2018, AR/DOC/1962/2018 y MOLINA QUIROGA, E., "Eficacia probatoria de las comunicaciones electrónicas", en GRANERO R., *Emails, chats, whatsapp, SMS, Facebook, filmaciones con teléfonos móviles y otras tecnologías...*, Ed. ElDial Buenos Aires, 2019, p. 65.

(16) CCiv. y Com. Morón, sala II, "A. A. E. c. Z. M. J. y otro/a s/alimentos", causa MO-41918-2017, R.I. 75/2020, https://www.diariojudicial.com/public/documentos/000/092/922/000092922.pdf; Trib. Fam. Nº 5 Morón, "G., A. E. c. G., R. D. s/ alimentos", http://e-procesal.com/alimentos-notificacion-via-whatsapp-2-2393.

(17) CNCiv., sala M, "C. L., D. c. S., V. J. s/medidas precautorias", causa 17347/2020, https://www.cpacf.org.ar/files/acordadas/C.%20L.,%20D.%20c%20%20S.,%20V.%20J.%20s-MEDIDAS%20PRECAUTORIAS.pdf.

(18) Juzg. Paz General La Madrid, "S. S. G. c. G. R. A. s/ alimentos", expte. 10533-2020, elDial.com, 07/04/2020, AABB1D. En idéntico sentido CNCiv. y Com. Fed., sala I, "D. C. A. c. A. H. s/ alimentos", reg. inter. 204/20, libro interlocutorios LXXVI", http://blogs.scba.gov.ar/camaracivil2laplata/files/2020/08/127714ini.pdf.

te procedimiento a través de un mecanismo de certificaciones efectuadas por la secretaría: "A.- Se confeccionará por el Actuario un archivo pdf con las constancias digitalizadas de la demanda, documentación acompañada y la presente resolución, que deberán extraerse del sistema Augusta con las constancias de agua del usuario que las ha generado. B.- Procederá el Actuario a comunicarse telefónicamente con el número de teléfono indicado, presentándose como funcionario de este organismo y explicando el cometido de dicho llamado. En tal acto deberá verificar si es atendido por la persona requerida, le requerirá los datos particulares que permitan su individualización (N° de DNI, dirección, fecha de nacimiento) y si el mismo es el titular de la línea telefónica en la que ha atendido. Acto seguido le procederá a explicar que se ha dispuesto notificar el reclamo alimentario por esta vía, y que se le remitirá en archivo pdf el contenido de la demanda, la documentación y la orden judicial que fija la cuota alimentaria provisoria y la citación a la audiencia prevista en el Art. 636 del Cód. Proc. Civ. y Com. Se le comunicará el plazo que tiene para impugnar la resolución notificada, así como las previsiones necesarias para que ejerza debidamente su derecho de defensa. Para el supuesto de no contar con medios económicos para afrontar las eventuales costas y/o el asesoramiento letrado particular, deberá procederse conforme las disposiciones previstas en el art. 91 de la ley 5827, procediéndose a la designación de un Defensor Oficial. C.- Seguidamente, se le remitirá por el celular institucional dotado por la SCBA a este organismo, el archivo pdf generado. D.- El Actuario procederá a labrar el acta pertinente dando cuenta de todo lo expuesto, consignando a su vez si se procedió a la recepción del mensaje conteniendo el archivo pdf por el alimentante, a través del sistema de confirmación de recepción de mensajes que la aplicación de WhatsApp permite, en caso de que el usuario tenga activada tal función, precisando día y hora de la entrega del mensaje y de su lectura. E.- Eventualmente, deberá el Actuario volver a comunicarse telefónicamente con el demandado para verificar la recepción de dicho mensaje. En cada oportunidad de comunicación telefónica se le deberá poner en conocimiento al demandado la posibilidad de comunicarse telefónicamente con el organismo para cualquier duda que la tramitación de las actuaciones le genere, en aras de orientar al mismo en el ejercicio de su derecho de defensa" **(19)**.

Como vemos, podríamos resumir que se ha colocado la carga de emitir la notificación por la parte actora, por medio de sus abogados o por medio del juzgado.

Asimismo, de dichos extractos puede observarse que algunos han solicitado la acreditación de la notificación mediante una captura de pantalla, llegando otros a solicitar que conste que el mensaje ha sido leído por el destinatario.

En línea con lo analizado previamente considero que el proceso de notificación de la demanda por medios telemáticos como Whatsapp podría implementarse de la siguiente manera:

a) Entiendo que resulta conveniente que ella emane del abogado de la parte en formato PDF de modo que dicho archivo cuente con firma digital **(20)**.

Si bien podría efectuarlo la parte actora, entiendo que podría replicarse el modo de confección de cédula y diligenciamiento, tarea facilitante si es efectuado por el abogado y, asimismo, evita un potencial nuevo conflicto entre las partes.

La metodología de que sea la Secretaría del Juzgado quien practique la notificación, si bien aparece como la más cauta, encuentro que puede resultar en un efecto no deseado al dotar de una nueva tarea que insume tiempo y recursos del juzgado que podría, a la postre, devenir en demoras evitables y así resultar más perjudicial que beneficiosa. Ello teniendo en cuenta que es probable que al poner la carga en la parte como su abogado, redunda en rapidez en tanto es el propio interesado quien instará la notificación prontamente.

(19) Otros juzgados como el JNCiv. Nº 92, 09/12/2020, "M., J. c. S., M. s/alimentos", elDial.com, 07/01/2021, - AAC184, también han ordenado el procedimiento a cargo de la secretaría.

(20) Uno de los grandes avances los colegios de abogados en esta pandemia ha sido la de implementar el registro para firma digital para cada colegiatura, lo que permite dotar de fehaciencia y de forma indubitada el documento enviado.

En relación con el formato pdf y firma digital, entiendo que si bien por los argumentos expresados anteriormente, el simple mensaje constituye un documento electrónico con firma electrónica, enviar en formato pdf con firma digital resulta un recaudo que en los hechos no implica una carga mayor, y elimina casi de forma absoluta la posibilidad de dudar acerca de la identidad del abogado firmante, evitando así planteos nulitivos.

b) Considero que la doble tilde resulta suficiente a los fines de la notificación fehaciente por dos motivos: el primero porque la opción de "leído" —tilde azul— es opcional y puede encontrarse desactivada, y el segundo porque el hecho que la comunicación sea recibida resulta suficiente a los fines de producir la notificación. Por ejemplo, hoy al notificar por cédula la demanda tal como efectúa el oficial notificador, este no procede a leerla al receptor que incluso puede no estar al momento de la notificación, o bien recibirla otra persona o pudiendo dejarla pegada en la puerta de acceso.

c) A fin de contar con la fecha se notificación, requerir que se acompañe la captura de pantalla de la misma resulta suficiente.

Esto por cuanto en caso de ser ello desconocido por la demandada en oportunidad de un eventual planteo nulitivo, es demostrable a partir de una pericia informática **(21)**. Esto podría resultar un planteo usual al comienzo hasta "normalizar" la práctica.

d) El archivo debería acompañarse con una leyenda que consigne en lenguaje sencillo que se trata de una notificación judicial individualizando el juzgado interviniente, expediente, la fecha en que se ordena, el plazo para contestarla y las posibilidades de acceder al patrocinio gratuito en caso de carecer de recursos de forma clara, sencilla y con los datos de a dónde acudir para ello.

De alguna forma, esto permitiría suplir la información típicamente contenida en la cédula de notificación con la transcripción de la primera providencia.

Otra opción que podría considerarse para un resguardo mayor es acompañar la cédula dentro del archivo que contiene las copias de la demanda con algún código QR o link de verificación al que el receptor pueda ingresar para verificar la validez de la comunicación **(22)**.

e) Sería importante que, previo a normalizar esta práctica, ella sea autorizada expresamente por los tribunales superiores de cada jurisdicción con amplia difusión en la sociedad.

V. Conclusión

Resulta interesante que un hecho que marcó nuestras vidas en todos sus aspectos como lo hizo la pandemia de COVID-19 ha traído como grata sorpresa numerosos avances en innovación tecnológica a un servicio de justicia que se ha mostrado, por momentos, reticente a los cambios.

Considero, por los motivos expresados a lo largo de este trabajo, que la notificación a través de WhatsApp resulta superadora de la notificación al domicilio electrónico constituido en otro proceso, en tanto se asemeja más a la forma en que se emplaza a una parte al proceso por primera vez, de modo que su derecho de defensa encuentre mayor resguardo. Incluso facilitaría la notificación que se haga a distintas jurisdicciones que hoy resultan dificultosas y hasta suelen aparecer un exceso de recaudos, en colisión con lo dispuesto normativamente, y tornan dificultosa su diligencia ya que diversas jurisdicciones establecen recaudos diferenciados.

Si bien a veces nos cuesta implementar nuevas soluciones, quienes integramos el servicio de justicia tenemos la obligación de acoplarnos a las necesidades de la sociedad que también van mutando.

No podemos desconocer que la papelización está desapareciendo en tanto han aparecido

(21) Algo más sencillo que redargüir de falsedad lo informado un oficial notificador.

(22) Por ejemplo, en la provincia de Neuquén, las cédulas se confeccionan de forma electrónica mediante un programa llamado SISCOM, en el cual los abogados confeccionan la cédula mediante la página del Poder Judicial y la cédula genera automáticamente un código QR y un enlace con código de acceso que se encuentra impresa en la cédula y es así como la parte demandada accede a las copias de la demanda.

formas más prácticas de llevar adelante nuestra vida, utilizando los beneficios que nos brinda día a día la tecnología.

Estas opciones nos permiten un marco de acción en donde, a través de ajustes, se facilita el acceso a la justicia y se permite que coexistan las formas y soluciones teniendo en consideración también los casos en los cuales las personas no cuentan con acceso a esta tecnología.

Por su parte, debemos ser conscientes de que las soluciones tecnológicas van cambiando de la mano del comportamiento de sus usuarios. Si bien hoy parece que la solución que nos brinda WhatsApp es realmente buena, no sabemos si dentro de un tiempo lo será. Tampoco sabemos que medios de comunicación tecnológica utilizarán las diferentes generaciones que necesitamos emplazar procesalmente como ocurre por ejemplo con Facebook, una plataforma que suele utilizar gente de mayor edad que la que utiliza TikTok, generalizada entre gente mayoritariamente joven, entre otros. Algunas aplicaciones también han reducido a marcos más acotados como el correo electrónico y otras van incorporando servicios de mensajería instantánea que pueden tornarse con el tiempo lo suficientemente populares como hoy es WhatsApp y en otros tiempos fueron los mensajes de texto SMS.

Este ejercicio nos permite pensar y repensar formas en las que ello puede acompañar el desarrollo rápido y eficaz de los procesos judiciales de familia en donde el conflicto familiar por su naturaleza de particular dinamismo, requiere respuestas oportunas.

ALIMENTOS A FAVOR DE LOS HIJOS

Actitud reticente del progenitor demandado. Medidas ordenadas por el juez. Suspensión de la licencia de conducir. Corte de líneas telefónicas.

Con nota de María Eugenia Rodríguez Pería

1. — Corresponde ordenar la suspensión de la licencia de conducir "ciclomotores", así como prohibir su renovación, hasta tanto se cumpla con la deuda alimentaria. Frente al interrogante respecto a cuál sería el bien jurídico protegido que tendría más asidero: la libertad de circulación o bien las medidas tendientes a resguardar el derecho de alimentos y el derecho a la vida y al desarrollo de un niño; la segunda opción debe prevalecer sobre la primera.

2. — Corresponde ordenar el corte de líneas telefónicas fijas y/o celulares e impedimento de otorgar nuevas líneas al progenitor demandado mientras dure la situación de incumplimiento de pago de la cuota alimentaria fijada a favor de sus hijos. Como la falta de pago de la cuota alimentaria compromete la cobertura de las necesidades de asistencia, educación, esparcimiento, habitación, manutención, salud y vestimenta de ambas hijas, la medida conminatoria se dirige a perturbar en el padre deudor el goce de cualquiera de esos rubros, menoscabando su fuente de ingresos y/o el disfrute del nivel de vida.

3. — Cabe destacar el daño que provoca el incumplimiento del deber alimentario y que el ordenamiento jurídico no puede avalar por la gravedad que tiene para la sociedad toda, atento su incidencia sobre el derecho a la vida y al pleno desarrollo del niño, sujeto que, por su vulnerabilidad, tiene un plus de protección.

4. — La falta de pago de la cuota alimentaria afecta directamente a la madre, pues ocasiona un deterioro de su situación económica, ya que debe cubrir de manera exclusiva las necesidades materiales de su hija, con la consiguiente limitación injustificada de sus propios recursos económicos.

5. — Esta conducta omisiva del progenitor configura a todas luces un caso de violencia de género en los términos de la ley 26.485 de "Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Integral contra las Mujeres". Es que la conducta del incumplidor queda comprendida en el art. 5°, inc. 4 de dicha ley que refiere a la violencia económica y patrimonial, que se configura cuando se produce el menoscabo de los recursos económicos o patrimoniales de la mujer mediante la limitación de los ingresos económicos destinados a satisfacer sus necesidades o la privación de los medios indispensables para vivir a una vida digna.

6. — La normativa de fondo ofrece al juez la posibilidad de aplicar las medidas que estime pertinentes, conforme las particularidades de cada caso, con el objeto de persuadir al alimentante a cumplir con su obligación alimentaria. A tales fines, el juzgador deberá tener en cuenta: el incumplimiento reiterado de la cuota alimentaria por parte del progenitor y la razonabilidad de la medida.

JCiv. y Com., Conciliación y Familia 3a Nom., Bell Ville, 18/08/2020. - R., A. V. c. A., A. L. s/ régimen de visita/alimentos - Contencioso.

[Cita on line: AR/JUR/40057/2020]

1ª Instancia.- Bell Ville, agosto 18 de 2020.

Resulta:

1. A fs. 304/306 compareció el Dr. Juan Cruz Fanin, en el carácter de letrado patrocinante de la Sra. A. V. R. y solicita ampliación de las medidas coercitivas para efectivizar el cumplimiento de la sentencia de alimentos N° 6 dictada por este Tribunal con fecha 27/02/2019 a favor de los menores A. A. y A. A., por parte de su progenitor Sr. A. L. A. Relata que en diciembre mediante Auto N° 249 de fecha 18/12/2019 se establecieron dos medidas conforme al art. 553 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, a saber la prohibición de salida del país y el corte de la línea de teléfono (Telecom). Agrega que las situaciones cambiaron, en primer lugar afirma que conocieron donde trabajaba el Sr. A. L. A. y que al llegarle el oficio de retención por cuotas alimentaria futuras volvió a renunciar de forma inmediata. Y en segundo lugar dice que atento la situación de Pandemia que atravesamos la prohibición de salir del país ha perdido mucha fuerza por lo que solicita se amplíen las mismas de la siguiente manera:

a) Corte de líneas telefónicas fijas y/o celulares e impedimento de otorgar nuevas líneas mientras dure la situación de incumplimiento: expresa que el progenitor utiliza principalmente la línea de Claro N°... que según la empresa es la única línea activa que figura a su nombre. Por lo que solicita se ordene a la empresa Claro y Personal al corte de las líneas que se encuentren a su nombre como también la imposibilidad de otorgarles nuevas líneas a su nombre por su

condición de deudor alimentario, debiendo oficiarse también a Movistar.

b) Retiro de Licencia de conducir "ciclomotores": expresa que reitera pedido del retiro de licencia de conducir, y prohibición de nuevas licencias. Que subsidiariamente solicita como primer medida que se retire la licencia de conducir en las categorías "A" (A1.1, A1.2, A1.3, A.14) y se le impida otorgar nuevas licencias en las mismas que son para el manejo de ciclomotores. Aclara que dicha medida no impedirá bajo ningún aspecto el trabajo del Sr. A. L. A. ni tampoco obtener ganancias para cumplir con la cuota alimentaria, debido a que siempre ha trabajado con maquinarias agrícolas. Afirma que el progenitor no trabaja como delivery ni cadete en motocicleta sino que lo utiliza como ocio. Solicita se oficie a tales fines al Ministerio de Transporte de la República Argentina y al Ministerio de Transporte de la Provincia de Córdoba, Agencia de Seguridad vial, y a la Policía Caminera.

2. A fs. 323 se ordena correr vista al Asesor Letrado Interviniente de Primer Turno Carlos Figueroa, quien evacua el traslado en los siguientes términos: manifiesta que conforme a las constancias de autos, S.S. deberá tomar las medidas peticionadas por la parte actora siempre que puedan ordenarse conforme a las pautas que permite la legislación vigente.

3. A f. 343 se dicta el decreto de autos.

Considerando: I. A fs. 304/306 compareció el Dr. Juan Cruz Fanin, en el carácter de letrado patrocinante de la Sra. A. V. R. y solicita medidas urgentes a los fines de obtener el cumplimiento de sentencia, a saber: 1) Corte de líneas telefónicas fijas y/o celulares e impedimento de otorgar nuevas líneas mientras dure la situación de incumplimiento y 2) Retiro de Licencia de conducir "ciclomotores". A su turno el Asesor Letrado interviniente en la causa no efectúa objeción alguna a tal requerimiento. Todo ello, conforme a las constancias que se desprenden de autos y de los escritos presentados por parte, relacionados precedentemente, a los que corresponde remitirse para evitar repeticiones.

II. Previo a entrar al análisis de la cuestión debatida, corresponde tener presente que el pedido formulado por la parte actora, consiste en la aplicación de las medidas coercitivas reguladas por el art. 553 del Cód. Civ. y Comercial a fin de obtener el cumplimiento de la cuota alimentaria por parte del progenitor. El mentado artículo dispone: "El juez puede imponer al responsable del incumplimiento reiterado de la obligación alimentaria medidas razonables para asegurar la eficacia de la sentencia". Al respecto, la doctrina se ha pronunciado entendiendo que "Se trata de una norma abierta que faculta al juez para disponer 'medidas razonables' para asegurar el cumplimiento de la cuota establecida"...". Se refiere a 'otras medidas', por lo que está abierta a la creatividad de los operadores jurídicos en proponerlas, y a la razonabilidad del juez al aplicarlas" (Cfr. comentario al art. 553 en Herrera, Marisa; Carmelo, Gustavo; Picasso, Sebastián - Directores; Código Civil y Comercial Comentado; Tomo II; Ed. Infojus; Bs. As., p. 271).

En consecuencia, se puede vislumbrar que la normativa de fondo ofrece al juez la posibilidad de aplicar las medidas que estime pertinentes, conforme las particularidades de cada caso, con el objeto de persuadir al alimentante a cumplir con su obligación alimentaria. A tales fines, el juzgador deberá tener en cuenta: a) el incumplimiento reiterado de la cuota alimentaria por parte del progenitor y b) la razonabilidad de la medida.

III. Que ingresando al análisis de lo peticionando, y conforme constancias de autos (v. fs. 324/327), tengo por acreditada la subsistencia en el incumplimiento de la sentencia de alimentos (N° 6 de fecha 27/02/2019) a cargo del Sr. A. L. A., a favor de sus hijos menores de edad Aldo y Andrés, no obstante haberse ordenado inclusión del mismo en el Registro de Deudores Alimentarios Morosos, y otras medidas restrictivas para coercer su cumplimiento, a saber: astreintes, y prohibición de salir del país (Auto N° 249 de fecha 18/12/2019). Cabe resaltar que esta última resolución dispuso dichas medidas bajo apercibimiento de que en caso de persistir el progenitor en dicho incumplimiento, las mismas podrían ser ampliadas con el mismo fin. Todo ello demuestra la actitud reticente del Sr. A. L. A. al cumplimiento de la cuota desde que la misma se fijó.

Cabe poner de resalto que el derecho alimentario constituye un derecho humano básico y resulta derivación del derecho a la vida. En consecuencia el incumplimiento del progenitor al pago de la cuota alimentaria compromete: 1) el derecho de los hijos a un nivel de vida adecuado (art. 27, Convención sobre los Derechos del Niño); 2) el interés superior del niño, niña o adolescente (art. 3 de la CDN): "Ser superior es precisamente eso: en el conflicto, priorizar el interés del niño por encima de otros titularizados por personas que destrozan los derechos de la persona vulnerable mediante el incumplimiento de concretas prestaciones a su cargo" (Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Comisión N° 3. Derecho Procesal de Familia. Principios procesales. Informe de la parte especial", Asociación Argentina de Derecho Procesal, www.aadproc.org.ar, p. 3, con cita de Peyrano).

De otro costado, esta conducta omisiva del progenitor configura a todas luces un caso de violencia de género en los términos de la Ley 26.485 de "Protec-

ción Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Integral contra las mujeres". Es que la conducta del incumplidor queda comprendida en el art. 5 inc. 4 de dicha ley que refiere a la violencia económica y patrimonial, que se configura cuando se produce el menoscabo de los recursos económicos o patrimoniales de la mujer mediante la limitación de los ingresos económicos destinados a satisfacer sus necesidades o la privación de los medios indispensables para vivir a una vida digna. Adviértase, entonces, que la falta de pago de la cuota alimentaria afecta directamente a la madre, pues ocasiona un deterioro de su situación económica, ya que debe cubrir de manera exclusiva las necesidades materiales de su hija, con la consiguiente limitación injustificada de sus propios recursos económicos. En relación a ello, existe un derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y a una sentencia que se cumpla, debiendo los Estados adoptar todas las medidas de acción positiva en los términos del art. 75 inc. 23 de la CN.

IV. Efectuadas estas consideraciones, resulta imprescindible también analizar la razonabilidad de las medidas peticionadas: a) Corte de líneas telefónicas fijas y/o celulares e impedimento de otorgar nuevas líneas mientras dure la situación de incumplimiento: que la solicitud de esta medida no es más que una ampliación de la ya ordenada en el punto I, inc. 3, del Auto N° 249 de fecha 18/12/2019 por lo tanto corresponde sin más se ordene a las empresas Claro y Personal el corte de las líneas que se encuentren a nombre de A. L. A., como también prohibir a Claro, Personal y Movistar otorgar nuevas líneas a nombre del progenitor hasta que hasta tanto se cumpla con la deuda alimentaria. b) Retiro de Licencia de conducir "ciclomotores": con relación al pedido de dicha retención y prohibición de renovar la misma, frente al interrogante respecto a cuál sería el bien jurídico protegido que tendría más asidero: la libertad de circulación o bien las medidas tendientes a resguardar el derecho de alimentos y el derecho a la vida y al desarrollo de un niño; la segunda opción debe prevalecer sobre la primera.

Cabe destacar el daño que provoca el incumplimiento del deber alimentario y que el ordenamiento jurídico no puede avalar por la gravedad que tiene para la sociedad toda, atento su incidencia sobre el derecho a la vida y al pleno desarrollo del niño, sujeto que por su vulnerabilidad, tiene un plus de protección. En consecuencia, y en coincidencia con lo dictaminado por el Sr. Asesor Letrado, estimo razonable ordenar la suspensión de la licencia de conducir "ciclomotores" en las categorías "A" (A1.1, A1.2, A1.3, A.14) así como prohibir su renovación, hasta tanto se cumpla con la deuda alimentaria.

En ese marco, las medidas coercitivas o conminatorias no tienen como finalidad castigar una conducta ya producida, sino que apuntan a vencer la resistencia al cumplimiento, sea directamente mediante la compulsión física sobre la persona obligada, o indirectamente a través de la afectación o amenaza de afectación a los derechos e intereses de esa persona, que le cause más perjuicio que la ventaja que espere obtener con el incumplimiento (Ortells Ramos, Manuel, "¿Multas o astricciones? Una definición de la nueva ejecución forzosa española", Revista Internauta de Práctica Jurídica, N° 13, ps. 1/23). Más aún, la noción de conminación se encuentra presente en la misma Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, al establecer en su art. 7° el deber del Estado de adoptar "medidas jurídicas para conminar" al agresor a abstenerse de perjudicar su propiedad (inc. d). Esta medida habilita al juez a causar cualquier clase de perjuicio razonable, moral o material, al desobediente que menospreció la autoridad del Poder Judicial, con la finalidad de forzarlo al cumplimiento de la resolución judicial. Según el concepto de Peyrano, es la orden emanada de un juez que tiende a obtener el debido cumplimiento in natura de un mandato judicial primigeniamente desobedecido, a través del concurso de la voluntad del destinatario del mismo y que involucra para el desobediente la amenaza de un desmedro que podría llegar a ser de mayor entidad que el resultante de persistir en dicha actitud contumaz. El despacho de la medida únicamente se encuentra limitado por la imaginación y la mesura, y encuentra fundamento en los poderes de hecho del juez, especie del género "atribuciones judiciales implícitas", que se caracterizan por conformar un plexo de facultades que posibilitan la materialización efectiva de lo ordenado por un tribunal de justicia y el consiguiente tránsito exitoso de lo "declarado" a lo "ejecutado" (Peyrano, Jorge, "Poderes de hecho de los jueces. Medida conminatoria", LA LEY, 1988-D, 851; "Medidas conminatorias", LA LEY, 1989-E, 1043; y "Las medidas de apremio en general y la conminatoria en particular (Poderes de hecho de los jueces, su contribución a la eficacia del proceso civil)", LA LEY, 1991-D, 984).

Aplicada una medida conminatoria, el desobediente sufre una consecuencia desfavorable fuera del ámbito del proceso en el cual se encuentra involucrado. La amenaza contenida en la diligencia de coerción debe tener cierta entidad para persuadir o convencer al remiso que le resultará más provechoso cumplir en especie lo ordenado, todo lo cual tiene que ver con el factor presión psicológica sobre la voluntad del desobediente, que caracteriza a los medios compulsorios en general (Conf. Acciarresi, Selmar Jesús, "Algunas consideraciones acerca de los deberes y facultades de los jueces santafesinos en el ámbito civil y comercial y la posibilidad de cumplimiento de sus mandatos",

Djuris 184). Como la falta de pago de la cuota alimentaria compromete la cobertura de las necesidades de asistencia, educación, esparcimiento, habitación, manutención, salud y vestimenta de ambas hijas, la medida conminatoria se dirige a perturbar en el padre deudor el goce de cualquiera de esos rubros, menoscabando su fuente de ingresos y/o el disfrute del nivel de vida (Alesi, Martín, "Principios rectores del debido proceso de infancia. Garantías mínimas de procedimiento administrativo y judicial", Fernández, Silvia (dir.), "Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes", T. III, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2015, p. 2403) (Confr. Juzgado de Primera Instancia de Familia N° 3 de Rawson, Provincia del Chubut (JFamiliaChubut) (N° 3) Fecha: 01/09/2017 Partes: S. s/ violencia familiar (Expte. N° 397/2014) Publicado en: La Ley Online; Cita Online: AR/JUR/60951/2017).

Por todas las consideraciones vertidas, considero que las medidas solicitadas en la presente superan el control de razonabilidad así entendido, y espero que resulten funcionales a la conflictiva familiar en aras del cumplimiento de los deberes emanados de la responsabilidad parental, especialmente en tanto se encuentran involucrados los derechos de los niños.

V. Costas: Que las costas son a cargo del demandado que resultó vencido.

VI. Honorarios: corresponde regular los honorarios del Dr. Juan Cruz Fanin en la suma de pesos... ($...) equivalentes a... jus, conforme art. 76 del CA.

Por todo lo expuesto resuelvo: I. Hacer lugar a lo peticionado por la actora, y en consecuencia ordenar como medidas razonables para efectivizar el cumplimiento de la sentencia de alimentos a favor de los niños A. A. y A. A., por parte del incumplidor, Sr. A. L. A. DNI N°..., las siguientes: 1. Ordenar a las empresas Claro y Personal el corte de las líneas que se encuentren a nombre de A. L. A., como también prohibir a Claro, Personal y Movistar otorgar nuevas líneas a nombre del progenitor, y 2. Ordenar la suspensión de la licencia de conducir "ciclomotores" en las categorías "A" (A1.1, A1.2, A1.3, A.14) otorgadas al Sr. A. L. A. como asimismo prohibir su renovación. Ambas medidas subsistirán hasta el cumplimiento efectivo de la deuda alimentaria. II. Hacer saber al demandado Sr. A. L. A. que en caso de incumplimiento de las medidas dispuestas y continuar en la actitud de incumplimiento de la cuota alimentaria a su cargo se ordenarán otras medidas con la misma finalidad. III. Firme la presente, gírese oficio a las empresas, entidades y organismos pertinentes para su toma de razón. Cúmplase. IV. Imponer las costas al demandado. V. Regular los honorarios del Dr. Juan Cruz Fanin en la suma de pesos... ($...) equivalentes a... jus, conforme art. 76 del CA. Protocolícese, hágase saber y dése copia. — *Eduardo P. Bruera*.

Violencia económica: deberes y desafíos de juzgar con perspectiva de género

María Eugenia Rodríguez Pería (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Los hechos.— III. Juzgar con perspectiva de género.— IV. La violencia económica como violencia de género.— V. Algunas consideraciones sobre la resolución.— VI. Conclusión.

I. Introducción

A fin de comentar la resolución dictada por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de Bell Ville, provincia de Córdoba, el 18/08/2020, en la causa "R., A. V. c. A., A. L. - régimen de visitas/alimentos", me centraré en la determinación del juez acerca de que la actitud del progenitor configura un caso de violencia de género.

No me referiré en profundidad al deber alimentario como uno de los principales deberes a cargo de los progenitores ni al derecho a ser oído de los niños y niñas en los procesos que los involucran.

Haré hincapié en la incorporación de la perspectiva de género en esta decisión e intentaré aportar algunas ideas para profundizar su recepción por las y los operadores judiciales. Para ello abordaré en un primer momento la noción de perspectiva de género y el deber de tenerla presente al momento de juzgar, para luego referirme a la violencia económica y al modo en que fue identificada en la resolución.

II. Los hechos

El 27/02/2019 se condenó al padre de los niños A. A. y A. A. **(1)** a pagar alimentos. Ante el incumplimiento de la sentencia, con fecha 18/12/2019 se establecieron como medidas coercitivas la prohibición de salida del país y el corte de la línea de teléfono del señor A. L. A. Frente a la actitud reticente del demandado, la madre, a través de su patrocinio jurídico, solicitó el corte de todas las líneas telefónicas fijas y/o celulares y el impedimento de otorgar nuevas líneas mientras dure la situación de incumplimiento y el retiro de la licencia de conducir ciclomotores.

A fin de hacer lugar al pedido, el juez consideró que la actitud del progenitor, además de comprometer el interés superior de los niños y el derecho a un nivel de vida adecuado (arts. 3º y 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño), configuraba un caso de violencia de género en los términos de la ley 26.485, específicamente la que la ley establece como violencia económica y patrimonial.

III. Juzgar con perspectiva de género

Durante el siglo XX se han ido consolidando, tanto a nivel internacional como nacional, reformas legislativas para lograr la igualdad entre varones y mujeres. Si bien el reconocimiento de derechos ha sido un gran avance para desandar la construcción social binaria que ha caracterizado la historia de la humanidad a partir de las diferencias biológicas entre varón y mujer —y la respectiva asignación de patrones de comportamiento, pautas de relacionarse, normas, estructuras, doctrinas, valores económicos—, la brecha entre el reconocimiento de derechos

(*) Abogada (UBA); magíster en Derechos Humanos y Democratización Universidad Externado de Colombia; docente en Contratos Civiles y Comerciales (UBA); subsecretaria letrada de la Procuración General de la Nación.

(1) Más adelante en la resolución hay una referencia a una niña; aparenta ser un error involuntario.

a las mujeres y su ejercicio efectivo es alarmante. Esto se debe a que aún no se han logrado transformar las estructuras de dominación enraizadas en la cultura que sostienen su sometimiento **(2)**.

Tal como señala Facio **(3)**, la construcción social de las relaciones de género fue atribuyendo características, comportamientos y roles dicotómicos a cada uno de los dos sexos. El reconocimiento de estas asignaciones por parte de Estados y las sociedades como únicas es un problema de discriminación contra las mujeres, porque los que se asignan a ellas gozan de menor o ningún valor. La perspectiva de género visibiliza los distintos efectos que esta construcción social de los géneros provoca y, con relación a la aplicación e interpretación del derecho, constituye una herramienta tendiente a que el ordenamiento jurídico no resulte perjudicial a las mujeres **(4)** como grupo social subordinado.

"Los tratados y declaraciones internacionales y regionales de derechos humanos y la mayoría de las constituciones nacionales contienen garantías relativas a la igualdad de sexo y/o género ante la ley y una obligación de asegurar que todos saquen provecho de la protección de la ley en condiciones de igualdad" **(5)**.

La perspectiva de género se apoya en el principio de igualdad y en la prohibición de discriminar por cualquier motivo y es una herramienta fundamental y apropiada para garantizar a la mujer el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre **(6)**.

El art. 5.a de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) ordena a los Estados Partes tomar las medidas para 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. Esto implica para el Poder Judicial la obligación y la responsabilidad institucional de administrar justicia evitando la incorporación y el fortalecimiento de estereotipos violatorios del principio de igualdad en sus decisiones judiciales **(7)**.

La recomend. gral. 33 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer sobre el acceso de las mujeres a la justicia incluye diferentes estrategias para incorporar el enfoque de género a la tarea judicial, entre las que se incluyen la justiciabilidad, la disponibilidad, la accesibilidad, la buena calidad, la rendición de cuentas de los sistemas de justicia y el sumi-

(2) GHERARDI, N., "Juzgar con perspectiva de género: estrategias para avanzar en el acceso a la justicia", en BERGALLO, P. — MORENO, A. (coords.), *Hacia políticas judiciales de g*énero, Ed. Jusbaires, Buenos Aires, 2017, 1ª ed., ps. 281-282.

(3) FACIO, A., "Elementos conceptuales y metodológicos para favorecer la interpretación judicial con perspectiva de género", "Juzgar con perspectiva de género: estrategias para avanzar en el acceso a la justicia", en BERGALLO, P. — MORENO, A. (coord.), ob. cit., ps. 305-312.

(4) PELLEGRINI, M. V., "Compensación económica: caducidad, violencia y perspectiva de género", LA LEY del 13/10/2020, 6, AR/DOC/3301/2020.

(5) Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomend. gral. 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia, 2015, párr. 6º.

(6) Entre otros se puede acudir a los arts. 3º, 4.1, 5.a. de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer: Art. 3º: "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". Art. 4.1: "La adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato...". Art. 5º: "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...".

(7) GHERARDI, N., ob. cit., p. 294.

nistro de recursos a las víctimas. Con relación a la buena calidad, establece que requiere que los sistemas de justicia provean, de manera oportuna, recursos apropiados y efectivos que se ejecuten y den lugar a una resolución sostenible de la controversia que tenga en cuenta las cuestiones de género para todas las mujeres. Requiere también que los sistemas de justicia se enmarquen en un contexto, sean dinámicos, de participación, abiertos a las medidas innovadoras prácticas y sensibles a las cuestiones de género **(8)**.

En el ámbito del sistema interamericano de derechos humanos se puede destacar el caso conocido como "Campo Algodonero" **(9)** resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la luz de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención de Belém do Pará (CBDP). Allí la Corte determinó que los feminicidios de las víctimas del caso estaban enmarcados en un contexto de violencia contra las mujeres. Sostiene Abramovich que en el caso "resulta clara la vinculación entre el incumplimiento de los deberes de adopción de políticas públicas, de mecanismos idóneos y efectivos de protección judicial y de adecuación normativa, con las circunstancias que contribuyen a que las agencias públicas no logren prever ni evitar los crímenes" **(10)** y da como ejemplo los prejuicios machistas de los operadores judiciales que demoraron las averiguaciones de paradero de las víctimas.

Asimismo, el deber de resolver e interpretar las leyes con perspectiva de género ha quedado incorporado en el Código Civil y Comercial, en tanto sus arts. 1º y 2º indican que en estas tareas se debe acudir a la Constitución Nacional y a los tratados de derechos humanos además de a la ley y los usos y costumbres **(11)**.

Sin embargo, y como afirmé al principio de este apartado, estamos lejos de derribar esos estereotipos. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer **(12)** destacó en sus observaciones finales para la Argentina del año 2016 su preocupación por la falta de aplicación de la Convención en las causas judiciales y procedimientos administrativos a pesar de tener prioridad sobre la legislación nacional y poder ser aplicada directamente. Asimismo, expresó su preocupación por la falta de aplicación efectiva del amplio marco legislativo para el adelanto de la mujer en el Estado parte, que ha dado lugar a una discriminación de facto contra la mujer en esferas como la participación en la vida política y publica, la educación, el empleo, la salud, la vivienda y el acceso a la tierra.

IV. La violencia económica como violencia de género

La violencia por razón de género contra la mujer es considerada una violación a sus derechos humanos y una forma de discriminación que inhibe su capacidad de gozar de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre **(13)**. El derecho de las mujeres a una vida libre de violencias ha sido reconocido expresamente en la CBDP **(14)**, debiendo ser garantizada tanto en el ámbito público como en el privado (art. 3º).

Con el paso del tiempo, se ha ido afianzando la idea de que la violencia contra la mujer, como manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres,

(8) Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomend. gral. 33, párr. 14.

(9) Corte IDH, 16/11/2009, "González y otras (Campo Algodonero) vs. México", excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas.

(10) ABRAMOVICH, V., "Responsabilidad estatal por violencia de género: comentarios sobre el caso 'Campo Algodonero' en la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Anuario de Derechos Humanos*, Santiago, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, año 6, 2010, p. 178.

(11) Ver KABUSACKI, L. — HARARI, S., "La mirada del género en la interpretación del Código Civil y Comercial", LA LEY, AR/DOC/4223/2016.

(12) Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, "Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de la Argentina", 25/11/2016, párrs. 8º y 10.

(13) Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomend. gral. 35 (2017) sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomend. gral. 19. La prohibición de la violencia contra la mujer ha pasado a ser un principio de derecho internacional consuetudinario.

(14) Aprobada por ley 24.632.

es un fenómeno multidimensional y complejo en tanto las "prácticas y actitudes violentas se manifiestan de diferentes formas que se complementan y se refuerzan entre sí" **(15)**. Una de ellas es la violencia que se configura por actos u omisiones destinados a o que puedan causar o provocar un daño o sufrimiento económico para las mujeres o amenaza de tales actos **(16)**.

En ese sentido, la Convención de Belem do Pará dispone que toda mujer podrá ejercer libre y plenamente sus derechos, entre ellos los económicos, reconociendo que la violencia contra la mujer impide y anula su ejercicio (art. 5º). Además, el Estado Argentino se comprometió a adoptar políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar todas las formas de violencia contra la mujer y, entre otras, a adoptar medidas jurídicas para "conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad" (art. 7º, inc. d]).

Es evidente que el acceso y el control de recursos por parte de las mujeres contribuye a su autonomía y empoderamiento y es esencial para el goce pleno de otros derechos fundamentales de las mujeres como el derecho a la igualdad y no discriminación y a vivir una vida libre de violencia. En ese sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido que la autonomía es un concepto transversal a todas las problemáticas planteadas en materia de cumplimiento de derechos económicos, sociales y culturales **(17)**.

A nivel interno, 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 define la violencia económica como la que se dirige a ocasionar un menoscabo en los recursos económicos o patrimoniales de la mujer, a través de: a) La perturbación de la posesión, tenencia o propiedad de sus bienes; b) la pérdida, sustracción, destrucción, retención o distracción indebida de objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores y derechos patrimoniales; c) la limitación de los recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades o privación de los medios indispensables para vivir una vida digna; d) la limitación o control de sus ingresos, así como la percepción de un salario menor por igual tarea, dentro de un mismo lugar de trabajo (art. 5º, inc. 4º).

El dec. regl. 1011/2010, al regular el inc. 4.c, establece que en los casos en que las mujeres víctimas de violencia tengan hijos/as y estos/as vivan con ellas, las necesidades de los/as menores se considerarán comprendidos dentro de los medios indispensables para que las mujeres tengan una vida digna.

Con frecuencia este tipo de violencia se expresa en el ámbito doméstico **(18)** y resulta de muy difícil percepción, pues sucede en escenarios sociales en donde tradicionalmente los hombres han tenido un mayor control sobre la mujer.

Ahora bien, lo doméstico no se limita a una relación vigente. Justamente en el art. 6º de la ley 26.485 se establece que existen diferentes formas en que se manifiestan los distintos tipos de violencia contra las mujeres en los diferentes ámbitos. Una de las modalidades de violencia contra las mujeres es la doméstica, que es aquella "ejercida contra las mujeres por un integrante del grupo familiar, independientemente del espacio físico donde esta ocurra, que dañe la dignidad, el bienestar, la integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, la li-

(15) MOLINA DE JUAN, M. F., "Violencia económica en las relaciones de pareja", en KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. — MOLINA DE JUAN, M. F. (coords.), *Paradigmas y desafíos del derecho de las familias y de la niñez y adolescencia*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2019, 1ª ed., p. 176.

(16) Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomend. gral. 35, párr. 14.

(17) CIDH, "El trabajo, la educación y los recursos de las mujeres: la ruta hacia la igualdad en la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales", OEA, 2011, párrs. 256 y 257.

(18) MOLINA DE JUAN, M. F., ob. cit. El art. 2º de la Convención Belem do Pará establece que "se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica: a. que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual...".

bertad, comprendiendo la libertad reproductiva y el derecho al pleno desarrollo de las mujeres. Se entiende por grupo familiar el originado en el parentesco sea por consanguinidad o por afinidad, el matrimonio, las uniones de hecho y las parejas o noviazgos. Incluye las relaciones vigentes o finalizadas, no siendo requisito la convivencia" (inc. a]).

A grandes rasgos, en la violencia patrimonial el hombre utiliza su poder económico para manejar las decisiones y el proyecto de vida de la mujer **(19)** por medio de diferentes mecanismos de control y vigilancia con relación al uso y distribución del dinero, acompañados de la amenaza constante de no proveer recursos económicos **(20)**. Las dinámicas que vinculan el control del dinero con la definición de lo masculino institucionalizan patrones de poder y estereotipos que reproducen la descalificación y la victimización de las mujeres **(21)**.

Los efectos de esta clase de violencia se manifiestan también cuando existen rupturas de relación, pues es ahí cuando la mujer exige sus derechos económicos **(22)**. El Cód. Civ. y Com. no es ajeno a esta realidad e intenta contrarrestarla con la incorporación de la figura de la compensación económica (arts. 441 y 524) e incluso con la atribución de la vivienda luego del divorcio o de la unión convivencial (arts. 443 y 526) **(23)**.

Pero ¿qué pasa en los casos en que los padres no cumplen con los alimentos a sus hijos?

Los datos publicados por la Oficina de Violencia Doméstica **(24)** son elocuentes en cuanto a que la mayoría de los perpetradores de violencia económica son exparejas, convivientes o cónyuges. Según un informe del Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento (CIPPEC) **(25)**, en la Argentina, tres de cada diez madres no conviven con el padre de sus hijos/as y solo una de cada cuatro de ellas recibe la cuota alimentaria que corresponde para su manutención. Claramente esta realidad perpetúa la desigualdad estructural que sufren las mujeres en nuestro país.

A los fines de garantizar una igualdad real entre varones y mujeres es imprescindible cumplir con el mandato de aplicar el derecho con enfoque de género y es por ello que resultan relevantes sentencias que, como la que se comenta, dejan al descubierto los patrones de violencia, introduciendo la interpretación de la violencia económica a un caso que típicamente se refiere a los hijos.

V. Algunas consideraciones sobre la resolución

En el caso, el abogado de la madre solicitó las medidas previstas en el art. 553 del Cód. Civ. y Com. Esta disposición es una norma abierta que faculta al juez para disponer "medidas razonables" para asegurar la eficacia de la sentencia de alimentos **(26)**.

Si bien la obligación alimentaria constituye uno de los principales deberes a cargo de los progenitores derivado de la responsabilidad parental (arts. 646 y 668, Cód. Civ. y Com.), el juez no solo consideró que el incumplimiento del padre al pago de la cuota alimentaria a favor de los hijos comprometía su interés superior y el derecho a un nivel de vida adecuado (arts. 3º y 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño) sino que también configuraba un caso de violencia de género del tipo económica y patrimonial en los términos de la ley 26.485.

Explicó que la referida falta de pago afecta directamente a la madre, ocasionando un dete-

(19) Corte Const. Colombia, 22/01/2016, sent. T-012/16.

(20) JFam. Villa Constitución, "F., B. c. C., J. P. s/ aumento cuota alimentaria", 11/02/2002.

(21) MOLINA DE JUAN, M. F., "Justicia penal, perspectiva de género y violencia económica", LA LEY del 28/06/2017, 4, AR/DOC/1586/2017

(22) Corte Const. Colombia, fallo cit.

(23) HERRERA, M., "El Código Civil y Comercial de la Nación desde la perspectiva de género", LA LEY del 19/02/2015, p. 2, AR/DOC/160/2015.

(24) http://datos.csjn.gov.ar/dataset/violencia-domestica.

(25) https://www.cippec.org/textual/madre-hay-una-sola-diadelamadre/#_ftnref5.

(26) MOLINA DE JUAN, M., comentario al art. 553, en HERRERA, M. — CARAMELO, G. — PICASSO, S. (dirs.), "Código Civil y Comercial de la Nación comentado", Ed. Infojus, Buenos Aires, 2015, 1ª ed., t. II, p. 264.

rioro de su situación económica por tener que cubrir de manera exclusiva las necesidades materiales de sus hijos, lo que limita injustificadamente sus propios recursos económicos.

Para hacer efectivas las medidas solicitadas refirió a la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, que en su art. 7º establece el deber del Estado de adoptar "medidas jurídicas para conminar" al agresor a abstenerse de perjudicar su propiedad (inc. d]).

Con relación a la postura adoptada en la resolución, es importante destacar que, tal como lo ha sostenido el Comité para la eliminación de la Discriminación contra la Mujer **(27)**, las obligaciones para asegurar que las mujeres tengan acceso a la justicia abarcan la protección de los derechos de la mujer contra todas las formas de discriminación a fines de empoderarlas como individuos y titulares de derechos, a la vez que el acceso efectivo a la justicia optimiza el potencial de emancipación y de transformación del derecho. Por el contrario, la falta de reconocimiento de la violencia por el poder judicial, cuando existe, se presenta como un obstáculo que constituye una violación persistente de los derechos humanos de las mujeres.

Es por ello que la identificación de cualquier tipo de violencia contra la mujer en una sentencia implica un paso hacia un cambio en la desigualdad estructural que padecen las mujeres **(28)**.

Sentado lo anterior, cabe preguntarse qué aspectos se podrían haber incluido o explicado en la resolución judicial para hacer efectiva la manda de incorporar la perspectiva de género de una manera sólida, aprovechando la potencialidad del marco normativo integral que brinda la ley 26.485.

V.1. Interseccionalidad

Las mujeres experimentan formas múltiples e interrelacionadas de discriminación, motivo por el cual la violencia por razón de género puede afectar a algunas mujeres en distinta medida, o en distintas formas, lo que significa que se requieren respuestas jurídicas y normativas adecuadas **(29)** y diferenciadas **(30)**. No es lo mismo para una mujer que ha tenido oportunidad de acceder a cierta educación que para una mujer que no ha tenido acceso a esta, tampoco es lo mismo para una niña o adolescente o una mujer con discapacidad **(31)**.

La interseccionalidad permite identificar la interacción de múltiples desigualdades y discriminaciones arraigadas en la sociedad y reconocer cómo confluyen en las experiencias concretas de las víctimas de violencia de género sus contextos **(32)**.

La consideración de la intersección de distintas formas de discriminación que puede sufrir una mujer por diferentes factores interconectados como su sexo, raza, edad, etnia, posición económica, estado civil y/o maternal, localización, entre otros, es un deber para la República Argentina **(33)**.

El art. 9º de la Convención de Belem do Pará específicamente establece que "los Estados Partes tendrán especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada. En igual sentido, se considerará a la mujer que es objeto de violencia cuando está

(27) Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomend. gral. 33, párrs. 2º y 3º.

(28) *Ibid*.

(29) Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, "recomend. gral. 35, párr. 12.

(30) El género no se concibió como una variable o condición social aislada de otros condicionantes sociales como la raza, el estatus social, la discapacidad, la edad, entre otras (FACIO, A., ob. cit., p. 310).

(31) OBSERVATORIO DE DERECHOS HUMANOS DEL HONORABLE SENADO DE LA NACIÓN, "A seis años de la sanción de la ley 26.485 de Protección integral de las mujeres", 2015, publicación nro. 2.

(32) Unidad Fiscal Especializada en Violencia contra las Mujeres, "Jurisprudencia y doctrina sobre estándares internacionales de interseccionalidad en casos de violencia de género", MPF, p. 8

(33) Comité de Derechos Humanos, observación gral. 28 sobre la igualdad de derechos entre hombres y mujeres, 2000, párr. 30; Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomend. gral. 33, ob. cit., párr. 8º.

embarazada, es discapacitada, menor de edad, anciana, o está en situación socioeconómica desfavorable o afectada por situaciones de conflictos armados o de privación de su libertad".

Se puede afirmar entonces que una perspectiva de género que solo preste atención a la condición de mujer e ignore el resto de las connotaciones en las que el contexto atraviesa su vida va a ser una perspectiva de género insuficiente.

En el caso particular que se aborda, no hay un desarrollo sobre la situación particular de la mujer y su contexto. Se desprende de la solución que es madre, no se sabe en qué situación vive, su realidad socioeconómica o su edad. Seguramente sean cuestiones que el juez haya tenido en cuenta al momento de resolver, pero una perspectiva de género aplicada sólidamente requiere un análisis profundo de los diferentes contextos que atraviesan a las mujeres.

V.2. Derecho a ser oída y a que su opinión sea tenida en cuenta

El art. 16 de la ley 26.485 establece derechos y garantías mínimas para las mujeres en los procedimientos judiciales, entre ellos, a ser oída personalmente y a que su opinión sea tenida en cuenta al momento de arribar a una decisión que la afecte.

Considero que en estos casos, al igual que como se promueve en los casos de denuncias penales, es importante acompañar el relato con una escucha activa y preguntas facilitadoras **(34)**.

El contacto personal habilita también la oportunidad de garantizar la disponibilidad a la información sobre sus derechos y sobre los recursos jurídicos de que dispone, evitando revictimizaciones y ofreciendo una oportunidad única para conocer su voluntad. La falta de información y la fragmentación de respuestas desde el Poder Judicial impiden el acceso a la justicia de las mujeres. Una forma de mejorar este aspecto es conociendo la situación real de la mujer, saber si está padeciendo otros tipos de violencia, informarle cómo hacer una denuncia de otro tipo si es necesario, verificar si ya existe un proceso por violencia en trámite. Es imposible para un solo operador judicial evitar todas las dificultades que atraviesa la mujer que padece violencia, pero sí puede mejorar la gestión de los casos que se le presenten para evitar que esas dificultades se multipliquen.

De la resolución bajo análisis no se desprende que el juez haya tenido oportunidad de oír personalmente a la señora A. V. R. Por otro lado, no parece suficiente la presentación de un escrito para que se verifique el deber de tener en cuenta la opinión de la víctima.

V.3. Otras cuestiones para tener en cuenta

En casos como el presente la creatividad de las/los operadoras/es jurídicas/os —juezas y jueces, abogadas y abogados— es de gran importancia. Muchas provincias han adherido al procedimiento previsto en el cap. II de la ley 26.485 y las que no lo han hecho cuentan con sus propios mecanismos procesales para adoptar las medidas que consideren pertinentes para hacer cesar la situación de violencia **(35)**, es decir que tienen un amplio abanico de posibilidades a su alcance.

Si bien en el caso bajo análisis se imponen medidas conminatorias, no hay una fundamentación del motivo por el cual las medidas serían las más adecuadas para el caso. Cabe preguntarse si el corte de las líneas telefónicas o la imposibilidad de circular con ciclomotor modificarán los patrones de violencia económica. Hay que reconocer que las medidas pueden resultar útiles, pero no queda claro por qué lo serían en este caso particular, más allá de la explicación brindada por el abogado de la señora A. V. R. de que el vehículo no es utilizado por el demandado para trabajar sino para ocio y, por lo tanto, no afectaría el cumplimiento de la cuota alimentaria.

La decisión tampoco establece ningún tipo de seguimiento de la medida para controlar su efi-

(34) Unidad Fiscal Especializada en Violencia contra las Mujeres, "Guía de actuación en casos de violencia doméstica contra las mujeres", 2016, p. 32.

(35) En el caso de Córdoba, ver leyes 9283 de Violencia Familiar, y su modificatoria ley 10.400, y 10.352 de adhesión a la ley nacional 26.485.

cacia ni el deber de comparecer al juzgado por parte del agresor que podría continuar incumpliendo sin siquiera tener que acudir al juzgado. En estos casos es importante ponderar la carga procesal y simbólica que pesa sobre la mujer a lo largo de todo el juicio, debe entablar la demanda, probar los hechos, acudir a audiencias, solicitar la ejecución de la sentencia frente al incumplimiento, mientras que el agresor puede transcurrir todo este tiempo sin siquiera tomar contacto con la autoridad judicial.

VI. Conclusión

Esta sentencia y otras que identifican la violencia y hacen uso de las normas de protección de la mujer son, sin dudas, un avance imprescindible para derribar la desigualdad estructural que viven las mujeres, sin embargo, no podemos convencernos de que ello es suficiente. Los y las operadores judiciales tienen la obligación de tener en cuenta los condicionantes de género al momento de resolver mediante una decisión que se enmarque en lo dispuesto por la Constitución Nacional, los tratados internacionales de derechos humanos y las leyes internas. En los casos de violencia esto requiere tener especial consideración de la situación particular que se les presenta contemplando las características contextuales del fenómeno y los alcances y consecuencias de las medidas que se adopten, en tanto ni el grupo social compuesto por las mujeres ni el compuesto por hombres es homogéneo **(36)**.

Además, el modo en el que se resuelva el caso particular no solo afecta a los individuos que participan del conflicto, sino que transmite un mensaje a la sociedad toda y esa instancia sí está en manos de todos y cada uno de los actores que intervienen desde el servicio de justicia, depende de ellos y ellas definir si el mensaje va a ser la perpetuación de los estereotipos o el cambio de paradigma hacia una sociedad más igualitaria.

(36) FACIO, A., ob. cit., p. 312.

DERECHO AL NOMBRE

Medida autosatisfactiva. Inscripción de recién nacido con el apellido compuesto inescindible del padre. Sujeto en condición de vulnerabilidad. Procedencia.

Con nota de Marisol B. Burgués

1. — Corresponde admitir medida autosatisfactiva solicitada por los padres del niño, ordenando a la Dirección General del Registro Provincial de las Personas proceda a inscribir en forma inmediata al menor como hijo de los actores, con el apellido compuesto de su padre, otorgándole el correspondiente documento nacional de identidad, ya que existió una evidente omisión de la autoridad registral, quien debió en forma inmediata registrar al niño atento a su condición de sujeto de derecho en estado de vulnerabilidad o en su defecto expedirse de alguna manera fehaciente de los fundamentos de su negativa. Máxime cuando los padres requirieron en distintas oportunidades su inscripción por medio de carta documento y exposición policial.

2. — Quien requiere tutela judicial inmediata, es un recién nacido que no tiene identificación como sujeto de derecho, sumado a su vulnerabilidad por su condición de niño en la primera etapa de su vida. Su especial interés superior determina que necesita contar imperiosamente en forma inmediata con el reconocimiento de su personalidad jurídica a través del nombre y apellido compuesto de su padre, y la pertinente identificación con la expedición de su documento para acceder a otros derechos fundamentales como la identificación familiar, salud, vida e integridad personal.

3. — Si bien el apellido del padre, al momento de su inscripción pudo ser doble apellido por contener el paterno y materno, el transcurso del tiempo con su utilización lo convirtió en compuesto constituyendo una sola unidad inseparable y por ello debe trasmitirse en su totalidad. El apellido compuesto que es inescindible se transmite íntegramente a los hijos, conservando su estructura de pluralidad de elementos.

JCiv. y Com. Nro. 2, Goya, 03/07/2020. - U. M. J. y/o otro s/ medida autosatisfactiva.

[Cita on line: AR/JUR/70338/2020]

Expte. N° 39080/20

1ª Instancia.- Goya, julio 3 de 2020.

Resulta:

a) Que desde la página 19 a la 24, se presentan los Sres. M. J. U. y M. F. S. B., en nombre de su hijo menor M. S. B., con el patrocinio letrado del Dr. Roberto Ortiz, solicitan Medida Autosatisfactiva requiriendo se ordene a la Dirección General del Registro Provincial de las Personas la inmediata inscripción de su hijo con el nombre M. S. B. y le otorguen el Documento Nacional de Identidad con su número correspondiente.

i. i. Sostienen que el día 26/05/2020 nació su hijo en la Clínica de la Mujer y el Niño de esta ciudad, adjuntan certificado otorgado por el Dr. José Fernando Tomasella. El 11/06/2020 se constituyen en el Registro Provincial de las Personas de esta ciudad para inscribirlo definitivamente con el apellido S. B., siendo esa su voluntad y fue el nombre con apellido dado al nacer.

ii. Declaran que la persona encargada de la inscripción se negó a la registración expresándole verbalmente que solo podría consignar el apellido S. Luego de ello intentan presentar una nota dirigida al Director del organismo registral que no fue recibida por orden del Sr. Eduardo Goral. Remitieron con idéntico fin carta documento que fue recepcionada y realizaron exposición policial, sin resultados de inscripción registral.

iii. Fundan la admisión de su pedido en normas convencionales, constitucionales y legales, sostienen que en un estado constitucional de derecho la regla es la libertad social y la excepción su limitación. Requieren se otorgue preeminencia al principio de autonomía de la voluntad. Agregan que el artículo 64 del Cód. Civ. y Com. de la Nación no prohíbe que a pedido de los progenitores pueda inscribirse el segundo apellido del padre o agregarse el de la madre, pero no colocarse el segundo apellido y no el primero pretendiendo llevar el apellido B. y no el de S.

iv. Ofrecieron prueba documental consistente en original de actas de nacimiento de los peticionantes, fotocopias certificadas notarialmente de certificado de nacido vivo de M. S. B., de nota destinada al Sr. Director del Registro Provincial de las Personas de Goya (Ctes.), de carta documento remitida al organismo registral citado y de exposición policial N° 226/2020, y de declaración exposición del abogado Briant Fabián Ojeda, y aviso de recepción de carta documento.

v. Solicitan expresamente se admita la medida autosatisfactiva pretendida, se realice un estricto control de constitucionalidad y convencionalidad, se tenga

presente el caso federal y se dicte sentencia haciendo lugar a la petición formulada.

b. b) En la página 26 y vta., el juzgado dispone tenerlo presentados parte y carácter invocado, se tiene por deducida la medida autosatisfactiva por parte de los presentantes contra la Dirección General de Registro Provincial de las Personas, tendiente a obtener la inscripción del menor con el apellido compuesto de su padre y que se le otorgue documento nacional de identidad. Se dispone correr vista al organismo registral, por cedula, con copias y por el término de dos días que diligenciará la oficina de notificaciones. En las hojas 27/28 obra cedula diligenciada.

c) En las paginas 29/32 obra presentación del Sr. Director de la Delegación Goya (Ctes.), Don Eduardo Goral, informa que se han elevado las mismas para que la Dirección General se expida respecto a la solicitud de autos. Adjunta copia de dictamen jurídico de los asesores legales del organismo registral identificatorio y de descargo realizado por el Sr. Goral ante la dependencia policial, donde invita al padre del niño a concurrir al organismo a evacuar todo tipo de dudas y proceder a la inscripción del niño.

d) Por resolución N° 3626 del 01/07/2020, se dispone llama "Autos para Sentencia".

Considerando: I. Que las medidas autosatisfactivas son remedios judiciales urgentes, autónomos procesalmente, no cautelares, admisibles en situaciones excepcionales cuando sea necesario una tutela judicial inmediata y no existan remedios más idóneos. Proceden ocasionalmente sin traslado previo, cuando existe una fuerte probabilidad que jurídicamente el planteo sea atendible y se agotan con un pronunciamiento favorable, sin requerirse que se haya iniciado simultáneamente o posteriormente una acción principal.

II. Si bien existen antecedentes judiciales sobre la procedencia de esta medida para proteger el derecho a la salud, a la reproducción, cese de intromisión a la intimidad o casos de daño ambiental, protección de derechos a las personas discapacitadas, cese de actividades generadoras del daño ambiental, derecho de familia para casos de violencia familiar, como lo dije más arriba su procedencia es excepcional y restrictiva.

III. No puedo dejar de considerar la creciente penetración de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos —en adelante CorteIDH— atento al carácter vinculante de sus sentencias, remarcando el paulatino ensanchamiento de los órganos destinados a efectivizar el control de convencionalidad:

a. El Poder Judicial, tanto la CSJN y todos los jueces de todos los niveles de administración de justicia, sentencia del caso Cabrera García y Montiel Flores c. México), difusamente y de oficio (caso Trabajadores Cesados del Congreso c. Perú).

b. No solo el Poder Judicial esta obligado a perseverar en los parámetros demarcados por los organismos y normas internacionales (Caso Almonacid Arellano y otros c. Chile), sino también todos los poderes del Estado (caso Gelman s. Uruguay).

IV. Por otra parte nuestra carta magna otorga jerarquía constitucional a los tratados internacionales en el art. 75 inc. 22, con carácter complementario de los derechos y garantías reconocidos por la ley fundamental integrando el denominado bloque de constitucionalidad federal, planteando nuevas perspectivas y profundo cambios estructurales.

V. Así los derechos humanos fundamentales reconocidos por Convenciones Internacionales, se tornaron operativos y de aplicación inmediata, estando los gobiernos obligados a observarlos y garantizar su cumplimiento. En ese sentido lo establecen los arts. 2 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica ratificado por ley 23.054).

VI. La Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso Campodónico de Beviacqua, reafirmó el compromiso de la autoridad pública nacional de garantizar los derechos con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones provinciales que también deben asumirse en el orden local (Fallos: 323:3229).

VII. La Dra. María Fernanda Dietz en su sencilla y diría yo muy completa obra doctrinaria "Tutela Judicial de los Derechos Humanos" declara al citar a la CorteIDH que "el Poder Judicial debe tener en cuenta el tratado y la interpretación que de él hizo la Corte Interamericana como ultima interprete de la Convención Americana. (CIDH 26/09/2004 Almonacid Arellano c. Chile, serie C N° 154, en especial parr. 124). Luego en el caso "Trabajadores Cesados (Aguado Alfaro y otros) c. Perú", del 2006, el Tribunal Internacional agregó que los jueces deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana —de oficio de ser necesario— siempre en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, en especial dentro del caso concreto que se juzga. (Corte IDH. 24/11/2006). Más tarde en el caso "Cabrera García y Montiel Flores c. México", del 26/11/2010, extendió la obligación de llevar a cabo el control de convencionalidad a todos los poderes públicos, en tanto operadores del derecho.

VIII. Por consiguiente la magistratura local debe garantizar que las normas internas se adecuen a lo que contemplan los tratados, previniendo de ese modo la responsabilidad internacional del estado argentino. El control judicial, no solo surge ante abusos y desvíos de los estados avanzando sobre los derechos reconocidos en la convención, también proceden cual es estado local no cumple con el deber de adoptar disposiciones de derecho interno para asegurar de manera idónea el ejercicio de los derechos humanos reconocidos en la convención, para lo cual el Poder Judicial tendría que exigirle al estado que satisfaga el compromiso internacional asumido.

IX. Antecedentes del caso:

Los Sres. M. J. U. y M. F. S. B., padres extramatrimoniales del niño M. S. B. promueven Medida autosatisfactiva solicitando que la Dirección General del Registro de las Personas inscriba en forma inmediata a su hijo con el nombre y apellido citado precedentemente, y que se le otorgue su documento de identidad. Los hechos han sido relatados en los resultandos de esta sentencia, remitiéndome a ellos por razones de brevedad. Adjuntaron documentación consistente en sus actas de nacimientos y fotocopia certificada por notario de certificado estadístico de nacido vivo del niño, más documentación complementaria alegando haber intentado inscribirlo omitiendo el organismo registral hacerlo ni explicar razones suficientes de la negativa.

X. Corrido el debido traslado al organismo registral, compareció el Delegado Regional de esta ciudad Sr. Edgardo Goral, comunicando haber elevado la demanda a la Dirección General del Registro Provincial. Adjuntó fotocopia del dictamen de la asesoría jurídica del organismo destinada a la Dirección General explicando forma de interpretación del art. 64 del Cód. Civ. y Com. de la Nación —en adelante Cód. Civ. y Com. de la Nación—, relacionado con el caso de autos, y de descargo policial realizado ante la exposición realizada por los padres del niño.

XI. Normas convencionales y constitucionales aplicables. Derechos afectados por omisión del organismo registral.

XII. Derecho a la personalidad jurídica: El artículo 3 de la Convención Americana de Derechos Humanos dispone que "toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica". Tiene su fuente en el art. 6 de la Declaración de los Derechos del Hombre y el art. 16 del Pacto de los Derechos Civiles y Políticos. Esta regla establece que las personas humanas son sujetos de derechos, reconociéndole atributos como el nombre, el domicilio, la capacidad, el estado civil, la nacionalidad, etc. En consonancia con este artículo el 27.2 declara que no puede suspenderse porque se trata de un derecho absoluto que no puede sufrir ningún menoscabo. Tiene rango constitucional por el art. 75 inciso 22 de la Constitución Nacional —en adelante CN— y ley Nacional N° 23.054, debiendo incluirse entre los derechos implícitos del art. 33 de la CN porque atañe a la dignidad humana y derecho natural. La CorteIDH en el fallo Comunidad Xakmok Kásek, 249 a 251 declaro expresamente que "el Estado debe crear condiciones que permitan el ejercicio del derecho a la personalidad jurídica, especialmente en casos de personas en situación de vulnerabilidad, para lo cual debe agilizar los procedimientos de registro civil que permitan expedir los documentos de identificación de personas."

XIII. Derecho al nombre: El artículo 18 de la CADH establece en su artículo 18 "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 nombre supuestos, si fuera necesario". Este derecho también emerge de los arts. 14 y 33 de la CN. En cuanto a la elección del nombre, la Corte Suprema de Justicia de la Nación —de aquí en más CSJN— ha dicho que entra en juego tanto el interés general en pro de la individualización de las personas y de la preservación del idioma, como el interés personal de los padres del nacido y del portador del nombre después, ya que se relaciona con la personalidad del sujeto en cuestión.

XIV. Derecho a la identidad: Porque el derecho al nombre presupone la existencia del derecho constitucional a la identidad, que esta enunciado expresamente en la Convención de los Derechos del Niño, en su artículo 8 dispone "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. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad."

XV. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos —en adelante CorteIDH—. Registra un caso muy interesante referida a las niñas Yean y Bosico c. República Dominicana del 08/09/2005. Serie C N° 130, allí se refirió expresamente al derecho al nombre y la identidad de la persona donde el Tribunal Internacional declaro "Ahora bien, el derecho al nombre, consagrado en el artículo 18 de la Convención Americana, constituye un elemento básico e indispensable de la identidad de cada persona, sin el cual no puede ser reconocida por la sociedad ni registrada ante el Estado. (.) Los Estados, dentro del marco del artículo 18 de la Convención, tienen la obligación

no sólo de proteger el derecho al nombre, sino también de brindar las medidas necesarias para facilitar el registro de la persona, inmediatamente después de su nacimiento. Igualmente, los Estados deben garantizar que la persona sea registrada con el nombre elegido por ella o por sus padres, según sea el momento del registro, sin ningún tipo de restricción al derecho ni interferencia en la decisión de escoger el nombre. Una vez registrada la persona, se debe garantizar la posibilidad de preservar y reestablecer su nombre y su apellido. El nombre y los apellidos son esenciales para establecer formalmente el vínculo existente entre los diferentes miembros de la familia con la sociedad y con el Estado, lo que no fue garantizado a las niñas Y. y B. por la República Dominicana." (párrafos 182 a 184 del fallo) XVI. Normas del Código Civil y Comercial de la Nación:

a) El artículo 64 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, dispone "Apellido de los hijos. El hijo matrimonial lleva el primer apellido de alguno de los cónyuges; en caso de no haber acuerdo, se determina por sorteo realizado en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. A pedido de los padres, o del interesado con edad y madurez suficiente, se puede agregar el apellido del otro. Todos los hijos de un mismo matrimonio deben llevar el apellido y la integración compuesta que se haya decidido para el primero de los hijos.

El hijo extramatrimonial con un solo vínculo filial lleva el apellido de ese progenitor. Si la filiación de ambos padres se determina simultáneamente, se aplica el primer párrafo de este artículo. Si la segunda filiación se determina después, los padres acuerdan el orden; a falta de acuerdo, el juez dispone el orden de los apellidos, según el interés superior del niño.".

a. b) La norma mencionada por los asesores del organismo registral conforme copia presentada por el delegado regional del Registro Civil de las Personas, considero que nunca puede ser vinculante para este funcionario porque el Sr. Director General no se expidió por medio del acto administrativo pertinente consistente en la resolución definitiva que dilucide la cuestión.

b. c) También advierto que existió una evidente omisión de la autoridad registral, quien debió en forma inmediata registrar al niño atento a su condición de sujeto de derecho en estado de vulnerabilidad o en su defecto expedirse de alguna manera fehaciente de los fundamentos de su negativa. Máxime cuando los padres requirieron en distintas oportunidades su inscripción por medio de carta documento y exposición policial. Destaco que el niño nació el 26/05/2020 y a la fecha ha transcurrido más de un mes, conforme documentación que se acompañó con la demanda que no fue cuestionado por el organismo registral.

c. d) El artículo 1 del Cód. Civ. y Com. de la Nación establece al referirse a las Fuentes y aplicación, 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." El art. 2 de nuestra legislación fondal dispone al referirse a la interpretación expresa 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."

d. e) Todas las disposiciones de los tratados internacionales suscriptos por la Nación (de derechos humanos o no) resultan obligatorios y, por lo tanto, son aplicables al caso sometido a la decisión judicial. En ese sentido, son fuentes de derecho. Como dice el Dr. Alterini en su Código Civil y Comercial Comentado - Tratado Exegético. "En los fundamentos de la Comisión se señala lo expuesto y se agrega: 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. Ésta es la función que tienen en materia hermenéutica a la que se refiere el artículo 2°. Precisado que los tratados internacionales suscriptos por la Nación son fuentes de derecho (art. 31, Constitución Nacional), ellos son aplicables directamente cuando son operativos, para lo cual requieren ser interpretados por los mismos criterios que establece el artículo" (p. 25).

e. f) Volvamos al artículo 64 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, que fija expresamente las reglas concernientes al apellido. El apellido es la designación común a todos los miembros de una misma familia, puede ser simple, doble o compuesto. El primero se forma con un solo elemento, el segundo por la doble filiación (padre y madre). El apellido compuesto está integrado por dos o más vocablos inseparables que no puede dividirse sin modificar el apellido y se trasmite idéntico a través de las generaciones.

a. a) Solución del caso:

a) Procedencia de la medida autosatisfactiva: Adelanto opinión que considero admisible en el caso por el sujeto que requiere tutela judicial inmediata, es un recién nacido que no tiene identificación como sujeto de derecho, sumado a su vulnerabilidad por su condición de niño en la primera etapa de su vida. Su especial interés superior determina que necesita contar imperiosamente en forma inmediata con el reconocimiento de su personalidad jurídica a través del nombre y apellido compuesto de su padre, y la pertinente identificación con la expedición de su documento

para acceder a otros derechos fundamentales como la identificación familiar, salud, vida e integridad personal por ejemplo.

b. b) Así, estimo acreditado los presupuestos de los art. 785,786 y ccs. del Cód. Proc. Civ. y Comercial (fuerte probabilidad del derecho invocado, perjuicio grave, inminente e irreparable para el sujeto a proteger, inexistencia de otro remedio idóneo porque el amparo no concede una solución pronta e inmediata que el recién nacido requiere para su identificación documental).

c.c) El artículo 25 de la CADH dispone expresamente que "Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución, la ley o la presente convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales". Las medidas autosatisfactivas constituyen una modalidad de proceso cuya función especial y concreta es remover una determinada situación de hecho, signada por la urgencia, que torna vulnerable a quien la padece.

d. d) Principio de autonomía de la voluntad e interés familiar por acuerdo unánime de los padres: En el caso, ambos padres están de acuerdo que su hijo extramatrimonial lleve el apellido compuesto del padre. Tampoco considero que el apellido S. B. es doble apellido sino es un apellido compuesto que no puede dividirse que desde su nacimiento ha sido usado por el padre del niño, siendo reconocido socialmente durante toda su vida conforme el acta obrante en la página 8. Además la madre del niño presta expresa conformidad que lleve el apellido compuesto paterno. Si bien el apellido del Sr. F. M. S. B., al momento de su inscripción pudo ser doble apellido por contener el paterno y materno, el transcurso del tiempo con su utilización lo convirtió en compuesto constituyendo una sola unidad inseparable y por ello debe trasmitirse en su totalidad.

e. e) El apellido compuesto que es inescindible se transmite íntegramente a los hijos, conservando su estructura de pluralidad de elementos. En ocasiones, su origen puede encontrarse en un doble apellido que se consolidó por tradición familiar (como el caso de autos) y, en otras, a circunstancias variadas: el del lugar de origen; el del solar familiar; el de un feudo, etcétera. La mención legal "al de uno de ellos" del art. 18 de la CADH, entiendo que está referido no solo al apellido "simple" sino al "compuesto" de uno de los padres.

XVIII. XVIII. Consecuentemente con todo lo expuesto, adelanto opinión que admitiré la medida autosatisfactiva solicitada por los Sres. M. F. S. B. y M. J. U., como padres del niño M. S. B., sin caución atento a la condición de vulnerabilidad del niño recién nacido como sujeto de derechos que requiere tutela judicial inmediata y efectiva.

1. 1) En consecuencia el citado organismo deberá cesar inmediatamente en la omisión de registrar e identificar al niño M. S. B., otorgándole el correspondiente documento de identidad con el nombre y apellido compuesto acordado por sus padres biológicos.

2. 2) Hacer saber a los peticionantes que el artículo 64 del Cód. Civ. y Com. de la Nación es convencional y constitucional y que el organismo registral no se ha expedido por medio del acto administrativo pertinente del Sr. Director General del Registro Civil de las Personas de la Provincia de Corrientes, respecto a la norma en cuestión y su aplicación al caso de su hijo considerando que la norma fondal y sus disposiciones concordantes contemplan implícitamente el supuesto del apellido compuesto acordado por ambos progenitores.

3. 3) Por último, ejerceré el mandato convencional respecto a la obligación de todos los Poderes del Estado de realizar el control o test de convencionalidad en cumplimiento de sus funciones y exhortaré a las autoridades provinciales del Registro del Estado Civil de las Personas que para casos similares el organismo registral interprete las normas aplicables a los casos que involucren derechos de reconocimiento de personalidad jurídica, nombre o identificación, lo haga considerando todo el ordenamiento jurídico convencional, constitucional y legal vigente. (casos citados de la CorteIDH). Por ello; fallo: 1. 1) Hacer lugar a la Medida Autosatisfactiva solicitada por los Sres. M. F. S. B. y M. J. U., como padres del niño M. S. B., ordenando a la Dirección General del Registro Provincial de las Personas proceda a inscribir en forma inmediata a M. S. B. como hijos de M. J. U. y M. F. S. B., con el apellido compuesto del padre del niño, otorgándole el correspondiente documento nacional de identidad. 2.2) Oficiar al citado organismo a los fines de notificar lo resuelto en este acto, autorizando al Dr. Roberto Ortiz a diligenciar el despacho respectivo con facultades de ley. 3. 3) Hacer saber a los Sres. M. F. S. B. y M. J. U. que el art. 64 y ccs. del Cód. Civ. y Com. de la Nación, son convencionales y constitucionales; atento a los fundamentos dados. 4. 4) Exhortar al Sr. Director del Registro Provincial de las Personas y Operadores Jurídicos del organismo registral, que para casos similares proceda a interpretar la aplicación de las normas pertinentes que involucren los derechos de las personas relativas a reconocimiento de personalidad jurídica, nombre o identificación, lo hagan considerando todo el ordenamiento jurídico convencional, constitucional y legal vigente. Regístrese, notifíquese. 5. 5) Dese intervención y notifíquese a la Sra. Asesora de Menores. 6. 6) Agréguese escrito recibido obrante a hoja 34 y estese a lo resuelto en el día de la fecha. — *Gabriel Saade.*

La aplicación de la regulación del apellido de los niños a la luz de los principios de los derechos humanos

Marisol B. Burgués (*)

Sumario: I. Plataforma fáctica.— II. Introducción.— III. La negativa registral y la afectación a los derechos de la personalidad, el nombre y la identidad.— IV. Libre desarrollo de la personalidad, vida privada y familiar y autonomía de la voluntad: trascendencia en el apellido.— V. La configuración del apellido en el artículo 64 del Código Civil y Comercial. Interpretación del marco normativo aplicable.— VI. Encuadre normativo de la actividad registral.— VII. Palabras finales.

I. Plataforma fáctica

Los progenitores extramatrimoniales del niño promueven una medida autosatisfactiva a los fines de inscribir a su hijo con el nombre y el apellido compuesto paterno S. B., elegido de común acuerdo, atento a la negativa realizada en forma verbal por el encargado del Registro Civil aduciendo que solo podía consignar el apellido S., luego de diferentes presentaciones con idéntico fin, sin obtener resultados respecto de inscripción registral solicitada.

Corrido el traslado al organismo registral, comparece el delegado regional, comunicando haber elevado la demanda a la Dirección General del Registro Provincial y adjunta copia del dictamen de la asesoría jurídica de este explicando la forma de interpretación del art. 64 del Cód. Civ. y Com., en relación con el caso planteado.

Luego de analizar los derechos del niño afectados e interpretar la normativa aplicable a la luz de los tratados internacionales de derechos humanos efectuando el control de constitucionalidad y convencionalidad correspondiente, se resuelve hacer lugar a la medida autosatisfactiva, ordenando que se proceda a inscribir en forma inmediata al niño como hijo de los peticionantes, con el apellido compuesto del padre del niño, otorgándole el correspondiente DNI.

II. Introducción

Del sucinto relato de los hechos y de los fundamentos de la resolución que se comenta se impone en principio analizar dos cuestiones fundamentales que resultaron afectadas por la negativa del organismo registral: los derechos fundamentales del niño y la facultad de los progenitores en la elección del apellido de los hijos de los progenitores. Asimismo, resulta pertinente destacar el deber de interpretar la normativa de fondo a la luz de los principios de los derechos humanos, realizando en tal sentido algunas consideraciones que deben encuadrar la actividad registral.

III. La negativa registral y la afectación a los derechos de la personalidad, el nombre y la identidad

III.1. La exclusión de la condición de sujeto de derechos

Teniendo en cuenta los hechos referidos, la resolución comienza por destacar la vulnera-

(*) Abogada; máster en Derecho de Familia y Niñez, profesora de la Facultad de Derecho de la del Centro Educativo Latinoamericano.

ción del derecho de toda persona al reconocimiento de su personalidad jurídica receptada en el art. 3º de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH, en adelante) y otros instrumentos internacionales **(1)**, mediante el cual se dispone que toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica. De ello se desprende la obligación que adquieren los Estados de reconocer la personalidad jurídica a la totalidad de los miembros de la comunidad, sin ningún margen de discriminación ni discrecionalidad, frente a los derechos y obligaciones que estos detentan por el solo hecho de ser personas en orden a la aptitud natural de todo ser humano para ser sujeto activo o pasivo de relaciones pertenecientes a la esfera de lo jurídico **(2)**; implicando dicho reconocimiento la consideración de las personas como sujetos de derechos, condición que les atribuye la capacidad de ser titulares de derechos y obligaciones en el ordenamiento jurídico de un Estado por el simple hecho de existir e importando su amparo y protección legal, cuya violación supone desconocer esta posibilidad. El derecho de la personalidad jurídica se ubica así, como elemento prioritario para que la calidad de persona, pueda ser valorada y estimada por el Estado, y como constructo necesario y fundamental, su reconocimiento provoca que la vida de la persona tenga valor jurídico y visualización en el ámbito del Estado y en la interrelación normativa con los otros **(3)**.

Al respecto, la Corte IDH **(4)** ha referido que este derecho presenta dos dimensiones, una material o sustantiva y otra formal o instrumental. La dimensión material está dada por el reconocimiento de la personalidad jurídica por parte del ordenamiento jurídico, por tanto, en su aplicación no es posible excluir a nadie de la condición primaria de persona de derecho dejándola al margen del orden jurídico y negándole los derechos y las garantías fundamentales que son consecuencia de reconocimiento de la personalidad jurídica. En tanto, esta dimensión material comprende el ejercicio del derecho que la persona tiene reconocido como tal, el mismo resulta ilusorio e inoperante si el titular no cuenta con los medios o instrumentos para acreditarlo y por tal motivo, se viera privado de su personalidad ante el orden jurídico. Por ello, la disposición de medios o instrumentos es una condición implícita para la efectividad del reconocimiento explícito de este derecho, constituyendo la disposición e implementación de los recursos para su goce la dimensión formal del derecho a la personalidad, que se efectúa mediante el registro de nacimiento de las personas y la documentación que acredita su existencia e identidad. Así, esta dimensión instrumental tiene por objeto afirmar la inclusión de la persona en el orden jurídico institucional del Estado, siendo a partir de ella cuando la persona mediante el ejercicio de la personalidad jurídica puede ejercer el resto de derechos y garantías que derivan de ella y repercuten en el desarrollo, bienestar y vida de la persona. Su vulneración coloca a la persona en un estado de vulnerabilidad e indefensión frente al Estado y los particulares y por ello, no puede ser negada, ni objeto de limitaciones o suspensiones, conforme se desprende del art. 27 de la CADH **(5)**.

De tal manera, la capacidad que tiene toda persona de ser titular de derechos y deberes supone el reconocimiento en términos absolutos de la posibilidad de ser titular de derechos y deberes, y conlleva una obligación directa para el Estado de procurar los medios y condiciones para que ese derecho pueda ser ejercido de ma-

(1) Art. 16 del Pacto de los Derechos Civiles y Políticos, art. 17 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y art. 6º de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

(2) MADRID-MALO, M., "El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica", Ed. ESAP, Bogotá, 1992, p. 80, cit. por SUÁREZ LÓPEZ, Beatriz E. — FUENTES CONTRERAS, Édgar H., "Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica. Concepto y desarrollo en la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humano", *Revista Prolegómenos Derechos y Valores*, vol. 18, nro. 36, Julio - diciembre 2015, ps. 65-80, disponible en http://dx.doi.org/10.18359/dere.934.

(3) SUÁREZ LÓPEZ, Beatriz E. — FUENTES CONTRERAS, Édgar H., ob. cit.

(4) Corte IDH, 29/05/2006, "Comunidad indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay", serie C, nro. 146, ps. 26 y 27.

(5) JAIMA, Sonia — MESA, Angelina, coment. al art. 3º, en ALONSO REGUEIRA, E., "Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el derecho argentino", Ed. La Ley - Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Buenos Aires, 2013.

nera libre y plena por sus titulares **(6)**. Dicha obligación estatal no se agota en el mero reconocimiento de la personalidad, sino que existe una obligación de implementar los mecanismos necesarios para su efectividad, confiriendo el goce efectivo de los derechos vinculados a ella **(7)**.

En este marco, la actuación del organismo registral en el caso en comentario restringió el derecho al reconocimiento de personalidad jurídica del niño, afectando en esencia su calidad de sujeto de derechos, en tanto la negativa a inscribirlo ocasionó su exclusión del orden jurídico, denegando el reconocimiento de su existencia misma como ser humano, violentando su derecho de ser reconocido como persona ante la ley, y a ser tratado jurídicamente con la dignidad que le es propia, poniendo en peligro el acceso, goce y disfrute de otros derechos, colocándolo en una condición de vulnerabilidad que, como alude la resolución, resulta agravada por su condición de niño en la primera infancia. En tal sentido la Corte IDH refirió que "la falta de reconocimiento de la personalidad jurídica lesiona la dignidad humana, ya que niega en forma absoluta su condición de sujeto de derechos y hace al individuo vulnerable frente a la no observancia de sus derechos por el Estado y los particulares" **(8)**.

III.2. La afectación del derecho al nombre como elemento del derecho a la identidad

Como consecuencia de la falta de inscripción del niño y, en consecuencia, la falta de reconocimiento de su personalidad jurídica, se vio afectado su derecho al nombre, el cual es consustancial a cada persona, siendo un atributo inseparable de la personalidad que la determina en su individualidad como uno de los mecanismos generados para su identificación en la sociedad y, por tanto, un derecho de la personalidad.

El nombre, compuesto por el nombre de pila o prenombre, permite la individualización del sujeto en el medio familiar, y el apellido, como signo de filiación y familiar del nombre, posibilita identificar a la persona como miembro de un grupo, una familia en la sociedad, cumpliendo funciones esenciales de individualización e identificación de las personas.

En razón de dichas funciones, el nombre tiene un componente público en tanto sirve para identificar a las personas y, precisamente por eso, en su regulación y composición interviene el Estado **(9)**, y al mismo tiempo, un componente tanto o más importante de carácter privado, y por ello, personal y familiar, constituyendo un elemento de derecho a la identidad derivado del derecho a la personalidad.

El nombre se recepta como un derecho-deber que corresponde a toda persona por el solo hecho de ser tal configurándose así, un derecho subjetivo al nombre, alrededor del cual la ley organiza mecanismos para su protección; al mismo tiempo que establece el deber de llevar el nombre y apellido que corresponde a cada uno, a fin de resguardar el interés social de identificar a sus integrantes **(10)**.

En tal sentido el Código Civil y Comercial dispone en el art. 62 que la persona humana tiene el derecho y el deber de usar el prenombre y el apellido que le corresponden, regulando las cuestiones que le atañen a la luz de los prin-

(6) MATZUMOTO, N., "Comentarios sobre otros derechos presentes en la CADH. Derecho a la personalidad jurídica (art. 3); derecho al nombre (art. 18); indemnización por error judicial (art. 10)", disponible en http://biblio.juridicas.unam.mx, 2013, p. 2.202, cit. por SUÁREZ LÓPEZ, Beatriz E. — FUENTES CONTRERAS, Édgar H., ob. cit.

(7) Corte IDH, "Comunidad indígena Sawhoyamaxa", cit.

(8) Corte IDH, 08/09/2005, "Caso de las niñas Yean y Bosico v. República Dominicana", serie C, nro. 130, p. 179.

(9) En tal sentido se ha considerado como una institución de policía civil, pues satisface o protege tanto intereses individuales como sociales al actuar como medio que posibilita la identificación de los individuos (CNCiv., sala G, 16/10/2009, LA LEY Online, en BELLUSCIO, Augusto — ZANNONI, Eduardo, *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, concordado y anotado*, Ed. Astrea, Buenos Aires, t. I, ps. 360 y ss.).

(10) ESCUDERO DE QUINTANA, B., "Apuntes sobre el nombre de las personas humanas en el Proyecto de Unificación de los Códigos Civil y Comercial", edición especial de *Reforma y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación*, el Dial, 11/9/2012, año XV, nro. 3594, cit. por LLOVERAS, Nora, "Derecho al nombre de niños, niñas y adolescentes", en FERNÁNDEZ, S. E., *Tratado de derecho de niños, niñas y adolescentes*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015.

cipios constitucionales y convencionales que priorizan el derecho a la identidad, a la autonomía de la voluntad y a la igualdad, en consonancia con la recepción normativa del nombre como derecho humano personalísimo —que se ha calificado como autónomo **(11)**— en el ámbito constitucional (art. 75, inc. 22, CN) e internacional (art. 18, CADH; art. 24, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Con específica referencia a los niños, los arts. 7º y 8º de la Convención de los Derechos del Niño consagran el derecho del niño a ser inscripto inmediatamente después de su nacimiento y su derecho desde que nace a un nombre, entre otros elementos **(12)**, como componentes que conforman el derecho a su identidad y, compromete a los Estados a respetarlos de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas, estableciendo el deber de prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad.

Asimismo, el nombre como elemento fundamental del derecho a la identidad se reglamenta en la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes en sus arts. 11, 12 y 13, junto con la garantía estatal de identificación gratuita, oportuna, obligatoria, y el derecho a la documentación.

De tal manera, como lo ha señalado la Corte IDH, "El derecho al nombre constituye un elemento básico e indispensable de la identidad de cada persona, sin el cual no puede ser reconocida por la sociedad ni registrada ante el Estado, debiendo el mismo no solo proteger el derecho al nombre sino brindar las medidas necesarias para facilitar el registro de la persona, inmediatamente después de su nacimiento, garantizando que la persona sea registrada con el nombre elegido por ella o por sus padres, según sea el momento del registro, sin ningún tipo de restricción al derecho ni interferencia en la decisión de escoger el nombre, agregando que el nombre y los apellidos son esenciales para establecer formalmente el vínculo existente entre los diferentes miembros de la familia con la sociedad y con el Estado" **(13)**.

La obstaculización de la inscripción del niño por parte del Registro Civil imposibilitó que el niño goce de su derecho al nombre elegido por sus progenitores, ocasionando una afectación del mismo, en tanto se concreta con el registro, repercutiendo en su identidad, restringiendo e interfiriendo, además, en la elección y decisión de los progenitores.

IV. Libre desarrollo de la personalidad, vida privada y familiar y autonomía de la voluntad: trascendencia en el apellido

El apellido, como se refirió, es la designación común a todos los miembros de una familia, mientras el nombre individual o de pila busca la identificación dentro de la familia, el apellido apunta a la diferenciación de las distintas familias dentro de la sociedad y tiene por misión fundamental identificar a la persona en el grupo social **(14)**.

En su elección, tal como lo cita la resolución en análisis, entra en juego no solo el interés general en la individualización de la persona, sino los intereses de los progenitores.

Al constituir, un medio de identificación y un vínculo con la familia, es un elemento constitutivo de la identidad, constituyendo un derecho de la personalidad que importa el respeto de su libre desarrollo, y se encuentra inmerso en la vida privada y familiar de las personas en vinculación con el derecho a la intimidad y el principio de la autonomía de la voluntad.

El libre desarrollo de la personalidad implica que cada persona puede y debe trazar por sí misma su propio proyecto vital, sin que el Estado deba interferir, salvo para salvaguardar los

(11) KRASNOW, A. N., "Derecho a la identidad y a la identificación", en FERNÁNDEZ, S. E., ob. cit.

(12) Como los derechos a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

(13) Corte IDH, "Caso de las niñas Yean y Bosico", cit., ps. 182-185.

(14) CIFUENTES S., "Elementos de derecho civil. Parte general", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 167, citado por CÓRDOBA, Marcos M. — DE LA PUENTE, Vanesa G., "La preeminencia del apellido paterno respecto del materno contraría normas de jerarquía constitucional", DFyP 2013 (sept.), 163.

derechos similares de los demás **(15)**, siendo receptado en el art. 19 de la CN, en tanto cláusula general de libertad que preside todo el ordenamiento jurídico, estableciendo que todo lo que no está prohibido u ordenado está permitido, con lo cual las actuaciones restrictivas de tal principio resultan inconstitucionales. Al respecto, la Corte IDH ha resaltado 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" **(16)**.

En tal contexto normativo se ubica la elección del apellido de los hijos —atento al significado íntimo, vinculado con valores y sentimientos comunes al grupo familiar— en la cual, a diferencia de lo que ocurre con la elección del prenombre, el derecho de los progenitores a dicha elección no se encuentra restringido al momento de la inscripción. Esta libertad de elección ha sido reconocida por la CS al expresar que "La potestad de los padres para elegir el nombre de sus hijos es de aquellos derechos esenciales que integran la esfera de libertad humana, conforme con los principios rectores en la materia contenidos por los arts. 19 y 33 de la CN, y se compadece con las cláusulas de aquella que aseguran la existencia de tal esfera de libertad en diversas materias, como las contenidas en los arts. 14, 19 y 17" **(17)**. De tal manera, resulta prohibido al Estado interferir en las elecciones y decisiones que adoptan las personas a quienes la ley otorga esa facultad, constituyendo el accionar del Registro Civil constituyó una injerencia arbitraria y carente de razonabilidad, en tanto la registración del modo pedido por los peticionantes no contrariaba el ordenamiento jurídico ni menos aún provocaba lesión alguna.

En correspondencia con el principio de reserva referido, el apellido concierne al ámbito de la tutela y la protección de la vida privada y familiar, en función del principio de la autonomía de la voluntad en la configuración de el o los apellidos de sus hijos, prescindiendo de toda cuestión de orden público **(18)**; principio que en el ámbito del derecho de familia se ha referido que implica "poder de decisión", "ejercicio de la libertad personal", la posibilidad de resolver sobre ciertos aspectos de la vida personal sin condicionamientos externos, de poder optar por una autorregulación propia **(19)**.

Siendo conteste con la jurisprudencia, la doctrina desde hace tiempo se ha pronunciado por la trascendencia de la autonomía de la voluntad en el apellido, manifestando que el nombre que se impone al hijo constituye un objeto de fundamental interés para los padres, como uno de los derechos inherentes a su condición de progenitores y en ejercicio de la patria potestad, y que su elección debe respetarse siempre que no comprometa el interés superior del Estado, violentando los motivos de convivencia social que

(15) DÍEZ-PICAZO, L. M., "Sistema de derechos fundamentales", Ed. Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2005, 2ª ed., ps. 68-70.

(16) Corte IDH, 28/11/2012, "Artavia Murillo v. Costa Rica", serie C, nro. 257, p. 142.

(17) CS, 09/08/1988, LA LEY 1989-B, 253; *id.*, 29/06/1989, Fallos 312:1121, del voto en disidencia del doctor Fayt, cit. en Trib. Col. Fam. Nº 5 de Rosario, 02/06/2011, "P. C. E. c. P. A. H. G. s/ demanda de filiación", causa 1096/10, sent. 1674, disponible en www.eljuridicodesalta.com.ar, comentado por MILLÁN, Fernando, "Crónica de una inconstitucionalidad anunciada. Preferencia del apellido en la ley 26.618", 30/06/2011, MJ-DOC-5415-AR.

(18) Al respecto, se alude que incluso Vélez Sarsfield adoptó una posición prescindente no previendo e integrando disposiciones en el plexo normativo del Código Civil respecto de la cuestión de nombre, dejándola librada al sujeto y por ello su régimen fue diferido al derecho consuetudinario (conf. RIVERA, Julio C., "Instituciones de derecho civil. Parte general", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, t. I, p. 589). Por su parte, Pliner explica que los pueblos antiguos desdeñaron el nombre como objeto de atención jurídica. Solo la libertad de los individuos regía la materia. Era la libertad la que gobernaba el instituto del nombre, luego se fueron incorporando pautas, como las dadas por la costumbre, las tradiciones religiosas, el instinto, la imaginación o los gustos estéticos de los pueblos (PLINER, Adolfo, "El nombre de las personas", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1989, 2ª ed., p. 26) cits. en Trib. Col. Fam. Nº 5 de Rosario, 02/06/2011, "P. C. E. c. P. A. H. G. s/ demanda de filiación", cit.

(19) WARDE, A. M. — ASSANDRI, M., "La autonomía de la voluntad en las relaciones de familia conyugales y convivenciales", *Anuario XVI (2015)*, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, La Ley, Buenos Aires, 2016, p. 374.

han determinado al legislador a establecer limitaciones y prohibiciones en tal sentido **(20)**.

V. La configuración del apellido en el artículo 64 del Código Civil y Comercial. Interpretación del marco normativo aplicable

Los aspectos desarrollados en el punto anterior fueron recogidos por el Código Civil y Comercial en el art. 64, al establecer que, si el hijo es matrimonial, ostenta el apellido de uno de los dos progenitores, conforme a su acuerdo, y a falta de acuerdo, el que resulta del sorteo. Igual criterio se adopta si el hijo es extramatrimonial reconocido simultáneamente por los dos padres, es decir, se atribuye el apellido de uno de los dos progenitores, conforme a su acuerdo, y a falta de acuerdo, el que resulta del sorteo, como en el caso en comentario. Si la segunda filiación se determina después, los padres acuerdan el orden y a falta de acuerdo, el juez dispone el orden de los apellidos, según el interés superior del niño, receptando la posibilidad de una adición posterior, por petición de los padres o por petición del hijo con edad y madurez suficiente. La disposición basada en los principios de igualdad y autonomía de la voluntad termina con la primacía del apellido paterno y privilegia la autonomía de los progenitores en su elección, permitiendo la opción voluntaria de los mismos consistente en un mismo apellido de familia o apellido familiar, pudiendo radicar en el apellido paterno, en el apellido materno o en una mixtura de ambos apellidos de los progenitores de uno u otro sexo, con la limitación de que todos los hijos deben llevar el mismo apellido **(21)**.

De conformidad con lo dispuesto por la norma citada, en el caso planteado, ambos progenitores de común acuerdo solicitaron la inscripción de su hijo extramatrimonial con el apellido compuesto del padre, el cual originariamente se inscribió como doble, aunque el peticionante siempre lo usó como compuesto, siendo dicha inscripción negada por el Registro Civil, aduciendo que solo podía inscribirse al niño con el primer apellido paterno.

En principio, cabe aludir que la diferencia entre apellido compuesto y doble apellido, como se refiere en la resolución, consiste en que el apellido "compuesto" está formado por dos vocablos unidos de manera indisoluble para caracterizar a una familia, en tanto que el "doble apellido" se forma con dos elementos: el primer apellido del padre y el primero de la madre.

En el marco de la reforma civil y comercial se eliminó el término "compuesto" que contemplaba el art. 4º de la ley 18.248 **(22)**, dado que era utilizado erróneamente para aludir al apellido materno del padre, en tanto su adición en los matrimonios heterosexuales al igual que la del apellido paterno de la madre, tenía igual jerarquía pudiendo agregarse uno u otro en forma indistinta, observándose por la doctrina la confusa redacción del artículo en cuestión cuando determinaba que el hijo podrá llevar el apellido compuesto del padre o adicionar (al del padre) el de la madre **(23)**. En tal sentido, se señaló que el texto derogado que aludía al apellido compuesto del padre, incurría en una confusión al

(20) Cf. LLAMBÍAS, J. J., "Código Civil. Parte general", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1970, t. II, p. 293, nro. 402, a; SALVAT, R., "Tratado de derecho civil argentino. Parte general", Ed. TEA, Buenos Aires, 1964, 11ª ed., t. 1, p. 624; ORGAZ, A., "Personas individuales", Córdoba, 1961, 2ª ed., p. 204, nro. 3, cits. en Trib. Col. Fam. Nº 5 de Rosario, 02/06/2011, "P. C. E. c. P. A. H. G. s/ demanda de filiación", cit.

(21) HERRERA, M. — CARAMELO, G. — PICASSO, S. (dir.), "Código Civil y Comercial comentado", Infojus, Buenos Aires, 2015, t. I, p. 155.

(22) La ley 18.248, en su art. 4º, establecía que "Los hijos matrimoniales llevarán el primer apellido del padre. A pedido de los progenitores podrá inscribirse el apellido compuesto del padre o agregarse el de la madre. Si el interesado deseara llevar el apellido compuesto del padre o el materno, podrá solicitarlo ante el Registro del Estado Civil desde los dieciocho años. Una vez adicionado, el apellido no podrá suprimirse". Y en su art. 5º disponía que "El hijo extramatrimonial reconocido por uno solo de sus progenitores adquiere su apellido. Si es reconocido por ambos, sea simultánea o sucesivamente, adquiere el apellido del padre. Podrá agregarse el de la madre, en la forma dispuesta en el artículo anterior. Sin embargo, si el reconocimiento del padre fuese posterior al de la madre, podrá, con autorización judicial, mantenerse el apellido materno cuando el hijo fuese públicamente conocido por este. El hijo estará facultado también, con autorización judicial, para hacer la opción dentro de los dos años de haber cumplido los dieciocho años, de su emancipación o del reconocimiento paterno, si fuese posterior. Si la madre fuese viuda, el hijo llevará su apellido de soltera".

(23) HERRERA, M. — CARAMELO, G. — PICASSO, S., ob. cit., p. 155.

tomar como equivalentes las expresiones "apellido compuesto" y "doble apellido", o llamando simplemente "compuesto" a la integración del apellido paterno con el materno que la ley reconoce como legítimos de los hijos matrimoniales, de acuerdo a una costumbre instalada socialmente antes de que el legislador la consagrara en ley" **(24)**.

Con la eliminación del término "compuesto" se subsanó la confusión, considerando el legislador que el primer apellido del padre al que se refería el precepto 4 de la ley 18.248, ya estaría incluido o sería lo mismo que el apellido compuesto del padre, en tanto, "el apellido compuesto es siempre de tal naturaleza que sus elementos no pueden separarse, y en tal caso, no resultará optativo para el interesado el quitarle o adicionarle nada, ni podrán los encargados del Registro del Estado Civil fraccionarlo, porque estarían desnaturalizando uno de los elementos del nombre, que sirve —precisamente— para distinguir la familia a que pertenece la persona" **(25)**.

De tal manera, cabe interpretar que la supresión del término "compuesto" en el texto civil vigente en modo alguno implica que se encuentre restringido al momento de la inscripción el derecho de los progenitores de elegir el apellido compuesto de uno de ellos, el cual es inescindible y, por tanto, se transmite íntegramente a los hijos, conservando su estructura de pluralidad de elementos. Tal como aducen los peticionantes, el art. 64 del Cód. Civ. y Com. no prohíbe que a pedido de los progenitores se inscriba el segundo apellido del padre o agregarse el de la madre, pero no colocarse el segundo apellido y no el primero.

En relación con el carácter de doble o compuesto del apellido del progenitor, la resolución considera que, si bien el apellido al momento de su inscripción pudo ser doble apellido por contener el paterno y materno, el mismo debe considerarse compuesto —originado en el caso en un doble apellido consolidado por tradición familiar—, dado que ha sido usado así desde su nacimiento, siendo reconocido de tal manera socialmente durante toda su vida. En tal sentido, refiere que no puede dividirse, en tanto el transcurso del tiempo con su utilización lo convirtió en compuesto constituyendo una sola unidad inseparable, y por ello, debe trasmitirse en su totalidad. De tal modo, la resolución, considera la faceta dinámica del derecho a la identidad reflejada en el uso del apellido por parte del progenitor que, si bien detenta el carácter de doble en materia registral, en el plano de la realidad social adquiere el carácter de compuesto por su utilización en el tiempo de tal forma, acompañándolo en todo el proceso de construcción de su identidad en el ámbito social. Al mismo tiempo, la resolución, al expresar que el apellido compuesto al ser inescindible se transmite íntegramente a los hijos, conservando su estructura de pluralidad de elementos, reconoce la importancia de la inalterabilidad del apellido en tanto elemento familiar con el que se identifica la filiación.

Resuelto el reconocimiento del carácter de compuesto del apellido del progenitor, la resolución analiza la viabilidad de su utilización en la inscripción de los hijos en el marco del derecho internacional, interpretando que la mención legal del apellido "al de uno de ellos" que realiza el art. 18 de la CADH está referido no solo al apellido "simple" sino al "compuesto" de uno de los padres. De tal manera aplica el criterio que establece que las normas que versan sobre derechos humanos, cuando se trate o discuta el reconocimiento de derechos protegidos se deben interpretar en el sentido más amplio y extensivo; partiendo de la concepción del nombre como un derecho humano, analizando las cuestiones implicadas en el mismo a la luz del principio *pro homine* **(26)**.

En función de todo lo expuesto, considerando el marco normativo de los tratados de derechos humanos (arts. 75, inc. 22, CN, y 2º, Cód. Civ. y Com.), teniendo en cuenta los principios de la autonomía de la voluntad de los progenitores

(24) PLINER, A., ob. cit., ps. 176-177.

(25) MOISSET DE ESPANÉS, L., "Notas sobre la legislación argentina con relación al nombre de las personas físicas", Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Buenos Aires, 2000, ps. 271-272, www.acader.unc.edu.ar.

(26) Ver PINTO, M., "La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales", PNUD, 1998, cit. por CÓRDOBA, Marcos M. — DE LA PUENTE, Vanesa G., ob. cit., p. 163.

en la elección del apellido de su hijo y el interés familiar, dado en el caso por al acuerdo de estos, declara la convencionalidad y la constitucionalidad del art. 64 del Cód. Civ. y Com., manifestando que su aplicación en el caso contempla implícitamente el supuesto de elección del apellido compuesto acordado por ambos progenitores.

En consecuencia, declara admisible la medida en el caso, en tanto el sujeto que requiere tutela judicial inmediata es un recién nacido que no tiene identificación como sujeto de derecho, cuyo interés superior determina que necesita contar imperiosamente en forma inmediata con el reconocimiento de su personalidad jurídica a través del nombre y apellido compuesto de su padre, y la pertinente identificación, ordenando al organismo registral cesar inmediatamente en la omisión de registrar e identificar al niño, y proceder a su inscripción de manera inmediata conforme lo solicitado por los progenitores, otorgándole el correspondiente documento nacional de identidad; subrayando la importancia e integración del derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica en la satisfacción del interés superior del niño.

VI. Encuadre normativo de la actividad registral

De acuerdo con el respeto del principio de legalidad y del orden jerárquico de normas establecido en el art. 31 de la CN, se impone tomar en cuenta no solo los tratados constitucionales de jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, CN), sino aquellos pronunciamientos de los órganos internacionales de control de tales tratados, debiendo dicha tarea ser asumida por los órganos administrativos que deban resolver sobre cualquier pretensión que afecte los derechos de un niño o niña, dado que en el caso contrario, se provoca una afectación a los derechos fundamentales de la niñez y adolescencia (art. 5º, ley 26.061). Así, el carácter de orden público de los derechos reconocidos a las niñas, niños y adolescentes se proyecta en la interpretación y aplicación de las normas imponiendo su respeto a todos los organismos que integran la administración pública, en razón de la expresa responsabilidad indelegable que detentan en la materia los organismos del estado en el establecimiento, control y garantía del cumplimiento de las políticas públicas con carácter federal, observando el reparto de competencias entre la Nación y las provincias (art. 29, anexo I, dec. 415/2006, BO del 18/04/2006, reglamentario de la ley 26.061) **(27)**.

En este contexto, el organismo registral debió interpretar la normativa aplicable, cumpliendo con los principios de eficacia, celeridad y eficiencia con que debe disponer el acto de inscripción de un recién nacido a los fines de no privarlo de la protección que el ordenamiento jurídico le otorga como consecuencia del acto de emplazamiento que produce la registración de la persona, configurándose en el caso, tal como lo observa la resolución, una evidente omisión, al negarse a la inscripción de niño sin explicar razones suficientes de ello, debiendo en forma inmediata registrar al niño recién nacido o en su defecto expedirse de alguna manera fehaciente de los fundamentos de su negativa, máxime cuando los progenitores requirieron en distintas oportunidades su inscripción, dejando transcurrir más de un mes desde la solicitud de inscripción, tiempo durante el cual se privó al niño del derecho personalísimo que hace al reconocimiento de la condición de sujeto e identidad.

Dicha negativa y omisión registral, por su parte, constituyó una interferencia arbitraria del organismo registral en vida privada y familiar, carente de justificación y motivación legal.

En sintonía con ello, el juez, en el marco de la obligación de todos los poderes del Estado de realizar el control o test de convencionalidad en cumplimiento de sus funciones resuelve exhortar a las autoridades provinciales del Registro del Estado Civil de las Personas para que en casos similares en que el organismo registral interprete las normas aplicables a los casos que involucren derechos de reconocimiento de personalidad jurídica, nombre o identificación, lo haga considerando todo el ordenamiento jurídico convencional, constitucional y legal vigente.

(27) BURGUÉS, M. B. — NAVARRO, E. M., "Un precedente que arroja luz sobre el derecho a la identidad de género y su acceso en el caso de los niños, niñas y adolescentes", RDF 2014-I, 76.

VII. Palabras finales

La resolución en comentario nos permite reafirmar que la facultad, como derecho de los progenitores, de elegir el nombre y el orden del apellido de sus hijos incumbe en la vida privada y familiar, enderezándose como un derecho esencial e íntimo en consonancia con la autonomía de la voluntad, el cual no puede verse obstaculizado, limitado o restringido por el accionar o la omisión discrecional de los organismos registrales que, desconociendo el principio de interpretación de las normas en la materia, en consonancia con los tratados internacionales sobre derechos humanos, puedan afectar el derecho esencial del niño al reconocimiento de la personalidad jurídica, y con ello el goce de su derechos al nombre y la identidad, provocando una situación que lo coloca en una situación de extrema vulnerabilidad, en detrimento de su interés superior.

LICENCIA LABORAL POR ADOPCIÓN

Omisión legislativa. Igualdad ante la ley. Protección de la maternidad. Interés superior del niño. Inconstitucionalidad. Otorgamiento.

Con nota de Viviana R. Albertus

1. — La pretensión de la actora —en el caso, que su empleador le otorgue una licencia por maternidad adoptiva— no se encuentra contemplada dentro de la legislación interna y la Administración Nacional de la Seguridad Social carece de mecanismos para gestionar su otorgamiento. Por lo tanto, la única vía que tiene la amparista es recurrir a la jurisdicción para intentar superar las consecuencias de la omisión legislativa.

2. — La acción de amparo es admisible, ya que no existe procedimiento ordinario alguno con capacidad para proteger los derechos que se predican vulnerados y el procedimiento ordinario lejos está de satisfacer las razones de urgencia que derivan de una guarda en curso que a la fecha lleva más de treinta días.

3. — La ley de contrato de trabajo no contempla dentro del régimen de licencias por maternidad la situación de los padres que adoptan a su hijo, limitándose a contemplar el caso de la madre biológica. Sin embargo, el Dcto. Ley Nº 3413/79 sí las reguló, pero no incluyó al personal dependiente de la actividad privada.

4. — El Código Civil y Comercial de la Nación en el art. 620 reguló la adopción como un instituto equiparable al que surge del vínculo biológico de padres e hijos y, de allí, en paridad de derechos y obligaciones.

5. — En la adopción, el período de adaptación resulta fundamental para cimentar la relación, ya que sienta las bases para el desarrollo del menor. No resulta relevante la forma en que el hijo ingresa al núcleo familiar, dado que cualesquiera fuere el método, se requerirá de tiempo para que el vínculo entre la madre y el hijo se consolide y para que la nueva familia pueda organizarse.

6. — La licencia laboral puede considerarse un instrumento destinado a acompañar a los padres y a los hijos para intentar una vinculación exitosa.

7. — No es posible verificar diferencias prácticas entre la situación de los padres adoptivos y los padres biológicos con capacidad para justificar un trato diferente ante una realidad idéntica y, si alguna pudiere haber sería en favor de la vinculación adoptiva ya que es posible que el adoptado necesite mayor nivel de contención, parental sobre todo si proviene de hogares desintegrados y/o de situaciones de abandono, circunstancias que potencian la vulnerabilidad y demandan mayor atención, tiempo y cuidados específicos, a fin de garantizar al niño una mejor estabilidad emocional.

8. — La Licencia por Adopción se constituye en un aporte indispensable y hasta económicamente insignificante para el Estado que deja de atender en forma directa la problemática de menores en riego mediante la transferencia de su atención al adoptante.

9. — Si la reducción del tiempo de la licencia por tenencia con fines de adopción transgredía el principio de igualdad porque la diferencia entre una y otra situación que se invoca como sustento, resulta arbitraria, irrazonable y apartada de la realidad; cuanto más arbitrario será la lisa y llana denegación de la Licencia fundada en una omisión legislativa.

10. — El derecho a la maternidad no es objeto de distingo por parte de los instrumentos internacionales respecto a la forma de inicio del vínculo materno filial.

11. — Si una mujer decide formar una familia mediante el instituto de la adopción debe asegurársele los mismos derechos de maternidad que a las madres biológicas porque lo contrario implicaría una discriminación arbitraria e impediría el pleno goce de los derechos reconocidos en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

12. — El derecho a la Licencia especial por maternidad no se agota en la mujer, sino que trasciende al niño adoptado.

13. — La omisión legislativa en la regulación de la licencia por maternidad adoptiva e, incluso, la reducción del tiempo de licencia, afectan directamente el interés del menor que precisamente la legislación constitucional intenta proteger.

14. — La omisión legislativa respecto de la situación de madres e hijos adoptivos en todo lo concerniente a la licencia, se presenta ahora contraria a los principios constitucionales y disposiciones de los tratados internacionales con jerarquía constitucional, vulnerando particularmente, los principios de igualdad, razonabili-

dad, el derecho de la mujer a la maternidad, el derecho del niño de disfrutar de su familia y el interés superior del niño.

JFed., Paraná Nro 2, 27/07/2020. - A., G. P. c. ANSeS s/ amparo ley 16.986.

[Cita on line: AR/JUR/70340/2020]

COSTAS

Se imponen en el orden causado.

Expte. N° FPA 2680/2020

1ª Instancia.- Paraná, julio 27 de 2020.

Resulta:

Que se presenta la Sra. G. P. A., bajo el patrocinio letrado de la Dra. A. B. S. y solicita se haga lugar a una medida autosatisfactiva en su favor y, en consecuencia, ordene el otorgamiento de la Licencia por maternidad, conforme lo dispuesto por el art. 177 de la Ley 20.744 de Contrato de Trabajo, librándose oficio a la Administración Nacional de la Seguridad Social a los fines de que tome razón de la resolución y se otorgue la asignación por Maternidad correspondiente, consignando en dicho oficio los datos personales necesarios para dicho trámite.

Demanda asimismo se curse oficio a su empleadora Petropack SA, a los fines de la toma de razón de la medida.

Relata que en el mes de agosto de 2012, motivada por el deseo de adoptar un niño/a, se inscribe junto a su pareja en ese entonces, el Sr. S. V., en el Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines de Adopción de la Provincia de Entre Ríos consignándose el número de Legajo N° 8812.

El perfil adoptivo indicado se correspondía con el de un niño/a desde recién nacido hasta la edad de 1 (un) año, el cual fue luego ampliado por la Sra. A. hasta los 3 (tres) años.

Refiere que en las actuaciones "A.G.P. - V.S. s/ admitidos", tramitadas en aquel organismo, luego de continuar con todo el proceso marcado por la Ley N° 9985, y cumplir con los diversos requerimientos impuestos, se resuelve en fecha 13/12/2018: "...tener... por actualizada la situación de vida y disponibilidad adoptiva de los Sres. G.P.A. y S.V. Mantener la vigencia de la postulación de los Sres. G.P.A. y S.V., registrando la variación del perfil adoptivo con el que se encuentran inscriptos por hasta dos niños/as desde recién nacidos/as a cuatro años de edad, de sexo indistinto, que puedan presentar problemas de salud leves y tratables, con disposición a mantener vínculos fraternos y realizar procesos de vinculación en toda la provincia...".

Agrega que con posterioridad la Sra. A. decide continuar con el proceso de guarda por su cuenta, sin el Sr. V. y que conforme resolución del RUAER de fecha 13/04/2020, ha obtenido admisión de inscripción de su solicitud de guarda con fines de adopción.

Manifiesta que el informe de dicho organismo refiere que estaban dadas las condiciones para otorgar a la Sra. A. la guarda con fines adoptivos de un niño, N. K. J. DNI N°..., el cual coincide con la evaluación realizada por el Equipo Técnico del Juzgado de Familia y Penal de Niños y Adolescentes N° 1 de Concordia en donde tramitaron los autos: "J. N. K. s/ medida de protección" Expte. N° 20.649.

En ese contexto, en fecha 24/06/2020, el Sr. Juez Raúl Eduardo Tomaselli, Juez de Familia y Penal de Niños y Adolescentes N° 1 de aquella jurisdicción, resuelve: "...I.- Otorgar la guarda con fines adoptivos del niño N. K. J.,... en favor de la Sra. G. P. A., DNI N°..., por el plazo de seis meses a contar desde la fecha de la presente.

Luego de esta introducción refiere a la necesidad imperiosa y manifiesta de favorecer la construcción del vínculo materno-filial entre la presentante y el niño N. a través de la Licencia por maternidad.

Informa que ante la incertidumbre de cómo se iban a desarrollar los hechos en la Ciudad de Concordia pidió vacaciones a su empleador, después de serle otorgada la guarda concurre a su lugar de trabajo solicitando la licencia por maternidad ello, no solo por la igualdad convencional que marca la ley con las distintas formas de elección de ser madre y de familia, sino con el común sentido que si a las mamas biológicas le dan un tiempo para construir el vínculo con su niño, a ella como mamá adoptiva también, es necesario que ella viva dicho espacio imperiosamente, por N. quien no puede ser dejado desde el hogar a vivir con G. a una niñera por ocho horas diarias.

La respuesta del empleador fue que no estaba en la Ley de Contrato de Trabajo la licencia por maternidad adoptiva y que era ella quien debía hacer los trámites ante el ANSES.

Argumenta luego sobre la necesidad de gozar de idéntico beneficio que la madre biológica para disponer de tiempo a fin de abocarse a la crianza del nuevo integrante del grupo familiar.

Sostiene que es innegable que el vínculo de madre e hijo no se construyen de un día a otro, que es un ca-

mino difícil, prolongado, que va depender del caso concreto y de las circunstancias que rodean el mismo.

Enfatiza que, en este caso toda la situación vivida por N., a pesar de su corta edad, que ha residido siempre en una residencia socio educativa, sin contar con una figura materna nítida y definida, implica que la construcción del vínculo con una madre no será de plano fácil ni fluida, sino que por el contrario necesita de tiempo, de vivencias, que le permitan un desarrollo en su confianza, su cercanía para con esa madre y con su nuevo hogar.

Informa que la actora se encuentra trabajando en la firma Petropack SA desempeñando tareas como Administrativa nivel 3 y según el convenio que rige la actividad, CCT N° 419/05, art. 48. c. el tema de licencia por maternidad, remite directamente a la legislación nacional, siendo la vigente la correspondiente con la Ley N° 20.744 de Contrato de Trabajo y 24.714 del Régimen de Asignaciones Familiares y sus modificatorias, conforme lo resuelve Resolución N° 924/2014 de la Secretaria de Trabajo.

Realiza luego consideraciones procesales ajenas al objeto de autos e incluso a la jurisdicción de esta Magistratura.

Pasa inmediatamente luego a identificar los derechos que entiende vulnerados realizando análisis del derecho, doctrina y jurisprudencia que considera aplicable al caso. Formula un pormenorizado análisis respecto de los tratados internacionales que considera aplicables, su rango superior y pone énfasis en el derecho superior del niño como base de su pretensión.

Argumenta extensamente sobre la viabilidad de la vía procesal intentada —medida autosatisfactiva—, análisis que no será considerado por resultar exótico al régimen procesal vigente y haberse reconducido la acción como amparo.

Justifica la competencia, ofrece prueba.

Finalmente peticiona en el sentido de su postulación. En fecha 16 de julio de 2020, dispuse habilitar la feria judicial extraordinaria y, visto el objeto de la acción, reencausarla otorgándole el trámite de Amparo Ley 16.986.

En tal contexto tuve por presentada a la Sra. G. P. A., por derecho propio, con patrocinio letrado de la Dra. A. B. S., acompañada la prueba documental y domiciliada, otorgándosele legal intervención.

Decrete —*prima facie*— la procedencia del fuero y la competencia de este Juzgado y de conformidad a lo dispuesto en el art. 43 de la Constitución Nacional y la ley 16.986, declare la admisibilidad formal del presente amparo requiriendo a la accionada produzca el informe circunstanciado previsto en el art. 8 de la ley 16.986, acerca del planteo formulado por la actora.

A su turno se presentan los Dres. Priscila Fernanda Jozami, Valeria Verónica País, Marina Verónica Singh, y Lionel Miguel Saiz, en representación de la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES), carácter que acreditan con la Resolución respectiva, constituyen domicilio formulan negativas generales y particulares, plantean la improcedencia del amparo y finalmente producen el informe del art. 8 de la Ley 16.986.

Sostienen que el obrar de su representada ha sido en todo momento conforme a derecho, y que ha instrumentado todos los mecanismos a su alcance a fin de salvaguardar los beneficios comprendidos por el sistema de Seguridad Social.

En tal sentido —expresan—, que no se encuentra regulado en el ordenamiento jurídico vigente la licencia por maternidad para la madre adoptiva. Por ello, no es posible extender dicha licencia a quien no es la madre biológica del menor.

A mayor abundamiento —destacan—, el articulo 177 LCT habla de "parto", "origen del embarazo o parto", "nacimiento pre-término", entre otros conceptos que solo pueden referir a la madre biológica.

Enfatizan que el fundamento deviene del texto expreso de la ley, de la cual Administración Nacional de la Seguridad Social no puede, ni debe apartarse.

En cuanto a la asignación reclamada —expresan—, resulta necesario incorporar la adopción en el sistema informático de Acreditación de Datos Personales de ANSES (ADP). De esta forma, se acredita que el niño N. K. J. (DNI N°...) se encuentra a cargo de la Sra. G. P. A. (DNI N°...), quien ostenta la guarda con fines adoptivos. De esta manera, podrá comenzar a percibir el beneficio. Este trámite no se realiza actualmente por atención virtual, por lo que se requiere sacar el turno correspondiente.

Justifican en Ley N° 27.541, el Decreto de necesidad y urgencia N° 260 de fecha 12 de marzo de 2020, etc., la imposibilidad de brindar atención presencial. Refieren también a las resoluciones de ANSES a fin de trabajar en la emergencia.

Finalmente hacen reserva del caso federal por encontrarse cuestionada la validez de leyes federales de orden público.

Corrido el pertinente traslado a la amparista, la misma ratifica todos y cada uno de los hechos y el de-

recho esgrimidos en la demanda, solicitando se haga lugar a la misma de manera íntegra, con costas a la contraria.

Quedan los autos en estado de resolver.

Considerando:

La primera cuestión a resolver tiene relación al a esta acción que fuera promovida como "medida autosatisfactiva".

La acción fue reconducida por el trámite de la Ley 16.986 porque, sin desconocer la existencia de una corriente encabezada por Peyrano que propicia este mecanismo, el mismo carece de recepción legislativa y, en el caso concreto la pretensión incluye cuestiones de análisis que exceden el marco tenido en cuenta por sus creadores.

Pero, en puridad lo que realmente interesa es si la cuestión puede ser tramitada y resuelta por la vía rápida y expedita del amparo.

La respuesta, en consonancia con lo que dispuse al expedirme respecto de la admisibilidad formal, es afirmativa.

Como ha sostenido la Administración Nacional de aa Seguridad Social no puede, ni debe apartarse.....".

Sí, el derecho no está contemplado en el derecho consecuencias de la omisión legislativa.

En el iter judicial no existe procedimiento ordinario alguno con capacidad para proteger los derechos que se predican vulnerados y el procedimiento ordinario lejos está de satisfacer las razones de urgencia que derivan de una guarda en curso que a la fecha lleva más de treinta días.

Dicho ello se entiende que la vía rápida y expedita normativa apuntada, por lo que la objeción de la Administración Nacional de la Seguridad Social no habrá de prosperar.

Superada esta primera cuestión y pasando al planteo principal, debo manifestar que lleva razón la demandada cuando predica que la ley de contrato de trabajo no contempla dentro del régimen de licencias por maternidad (arts. 177/179) la situación de los padres que adoptan a su hijo, limitándose a contemplar el caso de la madre biológica.

Sin embargo, el Dcto. Ley N° 3413/1979 reguló, en el capítulo tercero, las licencias especiales y previó en el artículo 10 inciso h) que "Tenencia con fines de adopción: Al agente mujer que acredite que se le ha otorgado la tenencia de uno o más niños de hasta siete años de edad, con fines de adopción, se le concederá licencia especial con goce de haberes por un término de sesenta días corridos, a partir del día hábil siguiente al de haberse dispuesto la misma".

Ahora bien, el ámbito de aplicación de la norma está definido en el art. 1° del Anexo I que incluye al "...Personal Civil de la Administración Pública Nacional, que revista en organismos centralizados y descentralizados, cualquiera sea su naturaleza jurídica, inclusive entidades financieras, servicios de cuentas especiales y planes de obras dependientes del Poder Ejecutivo Nacional, y en los respectivos servicios de obras sociales, con las siguientes exclusiones: a) Personal diplomático en actividad comprendido en la Ley del Servicio Exterior de la Nación. b) Personal docente comprendido en estatutos especiales. c) Personal Civil de las Fuerzas Armadas, de Seguridad y Policiales. d) Personal sujeto a la Ley de Contrato de Trabajo", dependiente de la actividad privada.

Fuera de la esfera estatal, la Licencia para la madre adoptante fue incorporada por la normativa regulatoria de determinadas actividades (art. 70 inc. 2° del Estatuto Docente; el art. 15 del CCT 660/2013 (Empleados de la Industria de la Construcción); art. 14 del CCT 581/10 (Trabajadores ocupados en la actividad de los clubes de campo, barrios cerrados y urbanizaciones especiales afines; el art. 15 del CCT 700/14 (Trabajadores de Instituciones Deportivas y Asociaciones Civiles que pertenezcan a las ramas administrativas, de maestranza o cualquier otro servicio); art. 14 del CCT 619/2011; art. 15 del CCT635/2011 (Médicos de la actividad privada); art. 21 del CCT 614/2010 (Trabajadores de corte de la industria de la confección de indumentaria (artículo 21); entre otros.

En el poder Judicial de la Nación esta Licencia fue instituida por Acordada N° 27/2017, instrumento que otorgó al beneficio la total equiparación con el derecho que la Ley de Contrato de Trabajo otorga a la maternidad biológica, abandonándose el plazo menor (60 días) que se otorgaba por aplicación del Dcto. Ley 3413/1979.

La referida Acordada tiene como antecedente la Resolución N° 2171/2009 donde la Corte Suprema de la Nación ya había destacado la necesidad de armonizar la disposición reglamentaria (art. 10 inc. h) del Dcto. Ley 3413/1979) con las normas contenidas en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos a fin de garantizar la efectiva vigencia de los derechos allí reconocidos.

En tal oportunidad, colacionando el art. 3, ap. 1° de la Convención sobre los Derechos del Niño y recalcando el Interés Superior del Niño, materializado en el caso por el afianzamiento del vínculo parento-filial

recién iniciado, indicó que resultaba excusable el requisito de la edad previsto en el decreto.

Aludiendo a las diferencias normativas entre la maternidad biológica y adoptiva refirió que "...no corresponde tratar de manera desigual lo que en el plano de la realidad y de acuerdo con el objetivo de las normas aplicables reviste identidad, esto es, la protección del vínculo natural o por adopción...".

Ese fue precisamente la base de sustento de la Acordada 27/2017 al incorporar —en el ámbito judicial— la Guarda con fines de adopción en el carácter de licencia especial, con goce de haberes, por un término de noventa días corridos, a quien acredite que se le haya otorgado la guarda de un/a niño/a o adolescente, con fines de adopción.

Seguimos sin embargo dentro del ámbito estatal.

El Cód. Civ. y Com. de la Nación, la adopción reguló la adopción como un instituto equiparable al que surge del vínculo biológico de padres e hijos y, de allí, en paridad de derechos y obligaciones.

En este sentido el art. 620 del Cód. Civ. y Com. de la Nación dispone que "El adoptado tiene en la familia adoptiva los mismos derechos y obligaciones de todo hijo" y los padres tienen idéntica responsabilidad parental (arts. 638 y ss. del Cód. Civ. y Com. de la Nación).

El nacimiento de un hijo, así como el otorgamiento, implican el inicio de una nueva convivencia y el forjamiento del vínculo parento-filial.

Es decir, nacer en el seno de una familia o incorporarse a ella por adopción, constituyen la piedra basal de una nueva realidad parental.

El período de adaptación que presupone esta nueva y el hijo se consolide y para que la nueva familia pueda organizarse.

En tal contexto, exitosa.

No es posible verificar diferencias prácticas entre la situación de los padres adoptivos y los padres biológicos con capacidad para justificar un trato diferente ante una realidad idéntica y, si alguna pudiere haber sería en favor de la vinculación adoptiva ya que es posible que el adoptado necesite mayor nivel de contención, parental sobre todo si proviene de hogares desintegrados y/o de situaciones de abandono, circunstancias que potencian la vulnerabilidad y demandan mayor atención, tiempo y cuidados específicos, a fin de garantizar al niño una mejor estabilidad emocional.

En esa inteligencia, la legislación interna no puede iniciar, formar y desarrollar el vínculo.

Por lo demás, la adopción, más allá de permitir la realización personal del adoptante, constituye una solución alternativa a la institucionalización que brinda al adoptado un mejor estándar en el proceso de socialización y al Estado una solución alternativa menos costosa y más eficiente, con lo que, la Licencia por Adopción se constituye en un aporte indispensable y hasta económicamente insignificante para el Estado que deja de atender en forma directa la problemática de menores en riego mediante la transferencia de su atención al adoptante.

Tales argumentos autorizan a concluir que si la reducción del tiempo de la licencia por tenencia con fines de adopción transgredía el principio de igualdad (art. 16 de la CN) porque la diferencia entre una y otra situación que se invoca como sustento, resulta arbitraria, irrazonable y apartada de la realidad; cuanto más arbitrario será la lisa y llana denegación de la Licencia fundada en una omisión legislativa.

Más allá de los planteos de las partes, el control de convencionalidad y constitucionalidad me viene impuesto.

El derecho a la maternidad no es objeto de distingo por parte de los instrumentos internacionales respecto a la forma de inicio del vínculo materno filial.

Si nos remitimos al preámbulo de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer advertiremos que reconoce "...la importancia social de la maternidad y la función tanto del padre como de la madre en la familia y en la educación de los hijos...", por ello en el artículo 4 inciso 2° del referido instrumento, se insta a los Estados a proteger la maternidad y en el artículo 11 inciso 2° se regula la licencia por maternidad con goce de haberes y la protección contra el despido.

Asimismo, la Recomendación General N° 21 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer referida a "La Igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares" afirma que "La forma y el concepto de familia varían de un Estado a otro y hasta de una región a otra en un mismo Estado. Cualquier que sea la forma que adopte y cualesquiera que sean el ordenamiento jurídico, la religión, las costumbres o la tradición en el país, el tratamiento de la mujer en familia tanto ante la ley como en privado debe conformarse con los principios de igualdad y justicia para todas las personas, como lo exige el artículo 2 de la Convención" y que "Los derechos y las obligaciones compartidos enunciados en la Convención deben poder imponerse conforme a la ley y, cuando proce-

da, mediante las instituciones de la tutela, curatela, la custodia y la adopción...".

Sentado ello, debemos concluir que, si una mujer decide formar una familia mediante el instituto de la adopción debe asegurársele los mismos derechos de maternidad que a las madres biológicas porque lo contrario implicaría una discriminación arbitraria e impediría el pleno goce de los derechos reconocidos en la Convención.

Por otra parte el derecho a la Licencia especial por maternidad no se agota en la mujer, sino que trasciende al niño adoptado.

El Cód. Civ. y Com. de la Nación define a la adopción como una "Institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de los niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando éstos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen".

El paradigma de adopción cambia a partir de tal definición dado que comprende el derecho del niño a tener una familia más que de las parejas a tener un hijo.

Y es que debemos recordar que el instituto de la adopción tiene como finalidad primordial proteger el Interés Superior del Niño (art. 595 inc. 1° del Cód. Civ. y Com. de la Nación), tal como surge de la Convención de los Derechos del Niño (tratado con jerarquía constitucional) que dispone 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" (artículo 3.1).

"Toda adopción exige la previa determinación de que responde al interés superior del niño y debe ajustarse al derecho nacional e internacional y a la costumbre" (Observación General N° 16 del Comité para los Derechos del Niño).

Bajo este paradigma, la omisión legislativa en la regulación de la licencia por maternidad adoptiva e, incluso, la reducción del tiempo de licencia, afectan directamente el Interés del menor que precisamente la legislación constitucional intenta proteger.

Como sostuve más arriba, el niño adoptado parte generalmente de una situación de vulnerabilidad que busca ser compensada mediante su incorporación a una familia.

El tiempo que la madre adoptiva tenga para dedicarle bases de la relación materno-filial.

De este modo, tal y como lo señala la Corte Interamericana de Derechos Humanos "...en aras de la tutela disposiciones que rigen esta materia..." (Corte IDH, OC-17-02, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, 28/08/2002).

La omisión del Legislador Nacional al no haber Interés Superior del Niño.

Ello implica un trato discriminatorio al niño adoptado y a la madre adoptante dado que se excluye a la madre e hijo biológico, con el agregado que un grupo e hijo biológico.

En definitiva, la omisión legislativa respecto de la situación de madres e hijos adoptivos en todo lo concerniente a la licencia, se presenta ahora contraria a Superior del Niño.

En este contexto, no cabe sino declarar que la declara y, se dispone, para el caso concreto la gozar del régimen de licencia establecido para la madre biológica por los arts. 177/179 (t.o.), debiendo la pago de la asignación correspondiente a la Licencia por Maternidad establecida en los arts. 177/179 de la LCT.

Las costas se imponen en el orden causado dado que, Social, tal actitud respondió a la inexistencia de norma biológico.

Tal como expresa la accionada "...el fundamento [de su negativa] deviene del texto expreso de la ley, de la cual Administración Nacional de la Seguridad Social no puede, ni debe apartarse.

Es por ello que interpreto que no cabe cargar con las norma expresa o sustituir vacíos legislativos.

De hecho, esta Magistratura solo se encuentra constitucionalidad.

Finalmente corresponde regular los honorarios de la Dra. Analia Saxer en la suma de pesos... ($...) —... uma—, teniendo en cuenta la calidad jurídica de la labor desarrollada, la complejidad y novedad de la cuestión, el resultado obtenido, la probable trascendencia de la resolución para futuros casos y, especialmente, la trascendencia económica y moral que la cuestión reviste para la amparista (arts. 48, 16, incs. b), c), e), f) y g) de la Ley 27.423).

De la misma manera y sin perjuicio de lo previsto por el art. 2° de la Ley 27.423, regulo los honorarios profesionales de los Dres. Priscila Fernanda Jozami, Valeria Verónica País, Marina Verónica Singh, y Lionel Miguel Saiz, Letrados Apoderados de la Administra-

ción Nacional de la Seguridad Social, en la suma de pesos... ($...) —...uma—, teniendo en cuenta la calidad jurídica de la labor desarrollada, la complejidad y novedad de la cuestión y el resultado obtenido (arts. 48, 16, incs. b), c) y e) de la Ley 27.423).

Se hace saber a las partes que el monto de los honorarios regulados no incluye el importe que en concepto de Impuesto al Valor Agregado pudiere corresponder en función de la situación de los beneficiarios frente a dicho tributo.

Por ello resuelvo: 1. Declarar que la omisión legislativa respecto de la Licencia por maternidad establecida en la Ley de Contrato de Trabajo vulnera las Convenciones Internacionales más arriba analizadas y, por tanto, tal omisión resulta inconstitucional, al no contemplar a la madre adoptante. 2. Hacer lugar a la acción promovida por la Señora G.P.A. y ordenar a la Administración Nacional de la Seguridad Social proceda al pago de la asignación correspondiente a la Licencia por Maternidad establecida en los arts. 177/179 de la LCT a favor de la amparista. 3. Hacer saber al Empleador —Petropack SA— el derecho de la amparista a gozar de la Licencia por maternidad establecida en los arts. 177/179 de la LCT A sus efectos, líbrese oficio por Secretaría, autorizándose a la letrada de la parte actora a correr con su diligenciamiento. 4. Costas en el orden causado (art. 68, segundo párrafo del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, por reenvío del art. 17 de la Ley 16.986). 5. Regular los honorarios de la Dra. Analia Saxer en la suma de pesos... ($...) —... uma—, (arts. 48, 16, incs. b), c), e), f) y g) de la Ley 27.423). 6.- Regular —sin perjuicio de lo previsto por el art. 2° de la Ley 27.423— los honorarios profesionales de los Dres. Priscila Fernanda Jozami, Valeria Verónica País, Marina Verónica Singh, y Lionel Miguel Saiz, Letrados Apoderados de la Administración Nacional de la Seguridad Social, en la suma de pesos... ($...) —... uma—, (arts. 48, 16, incs. b) y c) de la Ley 27.423). 7.- Hacer saber a las partes que el monto de los honorarios regulados no incluye el importe que en concepto de Impuesto al Valor Agregado pudiere corresponder en función de la situación de los beneficiarios frente a dicho tributo. Regístrese, notifíquese a la parte actora, demandada y al Sr. Fiscal Federal por cédula electrónica. Oportunamente, archívese. — *Daniel E. Alonso.*

Hacia una nueva visión en el reconocimiento de los derechos laborales para las mujeres trabajadoras

La licencia por maternidad para la madre adoptiva

Viviana R. Albertus (*)

Sumario: I. Introducción.— II. El trabajo de las mujeres en la Ley de Contrato de Trabajo. La licencia por maternidad en la Argentina. Breve evolución jurisprudencial. Derecho comparado.— III. El alcance de la medida autosatisfactiva para la defensa de los derechos.— IV. Conclusión. La necesidad de armonizar la legislación en la materia.

I. Introducción

La reivindicación de los derechos de las mujeres permanece en la agenda de las políticas públicas en el siglo XXI, como también en los aportes jurisprudenciales que pueden motivar un viraje en las leyes vigentes.

El Juzgado Federal de Paraná Nº 2 dictó un notable pronunciamiento en autos "A., G. P. c. ANSeS s/ amparo ley 16.986" **(1)**.

El fallo que aquí se comenta resulta relevante en relación con algunos comentarios que se abordarán a lo largo del presente trabajo.

A su vez, permite extraer algunos interrogantes, siendo el principal el siguiente: ¿Tiene derecho la madre adoptiva a hacer uso de la licencia por maternidad establecida en el art. 177 de la Ley de Contrato de Trabajo (LCT)?

De ahí surgen otros planteos: ¿Resulta necesario adecuar la legislación laboral en la materia? ¿El ordenamiento interno se adecuó a los tratados internacionales? ¿Puede otorgarse un derecho que no se encuentra legislado?

Los autos se originaron en la petición de la Sra. G. P. A., requiriendo a la justicia interviniente que se ordenara el otorgamiento de la licencia por maternidad establecida en el citado art. 177 de la LCT.

No se trataba de una mujer gestante, sino de una madre adoptiva.

La actora —empleada de la empresa Petropack SA— comenzó el extenso camino de la adopción en el año 2012. Finalmente, se le otorgó la guarda de un niño con fines adoptivos, lo que motivó la solicitud de la licencia por maternidad.

Ante tal petición el empleador se limitó a rechazar el pedido, invocando que ello no se en-

(*) Abogada y especialista en asesoría jurídica de empresas; profesora en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

(1) JFed. Paraná Nº 2, 27/07/2020, "A., G. P. c. ANSeS s/ amparo ley 16.986", expte. FPA 2680/2020.

contraba previsto en la Ley de Contrato de Trabajo y que debía solicitarlo a la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSeS).

Ante tal temperamento la actora se presentó a la justicia federal promoviendo una medida autosatisfactiva, reconducido a una acción de amparo establecida en la ley 16.986.

Ello, con fundamento en la "necesidad imperiosa y manifiesta de favorecer la construcción del vínculo materno-filial y no solo por la igualdad convencional que marca la ley con las distintas formas de elección de ser madre y de familia, sino con el común sentido que, si a las mamás biológicas le dan un tiempo para construir el vínculo con su niño, a ella como mamá adoptiva también".

La ANSeS se presenta en el proceso judicial y plantea la improcedencia del amparo, expresando que "no se encuentra regulado en el ordenamiento jurídico vigente la licencia por maternidad para la madre adoptiva" y que, por ello, "no es posible extender dicha licencia a quien no es la madre biológica del menor".

O sea, el órgano estatal se limita a invocar el texto de la ley, enfatizando que no pueden ni deben apartarse de la letra fría de la norma.

El juez de grado resolvió hacer lugar a la petición de la actora **(2)**, por considerar que la omisión legislativa del art. 177 de la LCT respecto de la licencia por maternidad para la madre adoptante vulnera las convenciones internacionales y, por ende, dicha omisión resulta inconstitucional, y a mi entender, también inconvencional.

El fundamento central en el reclamo de la actora es considerar que goza de los mismos derechos laborales que una madre gestante, haciendo hincapié en la protección que otorgan los tratados internacionales con jerarquía constitucional.

(2) El juez interviniente resolvió hacer lugar a la acción promovida por la actora y ordenar a la ANSeS que procediera al pago de la asignación correspondiente a la licencia por maternidad, y a hacer saber al empleador el derecho de la amparista a gozar de la licencia por maternidad.

II. El trabajo de las mujeres en la Ley de Contrato de Trabajo. La licencia por maternidad en la Argentina. Breve evolución jurisprudencial. Derecho comparado

La Ley de Contrato de Trabajo regula el Trabajo de Mujeres en su Título VII, estableciendo la prohibición de cualquier tipo de discriminación en el ámbito laboral con motivo de su sexo o estado civil.

Asimismo, se regula el principio de igualdad de retribución por igual tarea; derecho que continúa siendo vulnerado al día de la fecha.

Estas normas encuentran su fundamento en la propia Constitucional nacional y en los tratados con jerarquía constitucional.

La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) dispone en el art. 11.1 que "Los Estados partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo con el fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres los mismos derechos, en particular: a) El derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano. b) El derecho a las mismas oportunidades de empleo, inclusive a la aplicación de los mismos criterios de selección en cuestiones de empleo. c) El derecho a elegir libremente profesión y empleo, el derecho al ascenso, a la estabilidad en el empleo y a todas las prestaciones y otras condiciones de servicio, y el derecho al acceso a la formación profesional y al readiestramiento, incluido el aprendizaje, la formación profesional superior y el adiestramiento periódico. d) El derecho a igual remuneración, inclusive prestaciones, y a igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor, así como igualdad de trato con respecto a la evaluación de la calidad del trabajo. e) El derecho a la seguridad social, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar, así como el derecho a vacaciones pagadas. f) El derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción".

El principio de igualdad de trato y no discriminación es uno de los principios generales

del derecho del trabajo, y su vulneración puede traer aparejada la nulidad de los actos discriminatorios.

El juez de grado consideró, en el pronunciamiento que aquí se comenta, que "Si una mujer decide formar una familia mediante el instituto de la adopción debe asegurársele los mismos derechos de maternidad que a las madres biológicas porque lo contrario implicaría una discriminación arbitraria e impediría el pleno goce de los derechos reconocidos en la Convención; por otra parte, el derecho a la licencia especial por maternidad no se agota en la mujer, sino que trasciende al niño adoptado".

A partir de la reforma de la CN de 1994, se incorporaron cláusulas garantizando los derechos de las mujeres.

Así, se otorgó jerarquía constitucional a los tratados y convenciones sobre derechos humanos, tales como la citada CEDAW (art. 75, inc. 22, CN), y se facultó al Congreso Nacional de promover medidas de acción positiva con relación a las mujeres, que garanticen la igualdad de oportunidades y de trato y el pleno goce de los derechos reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales (art. 75, inc. 23, CN).

Todos estos preceptos fueron considerados por el juez de grado al momento de resolver la cuestión, estableciendo un nuevo paradigma en el reconocimiento de derechos, haciendo una interpretación dinámica de las normas y no resolviendo el planteo con una mirada estática del derecho.

II.1. El alcance de la protección de la maternidad en la LCT

En el cap. II del tít. VII de la LCT se regula la protección de la maternidad.

El art. 177 establece la prohibición de trabajar y la conservación del empleo, expresando: "Queda prohibido el trabajo del personal femenino durante los cuarenta y cinco días anteriores al parto y hasta cuarenta y cinco días después del mismo. Sin embargo, la interesada podrá optar por que se le reduzca la licencia anterior al parto, que en tal caso no podrá ser inferior a treinta días; el resto del período total de licencia se acumulará al período de descanso posterior al parto. En caso de nacimiento pre-término se acumulará al descanso posterior todo el lapso de licencia que no se hubiere gozado antes del parto, de modo de completar los noventa días. La trabajadora deberá comunicar fehacientemente su embarazo al empleador, con presentación de certificado médico en el que conste la fecha presunta del parto, o requerir su comprobación por el empleador. La trabajadora conservará su empleo durante los períodos indicados, y gozará de las asignaciones que le confieren los sistemas de seguridad social, que garantizarán a la misma la percepción de una suma igual a la retribución que corresponda al período de licencia legal, todo de conformidad con las exigencias y demás requisitos que prevean las reglamentaciones respectivas. Garantízase a toda mujer durante la gestación el derecho a la estabilidad en el empleo. El mismo tendrá carácter de derecho adquirido a partir del momento en que la trabajadora practique la notificación a que se refiere el párrafo anterior. En caso de permanecer ausente de su trabajo durante un tiempo mayor, a consecuencia de enfermedad que según certificación médica deba su origen al embarazo o parto y la incapacite para reanudarlo vencidos aquellos plazos, la mujer será acreedora a los beneficios previstos en el artículo 208 de esta ley" **(3)**.

Es específica la letra de la ley al regular la protección para la madre gestante. La ley 20.744 no contempla el régimen de licencias por maternidad para las situaciones de las madres/padres que adoptan, limitándose a tratar el supuesto de maternidad a través del parto.

Ahora bien, haciendo un análisis dinámico de las normas, ¿puede aplicarse tal protección a la madre adoptiva?

El juez de grado consideró que sí, invocando las normas que resultan —a su criterio— aplicables al caso. Veamos:

Primeramente, señalemos que el art. 177 tiene su fundamento en las previsiones del art. 75, inc. 23, de la CN, donde se establece que le corresponde al Congreso "Dictar un régimen de

(3) Artículo sustituido por art. 1º, ley 21.824, BO del 30/6/1978.

seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del periodo de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia".

El niño adoptado en el presente caso goza de los mismos derechos constitucionales que cualquier otro niño, considerando que no constituye requisito alguno que su madre sea biológica.

Por su parte, la CEDAW dispone en su art. 11, inc. 2º, que los Estados parte deberán tomar medidas para impedir la discriminación contra la mujer por maternidad, asegurando la efectividad de su derecho a trabajar, como también la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables.

Merece destacarse en la materia las previsiones del Convenio 3 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre protección a la maternidad **(4)**. Si bien la norma regula los derechos en caso de parto, la finalidad de la norma es resguardar el cuidado del hijo/a para construir el vínculo familiar.

Por ende, las normas que aquí se destacan garantizan a la madre adoptiva los mismos derechos que a una madre gestante, y así lo entendió el magistrado interviniente.

Al respecto, sostuvo que el nacimiento de un hijo, así como el otorgamiento del niño para la adopción, implican el inicio de una nueva convivencia y el forjamiento del vínculo paterno-filial, y el período de adaptación que presupone esta nueva realidad resulta fundamental para cimentar la relación, ya que sienta las bases para el posterior desarrollo del menor; así, no resulta relevante la forma en que el hijo ingresa al núcleo familiar, dado que, cualquiera fuere el método, se requerirá de tiempo para que el vínculo entre la madre y el hijo se consolide y para que la nueva familia pueda organizarse.

No todos los jueces lo han considerado así, sino todo lo contrario. En la jurisprudencia dictada en la materia, nos encontramos con pronunciamientos que consideraron que el alcance de la protección de la norma es exclusivo para casos de madres biológicas.

Contrariamente a lo resuelto en el caso que aquí se comenta, se resolvió que "El supuesto de adopción no está contemplado en la LCT, dentro de la normativa que comprende la protección por maternidad. En consecuencia, si la trabajadora solicitó una licencia a causa de que había obtenido la guarda de un menor, el empleador no debe remuneración por dicha licencia y tampoco goza la empleada de las asignaciones de la seguridad social. Por ello, el pago de dicha licencia carece de causa, de conformidad con el art. 499 del Cód. Civil" **(5)**.

Otros pronunciamientos del fuero laboral mantuvieron ese temperamento **(6)**, y en uno de ellos, si bien se resolvió rechazar la licencia por maternidad para la madre adoptiva, el juez de grado dispuso "remitir copia a la Comisión de Legislación del Trabajo de la H. Cámara de Diputados de la Nación y a la Comisión de Trabajo y Previsión de la H. Cámara de Senadores de la Nación, a los fines que evalúen la posibilidad de cubrir el vacío legal, otorgándole licencia por adopción a la madre o al padre (a elección de estos), desde el momento en que se conceda la guarda legal".

Se comienza a evidenciar —lentamente— el cambio de paradigma en la materia, procediéndose a reconocer el derecho a la licencia por maternidad a favor de la madre adoptiva.

No escapa al análisis que debe hacerse sobre el tema resaltar que las partes de una relación vincular materno-filial no gestante merecen el mismo reconocimiento de los derechos y las obligaciones de que gozan las partes en una relación vincular biológica.

La licencia por maternidad no es otra cosa que un instrumento destinado a acompañar a la madre y a los hijos para intentar una vinculación exitosa, no siendo posible verificar diferencias prácticas entre la situación de las madres

(4) Convenio 3 de la OIT de 1919, ratificado por la República Argentina por ley 11.726.

(5) CNTrab., sala III, 15/12/1993, DT 1994-B-1203, AR/JU/3451/1993.

(6) JNTrab. Nº 50, 16/06/2019, "M. M. M. E. c. Administración Nacional de la Seguridad Social s/ amparo", inédito.

adoptivas y las madres biológicas con capacidad para justificar un trato diferente ante una realidad idéntica, y así lo consideró el tribunal.

II.2. La situación para la madre no gestante. Propuestas legislativas para abordar el vacío legal

Si nos limitamos a analizar las normas estáticamente, se puede observar que tampoco goza de protección la madre no gestante.

Vemos cómo la madre adoptiva y la no gestante se encuentran en una situación de total discriminación y en desigualdad jurídica. Al analizar acabadamente el derecho infraconstitucional, se concluye en evidenciar una situación de desamparo legislativo.

La Ley de Contrato de Trabajo resguarda a la madre biológica, previendo sus licencias, el supuesto de despido arbitrario, como también el derecho a la lactancia y el estado de excedencia, y no así a la madre adoptiva y a la no gestante.

Sin embargo, en la jerarquía supraconstitucional referida al sistema jerárquico del ordenamiento argentino existen normas que las resguardan como sujetos de derecho como también a los niños y niñas que se encuentran en situación de integración a una familia adoptiva o con una madre no gestante.

Por ende, la negación del ejercicio del derecho a la licencia por maternidad, vulnera también los derechos de los niños y niñas y la igualdad consagrada en nuestra Constitución Nacional.

Es momento de adaptar las normas laborales, debiendo asimilarse los derechos entre las madres biológicas, la adoptiva y la no gestante.

Existen algunos pronunciamientos que otorgaron la licencia por maternidad a la madre no gestante.

Ese fue el temperamento del Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, al otorgar una licencia por maternidad a la madre no gestante de un matrimonio integrado por personas del mismo sexo **(7)**.

A diferencia de lo que ocurre en otros países **(8)**, la ley 20.744 no regula las licencias en estos supuestos.

Sin embargo, otras normas que regulan actividades en particular fueron previendo un régimen de licencias y protección para la mujer trabajadora. Así, encontramos el Estatuto Docente, el convenio colectivo de trabajo 660/2013 (empleados de la industria de la construcción) y el convenio colectivo de trabajo 581/2010 (trabajadores de clubes de campo, barrios cerrados y urbanizaciones especiales afines), entre otros **(9)**.

Por su parte, el dec.-ley 3413/1979, que aprueba el régimen de licencias, justificaciones y franquicias para el personal civil de la Administración Pública Nacional, regula en su art. 10, inc. h), la licencia especial para la agente mujer que acredite que se ha otorgado la tenencia de uno o más niños de hasta siete años con fines de adopción.

---

(7) JCont. Adm. y Trib. Nº 1 Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 19/03/2019, "E. B. A. y otros c. GCBA s/ amparo", AR/JUR/383/2019. En idéntico sentido, véanse los pronunciamientos del JCont. Adm. y Trib. Nº 15 Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 08/08/2018, "M. M. C. c. GCBA s/ amparo", AR/JUR/20264/2018; JCont. Adm. y Trib. Nº 12 Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 01/10/2018, "N. G. N. c. GCBA s/ medida cautelar", AR/JUR/55448/2018 y JCont. Adm. Nº 1 La Plata, 27/12/2018, "Díaz Reck c. ARBA s/ medida autosatisfactiva", AR/JUR/72202/2018.

(8) Se citan los casos de España, donde los adoptantes cuentan con licencias pagas desde el año 1999, mientras que en Noruega los adoptantes también tienen derecho a gozar de este tipo de licencias sin distinción del género. Por su parte, el Código de Trabajo de Chile prevé el uso de la licencia por 12 semanas, protegiéndose la maternidad, la paternidad y la vida familiar.

(9) Además, CCT 700/2014 para trabajadores de Instituciones Deportivas y Asociaciones Civiles que pertenezcan a las ramas administrativas, de maestranza o cualquier otro servicio; CCT 619/2011 y 635/2011, aplicables a médicos de la actividad privada; y el CCT 614/2010 aplicable a los trabajadores de corte de la industria de la confección de indumentaria, entre otros.

En el ámbito del Poder Judicial de la Nación, con el dictado de la acord. 27/2017 también se otorgó el beneficio del uso de la licencia, equiparando el derecho de la madre adoptiva con la situación prevista para la maternidad biológica.

Estas reglamentaciones fueron armonizando el temperamento con las normas contenidas en los tratados internacionales sobre derechos humanos, con una visión igualitaria y en consonancia con nuestra CN.

Por ello, la regulación de la licencia por maternidad merece apresurar el tratamiento de los heterogéneos proyectos modificatorios de la LCT por parte del Congreso de la Nación.

Varios intentos infructuosos pasaron por ambas Cámaras, solo a modo ejemplificativo se mencionan los proyectos tramitados por los exptes. 4763-D-2018, S-1329/2018 y 4398-D-2019.

En el año 2020 se presentó un proyecto de reforma legislativa que toma los antecedentes vigentes en el ámbito internacional sobre la materia (proyecto 5236-D-2020).

El art. 5º proyectado pretende regular la licencia por maternidad o paternidad, estableciendo que "Queda prohibido el trabajo del trabajador durante los treinta días posteriores al nacimiento, a la inscripción de su hijo o hija en el registro civil o al otorgamiento de la guarda con fines de adopción" y por el art. 6º se establece que, "Una vez completado el período de licencia por maternidad o paternidad, los progenitores gozarán de una licencia hasta completar ciento ochenta (180) días posteriores al nacimiento, del otorgamiento de la guarda con fines de adopción o de la inscripción en el registro civil".

La urgencia en el tratamiento de la temática está fundamentada en la necesidad de ampliar las licencias laborales para eliminar la vulneración de los derechos de las mujeres trabajadoras.

El concepto de otorgar la licencia por maternidad a una madre adoptiva "constituye un aporte indispensable y hasta económicamente insignificante para el Estado que deja de atender en forma directa la problemática de menores en riego mediante la transferencia de su atención al adoptante", conforme lo entendió el magistrado.

Le corresponde al Estado garantizar la igualdad de condiciones y el trato no discriminatorio; contrariamente a lo ocurrido en el caso comentado, donde las profesionales representantes de la ANSeS, fundaron su defensa en discriminar a la madre adoptiva frente a los derechos consagrados a una madre biológica.

La coherencia en la aplicación de políticas públicas para garantizar la identidad de género, el lenguaje inclusivo y diversidad, también debe abarcar la protección para este grupo de mujeres trabajadoras.

III. El alcance de la medida autosatisfactiva para la defensa de los derechos

Excede el objeto del presente trabajo analizar con detenimiento la oportunidad del planteo efectuado por la actora, ya que se parte de la hipótesis de que en la instancia debatida la medida solicitada excede el ámbito cognoscitivo de la misma.

Así lo entendió el sentenciante al reconducir la acción por el trámite de la ley 16.986, sin desconocer la existencia de una corriente doctrinaria "que propicia este mecanismo, el mismo carece de recepción legislativa y, en el caso concreto la pretensión incluye cuestiones de análisis que exceden el marco tenido en cuenta por sus creadores" (consid. 2º).

Partiendo de la admisión de tratar la cuestión por la vía rápida y expedita del amparo, se consideró que, si el derecho de la actora no está contemplado en el ordenamiento interno, "la única vía que tiene la amparista y la misma ANSeS es la de recurrir a la jurisdicción para intentar superar las consecuencias de la omisión legislativa".

Aun ante la oposición formulada por la demandada ANSeS, el juez resolvió que el amparo era la única vía posible ante la imprevisión normativa alegada.

La utilización de medidas autosatisfactivas debe ser analizada celosamente, siendo tarea de los jueces limitar el ejercicio de acciones, cuan-

do puedan acarrear prácticas abusivas y resolviendo en los litigios estratégicos.

IV. Conclusión. La necesidad de armonizar la legislación en la materia

Para finalizar, y a la luz del comentario jurisprudencial que aquí se realiza, se advierte la necesidad de adaptar el ordenamiento jurídico, debiendo abordar con premura el tratamiento del reconocimiento de licencias por maternidad, paternidad y familiares.

Debe ser la ley —y no su silencio— el instrumento apto para definir el alcance de las licencias.

Ese es el criterio que siguió el sentenciante al garantizar la igualdad entre las trabajadoras, en referencia a la protección del vínculo natural o por adopción.

Si bien la jurisprudencia comenzó a reconocer la licencia por maternidad a las madres adoptivas y a las no gestantes, nuestra LCT no contempla protección alguna, debiendo armonizarse el ordenamiento a los preceptos incluidos en los tratados internacionales con jerarquía constitucional.

Resulta entonces oportuno el tratamiento legislativo del tema, debiendo suprimirse cualquier distinción arbitraria que se realice a una madre no biológica, en transgresión del principio de igualdad reconocido en el art. 16 de la CN.

La situación actual de emergencia sanitaria permitió el replanteo de múltiples aspectos. Uno de ellos resulta ser la revisión de las licencias laborales —sea en el ámbito público o privado— y, en consecuencia, a diseñar cambios que pueden generarse para optimizar el trabajo de la mujer.

Aprovechemos la oportunidad para que estos temas sean regulados de cara al siglo XXI, haciendo énfasis en atender las particularidades con una visión de género igualitario, en resguardo de los derechos de la mujer trabajadora.

RESPETO A LA VOLUNTAD DE DAR EN ADOPCIÓN

Manifestación de una madre respecto de su hija recién nacida. Inconstitucionalidad del art. 607 último párrafo del Cód. Civ. y Com. Anticonvencionalidad. Interés superior del niño. Estado de adoptabilidad.

Con nota de Marianela Ripa

1. — Corresponde declarar que el art. 607 en su último párrafo en cuanto dispone "La declaración judicial de la situación de adoptabilidad no puede ser dictada si algún familiar o referente afectivo del niño, niña o adolescente ofrece asumir su guarda o tutela y tal pedido es considerado adecuado al interés de éste", debe ser considerado anticonstitucional y anticonvencional por ser contrario al "interés superior del niño", y porque condicionar la voluntad autónoma de la madre de dar su hija en adopción sin condicionamientos es contrario a la perspectiva de género y al interés superior del niño.

2. — En el marco de la presente situación fáctica, el mejor interés de la niña recién nacida es aquel que ha sido elegido por su propia madre: la posibilidad de acceder a una familia adoptiva, por lo que entiendo que la disposición del art. 607 in fine del Cód. Civ. y Comercial debe ser considerado anticonvencional precisamente por ser contrario a ese interés superior que se debe garantizar.

3. — La redacción final del art. 611 del Código Civil y Comercial fue propuesta en un marco ideológico que considera, sin admitir prueba en contrario, que la permanencia de un niño en su familia de origen, aun en contra de la voluntad libre de su madre, garantiza el interés superior de los mismos. Mantener el acatamiento total a la normativa importaría juzgar la conducta de una mujer, que ha tomado su decisión, y que no debe, a nadie en este mundo, darle cuenta de esta. No estoy, no estuve, ni estaré en sus zapatos, y mi obligación como Magistrada es respetarla, como mujer y como madre, no imponerle el calvario de tener que convivir con su hija, o bien alejarse de su propia familia, precisamente para no hacerlo.

4. — Corresponde decretar el estado de adoptabilidad de la niña y su posterior guarda, atento considerar que ello hace a la protección de la manda constitucional de resguardar su "interés superior", pues la niña tiene derechos que implican como correlato el cumplimiento de deberes paternos y surge con palmaria claridad que tanto la madre como el sindicado progenitor no desean el ejercicio de esos derechos respecto de su hija.

5. — La mera declaración de dar en guarda a un hijo con fines de adopción es por sí sola insuficiente, no es autónoma ni tampoco *per se* decisiva para producir la ruptura vincular, ya que, para ello se exige la intervención judicial, quedando sujetos al examen del magistrado, si se ha cumplido con la garantía de libertad e información de alternativas de contención y fortalecimiento de la maternidad.

6. — Cada caso es único en sí mismo, pero es evidente, que hay quienes teniendo voluntad procreacional carecen de voluntad parental, y quienes no logrando concretar su voluntad procreacional, poseen suficiente voluntad parental para poder concretarla con hijos o hijas que no han parido.

7. — Entiendo oportuno, en tanto esto hace a la historia de la niña, resaltar la elección de una mujer, quien al tomar conocimiento de su embarazo (no deseado), prosigue a término, con la intención de, producido el alumbramiento, entregar a la niña en guarda con fines de adopción, sin considerar —según surge de su relato— la posibilidad de interrumpir el mismo. Y digo que eso hace a la historia de la niña porque si bien esta madre no pudo, no quiso o no supo hacerse cargo de su crianza y educación, si respetó el más elemental de los derechos del ser humano, esto es el derecho a la vida.

8. — Las decisiones jurisdiccionales deben ser siempre bajo la luz del "interés superior del niño", no como "castigo" de los progenitores, sino como determinante de que las estrategias que se adopten deben serlo para intentar ofrecerle a este niño, niña o adolescente un futuro mejor que su pasado.

JFlia Nro. 1, Tandil, 13/08/2020. - F., M. V. s/ abrigo.

[Cita on line: AR/JUR/34437/2020]

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Se declara inconstitucional el art. 607 último párrafo del Código Civil y Comercial.

Expte. N°:24997

1ª Instancia.- Tandil,

Resulta:

Que en fecha 15/05/2020 se inician los autos "F., K. s/ materia a categorizar", a partir de la presenta-

ción electrónica de la Sra. Defensora Oficial Dra. Liliana Castell quien invocando el art. 48 del CPC (ver Escrito - se presenta (237101949000591217), pone en conocimiento de la suscripta la situación de la Sra. K. F., quien en ese momento se encontraba internada en la Clínica Chacabuco, habiendo dado a luz el 13/05/2020 a una beba.

Expone que la Sra. F. se puso en contacto con la Defensoría por medio de la obstetra que la atendió durante su embarazo, y que era intención de la misma entregar a su hija con fines de adopción.

Asimismo, adjunta —digitalizado— de la Lic. Castresana, quien, mantuvo varios contactos telefónicos con K. F., y determinó que esta decisión la maduró durante todo el embarazo y la tomó con intención, discernimiento y voluntad con lo que implica cada uno de sus términos.

Asimismo, agrega, que habiéndole explicado las consecuencias jurídicas de su decisión le ha manifestado comprenderlas y sostenerlas de igual manera.

Que, en ese estado de situación, esta Magistrada, en igual fecha dispone la inmediata intervención al S.L.P.P.D. de Tandil a fin que proceda a adoptar las medidas necesarias en el marco de la Ley 13.298 y sus modif., poniendo en conocimiento de la Dirección de Niñez, Adolescencia y Familia la situación descripta.

Que mediante escrito Asesor - Presenta dictamen (242101949000591518), el funcionario toma intervención en las actuaciones, notificándose del estado de las mismas y lo resuelto. Asimismo, con Copia de escrito en papel. AC. 3886/18 art. 3 (237501949000591632), la Sra. K. F., ratifica lo actuado por su letrada patrocinante.

Que, con fecha 21/05/2020, se agrega comunicación Servicio local - Presenta informe (246401949000592692), poniendo en conocimiento de la suscripta en los términos del art. 35 inc. L de la Ley. 13.298 (texto reformado por Ley N° 14.537) y Decreto Reglamentario N° 300/2005, que el 18/05/2020 se adoptó una Medida de Protección Especial de Derechos respecto de M. V. F., nacida el 13/05/2020, hija de K. F.

Que, en atención a la situación de vulneración de derechos denunciada, dicha medida fue dispuesta por el plazo máximo de 180 (ciento ochenta) días, consistiendo en la permanencia de la niña en el domicilio del matrimonio B.-D., quienes forman parte del Programa Familias Solidarias.

Que, conforme lo expuesto por los profesionales del organismo administrativo en su informe inicial del Plan Estratégico de Restitución de Derechos, M. V. permanecerá alojada con los referentes de mención, a fines de acompañar, contener y garantizar sus cuidados y necesidades elementales durante el vigente proceso. Mientras tanto, y en relación a las estrategias a implementarse, comunican que se convocará a la joven K. F. en pos de mantener entrevista en este Servicio Local, con la finalidad de tomar conocimiento respecto a su posicionamiento subjetivo, ratificar su decisión, y recabar datos del progenitor de M. V., e integrantes de la familia ampliada. Esto último, a fines de evaluar a los miembros de la familia materna y paterna, teniendo en cuenta la implicancia y posicionamiento, respecto al estado de situación actual de la niña.

Asimismo, se destaca que no existe información en el sistema del S.L. respecto a intervenciones previas, con la joven F., ni con su grupo familiar —Ver Servicio local - Presenta informe inicial P.E.R. (253301949000598584)—.

En virtud de lo expuesto, se prioriza la restitución inmediata de los derechos de la niña, a través de los distintos efectores del sistema de promoción y protección, al tiempo que se procura el diseño de estrategias de intervención y abordaje.

Que mediante escrito Asesor - Presenta dictamen (247401949000599822) contesta la vista que le fuera conferida el citado funcionario, avalando se declare la legalidad de la medida adoptada, lo que así se dispone por resolución Abrigo legalización - Se decreta (220001949000600004) del 12/06/2020.

Que, en dicha providencia, esta Magistrada dispone Medida de no innovar en relación a la filiación paterna, al momento desconocida. Asimismo, ordena notificar a la progenitora de la niña, Instándola a que en el plazo de diez días y mediante presentación electrónica formulada en el marco de lo normado por el art. 1, ap 3° inc. b.3. Res. 10/2020 SCBA, suministre el nombre del presunto padre de M. V. y toda información que contribuya a su individualización y paradero, bajo juramento, haciéndole saber las consecuencias jurídicas que se derivan de una manifestación falsa (Art. 583 Cód. Civ. y Comercial; Art. 134 y 275 ss y cc CP).

Que, habiendo sido debidamente notificada —conf. Cedula Electrónica (232701949000600455)—, el 17/06 mediante presentación Traslado - Contesta (230701949000601029), ratifica su decisión de que su hija sea entregada en guarda con fines de adopción.

Que, el 22/06/2020, en archivos adjuntos al escrito Documentación - Acompaña (241601949000603378), el Sr. Coordinador del SLPPD integra a los actuados

copia digitalizada de la partida de nacimiento de la niña y de las actas que dan cuenta de las entrevistas celebradas con K. F. y su pareja G. R. I.

Ante dicha presentación se provee resolución del 24/06/2020, en la que esta Magistrada dispone: "Siendo el origen biológico parte integrante y trascendental del derecho a la identidad, que debe protegerse se practicara prueba de ADN, con el fin de determinar o excluir la paternidad de G R. I., en relación a la niña F. M.V. —DNI...—. A tal fin, se cítara a G R. I. —DNI...— y a la niña M.V. F. en la sede de este Juzgado, a efectos de procurar la toma de muestras de epitelio bucal para realizar el análisis comparativo de ADN ordenado, mediante la utilización del dispositivo Whatman EasiCollet (isopos) (conf. Resolución N° 33/19, Resolución 700/2017 y Protocolo Anexo, de la SCBA)". Es de destacar que, atento el actual contexto de emergencia sanitaria (pandemia Covid-19), no ha podido concretarse la medida ordenada, entendiendo la Suscripta que ello no obsta en modo alguno al dictado de la presente, máxime tomando en consideración los recaudos adoptados conforme disposiciones siguientes.

Que en fecha 06/07/2020, el Servicio local - Presenta informe de conclusión P.E.R. (240401949000608427), solicitando se declare el estado de desamparo y adoptabilidad de M. V. F. Todo ello, habiendo vencido el plazo en el cual K. F. podría haber realizado las presentaciones pertinentes en relación a su hija, considerando la postura asumida por el presunto progenitor, la ausencia de la abuela materna frente a la citación efectuada, destacando que ningún integrante de la familia ampliada de la Sra. F. o el Sr. I. se comunicó ni se acercó a este Organismo en pos de tomar conocimiento respecto al estado de situación de la niña. La suma de dichas circunstancias, lleva a los profesionales intervinientes a sostener que la niña no cuenta al día de la fecha con adultos responsables capaces de ejercer su cuidado y protección.

Que, consecuentemente, por Resolución del 08/07/2020 se dispuso citar tanto a la progenitora como al presunto progenitor a la audiencia prevista por el art. 12 de ley 14.528, en concordancia con los arts. 607 y ss. del Cód. Civ. y Com. de la Nación.

Que, encontrándose ambos debidamente notificados —conf. Cedula Electrónica (237101949000609361) y Cedula Diligenciada - Acompaña (233501949000611364), no se presentan a las mismas, dejándose constancia de la incomparencia —Ver Audiencia art. 12 Ley 14.528 - Acta (230101949000611208) y Audiencia art. 12 Ley 14.528 - Acta (239201949000611197)—.

Que, sin perjuicio de ello y por las consideraciones efectuadas en Resolución Audiencia art. 12 Ley 14.528 - Se fija (235801949000611492), esta Magistrada decide reiterar la citación al Sr. I., haciéndole saber que en caso de incomparecencia injustificada se considerará que el requerido no tiene interés en ejercer su eventual responsabilidad parental en relación a la niña, correspondiendo declarar la situación de adoptabilidad de M. V. F. Nuevamente el Sr. I. no concurre pese a encontrarse notificado.

Que, en fecha 31/07/2020 contesta la vista que le fuera conferida la Asesoría de Incapaces, —ver Asesor - Presenta dictamen (238401949000616661)— y solicita se Decrete el estado de adoptabilidad de F., M. V., el que implica la privación de la responsabilidad parental. Se notifique oportunamente a la progenitora y al presunto progenitor de la niña, en beneficio del derecho de defensa en juicio.-Se oficie a Asesoría Pericial de Azul a los efectos de fijar turno para realizar la correspondiente pericia de ADN.- Oportunamente y firme y consentida la sentencia, se disponga oficiar al REUNA, a fin de que remitan las personas y/o familias inscriptas para que se proceda a evaluarlas y consecuentemente vincularlas a familias, en aras de una pronta desinstitucionalización. Se ponga en conocimiento del organismo administrativo que pese al cese de la medida excepcional bajo el carácter de medida de abrigo, atento la institucionalización de la niña corresponde continuar con el seguimiento de su situación mientras se mantenga vigente dicho carácter y hasta tanto se pueda consolidar su vinculación con familia de pretensos adoptantes, debiendo garantizar el sostenimiento de los derechos básicos de la niña e informando en autos respecto de su evolución con la periodicidad que VS determine. Ello sin perjuicio, que dicho seguimiento pueda contar con la participación conjunta del ETI del Juzgado, quienes de modo paralelo se encontrarán abocados a trabajar los procesos de vinculación entre la niña y los aspirantes a guarda preadoptiva.

Que, en virtud del estado procesal de la causa, habiéndose dado cumplimiento a todos los recaudos legales, el día 03/08/2020 se dispone llamar autos para dictar sentencia.

Considerando: 3.1.- La autonomía de la voluntad, la perspectiva de género, el control de convencionalidad difuso:

"...el respeto por las personas incorpora al menos dos convicciones éticas: primera, que los individuos deberían ser tratados como entes autónomos, y segunda, que las personas cuya autonomía está disminuida deben ser objeto de protección". Se entiende por ente autónomo derecho, norma y/o disposición que ataña al ejercicio de sus derechos al individuo "capaz de deliberar sobre sus propios objetivos personales y actuar bajo la dirección de esta deliberación",

y que su elección, "... designa un cono de luz dentro del cual un sujeto, en un especial ámbito de su propia existencia, goza de poderes particulares.... la autonomía se presenta como plato de una balanza que cada sistema se esfuerza por mantener en equilibrio con el peso de la tutela de los intereses sobre-individuales... Desde esta perspectiva amplia, de algún modo, la autonomía se identifica con la libertad" Hooft, Pedro Bioética y derechos humanos. Temas y casos, Depalma, Buenos Aires, 1999, p. 7 y ss. citada por Minyersky N. en "El impacto del proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación en instituciones del derecho de familia".

Por su parte la CSJ en un fallo histórico "Bahamondez, M., CSJ 1993/04/06", en el voto en disidencia de los Dres. Belluscio y Petracchi, refriéndose precisamente a la libertad y la autonomía de la persona, decía "...Que, por cierto, la libertad de una persona adulta de tomar las decisiones fundamentales que le conciernen a ella directamente, puede ser válidamente limitada en aquellos casos en que exista algún interés público relevante en juego y que la restricción al derecho individual sea la única forma de tutelar dicho interés..." Tal punto de vista desconoce, precisamente, que la base de tal norma "...es la base misma de la libertad moderna, o sea, la autonomía de la conciencia y la voluntad personal, la convicción según la cual es exigencia elemental de la ética que los actos dignos de méritos se realicen fundados en la libre, incoacta creencia del sujeto en los valores que lo determinan..." (caso "Ponzetti de Balbín", cit., voto concurrente del juez Petracchi, consid. 19, p. 1941) en Bahamondez, M., CSJ 1993/04/06, publicado en LA LEY, 1993-D, 130, con nota de Néstor Pedro Sagüés - DJ, 1993-2-499 - ED, 153-254.

Ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos que: "El concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse 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"... (La autonomía de la voluntad en el derecho de familia argentino Aída Kemelmajer de Carlucci. Libro Derecho de las Familias, Infancia y Adolescencia. Una mirada crítica y contemporánea, 1° edición p. 3 Infojus).

Por su parte, esta autonomía de la voluntad, tampoco es ajena de poder enmarcarse en el Derecho de Familia "Así como cada individuo goza de su derecho a la autodeterminación en cada una de sus decisiones personales. La familia conforma una faceta más en la vida de las personas, y no queda exenta de esa autonomía de la voluntad." Minyersky N., obra citada, p. 80.

"la autonomía, se entiende en un sentido muy concreto, como la capacidad de actuar con conocimiento de causa y sin coacción externa". Este principio de autonomía impregna la vida de las personas en distintos ámbitos: en el ámbito de su persona, en el ámbito de su familia y en el ámbito de su voluntad de convertirse o no en madre o padre. Hooft, Pedro Bioética y derechos humanos. Temas y casos, Depalma, Buenos Aires, 1999, p. 7 y ss. Citada por Minyersky N. en "El impacto del proyecto del Cód. Civ. y Com. de la Nación en instituciones del derecho de familia".

Continúa diciendo Minyersky "El estudio de la maternidad/paternidad se ha corrido completamente del eje de la biología hacia el de la voluntad como el elemento central para la creación de vínculos filiatorios. Esta voluntad procreacional es diferente de la voluntad parental, en tanto mientras en la primera el fin último es la procreación (más relacionado con las ciencias biológicas), en la segunda su finalidad es la de ahijar, convertirse en madre/padre. La voluntad parental no se limita a tener o no tener un hijo, sino que también abarca la decisión de cómo y cuándo tenerlo, o cómo y cuándo no tenerlo."

Cada caso es único en si mismo, pero es evidente, que hay quienes teniendo voluntad procreacional carecen de voluntad parental, y quienes no logrando concretar su voluntad procreacional, poseen suficiente voluntad parental para poder concretarla con hijos o hijas que no han parido.

Eva Giberti dice que para quienes parten del concepto ideológico de considerar a la "maternidad" como función o actividad natural, y por extensión, inapelable", aquellas mujeres al "no acatar la convivencia y manutención del niño la encuadraría en el ámbito del conflicto" y en consecuencia se las denomina "Madres en conflicto"... "Este modelo es paradigmático del rechazo y temor que surgen al enfrentarse con la mujer que le dice No a la permanencia consigo de la criatura que ha parido..."

"Desde una perspectiva biológica la madre es el ser vivo que desde el momento de la fecundación asume esta condición, el cuerpo de la madre desde ese momento, poseerá características diferentes a las que mantenía antes de la concepción.... Es necesario pensar "ser madre" mucho más allá de la biología. Los hechos biológicos de la reproducción son de una naturalidad inapelable... No obstante, la categoría madre, al igual que la categoría mujer es una construcción cultural" Moore, Henrietta L. Antropología y feminismo. Madrid: Cátedra, 2009.

Va de suyo entonces que desde la perspectiva de género no todas las mujeres tienen naturalmente la voluntad parental, aun cuando, pudieran, por las cir-

cunstancias de la vida tener voluntad procreacional, veamos por ejemplo el caso de las madres gestantes de hijos ajenos.

Eva Giberti también es clara al decir que no es "madre abandónica" aquella que confía en el Sistema de promoción y protección de los Derechos del Niño, "cuando en realidad no existe tal abandono sino depositación de la criatura en manos de instituciones estatales destinadas a protegerlo (Giberti, E. 2003).

Las tensiones entonces parecieran quedar enmarcadas entre la autonomía de la voluntad de la madre, quien, en pleno ejercicio de su responsabilidad parental, inclusive antes de que su hijo/hija nazca, toma la decisión libre de darlo en adopción y el derecho de ese niño/niña a vivir en su familia de origen.

Si tenemos en cuenta que no podemos hablar de familia, sino de familias, es también discutible a que familia nos referiremos cuando hablamos de la "familia de origen". Para quienes extienden el concepto, y van más allá del padre y la madre, la familia de origen abarcaría a todos aquellos que los unen lazos de consanguinidad, pero en mi concepto de familia, no es la consanguinidad, ni la ley la que define quienes integran o no la familia, sino las relaciones socio-afectivas; y creo también que si quienes consideran que garantizar la permanencia de un niño, niña o adolescente en su familia de origen lo es en función de su identidad, la misma no sólo se construye por las relaciones consanguíneas, sino por la interacción existente en cada miembro que va generando una identidad dinámica. Y entre ese niño o niña cuya madre ha decidido dar su hijo en adopción, incluso en algunos casos hasta escondiendo el embarazo a su familia, no ha construido aún lazo alguno, y lo único que lo une a esa "familia de origen" son sus lazos de sangre: sus patrones genéticos.

Por lo tanto, es en ese marco argumental que estoy convencida que respetar la voluntad de la madre, sin otros condicionamientos que aquellos que garantizan el "interés superior del niño", tomada en el marco de todos los componentes de los actos jurídicos: discernimiento, intención y libertad, es tomar decisiones con perspectiva de género.

"La perspectiva de género ofrece la posibilidad de analizar las normas y las prácticas desde otro ángulo y nos ofrece herramientas para correr el velo de la igualdad formal pudiendo ver lo que hay detrás, esa igualdad que llamamos real, muy diferente a la declamada. Nos conduce a interpretar la ley desde una visión dinámica que tiene en cuenta precisamente el carácter evolutivo de los derechos humanos y sus principios de progresividad pro homine..." M. Elena Barbagelata Derechos Humanos de las Mujeres. Defender y Juzgar con Perspectiva De Género disponible en http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/ 2017/10/doctrina45889.pdf

¿Qué sentido tendría entonces aceptar "la autonomía de la voluntad" de dar un hijo, hija en adopción, si luego, igual la someteríamos a la convivencia permanente con ese hijo/a cuya maternidad no desea ejercer? De una forma u otra estas mujeres, de seguirse esta normativa, terminarían siendo forzadas a la maternidad. "...Optar por entregar la guarda a un referente afectivo en contra de la voluntad de los progenitores de darlo en adopción es muy grave, porque la guarda no genera parentesco, ni crea obligación alimentaria idéntica a la filiatoria, ni establece derechos sucesorios, por ello la decisión que deje de lado la voluntad materna de entregar al niño en adopción para ponerlo bajo guarda de un mero "referente afectivo" no pariente, que ni lo adopta, ni asume obligaciones de tutor, debe ser específicamente fundada..." (La Adopción en el Código Civil y Comercial de la Nación. Graciela Medina. https://ccycn.congreso.gob.ar/.../pdfs/ 085), o en su caso en una nueva decisión la que implicaría apartarse de ese miembro de la familia a quien se le habría otorgado la guarda o la tutela de su hija.

La CDN dispone que los Estados tienen la obligación de atender al interés superior del niño como consideración primordial en la adopción de cualquier política que los afecte (artículo 3 inciso 1). La Corte IDH ha sostenido 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 éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades. En el mismo sentido, conviene observar que para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere 'cuidados especiales', y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir 'medidas especiales de protección'" (Corte IDH, caso "Atala Riffo y Niñas c. Chile", sentencia del 24 de febrero de 2012, Serie C N° 239, párr. 108).

Ha dicho el Dr Pettigiani en su voto en C. 118.781 "A., O. E. s/ incidente" que, "Al evaluar y determinar el interés superior de un niño debe tenerse en cuenta la obligación del Estado de asegurarles la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar. Los términos "protección" y "cuidado" también deben interpretarse en un sentido amplio, ya que su objetivo no se expresa con una fórmula limitada o negativa, sino en relación con el ideal amplio de garantizar el "bienestar" y el desarrollo del niño (conf. ONU, Comité..., cit., párr. 71). El bienestar del niño, en un senti-

do amplio, abarca sus necesidades materiales, físicas, educativas, culturales, espirituales y emocionales básicas, así como su necesidad de afecto, seguridad, pertenencia, estabilidad y proyección." Y en su voto el Dr. De Lázzari nos ha recordado que:" La "identidad" del niño se forma con un conjunto de elementos que incluye sus vínculos de sangre y también su historia, sus relaciones en el afecto, su cultura, sus experiencias vitales, el camino de su crecimiento, en definitiva, su "circunstancia".

Nos ha recordado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Almonacid Arellano y otros vs. Chile", que: "El Poder Judicial debe ejercer una especie de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana." (párr.124, CIDH, "Almonacid Arellano vs. Chile", sentencia del 6 de septiembre del año 2006. "El parámetro del control difuso de convencionalidad no sólo comprende la Convención ADH, sino también Protocolos adicionales de la misma, así como otros instrumentos internacionales que han sido motivo de integración al corpus iuris interamericano por parte de la jurisprudencia de la Corte IDH" voto del Juez Ad Hoc Eduardo Ferrer Mac Gregor en "Caso "Cabrera García y Montiel Flores c. México", Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo y Reparaciones y Costas, del 26 de noviembre de 2010, Serie C, N° 220, párr. 47. "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 mismos y se encuentra conformado 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. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, "La Infancia y sus derechos en el sistema interamericano de protección de derechos humanos", 2° Edición; OE/Ser. L.N/11.133, doc.34, 29/10/2008, párr. 39

"De lo expuesto se puede concluir, que el Estado Nacional Argentino al suscribir y ratificar la Convención se comprometió frente a la Comunidad Internacional, a tomar todas aquellas medidas que sean necesarias para favorecer el pleno uso y ejercicio de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Por tal motivo, es que será tarea del Poder Judicial, como parte integrante de uno de los poderes del Estado del Sistema Democrático que gobierna, de la implementación de aquellas medidas adecuadas para fortalecer el cumplimiento de su derecho a la vida familiar, con control jurisdiccional (arts. 9°, 18, 20 CDN y concs.) que permita garantizar el desarrollo del niño dentro de lo que la Convención tuvo en miras, y no obstaculizar el desarrollo de tan reconocido derecho." L. G. M. s/ control de legalidad - Ley 26.061, 15 de julio del 2016, Dra. Myriam M. Cataldi.

Y estoy convencida que, en el marco de la presente situación fáctica, el mejor interés de M. V., es aquel que ha sido elegido por su propia madre: la posibilidad de acceder a una familia adoptiva, por lo que entiendo que la disposición del art. 607 *in fine* del Cód. Civ. y Comercial que dispone la siguiente manda: "La declaración judicial de la situación de adoptabilidad no puede ser dictada si algún familiar o referente afectivo del niño, niña o adolescente ofrece asumir su guarda o tutela y tal pedido es considerado adecuado al interés de éste." debe ser considerado anti-convencional precisamente por ser contrario a ese interés superior que debo garantizar.

3.2. Las actuaciones realizadas, las constancias probatorias:

Ahora bien, habiendo ya marcado posición en cuanto al marco teórico jurídico, es necesario analizar las circunstancias fácticas que rodean la situación de M.V. F., y en esa faena la primera actitud a evaluar es la de su progenitora Sra. K. F. quien decide entregar a su hija en adopción, resultando ello el pródromo de la presente y causa eficiente de las medidas que han de resolverse.

K. F. recurre a la Defensoría Oficial, (ver Escrito - se presenta (237101949000591217)) a fin de realizar legalmente la entrega de su hija —en ese momento por nacer— en guarda con fines de adopción; ha expresado y sostenido en el tiempo, ya en sus presentaciones con patrocinio letrado, cuanto frente a los profesionales del S.L.P.P.D., su decisión voluntaria, libre, informada y formal en relación a que M. V. sea adoptada —supuesto regulado por el inc. b del art. 607 Cód. Civ. y Comercial— habiéndose cumplido además con los plazos previstos por la normativa especial.

Tengo presente, que la mera declaración (aludida) es por si sola insuficiente, no es autónoma ni tampoco "per se" decisiva para producir la ruptura vincular, ya que, para ello se exige la intervención judicial, quedando sujetos al examen de esta Magistrada, si se ha cumplido con la garantía de libertad e información de alternativas de contención y fortalecimiento de la maternidad, veamos:

Desde la Defensoría Oficial, cuanto del SLPPD se realizó —antes y después del nacimiento (13/05/2020)— un arduo trabajo ofreciendo atención interdisciplinaria y opciones variopintas que le per-

mitieran asumir su maternidad, sin que la joven modificara su decisión.

K. (a su vez es mamá de otra niña, con la que convive de nombre A. F. de tres años y medio) es una persona plenamente capaz, que realiza una manifestación voluntaria, (la que se ha mantenido incólume desde mediados de mayo, cuando la expresa formalmente ante autoridad competente, hasta la fecha), fue informada y ha comprendido los alcances y efectos de su decisión. Este "consentimiento informado" es de vital importancia en casos como en el de autos que involucran derechos personalísimos.

Obsérvese que del informe Servicio local - Presenta informe de conclusion P.E.R. (240401949000608427) se desprende los dichos de K. quien en entrevista de fecha 02/06/2020 afirma "...que nadie puede pasar por encima de su decisión...que no saben lo que es para ella tener otra hija. Que no le es un tema fácil. Que ella tomo la decisión y ya está, que no va a dar marcha atrás".

De la totalidad de los informes que se agregan, concluyo que esta joven madre ha tenido escasa concientización de su embarazo y posterior nacimiento de su hija, no observándose en sus dichos disponibilidad afectiva para la función materna de esta beba, como tampoco para su desarrollo y ejercicio.

Así, habiendo sido debidamente notificada —conf. Cedula Electrónica (232701949000600455)—, el 17/06 mediante presentación Traslado - Contesta (230701949000601029), ratifica su decisión de que su hija sea entregada en guarda con fines de adopción. Manifiesta desconocer la identidad del padre biológico de M. V., agregando: "no tengo ninguna manera de poder identificarlo (...) aclaro que tengo la seguridad de que mi actual pareja G I. no es el padre biológico de la niña, ya que en esa época estábamos distanciados (...) hago oportuna esta ocasión para una vez más ratificar mi libre y expresa decisión de que M. V. sea dada en adopción, confiando en que mi decisión es la correcta para el futuro de la niña".

Dicho esto, entiendo oportuno, en tanto esto hace a la historia de M. V., resaltar la elección de una mujer, quien al tomar conocimiento de su embarazo (no deseado), prosigue a término, con la intención de, producido el alumbramiento, entregar a la niña en guarda con fines de adopción, sin considerar —según surge de su relato— la posibilidad de interrumpir el mismo.

Y digo que eso hace a la historia de la niña porque si bien esta madre no pudo, no quiso o no supo hacerse cargo de su crianza y educación, si respetó el más elemental de los derechos del ser humano, esto es el derecho a la vida.

La filiación legal de M. V., es solo materna, atento que ha sido inscripta únicamente por la madre, careciendo de reconocimiento paterno.

Sin perjuicio de ello corresponde analizar la actitud asumida por el Sr. G R. I. —sindicado tardíamente como presunto progenitor de la niña— expresa Documentación - Acompaña (241601949000603378)" (...) Que no sabe si V. es su hija o no, pero nunca se le ocurrió hacerse un ADN. Que no le cambiaría en nada saber si es su hija o no. Que considera que la decisión de darla en adopción a V. es la mejor decisión que podría haber tomado (...) Puesto en conocimiento de los efectos del estado de desamparo y adoptabilidad, el Sr. I. ratifica en este acto mantener su deseo de dar a la niña M. V. en adopción (...)".

Que, sin perjuicio de ello y por las consideración efectuadas en Resolución Audiencia art. 12 Ley 14.528 - Se fija (235801949000611492), esta Magistrada decide reiterar la citación al Sr. I., haciéndole saber que en caso de incomparecencia injustificada se considerará que el requerido no tiene interés en ejercer su eventual responsabilidad parental en relación a la niña, correspondiendo declarar la situación de adoptabilidad de M.V. F. Nuevamente el Sr. I. no concurre pese a encontrarse debidamente notificado.

Todo lo mencionado refleja que este "supuesto" padre biológico tiene un marcado desinterés en ejercer su paternidad.

El Sr. Asesor de Incapaces dictamina en relación a este tópico (Asesor - Presenta dictamen (238401949000616661))... El respeto por el derecho a la identidad y el derecho a conocer los orígenes: en tal sentido, y considerando lo expresado por este Funcionario, por el art. 583 del Cód. Civ. y Comercial, advierto que el derecho a conocer la identidad en su faz "biológica", así como también el derecho a conocer los orígenes de la niña M. V., debe ser necesariamente preservado con medidas a adoptar de inmediato y en la presente instancia del trámite, dado que se cuenta con la identificación del presunto padre y su actual localización. Mal podría esta niña conocer en el futuro sus orígenes, si teniendo hoy noticia de quién resulta ser su presunto padre, no adoptamos los recaudos necesarios para lograr su certeza, con la posibilidad de no contar con dicha posibilidad más adelante.... En la especie, M. V. tiene derecho, y resulta nuestra consecuente obligación preservarlo, a que se determine su paternidad biológica, lo que a futuro le significará no sólo tener certeza y posibilidad de conocer sus orígenes, sino también de tener conocimiento de otras cuestiones de relevancia para su salud, como por

ejemplo la existencia de antecedentes de enfermedad en su familia paterna que puedan merecer de especial cuidado y atención, existencia de otros familiares biológicos, entre otras. Es por ello que, sin perjuicio de la notificación que habrá de cursarse al Sr. I. en su carácter de presunto padre a los efectos anoticiarlo del estado de adoptabilidad y consecuente privación de sus eventuales derechos y obligaciones como progenitor, entiende este Asesor de Incapaces, que es menester también, oficiar a Asesoría Pericial de Azul a efectos de que se designe turnos en días y horas distintas (para evitar conflictos entre los participantes) y efectuar la correspondiente pericia de compatibilidad genética (ADN), a la que deberá citarse a la Sra. F., al Sr. I. y la niña. De resultar positivo el análisis se deberá oficiar al nosocomio local a los efectos de que remitan historia clínica completa del Sr. I. a los efectos de ser acompañada y preservada en estos actuados."

Al respecto he sostenido en el tiempo, el irrestricto respeto al derecho a la identidad del adoptado, por ser este un derecho humano fundamental incluido entre los derechos implícitos consagrados en el art. 33.

En relación al resto del grupo familiar, sobre el cual ya me he expedido sobre su anti-convencionalidad, lo que obviamente enerva de por si cualquier planteamiento posible de la familia ampliada de K.

Adelantando opinión en este sentido diré que he de decretar el estado de adoptabilidad de la niña M. V. F. y su posterior guarda, atento considerar que ello hace a la protección de la manda constitucional de resguardar su "interés superior".

M. V. tiene derechos que implican como correlato el cumplimiento de deberes paternos. Surge con palmaria claridad que tanto la madre como el sindicado progenitor no desean el ejercicio de esos derechos respecto de su hija.

Entiendo que citar a los abuelos u otro referente afectivo a los que alude la norma referida, como ya lo he anticipado, importaría como correlato obligar a la madre y eventualmente al padre (de dar positivo el ADN, al que no ha querido someterse) a mantener contacto con la pequeña y enfrentar el en futuro a M. V. con progenitores que se desentendieron voluntariamente de ser partícipes de su desarrollo, ello sin perjuicio de los conflictos en la relación comunicacional y vincular por parte de la/los padres de la bebe con su grupo familiar.

Estoy convencida que en el deseo de enervar situaciones dadas en el pasado que conllevaron que se vulneraran derechos de las madres mediante prácticas de abuso de poder y en muchos casos delictuales o cuasi-delictuales, los legisladores han extremado su celo y la redacción final del art. 611 ha sido propuesta en un marco ideológico que considera, sin admitir prueba en contrario, que la permanencia de un niño en su familia de origen, aun en contra de la voluntad libre de su madre, garantiza el interés superior de los mismos.

Creo que la postura legislativa, es, por el contrario, violatoria de una autonomía de la voluntad de quien, hasta el momento de esta sentencia, detenta libremente su responsabilidad parental, y no encuentro, una vez conferidas las garantías motivo, alguno de apartarme de su voluntad.

Una cosa es garantizar que la decisión de la madre es libre y autónoma y que tiene total conocimiento de lo que implica su decisión, y otra muy distinta si hubiéramos avizorado que esto no sucedía.

Mantener el acatamiento total a la normativa importaría juzgar la conducta de una mujer, que ha tomado su decisión, y que no debe, a nadie en este mundo, darle cuenta de la misma. No estoy, no estuve, ni estaré en sus zapatos, y mi obligación como Magistrada es respetarla, como mujer y como madre, no imponerle el calvario de tener que convivir con su hija, o bien alejarse de su propia familia, precisamente para no hacerlo.

LA CIDN en su art. 9 "...obliga al estado a velar para que el niño no sea separado contra la voluntad de sus padres, pero no a hacerlo manteniendo intangible esa relación cuando la separación se ha generado por voluntad de la madre, y en ausencia de un padre que abdicó por completo de sus obligaciones no reconociendo siquiera al hijo, ni habiendo exteriorizado la madre voluntad alguna de forzar ese reconocimiento, siendo que también ello hace al origen del menor" (SCJBA Ac 72890S 19/02/2012 GF s. Adopción).

Pero aun a pesar de mi convicción, surgen de las actuaciones del órgano administrativo, que el mismo ha extremado alternativas de búsqueda en el ámbito familiar, las que han quedado expresamente plasmadas en las innumerables entrevistas mantenidas por los efectores del sistema con la Sra. K. F. (véase: (Servicio local - Presenta informe de conclusión P.E.R. (240401949000608427)) "...que la familia paterna estaba al tanto del embarazo.... cómo fue decisión de ellos, dar en adopción a M. V., no se metieron.... que sus hermanos saben del embarazo de V., pero no le hablan del tema... que ninguno se ofreció a cuidarla, porque es su decisión....Que su mamá no está bien psicológicamente, que sufrió violencia toda su vida... Que no está de acuerdo con su hermano M., por como cría a sus hijos, que la mujer es muy obsesiva, que viven en el Hospital "a falta de olla".

Asimismo cabe agregar que si bien la abuela materna Sra. M. A. C. fue puesta en conocimiento de la situación de V., manifestado su intención de hacerse cargo de la niña, al igual que su hijo M. X. F. (vive en Neuquén) —19/05/2020—, no sostuvo su intención en el tiempo y habiendo sido citada por el SLPPD en pos, de evaluar a la familia amplia y conocer su posicionamiento respecto a la situación de V., no concurrió ni se contactó, al igual que el resto de los integrantes del grupo familiar.

Es en este marco de respeto a la autonomía de la voluntad de K., que he de concluir en la necesidad de declarar el estado de desamparo y adoptabilidad de la niña M. V. F. y dotarla de un medio familiar que la ahije.

Esta niña es merecedora de una familia que la reciba como hija y le permita su desarrollo integral, ya que "el mejor interés del niño se asegurará en tanto sea provisto de una relación continua y estable con un adulto (Joseph Goldstein, Anna Freud y Albert Sonit "Beyond the Best the Child" NY:Free Press, 1973).

La teoría del apego, señala que "la supervivencia de los niños siempre ha dependido de su capacidad de mantenerse en proximidad de adultos dotados de la motivación de protegerlos, alimentarlos, cuidarlos y alentarlos" y es por esa dependencia del adulto, en el que "priorizar el interés superior del niño", conlleva necesariamente el análisis de la actuación de quienes, principal y fundamentalmente, deben asumir el rol. "Es que la natural condición de dependencia de la infancia, hace necesario que las instituciones contribuyan a un resguardo particularmente cuidadoso de sus derechos. Así, las personas que transitan por esa época fundacional de la vida son acreedoras de un resguardo intenso y diferencial por razón de su edad y de las variables de indefensión que las afectan, merecimiento al que los jueces deben dar efectividad directa como mandato de la Constitución." (dictamen de la Procuración en C.S.J.N M.D.H c. M.B.M.F. - M. 2311 L. XII 29/04/2008)." Velar por el interés de los menores conlleva ocuparse de su bienestar y de la observancia de sus derechos fundamentales en el desarrollo de su personalidad, atender a las necesidades básicas de una existencia digna del individuo (vgr. alimentación, vestido, vivienda, salud) y también a otras necesidades como la integridad física, psicológica, sexual y los requerimientos de seguridad". El niño deberá crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material (cfr. 75 inc. 22 de la CN., ley 26.061, arts. 4.4 y 6 de la ley 13.298 y Dec. Regl. 300/2005) (fallo mencionado *ut supra*, Cámara de Apelaciones de Azul, Sala II, voto Dra. Longobardi), causa 2-56864-2012).

"Esa impronta ha signado el derrotero del Derecho tan profundamente, que modernamente la noción misma de patria potestad se define más allá de los derechos de los padres (Lacruz Berdejo, Sancho Rebullida y Rivero Hernández: "Elementos de Derecho Civil IV - Derecho de Familia" 30 ed. Vol. 21, ed. Bosch, Barcelona, 1989 cap. XIII "La patria potestad"). En efecto, este instituto se construye principalmente de cara a la formación integral, protección y preparación del hijo para la vida. Ergo, es menester que aquellas medidas referidas a la familia sean zanjadas o, cuando menos, integren en su elaboración a la regla 'favor filii'.

Como lo ha percibido la doctrina, esta idea angular plasma los principios del Estado de Derecho en el campo de la infancia. Su ejercicio requiere del concurso de otros (en lo que nos interesa, de los jueces); y responde a niveles primarios, ya que toda sociedad humana ha de dar protección a los miembros más desvalidos, entre ellos, a sus niños (Gutiérrez García C. y Martí Sánchez J.M.: "Los derechos del menor. Evolución y situación actual", en Revista Jurídica de Castilla La Mancha, n° 128 esp. p 34 y 35, con referencias a instrumentos internacionales y europeos; idem "Estatuto personal y multicultural de la familia" ed. Colex año 2000, Cátedra Aguilar Navarro-Universidad Carlos III, Madrid, España, p 67, 68, 83, 84; Ochotorena J. de P.y Arruabarrena Madariaga M.I.: "Manual de Protección Infantil" ed. Masson SA España esp.p 217 y 218; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 7; Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 25.2.-; Convención sobre los Derechos del Niño, art. 2.1.-; Declaración de Derechos del Niño, Resol..n° 1386 ONU, 20/11/1959, principio 2; Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 19; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 24.1.-; Protocolo Adicional de San Salvador, art. 16). (ídem anterior).

Parafraseando a la Procuración (fallo citado) "el denominado 'mejor interés' hace a la esencia de la actuación paterna" a punto tal que". La doctrina nos recuerda que los niños son la "humanidad en ascenso", por lo que la patria potestad es una verdadera función social que los padres deben desempeñar en orden a la humanización de los hijos, con la pertinente garantía del Estado. En esa línea, no sólo condiciona el modo en que debe desplegarse el 'officium' paterno. También obliga al intérprete —urgido por esta directiva jurídica de particular peso axiológico en el derecho contemporáneo— a dar, en cada caso individual, respuestas realmente coherentes con una acción proteccional bien entendida. Y, por lo mismo, lo conmina a prestar especial atención a los niños como personas, enteramente revestidas de la dignidad de tales; titulares —ahora mismo— de unos derechos, cuyo ejercicio actual se proyectará ineludiblemente en la calidad de su futuro (Gutiérrez García-Martí Sánchez: ob. cit. p 27 a 29)."

Por lo tanto, las decisiones jurisdiccionales deben ser siempre bajo la luz del "interés superior del niño", no como "castigo" de los progenitores, sino como determinante de que las estrategias que se adopten deben serlo para intentar ofrecerle a este niño, niña o adolescente un futuro mejor que su pasado.

Por lo cual, considerando la totalidad de acciones y estrategias desplegadas desde el nacimiento de la niña, el tiempo transcurrido, y entendiendo que la eficacia de la tutela judicial es un estándar del derecho internacional humanitario relacionado con las garantías fundamentales de acceso a la justicia, el plazo razonable para la determinación de los derechos y el derecho a una decisión oportuna, lo normado en la materia por los arts. 18, 75 inc. 22 y cdtes. de la CN, 3, 6, 8,9 siguientes y concordantes de la Convención de Derechos del Niño, art. 607 y ss. del Cód. Civil y Comercial, Art. 8 y 25 CADH, Art. 2 PIDCyP, Art. 15 CPBA

V. Fallo: 1) Declarar que el art. 607 en su último párrafo en cuanto dispone "La declaración judicial de la situación de adoptabilidad no puede ser dictada si algún familiar o referente afectivo del niño, niña o adolescente ofrece asumir su guarda o tutela y tal pedido es considerado adecuado al interés de éste", debe ser considerado anti-constitucional y anti-convencional por ser contrario al "interés superior del niño", y porque condicionar la voluntad autónoma de la madre de dar su hija en adopción sin condicionamientos es contrario a la perspectiva de género Y al interés superior del niño, todo ello en función de los argumentos ya explicitados (art. 3 de la Convención de los derechos del Niño). 2) Decretar el estado de adoptabilidad de M.V. F. —DNI...— hija de K. F. —DNI...—. En cuanto al régimen comunicacional con su familia de origen, dispongo: La suspensión inmediata y definitiva de todo régimen comunicacional. 3) Disponer el inmediato requerimiento al Registro Central de Postulantes a guarda con fines de adopción —mediante la carga de la presente en el portal web— a fin que se sirvan Remitir el listado correspondiente, para una niña nacida el 13/05/2020, quien desde su nacimiento y hasta la actualidad se encuentra alojada en el domicilio de un matrimonio que forma parte del Programa Familias Solidarias en la ciudad de Tandil.

Una vez recibido el respectivo listado, procédase a conformar causa independiente, la que será caratulada como "Materia a categorizar" y en donde se incluirán los actos procesales tendientes a la evaluación de los postulantes, el inicio y seguimiento del proceso de vinculación hasta el otorgamiento de la guarda pre-adoptiva. 4) Notifíquese al Sr. Asesor de Incapaces EBELAUNZARAN@MPBA.GOV.AR (art. 150 del CPC.Bs. As.). 5) Notifíquese con habilitación de días y horas inhábiles a la Sra. K. F. y al Sr. G R. I. en sus domicilios reales, por intermedio de Comisaría de Jurisdicción (Art. 153 Cód. Proc. Civ. y Comercial; Art. 1, ap. 3° inc. c 1 y 2 Res. 10/2020). Asimismo, líbrese cédula al domicilio constituido electrónico de la progenitora. Practíquense las comunicaciones al Registro Central de Postulantes a Guarda con fines de Adopción (art. 15 ley 14.528, art. 2 y concordantes del Ac. 3607). Ofíciese en forma electrónica al SLPPD —al domicilio 20328003237@NOTIFICACIONES.SCBA.GOV.AR—. — *Silvia I. Monserrat.*

Artículo 607.2 y alcances de la búsqueda de familia de origen: ¿la inconstitucionalidad es la única salida?

Marianela Ripa (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Variedad de casuística.— III. La aplicación del art. 583 del Código Civil y Comercial.— IV. Situación del progenitor: más grises.— V. Alcances de la búsqueda y posible ofrecimiento de la familia de origen.— VI. Algunos fundamentos de la sentencia.— VII. Un posible análisis de este apartado desde una perspectiva histórica.— VIII. Un posible análisis desde la perspectiva de género.— IX. Algunas consideraciones en torno al control de constitucionalidad.

I. Introducción

El Código Civil y Comercial, en materia de adopción, trajo consigo una nueva regulación que establece con claridad las diferentes etapas administrativas y judiciales que deben seguirse para esta figura.

Respecto de la declaración de la situación de adoptabilidad, el art. 607 especifica diferentes causales por las que un/a niño/a puede acceder a esta condición.

La regulación ha traído nuevos interrogantes que vale la pena poner a debate, entre ellos: ¿Cómo se articula cada inciso con los últimos párrafos del mismo artículo?

El fallo en comentario trabaja en relación con el inc. 2º del art. 607 por el que los progenitores (en la mayoría de los casos, la mujer que da a luz) deciden que el/la niño/a sea entregado en adopción.

II. Variedad de casuística

Lo primero que creo importante tener en cuenta es la gran cantidad de casos con matices diferentes que puede abarcar este mismo inciso. Como suele suceder en el derecho de las familias, las variables particulares de cada situación hacen difícil arribar a soluciones generales que puedan aplicarse como fórmula en todos los casos de la misma manera. Es necesario tener muy en cuenta las particularidades de cada grupo familiar, de cada persona: edad, género, situación económica, relaciones vinculares, etc., ya que lo que puede verse como justo para un caso puede no serlo para otro muy similar.

Al iniciar el análisis de este fallo me pregunto por situaciones que pueden darse en el caso concreto y que no siempre podrán arribar a la misma resolución o que, por lo menos, son más dificultosas para responder y nos abren a nuevas preguntas.

Por ejemplo, frente al fallecimiento del progenitor en ese momento, la presencia de una

(*) Abogada; especialista en Derecho de las Familias; maestrando en la Maestría de Políticas Públicas y Desarrollo. Flacso; secretaria de la Dirección de Derechos Humanos y Acceso a la Justicia de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza.

progenitora que renuncia al ejercicio de la responsabilidad parental y, en simultáneo, una familia paterna que se ofrece a asumir la crianza del recién nacido, una familia con quien la progenitora no tiene vínculo alguno. Si acaso en ese supuesto podría considerarse inconvencional la anteúltima parte del art. 607 y no hacer lugar al planteo de la familia paterna. ¿Y si el caso fuera inverso? Si la progenitora hubiese fallecido en el parto, el progenitor manifestara su voluntad de entregarlo en adopción y es la familia materna del recién nacido se ofreciera a asumir la tutela, ¿llegaríamos a las mismas conclusiones? ¿Cómo operarían en nosotros los mandatos vinculados con el género, la maternidad y la crianza? ¿Nos sería igual de sencillo rechazar a la familia materna por la renuncia a la responsabilidad parental realizada por el progenitor?

Una primera conclusión a la que arribo es que, en materia de familia, la aplicación en el caso concreto del control difuso de constitucional tiene relevancia más que en cualquier otra área del derecho, teniendo en cuenta especialmente las situaciones particulares de esos sujetos y los hechos que se consignan en ese expediente judicial, debiendo analizarse cada caso en forma particular, siendo muy difícil que la declaración de inconstitucionalidad en un caso sea aplicable en forma análoga a otro porque posiblemente en este último se encuentren variables que pueden traer aparejada una diferencia esencial.

III. La aplicación del art. 583 del Código Civil y Comercial

En este caso particular por ejemplo existe una situación muy especial que tiene que ver con la tensión entre los dichos de la mujer sobre el anonimato de quién es el progenitor de la recién nacida y la existencia de una pareja que, para la magistrada, podría ser el padre de la niña que se entrega en adopción.

La solución de intentar prueba pericial de ADN podría ser la adecuada en este caso concreto frente a los dichos del señor en cuanto a que desconoce si es el padre de la niña para resguardar el derecho a la identidad biológica, pero ¿sería igual en todos los casos? ¿Está en juego únicamente el derecho a la identidad biológica de la niña o existe también una intromisión exagerada en la vida privada de la mujer? ¿Se deja traslucir acaso un descreimiento respecto de los dichos de la progenitora?

En relación con la orden que insta a la progenitora en un determinado plazo a suministrar el nombre del presunto padre entiendo que debe realizarse una interpretación armónica de las normas y fundar en el caso concreto por qué una norma prevista dentro del apartado de las acciones de filiación por naturaleza, art. 583 del Cód. Civ. y Com., se aplica para una situación de entrega de un/a niño/a en adopción. Ya que su aplicación como regla general, sin tener en cuenta el caso particular en una situación vinculada a la filiación por adopción, puede llevar a soluciones contrarias a los derechos de las mujeres.

¿Podría instarse a una persona gestante que tiene un parto producto de una violación, decide entregarlo en adopción y se opone a mencionar el nombre de su agresor? ¿Tienen la misma relevancia los motivos por los que una mujer se opone a brindar esa información en un caso donde ella decide criar sola a su hijo/a que en un caso donde decide darlo en adopción?

Una pregunta interesante que excede el objetivo de este comentario podría ser cómo conciliar la aplicación del art. 583 del Cód. Civ. y Com. en resguardo del derecho a la identidad del recién nacido, con el art. 607, inc. 2º, y el derecho a la privacidad de la progenitora. Teniendo siempre en cuenta, como ya mencionamos que se deberá prestar especial atención en el caso concreto a los motivos que tiene la progenitora para negarse a brindar esta información, si así lo manifestara.

La participación del progenitor en este tipo de juicios en los casos en que la mujer se niega a entregar información respecto de la identidad del padre es un tema que aún plantea muchísimos interrogantes, se deberá estar muy alerta y acompañar cada proceso en que esto suceda para aprender de la experiencia que la propia

realidad presenta a fin de encontrar pautas más claras que puedan servir de guía para este tipo de intervenciones.

En este caso, la prueba pericial por ADN sobre la pareja de la madre aparece como una alternativa para el resguardo de la identidad biológica de la recién nacida aunque es discutible fundar esta medida en el art. 583 del Cód. Civ. y Com.

Esta norma prevé pautas claras en cuanto a los organismos públicos que deben actuar acompañando a la progenitora para procurar la determinación de la paternidad: el Ministerio Público Fiscal y el Registro Civil, no el juez/a, y no avanza en medidas probatorias para tal determinación. Por tanto, basarse en este artículo para que la magistrada ordene extracción de ADN para determinación de la paternidad corre el riesgo de hacer decir a la ley lo que la ley no dice y excederse en las funciones y las competencias que determina el art. 583.

IV. Situación del progenitor: más grises

No se desconoce la fundamental importancia que tiene en estos casos la figura del progenitor. Sobre esa relación pueden darse situaciones que van desde el embarazo como producto de una violación hasta el caso de un progenitor presente que acompaña a la mujer en el proceso y cuyo consentimiento libre e informado es uno de los requisitos para la declaración de la situación de adoptabilidad por el art. 607, inc. 2º.

Para el extremo de que el embarazo sea producto de una violación, entendemos que así como ningún derecho puede nacer a partir de una conducta ilícita sobre la persona, se iría en contra del andamiaje de los derechos de las mujeres desde una perspectiva de género en caso de reconocerse un posible vínculo jurídico entre el violador y el/la hijo/a que nace como producto de ese delito.

La visibilización de la violencia de género en el ámbito de la familia en particular y en la sociedad en general ha permitido arribar a la conclusión de que las conductas provocadas por el varón respecto de la madre de los/as niño/as en casi todas las ocasiones vulneran también los derechos de sus hijos/as. En el mismo sentido, entonces, el acto cometido contra la progenitora tiene consecuencias respecto del niño/a recién nacido **(1)**.

En el otro extremo de la casuística se da la situación de un progenitor que, conociendo la existencia del embarazo y habiendo reconocido al recién nacido, es convocado, ahora desde la ley, a prestar su consentimiento para la entrega del niño/a en adopción.

Podría darse el supuesto de que la mujer manifieste su voluntad de entregar al niño/a mientras que el padre se oponga a este hecho y desee criarlo. En este caso, la legislación actual, en consonancia con lo resuelto en el fallo "Fornerón v. Argentina" **(2)** por la Corte Interamericana de Derechos Humanos impide avanzar sobre el proceso de declaración de situación de adoptabilidad, ya que el padre tiene el mismo derecho que la mujer para ejercicio de su responsabilidad parental.

Entiendo que la sola negativa del progenitor de entregar al niño/a en adopción alcanza para no avanzar en el proceso judicial por esta vía. No corresponde en esos casos *prima facie* "evaluar" las condiciones y las posibilidades del progenitor debido a que esto constituiría un acto de discriminación por su condición de varón. No correspondería aplicar inicialmente el anteúltimo párrafo del art. 607 en cuanto a la evaluación de los familiares por los mismos motivos por los que no se evalúa siempre y en cada nacimiento si la madre es apta para ejercer ese derecho conforme al interés superior del niño/a.

---

(1) La ley 27.363 de Privación de Responsabilidad Parental establece que algunas conductas ilícitas cometidas sobre el cuerpo de la progenitora tienen efectos jurídicos en la relación del agresor y sus hijos/as. En el mismo sentido entonces, no puede reconocerse el nacimiento de una relación jurídica entre el hijo/a y el progenitor cuando esta se iniciara en un delito cometido contra la madre.

(2) Corte IDH, 27/04/2012, "Fornerón v. Argentina", http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=203.

El progenitor no se encuentra en el mismo nivel que el resto de la familia biológica o los referentes afectivos, sino que tiene un derecho al ejercicio de la responsabilidad parental que debe hacerse efectivo con la sola manifestación de su negativa de entregar al niño/a en adopción.

V. Alcances de la búsqueda y posible ofrecimiento de la familia de origen

Del caso en análisis surge que la familia materna tenía conocimiento del embarazo y así todo no concurrió a las citaciones del Servicios Locales de Promoción y Protección de Derechos ni mantuvo en el tiempo su intención de cuidar a la recién nacida aun cuando habría existido una primera manifestación.

La cuestión que intenta resolver la magistrada con la declaración de inconstitucionalidad, a mi entender, es: ¿Corresponde por imperio del anteúltimo párrafo del art. 607 citar en sede judicial a la familia extensa de la niña? En caso de que se aparte de esta norma, como lo hace la magistrada, ¿es necesaria de declaración de inconstitucionalidad e inconvencionalidad?

La resolución a esta inquietud se define en el fallo con la declaración de inconstitucionalidad del art. 607 del Cód. Civ. y Com. Adelanto mi opinión en relación con que, aunque comparto los fundamentos de la decisión judicial, entiendo que no es necesaria la declaración de inconstitucionalidad de esta norma legal.

La primera distinción que debemos hacer es en torno al conocimiento de la familia sobre la existencia del embarazo.

En la ponencia presentada en el Congreso Internacional de Familia realizado en el año 2018 en Mendoza expresé mi opinión respecto de que si la progenitora mantuvo en secreto el embarazo y no desea darlo a conocer a su familia de origen esto debe respetarse y el Estado no puede salir en búsqueda de la familia de origen por sobre el derecho a la privacidad de la progenitora.

"Tanto el derecho del niño/a a conocer sus orígenes como el derecho a ser criado por algún referente de su familia biológica se ubican en un campus de situaciones cuyos límites podrían pensarse entre el derecho a la intimidad de la mujer y el derecho a la identidad del hijo/a. Me pregunto entonces: ¿Por qué en algunos casos se habilita con tanta claridad el resguardo de la identidad de la mujer y en otros, como en el supuesto en análisis, este respeto podría quedar desdibujado al aplicarse el anteúltimo párrafo del art. 607 aún en contra de la voluntad de la mujer?

" Entiendo que la respuesta a esta inquietud se encuentra en los mandatos que sostienen la existencia del instinto materno y que terminan por ejecutar cierto tipo de castigo (sin expresarlo de ese modo) a la mujer que se corre del mandato de maternidad al entregar a su hijo/a negándole la posibilidad de que sea ella quien decida los extremos de la renuncia: contarlo o mantenerlo oculto, cuándo contarlo y a quien, elegir ella de qué modo transitar su propia realidad con toda la complejidad que esta decisión acarrea" **(3)**.

En este caso que se analiza surge de la sentencia que la familia de origen conocía la existencia del embarazo y fue citada en más de una oportunidad por el SLPPD. Aquí surge una segunda cuestión, que tiene que ver con la diferencia entre la búsqueda de la familia y la recepción del ofrecimiento.

El artículo es claro en cuanto a que la excepción para avanzar en la adopción aparece cuando la familia se ofrece a asumir la guarda o la tutela. Se espera una actitud proactiva por parte de algún miembro del grupo familiar. A su vez, es necesario tener en cuenta las dificultades existentes de acceso a la justicia que padecen muchas personas en situación de vulnerabilidad, lo que puede traer aparejado que este ofrecimiento existe, pero no se ha manifestado en los canales adecuados para su consecución.

(3) RIPA, M., "El proceso de declaración de situación de adoptabilidad en el art. 607.2. La mujer que entrega, su voluntad y el interés superior del niño", Ponencia presentada en el Congreso Internacional de Familia, Mendoza, 2018.

Se observa que no es casual la utilización del verbo "ofrecer" para explicar la conducta de los familiares y referentes afectivos. El ofrecimiento implica una acción que supone un conocer respecto de la existencia del niño/a. Luego se incorpora a los "referentes afectivos" quienes también pueden ofrecerse para el cuidado. El concepto de referente afectivo se sostiene en una relación entre el adulto/a y el niño/a que existe con anterioridad a la declaración de adoptabilidad. Si este vínculo aún no existe, ¿debe el/la magistrado/a o el organismo administrativo intentar generarlo a través de la notificación del nacimiento para luego evaluar las posibilidades de la familia de criar al recién nacido?

Esta última expresión del artículo tiene por objeto tener en cuenta las relaciones afectivas que el niño/a tenga ya conformadas con quienes se constituyan desde su propia subjetividad como su familia, más allá de la relación entre el niño/a y sus progenitores. Por eso se menciona "algún familiar o referente afectivo", reconociendo que las vinculaciones familiares de las personas exceden los límites de la consanguinidad.

Se aceptan con esto otras dinámicas o modalidades de crianza que se dan en la sociedad y que no se agotan en la familia nuclear o familia "tipo", permitiendo que quienes en muchos casos han ejercido funciones de crianza culturalmente asignadas a los progenitores puedan proponerse como guardadores o tutores.

"El objetivo es la preservación o restitución a los niños niñas o adolescentes del disfrute, goce y ejercicio de sus derechos vulnerados y la reparación de sus consecuencias, primordialmente, en el ámbito de sus referentes afectivos, ampliándose el campo de adultos con intereses subjetivos atendibles más allá de los progenitores biológicos a otros miembros considerados familia en términos legales y dando paso a otras figuras, conforme lo establece el art. 607" **(4)**.

(4) KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. — HERRERA, M., LLOVERAS, N., "Tratado de derecho de familia según el Código Civil y Comercial. Actualización doctrinal y jurisprudencial", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017, t. V-B, p. 17.

Desde esta perspectiva puede inferirse que la evaluación del ofrecimiento para asumir la guarda o la tutela por parte del algún familiar ha sido prevista principalmente para aquellos casos en que la declaración de adoptabilidad encuentra su causa en la propia conducta de los progenitores respecto de la vulneración de derecho de sus hijos y cuando existe con antelación algún tipo de vínculo afectivo entre el/la niño/a y esas personas.

Dicho de otro modo, el accionar violatorio de derechos por parte de los progenitores no puede ser el único motivo para separar definitivamente al niño/a de su centro de vida si existen otros referentes afectivos que se ofrecen para el cuidado de la persona menor de edad.

La evaluación, entonces, de familiares o referentes afectivos no encuentra su fundamento en el derecho a la identidad del niño/a únicamente sino en el mantenimiento de los vínculos ya constituidos y en el respeto por su centro de vida familiar en el ámbito de sus referentes familiares. Es necesario interpretar esta norma desde la vivencia y la subjetividad del niño/a en el caso concreto, más allá de las relaciones de consanguinidad.

Por este motivo, entiendo que en la aplicación de este párrafo con el art. 607, inc. 2º, debe analizarse especialmente (siempre que la mujer haya compartido con su familia la existencia del embarazo) la tarea de los organismos estatales que han intervenido y en qué medida han trabajado con la mujer, durante el proceso de renuncia, la posibilidad del ofrecimiento de su grupo familiar.

En este fallo surge con claridad la postura de la mujer de renunciar a la maternidad, parece trascendental la expresión manifestada en el informe del Servicio Local "que nadie puede pasar por encima de su decisión (...) que no saben lo que es para ella tener otra hija. Que no es un tema fácil. Que ella tomó la decisión y ya está, que no va a dar marcha atrás".

Por otra parte, el anteúltimo párrafo del artículo no establece que la opción del ofrecimiento deba cumplirse en sede judicial o administrativa. Lo importante es que los canales

estatales para plantear un posible ofrecimiento estén aceitados, abiertos a la escucha y no cierren la alternativa de la permanencia del niño/a en su familia de origen si esto hace a su mejor interés en el caso concreto.

De la misma sentencia surge que el órgano administrativo extremó las alternativas de búsqueda en el ámbito familiar sin que se diera el ofrecimiento previsto por ley aun cuando desde un efector del Estado se trabajó con la familia esta alternativa.

Por este motivo es que entiendo que del relato de los hechos surge que en el caso concreto se dio cumplimiento al art. 607 anteúltimo párrafo a partir del accionar del servicio local de protección siendo así innecesaria en este caso particular la resolución de la inconstitucionalidad porque no existiría controversia entre lo previsto en la norma y los hechos.

En otro orden de ideas, podría concluirse que en el contexto social y en la vivencia de la progenitora, la crianza de la niña por algún miembro de su grupo familiar no es una alternativa y esto también debería ser tenido en cuenta.

Tal y como señala la jueza en el fallo, "No estoy, no estuve ni estaré en sus zapatos y mi obligación como magistrada es respetarla".

Los comportamientos reproductivos se relacionan con la estructura económica, política, demográfica, social y cultural de cada época, el modelo de familia tenido por deseable, las creencias religiosas vigentes, la posición social de las mujeres y la disponibilidad de conocimientos y medios concretos para controlar la fecundidad. De ahí que la maternidad no puede pensarse escindida de su entorno y de las posibilidades que existen para tomar decisiones libres e informadas **(5)**.

Traigo a colación esta mirada respecto de la influencia del entorno en la maternidad y las decisiones que desde allí surgen porque entiendo que existe un saber, un modo de aproximarse a la propia realidad y resolver los conflictos personales que cada sujeto tiene y que es difícil de identificar para el resto de las personas, sobre todo para quienes vivimos por lo general realidades totalmente diferentes a aquellas sobre las que intervenimos desde la función pública.

Las mujeres que deciden entregar un hijo/a en adopción realizan una opción, no sin costo, a partir del contexto socioeconómico en el que se encuentran. El conocimiento que ellas tienen de su propia realidad, por lo general muchísimo más compleja que otras, les lleva a tomar la decisión de no criar a su hijo/a ni desear continuar manteniendo contacto alguno con el recién nacido, producto de un embarazo no deseado por ellas en la mayoría de las situaciones.

Desde ese conocimiento de su propia realidad deciden también sobre la vida del recién nacido, y elijen entregarlo en adopción. Es posible que desde el momento en que la mujer toma contacto con el dato del embarazo, se pregunte por varias alternativas, desde la interrupción del embarazo, la crianza aún sin desearlo del todo, el pedido de colaboración a otros miembros de la familia, la entrega directa del niño/a a cambio de dinero, la entrega en adopción por los mecanismos legalmente previstos, etc. Y luego decida por aquella que identifique como mejor tanto para su propio proyecto vital como para la vida de su hijo/a. La postura de mantener el embarazo en secreto y entregar al niño/a en adopción contiene sus razones comprendidas en la realidad, en la historia, en el contexto familiar social y económico de esa persona particular.

VI. Algunos fundamentos de la sentencia

Entiendo que la magistrada arriba a esta resolución por dos motivaciones que se expresan en el fallo y que comparto. Por lado un posible análisis histórico de la norma legal en torno a la fuerza del biologismo en la Argentina y, en segundo lugar, con un análisis desde la perspectiva de género en relación con el respeto a la autonomía de las mujeres que podría verse vul-

(5) FELITTI, K., "Entre el deber y el derecho: maternidad y política en la Argentina del siglo XX", en FELITTI, K. (coord.), *Madre no hay una sola. Experiencias de maternidad en Argentina*, Ed. Ciccus, Buenos Aires, 2011, p. 23.

nerada de buscarse a la familia de origen sin su consentimiento.

Sin embargo, no creo que esta sea una plataforma fáctica que permita avanzar con la inconstitucionalidad e inconvencionalidad de este artículo.

VII. Un posible análisis de este apartado desde una perspectiva histórica

La magistrada en sus considerandos refiere: "estoy convencida que en el deseo de enervar situaciones dadas en el pasado que conllevaron que se vulneraran derecho de las madres mediante prácticas de abuso de poder y en muchos casis delictuales o cuasi delictuales, los legisladores han extremado su celo y la redacción final del art. 611 ha sido propuesta en un marco ideológico que considera, sin admitir prueba en contrario, que la permanencia de un niño en su familia de origen, aun en contra de la voluntad libre de su madre, garantiza el interés superior de los mismos".

Algunos fallos judiciales y un sector de la doctrina han interpretado que para respetar el interés superior del niño no puede dictarse la situación de adoptabilidad hasta tanto no se haya evaluado a la familia biológica, priorizando así a la biológica por sobre cualquier otra forma familiar.

Podría entenderse que esta es la línea que ha seguido la ley 26.061 y el Código Civil y Comercial en materia de adopción en este párrafo. Sin embargo, asignarle una prioridad irrestricta a la familia biológica es una interpretación errónea de la norma vigente y que se encuentra anclada en situaciones abusivas tal y como menciona la magistrada.

En la Argentina las situaciones abusivas sobre la separación de niños y niñas de sus familias de origen llegaron a su extremo en conductas aberrantes que han sido luego declaradas como delitos de lesa humanidad **(6)**.

Es importante tener en cuenta esta mirada histórica sobre los efectos del biologismo en nuestro país y su correlato en la normativa para comprender por qué nuestra sociedad tiene un especial cuidado cuando se trata del derecho a la identidad, sobre todo a la identidad estática y al resguardo de la familia de origen.

Podría decirse que el péndulo entre la separación del niño/a de su familia biológica por cualquier motivo injustificado y la defensa a ultranza de la familia de origen no ha podido permanecer en el centro, corriéndose de un extremo a otro.

En las últimas décadas se impuso en la Argentina un modelo denominado desde la crítica como "biologismo" entendiendo este como la corriente que identifica el respeto por la identidad como sinónimo de identidad en su faz estática, o sea, en lo biológico **(7)**. Y desde este modelo algunos operadores jurídicos han interpretado el articulado del Código Civil y Comercial.

VIII. Un posible análisis desde la perspectiva de género

En el fallo se realiza un extenso y detallado análisis de la autonomía de la mujer que decide dar a su hijo/a en adopción, con la que acuerdo:

"¿Qué sentido tendría entonces aceptar la autonomía de la voluntad de dar un hijo, hija en adopción, si luego, igual la someteríamos a la convivencia permanente con ese hijo/a cuya maternidad no desea ejercer?.

" Entiendo que citar a los abuelos y otro referente afectivo a los que alude la norma referida, como ya lo he anticipado, importaría como correlato obligar a la madre a mantener contacto con la pequeña".

Adhiriendo a esta mirada de fondo en relación con la vinculación entre el art. 607, inc. 2º y el anteúltimo párrafo, agrego que las mujeres que entregan a sus hijos/as en adopción rom-

(6) VILLALTA, C., "Cuando lo simple no alcanza: la adopción de niños a principios de los años '70", en *Cuartas jornadas de investigación en antropología social*, SEANSO-ICA - Facultad de Filosofía y Letras, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2006.

(7) HERRERA, M., "El derecho a la identidad en la adopción", Ed. Universidad, Buenos Aires, 2008, p. 85.

pen con lo esperado socialmente respecto de la asunción del rol materno al que están destinadas por "naturaleza" y esa ruptura es intolerable para la sociedad.

"Son innumerables los interrogantes que caben acerca de la desesperación y el agobio que la miseria puede acarrear para aquellos y aquellas cuyo capital psíquico y moral es la fragilidad extrema. Fragilidad que se enlaza con el modelo social de maternidad incorporado por el pensamiento dominante (religioso, psicoanalítico tradicional) y la imposibilidad de cumplir con él — enhebrada con la culpa que acompaña dicha frustración lo que permite evaluar no solo desde la miseria económica y sus desventuras, sino también atravesar dicha comprensión con los efectos de políticas patriarcales y con la diferencia entre géneros. Es decir una contradicción que se entabla entre darse cuenta qué significa ser 'buena madre' además de saber que un bebé precisa alimento, abrigo y medicinas que ella no podrá proveer y al mismo tiempo comprender que ella no podrá cumplir con las exigencias de la maternidad según ese modelo. Sus sentimientos acerca de sí mismas y hacia el niño constituyen un conglomerado de dolores, malestares y experiencias traumáticas que configuran un campo de violencias: visibles y tangibles, invisibles otras y también simbólicas y simbolizables todas" **(8)**.

La opción de que por sobre la decisión de la mujer de entregar a su hijo/a en adopción se cite tanto el ámbito administrativo como en el judicial a la familia de origen en algunos casos mantiene una práctica de invisibilización de la mujer en tanto sujeto de derechos. La alternativa de buscar a su familia biológica y hasta la posibilidad de que el niño permanezca en ese entorno familiar, manteniendo contacto con la progenitora que no deseó criarlo, opera como una nueva violencia sobre la vida de la mujer.

Este problema ha sido analizado desde otras ciencias como la antropología, arribando a interesantes conclusiones: el esfuerzo de comprensión que desde la antropología se realiza sobre este tema no es acompañado, al menos en Argentina, por el sistema judicial ni otros operadores que deciden sobre la vida de los niños, las niñas y sus madres. Ni los abogados, ni jueces, ni los funcionarios y funcionarias del área de niñez, ni los y las trabajadoras sociales, leen jamás la producción de la antropología sobre estos temas, y cuando se refieren a la necesidad de lo "interdisciplinar" para abordar la problemática de la adopción, piensan solo en la psicología. Sus discursos son etnocéntricos y clasistas, influidos por la ideología católica en la que creen la mayoría de los jueces y juezas, y hasta los más "comprensivos" piensan que la maternidad es un instinto. En materia de adopción nadie quiere pensar la existencia de mujeres para quienes la maternidad no es una opción. Maternidad que, como he comprobado en las entrevistas con mujeres que dieron sus hijos e hijas para la adopción, pudo tener su origen en la violencia, en el desconocimiento, por parte de las mujeres, de su propio cuerpo, en un descuido que no puede ser reparado a tiempo, en fin, en cuestiones que hacen a la desigualdad entre hombres y mujeres y que transforma el ejercicio de la sexualidad en un riesgo. Tampoco se mencionan los obstáculos que impiden la implementación de la ley nacional 25.673, que crea el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable, que provee información sobre anticonceptivos y su reparto en los hospitales públicos. Recordemos también que en la Argentina ni siquiera se respeta la ley que permite el aborto no punible **(9)**.

IX. Algunas consideraciones en torno al control de constitucionalidad

Tal y como mencioné con anterioridad, entiendo que por haber tenido participación en el caso concreto la familia de origen a través de las notificaciones y las intervenciones realizadas desde el SLPPD, se puede tener por cumplido el anteúltimo párrafo del art. 607. Lo único que no sucedió en este caso es la existencia de un familiar que se ofreciera para la crianza, pero

(8) GIBERTI, E. — CHAVANNEAU DE GORE, S. — TABORDA, B., "Madres excluidas", Ed. Norma Ensayo, Buenos Aires, 1997, p. 29.

(9) TARDUCCI, M., "Adopción y parentesco desde la Antropología Feminista", recuperado de: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-94362013000100006.

esa opción estuvo dada desde el ámbito administrativo.

Arballo señala lo siguiente: "Así como vimos —apertura mediante— que no existe solo 'un tipo' de agravio constitucional, tampoco debe pensarse que solo ha de existir una sola forma de respuesta; por el contrario, a cada 'tipo' de agravio constitucional le corresponde una correlativa forma o estrategia de respuesta. Si la única herramienta que uno sabe manejar es un martillo, todos sus problemas se terminarán pareciendo a un clavo.

"Ha de evitarse, en cambio, la fundamentación promiscua. Nos explicamos con una hipótesis más frecuente: el juez, por ejemplo, ha 'detectado' la inadecuación (término comprensivo tanto de la directa violación, como de formas de inconformidad menos patentes) de una norma legal o sublegal. Ahora bien, de esto no se sigue (a) que le sea posible proceder con una enunciación creadora cualquiera para consagrar un derecho vía pretoriana, ni (b) que eso lo habilite a pronunciar mandatos tutelares de su propia y espontánea invención, ni (c) que, por la misma, razón, pueda articular y discernir ad libitum el alcance de efectos que va a asignar al pronunciamiento. Entonces, cuando en este contexto hablamos de la necesidad de observar la congruencia, aludimos a la necesaria vinculación que deben guardar el perfil del problema con el perfil de la decisión en los juicios de constitucionalidad" **(10)**.

En este caso a mi entender no habría la congruencia necesaria entre el perfil del problema y el perfil de la decisión que no estaría dado porque no se encuentra la tensión entre la norma legal y la no citación a la familia de origen que sí ha ocurrido en el ámbito estatal.

Desde el neoconstitucionalismo existen hoy diferentes opciones que permiten revisar una norma sin llegar a invalidarla en todos los efectos sino más bien realizar un juicio ponderativo y mantener la inconstitucionalidad y la inconvencionalidad como *ultima ratio*.

La doctrina de nuestra CS ha establecido en forma reiterada la exigencia de una clara probanza de la inconstitucionalidad sometiéndolo a cargas particularmente exigentes, y sus fallos pivotan sobre la base de un libreto básico de ideas afines que comienzan en "Avegno" de 1874 **(11)**. Allí la Corte, remitiéndose a la glosa citada de *El Federalista* nro. 81, dijo que "para que una ley debidamente sancionada y promulgada sea declarada ineficaz por razón de inconstitucionalidad, se requiere que las disposiciones de una y otra sean absolutamente incompatibles, que haya entre ellas una evidente oposición. Así lo exige el respeto que se debe a los altos poderes que concurren a la formación de las leyes" **(12)**.

La declaración de inconstitucionalidad constituye la *ultima ratio* del orden jurídico, a la que solo cabe acudir cuando no existe otro modo de salvaguardar algún derecho o garantía amparado por la Constitución, si no es a costa de remover el obstáculo que representan normas de inferior jerarquía (Fallos 312:2315; 316:779, entre otros).

La interpretación del artículo en el caso concreto, la integración de esta norma con el resto del ordenamiento legal, la ponderación de principios como la autonomía de la mujer son algunas alternativas que permiten arribar a soluciones pertinentes sin tener que acudir a la declaración de inconstitucionalidad y que permiten en cada caso ponderar la anteúltima parte del art. 607 con los derechos de las mujeres, su autonomía en el momento de la renuncia del ejercicio de la responsabilidad parental prevista en el art. 607, inc. 2º.

Como conclusión entiendo, en consonancia con lo planteado por la magistrada, que la notificación a la familia de origen debe realizarse

(10) ARBALLO, G., "Un modelo de taxonomía para los 'nuevos tipos' de sentencias constitucionales en la Corte Suprema Argentina", *Debates de Actualidad - Revista de la Asociación de Derecho Constitucional*, nro. 200, 2009, p. 55.

(11) CS, 11/04/1874, "Avegno, José L. c. Provincia de Buenos Aires", Fallos 14:425, en https://sj.csjn.gov.ar/sj/suplementos.do?method=ver&data=competencia.

(12) BIANCHI, A. B., "La legitimidad en el ejercicio del control de constitucionalidad (apuntes en relación a los magistrados judiciales y a los tribunales administrativos)", RDA 2001-127.

siempre y cuando la progenitora acuerde con ese accionar, no pudiendo ser una práctica general en todos los casos del art. 607, inc. 2º sino que este anoticiamiento debe ser ponderado en el caso concreto.

Además, tanto la notificación como el ofrecimiento en los tres supuestos del art. 607 podría realizarse en sede administrativa y ser informada al magistrado/a sin necesidad de su reiteración en sede judicial, dándose así por cumplida la posibilidad de ofrecimiento de la familia de origen para asumir la guarda.

En esos casos y cuando la familia de origen haya tenido la alternativa de ofrecerse a asumir la guarda, no es necesario declarar la inconstitucionalidad del artículo sino interpretar su cumplimiento por el órgano administrativo.

OBLIGACIÓN ALIMENTARIA ENTRE PARIENTES

Principio de solidaridad familiar. Demanda contra el tío paterno de los niños. Incumplimiento del principal obligado. Inexistencia de abuelos o hermanos mayores. Procedencia.

Con nota de Hugo A. Llugdar

1. — Debe admitirse la fijación de una cuota alimentaria en contra del tío paterno de los niños, dado que el vínculo se encuentra acreditado y el principal obligado a los alimentos —el progenitor— incumple la cuota alimentaria desde 2018; por otra parte, la abuela paterna ha fallecido, no contado con abuelos paternos ni hermanos.

2. — El art. 537 del Cód. Civ. y Com. se refiere a los alimentos entre parientes, y tiene fundamento en la solidaridad familiar que debe existir entre quienes se encuentran relacionados con vínculos de parentesco.

JCiv. de Personas y Familia Nro. 3, Salta, 02/07/2020. - xxx c. xxx s/ alimentos.

[Cita on line: AR/JUR/25584/2020]

Expte. N° EXP 649863/18

1ª Instancia.- Salta, julio 2 de 2020.

Resulta:

I. Que a fs. 17/18, se presenta la Dra. Sylvina María Carrer, Defensora Oficial Civil N° 5, como letrada apoderada de la Sra...., y solicita la fijación de alimentos provisorios a favor de sus hijos R. y S. en contra del tío paterno unilateral por línea materna, Sr....

Que a fs. 25 se imprime trámite a la acción.

A fs. 38 se celebra la audiencia preliminar prevista en el art. 651 del Cód. Proc. Civ. y Comercial en la cual el demandado contesta demanda, y rechaza la misma en virtud de su situación económica y la existencia de otros obligados en mejores condiciones económicas; afirma que el padre de los niños se encuentra en un grave estado de salud con dos dedos del pie amputados por la diabetes crónica que padece, actualmente internado, desempleado y del cual se hace cargo; refiere que tiene dos hijos más. Afirma que tiene un hermano de nombre... que se encuentra en mejor situación económica que él para afrontar la obligación alimentaria, desconociendo su domicilio real. En dicha audiencia se resuelve fijar audiencia para el Sr.... (progenitor de los niños) y el Sr.... (tío paterno).

A fs. 42 se lleva a cabo la audiencia antes mencionada con la presencia de la parte actora y la incomparecencia de los Sres.... y... por lo que la Sra. Defensora Oficial Civil N° 5 solicita se fijen alimentos provisorios acompañando certificado médico y ecografía mamaria que dan cuenta del estado de salud de la Sra. B.

A fs. 51 rola incorporada en autos acta de audiencia a la que comparece la parte actora, no así la demandada. En dicho acto, la Defensora Oficial Civil N° 5 solicita que, toda vez que el progenitor de los niños continúa incumpliendo la cuota alimentaria fijada en Expte. N° 595675/17 caratulado..., y el demandado en autos (tío paterno) no se presentó a la audiencia, se fijen alimentos provisorios en contra del Sr.... hasta tanto recaiga sentencia definitiva.

A fs. 54 dictamina la Sra. Asesora N° 6; a fs. 56 la Sra. Defensora N° 5 informa que según dichos su mandante, los niños no tienen abuelos paternos ni hermanos mayores de edad.

En virtud de ello, a fs. 55 pasan los autos a despacho para resolver.

II. En primer lugar, considero que la acción entablada se refiere a la obligación alimentaria entre parientes, incorporada en el Cód. Civ. y Com. de la Nación en el art. 537, normativa que establece que los parientes se deben alimentos entre sí, integrando el cuadro de las prestaciones que derivan de las relaciones familiares junto con los debidos a los hijos, entre cónyuges, y entre convivientes.

De esta forma, el Cód. Civ. y Comercial sistematiza la normativa de la obligación alimentaria en el capítulo relativo al parentesco; anclando la teoría del derecho alimentario en las normas referidas a los alimentos entre parientes; lo que permite efectuar una interpretación integradora del sistema alimentario y aplicar los principios generales de dicha teoría a los otros supuestos de alimentos de fuente legal en aquello que resulte pertinente.

Ahora bien, la obligación alimentaria entre parientes tiene su fundamento en la solidaridad familiar que debe existir entre quienes se encuentran relacionados por vínculos de parentesco. Dicha solidaridad implica "el reconocimiento de la realidad del otro y la consideración de sus problemas como no ajenos, sino susceptibles de resolución con intervención de los poderes públicos y de los demás" (Aída Kemelmajer de Carlucci. Mariel F. Molina de Juan "Alimentos", Tomo I, Rubinzal-Culzoni Editores, 2014, ps. 397/398).

La jurisprudencia fue conteste con esta línea: "El fundamento de la prestación alimentaria, en el marco de las relaciones de familia, debe buscarse en términos de solidaridad humana, y más precisamente, en la necesidad de que todos quienes estén ligados por lazos de sangre concurran a hacer posible el bien personal de los integrantes de la comunidad familiar. El amparo de tal necesidad elemental, que hace a la dignidad humana, da lugar a un personalísimo derecho a reclamar y un deber de cumplir que la ley ha formulado positivamente" (CFam. de Mendoza, 29/11/2010, "P. A. D. por sus hijos menores F. A. y otro c. F. A. A. s/ alimentos).

Según constancias de autos, el vínculo entre el tío paterno y los niños se encuentra suficientemente acreditado mediante las Actas de Nacimiento que rolan agregadas a fs. 4/8 y 22/23.

Analizando las actuaciones, es importante destacar que el principal obligado a los alimentos, Sr.... progenitor de los niños, incumple la cuota alimentaria desde enero de 2018 hasta la fecha; por otra parte la abuela paterna, Sra...., ha fallecido, no contando con abuelos paternos ni hermanos.

III. Que en base a las consideraciones expuestas, estimo que resulta justo y equitativo fijar una cuota alimentaria provisoria mensual equivalente al 15% (Quince por Ciento) de las remuneraciones que percibe el Sr...., como empleado en relación de dependencia de la Dirección Nacional de Vialidad de la Provincia de Santiago del Estero, con la sola exclusión de los descuentos obligatorios de ley, haciéndose extensiva la retención dispuesta sobre el SAC.

Dicha cuota deberá ser retenida por la empleadora, debiendo hacer efectivo el pago, dentro de las 48 hs. de su retención, bajo apercibimiento de lo dispuesto en el art. 551 del Cód. Civ. y Comercial.

La cuota establecida regirá a partir de la notificación de la presente, sin que pueda pretenderse su retroactividad en ese estado del proceso, pues tal pronunciamiento es materia de la sentencia y excede el propósito de protección elemental que inspira el art. 544 del Cód. Civ. y Com. de la Nación.

En consecuencia, resuelvo: I. Fijar en concepto de Cuota Alimentaria Provisoria que el Sr.... (tío paterno), deberá abonar a favor de sus sobrinos, R. y S., el 15% (Quince por Ciento) de las remuneraciones que percibe como empleado en relación de dependencia de la Dirección Nacional de Vialidad de la Provincia de Santiago del Estero, con la sola exclusión de los descuentos obligatorios de ley, haciéndose extensiva la retención dispuesta sobre el SAC, ello a partir de la notificación de la presente resolución. Hacer saber que en caso de que el progenitor de los niños, Sr.... cumpla con la cuota alimentaria fijada en Expte. N° 595.675/17 s/ alimentos, la cuota ordenada en la presente quedará sin efecto, debiéndose cursar la debida comunicación a la Dirección Nacional de Vialidad de la Provincia de Santiago del Estero. II. Librar oficio ley 22.172 a la Dirección Nacional de Vialidad de la Provincia de Santiago del Estero, a los fines que proceda a retener mensualmente de los haberes que por todo concepto percibe el Sr.... el porcentaje fijado en concepto de Alimentos Provisorios, debiendo hacer efectivo el pago, dentro de las 48 hs. de su retención, bajo apercibimiento de lo dispuesto en el art. 551 del Cód. Civ. y Comercial. La cuota deberá ser retenida y depositada por la empleadora en el Banco Macro SA - Sección Depósitos Judiciales a la orden de la Proveyente y como pertenecientes a estos obrados. A tales fines hágase saber que el mencionado oficio deberá ser confeccionado en formato PDF y subido a la mesa virtual del Poder Judicial para su control y suscripción por Secretaría; una vez suscripto podrá ser retirado por mesa de entradas del Juzgado. Autorizándose a la Sra. Defensora Oficial Civil N° 5 y/o persona que esta designe para el diligenciamiento del mismo. III. Autorizar a la Sra...., a percibir en forma directa y personal los montos que en concepto de cuota alimentaria se depositen en Banco Macro SA - Sección Depósitos Judiciales a la orden de la Proveyente y como perteneciente a estos obrados. A tal fin líbrese oficio al Banco Macro SA Por Secretaría a los fines de su diligenciamiento electrónico a la dirección de correo electrónico consignada en la Circular N° 63/2020 de la Corte de Justicia de Salta. IV. Mandar se copie, registre y notifique. — *Claudia N. Güemes.*

Alimentos entre parientes: ¿y los tíos?

Hugo A. Llugdar (*)

Sumario: I. Introducción.— I. El caso.— II. Los alimentos entre parientes y su extensión.— III. Posibles objeciones.

I. Introducción

La prestación alimentaria entre parientes, si bien legislada desde hace tiempo en nuestro país, no se destaca por estar presente de modo habitual en los juzgados. Tímidamente, y desde hace unos años ya, se subsumen la mayoría de sus apariciones en los reclamos hechos a la figura de los abuelos del alimentado.

Es en dicho estado de cosas que, si bien de modo precautorio y no firme, el fallo en comentario irrumpe de modo ruidoso en una materia que, salvo contadas excepciones, se mantiene en aguas relativamente calmas.

II. El caso

II.1. Hechos

Se trata de un núcleo familiar de cuatro personas: madre, padre y dos hijos. La primera, en nombre de los dos niños, a través de la defensa oficial demanda la prestación alimentaria, mas no contra el padre, sino contra el tío paterno unilateral por línea materna, alegando que no hay más familiares frente al incumplimiento del padre.

Se celebra audiencia preliminar, oportunidad en la que el tío contesta la demanda, refiriendo que deviene inexigible a su respecto tal obligación, fundado en su situación económica y en la existencia de otros obligados en mejores condiciones económicas (un hermano, de quien desconoce domicilio real). Aduce que el padre de los niños está en un grave estado de salud, internado, desempleado, siendo sostenido por el demandado. Agrega que también tiene dos hijos propios a cargo. Sin embargo, de las constancias de lo resuelto, no surge que haya planteado su falta de legitimación pasiva.

Se fija audiencia entre actor, demandado y padre. Solo comparece la parte actora. Es en dicha instancia que se pide la fijación de alimentos provisorios, con el acompañamiento de certificado médico y ecografía mamaria que dan cuenta del estado de salud de la madre y sus dificultades para satisfacer todas las necesidades de sus hijos frente al incumplimiento del padre.

Se celebra nueva audiencia de partes, con la sola comparecencia de la actora. Refiere esta que el padre continúa sin cumplir la cuota fijada en expediente conexo y pide nuevamente fijación de alimentos provisorios.

II.2. Decisión

La jueza de trámite dispone fijar una cuota provisoria contra el tío paterno, en favor de sus dos sobrinos actores, del 15% de las remuneraciones que percibe como empleado en relación de dependencia de la Dirección Nacional de Vialidad de la Provincia de Santiago del Estero, con la sola exclusión de los descuentos de ley, haciéndose extensiva al SAC, a partir de la notificación, bajo la modalidad de retención directa.

Condiciona resolutoriamente la obligación del tío a que el progenitor dé cumplimiento a la suya. En dicho caso, quedará sin efecto, debiéndose cursar nota a la empleadora.

(*) Abogado (UFASTA); especialista en Derecho de Familia (UBA); asesor de incapaces (As. 2 Mar del Plata); profesor de Filosofía del Derecho (adjunto UFASTA), Derecho de Familia y Sucesiones (adjunto UAA) y Civil Parte General (asociado UAA).

II.3. Fundamentos

El fundamento central lo apoya sobre el art. 537 del Cód. Civ. y Com., entendiendo que la obligación que pretende imponerse se encuentra amparada dentro del deber alimentario "que los parientes se deben entre sí".

Invoca la *ratio legis* de dicho artículo, remarcando en la sentencia cautelar, que el fundamento la obligación del art. 537 del Cód. Civ. y Com. está enclavado en la solidaridad familiar. Con base en ello, constata que el vínculo entre niños y tío se encuentra acreditado; y que el principal obligado a los alimentos, el padre, incumple la cuota desde enero de 2018, no existiendo abuelo paterno ni hermanos (carácter subsidiario). Es entonces que con tal breve fundamentación estima que "resulta justo y equitativo" fijar la cuota aludida.

III. Los alimentos entre parientes y su extensión

Ahora bien, parece ser que el supuesto bajo decisión no se encuentra abarcado con tal fundamentación. Por lo menos, de una primera lectura del artículo fundante, no se aprecia el título jurídico invocado. Veamos.

III.1. Fundamento supralegal de la prestación alimentaria entre parientes

Prima facie, la obligación establecida judicialmente encuentra un claro sustento extranormativo. Y ello lo es en la noción de la solidaridad familiar "—que es uno de los pilares constitucionales del derecho que regula las relaciones de familia— y responde a la finalidad de asegurar la digna subsistencia de los parientes más cercanos" **(1)**.

Así, la doctrina ha referido que ordinariamente es en el ámbito familiar en el que, desde su nacimiento, la persona recibe asistencia y educación, siendo luego el sistema familiar el encargado del cuidado de sus descendientes y asistencia a los ascendientes **(2)**, expandiéndose tal consideración con menor fuerza a medida que se aleja del núcleo parental.

La solidaridad, en estos casos, se presenta como un desmembramiento del principio de autoconservación, una manifestación de empatía primaria, y una consecuencia de la natural sociabilidad del hombre; reconociéndose de este modo, en la forma familiar, el conglomerado social basal en el que se afinca el entramado social ("elemento natural y fundamental de la sociedad", según el art. 17.1 CADH).

La solidaridad familiar implica reconocer la realidad del otro y la consideración de sus problemas como no ajenos, generando una incumbencia social que tendrá mayor relevancia en tanto mayor sea la proximidad que haya entre los sujetos (consecuencia del principio de subsidiariedad). "La obligación alimentaria solidariza al alimentante con el alimentado, en razón del vínculo familiar que los une, imponiendo al primero el deber de compartir, en cierta medida, con el pariente necesitado, sus medios de vida" **(3)**.

Los alimentos surgen, así como la mínima expresión de dicha solidaridad familiar, que el derecho exige convirtiéndola en obligación legal cuando no es satisfecha espontáneamente **(4)**.

III.2. Fundamento legal de los alimentos entre parientes

Ahora bien, legalmente, dicha solidaridad familiar, ¿es ilimitada subjetivamente? Esto es, ¿cualquier familiar tiene derecho/deber a reclamar/abonar tal prestación?

(1) MOLINA DE JUAN, M. F., en "Código Civil y Comercial de la Nación comentado", Ed. Infojus, Buenos Aires, 2015, t. II, p. 238.

(2) BOSSERT, G., "Régimen jurídico de los alimentos", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2006, 2ª ed. act. y amp., p. 2.

(3) BUSSO, E., "Código Civil anotado", Ed. Ediar, Buenos Aires, 1945, t. II, p. 831.

(4) MÉNDEZ COSTA, M. J., "Visión jurisprudencial de los alimentos", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, p. 10. En sentido similar, BASSET, U., comentario al art. 537, en ALTERINI, J. (dir.), "Código Civil y Comercial. Tratado exegético", La Ley, Buenos Aires, 3ª ed., t. III (versión digital); y HERRERA. M., en LORENZETTI, R. (dir.), "Código Civil y Comercial de la Nación comentado", Ed. Rubinzal-Culzoni, t. III., p. 400.

La respuesta negativa sale a nuestro encuentro de modo inmediato.

Entonces, ¿cuál es dicho límite?, ¿es inexpugnable?, y los tíos ¿quedan dentro o fuera?

Si analizamos brevemente el art. 537 del Cód. Civ. y Com., apreciamos que la deuda alimentaria entre parientes, se genera legalmente "en el siguiente orden": 1. Ascendientes y descendientes; habiendo obligación preferente del (o de los) más próximo/s en grado; 2. Hermanos bilaterales y unilaterales.

En momento alguno logra apreciarse que la relación tío-sobrino/sobrino-tío se encuentre consagrada siquiera a modo de inferencia, por el articulado aludido.

Así, Molina de Juan no duda en decir que "la norma también comprende a los parientes colaterales en segundo grado, es decir, a los hermanos, sean bilaterales o unilaterales (art. 534), pero deja fuera a tíos y sobrinos" **(5)**.

Por ende, respondiendo a nuestros interrogantes: la obligación alimentaria entre parientes, es limitada (y subsidiaria) a los ascendientes y descendientes en primer lugar (sin límite y por grado más próximo de prelación), y solo en segundo término a hermanos [bi y unilaterales **(6)**]; quedando fuera los tíos como alimentados, así como alimentantes (cuestión que se da en el caso).

Ahora bien, esta limitación ¿deviene inexpugnable? Aquí entendemos que está el meollo de la cuestión, sin que haya sido abordada por el juzgador. Ya que se ha resuelto de modo diverso a lo que expresa la norma, con una fundamentación que entendemos insuficiente. Pues se invoca un artículo para obligar a un sujeto que expresamente no está incluido en él, sin que pueda encontrarse siquiera implícitamente en su literalidad y/o finalidad de tal sola norma (art. 537, Cód. Civ. y Com.). Entonces, tenemos una decisión judicial que invoca una prescripción legal que dispone obligar "hasta X", para resolver cargar "más allá de X", sin argumentar ni fundar tal extensión por sobre (o fuera de) la literalidad del precepto al que se echa mano.

Todo esto nos lleva a plantearnos, con independencia del *holding* concreto, si existe fundamento legal más allá del art. 537 del Cód. Civ. y Com.

La respuesta afirmativa se impone.

Al respecto, se desprende implícitamente del cúmulo de derechos innominados que son referidos por la CN en su art. 33, como también explícitamente de modo expreso, de los diversos tratados de jerarquía constitucional: el derecho a un nivel de vida adecuado.

Así el art. 11 del PIDESC refiere que "1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento. 2. Los Estados Partes en el presente Pacto, reconociendo el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre, adoptarán, individualmente y mediante la cooperación internacional, las medidas, incluidos los programas concretos, que se necesitan para: a) Mejorar los métodos de producción, conservación y distribución de alimentos mediante la plena utilización de los conocimientos técnicos y científicos, la divulgación de principios sobre nutrición y el perfeccionamiento o la reforma de los regímenes agrarios de modo que se logren la explotación y la utilización más eficaces de las riquezas naturales; b) Asegurar una distribución equitativa de los alimentos mundiales en relación con las necesidades, teniendo en cuenta los problemas que se plantean tanto a los países que importan productos alimenticios como a los que los exportan". Mientras que el art. 25 de la DUDH dice que "1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios;

(5) MOLINA DE JUAN, M. F., ob. cit., p. 238.

(6) Hay quienes refieren que, aun sin expresión de la norma, la obligación de los bilaterales es preferente a la de los unilaterales (HERRERA, M., ob. cit., t. III, p. 401).

tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad...".

Esta normativa se ve reforzada cuando el sujeto alimentado integra alguno de los diversos colectivos sociales caracterizados como vulnerables. En virtud de su mayor propensión al padecimiento dañoso, que genera en el resto de la comunidad social el deber de preservación y prevención; el mismo art. 25 de la DUDH fija como segundo acápite que los NNA tienen derecho a un cuidado y asistencia diferenciado, especial, con un plus de consideración: "2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. (...)".

En este orden de cosas, la Convención sobre los Derechos del Niño reafirma tal postura, cuando en su art. 6º plasma el derecho a la vida de todo NNA, que presupone claramente el derecho subjetivo natural de la autopreservación (y la consiguiente obligación estatal y social de garantizarla), que implica de suyo, como contracara familiar-social, el derecho a las prestaciones alimentarias: "2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño".

Como refieren Roca i Trías y Herrera **(7)**, la protección económica, social e incluso jurídica de la familia es una cuestión de Estado. Si bien comienza por los propios interesados (el cuerpo familiar), hay más de un instrumento legal, y de la más alta jerarquía positiva, que consagra el interés y la obligación estatal de tal satisfacción; configurándose un "verdadero sistema mixto de la seguridad social de neta raigambre constitucional" **(8)**.

Esto último puede verse normado por el art. 27 de la CDN cuando señala en primer lugar que "1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social"; siendo los principales obligados sus representantes. 2. a los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño; con una garantía final por parte del Estado a través de ayuda secundaria y/o primaria (de ser necesario). 3. Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda. 4. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño, tanto si viven en el Estado Parte como si viven en el extranjero...".

Entonces, surge a las claras que tanto sobre el grupo familiar como sobre el Estado pesa la correspondiente obligación de solventar el derecho alimentario. La cuestión estará en determinar cuándo debe responder el sistema primario (familia) y cuándo el cuerpo social, a través del poder estatal correspondiente; lo que en cierta medida ya hace la legislación de fondo. Pero, en casos como en el de autos, existen grises que generan ciertas dudas en cuanto a la imputación de tal cargo. Aun así, lo que queda claro es que la persona, y en particular (con un marcado énfasis protectorio/preventivo) los niños, deben tener cubiertas las prestaciones alimentarias, con independencia de la postrera determinación concreta del responsable final.

Recapitulando, de acuerdo con las leyes analizadas, en el caso, los niños tienen un claro derecho alimentario. Su familia aparece como el principal obligado. Y su provincia, a través de sus tres poderes, y el Estado argentino surgen como los últimos garantes de que dicho derecho se concrete. El tema es cómo proceder a su satisfacción, frente a una indeterminación normativa específica.

Entonces, en nuestro caso vemos que: 1. son sus padres los principales responsables (arts. 27, CDN, 646, 658, 659 y ccds., Cód. Civ. y Com.);

(7) ROCA I TRÍAS, E., "El nuevo derecho catalán sobre la familia", *Revista Jurídica de Cataluña*, nro. 1, 1999, p. 10; cit. en HERRERA, Marisa, ob. cit., t. III, p. 400.

(8) *Ibid*.

2. pero su madre es la que reclama, por no contar con medios económicos suficientes y estar padeciendo una grave enfermedad que la imposibilita en gran medida; 3. su padre, pese a habérsele fijado cuota judicial, desde hace varios meses no la abona. Según el tío de los niños, ello acontecería en virtud de encontrarse impedido físicamente por graves cuestiones de salud, estando, al momento de la traba de la litis, internado.

Como responsables subsidiarios aparecen, consecuentemente, los enumerados art. 537 del Cód. Civ. y Com. Pero de acuerdo con lo que surge de la resolución, los niños no cuentan con abuelos, ni otro pariente en línea recta, ora en una dirección u otra. Tampoco poseen hermanos (bi o unilaterales).

Aquí es que la jueza decide hacer recaer tal obligación en un familiar que no se encontraba preestablecido por ley: el tío.

III.3. ¿Puede obligarse al tío?

III.3.a. Cuestión procesalEn primer lugar, entendemos que facilita tal resolución el hecho de que el demandado no opone excepción de falta de legitimación pasiva. Esta es quizá la cuestión procesal más interesante y que —entendemos— debió haber sido plasmada expresamente en el fallo.

Lo que es más: de modo tácito, el tío admite su legitimación pasiva, al punto que refiere que los motivos por los que no debe ser condenado son: 1. Subsidiariedad. Alega que hay otro hermano en mejor situación que él, sin tener el domicilio real que permita ubicarlo concretamente; 2. Imposibilidad económica. Refiere estar a cargo de sus dos hijos, así como del padre de los niños (esto último sí se funda en el art. 527 del Cód. Civ. y Com.).

En ningún momento se defiende invocando la falta de título jurídico para cargar con tal obligación, con lo que admite su legitimación, al defenderse alegando cuestiones que la presuponen (subsidiariedad y carencia económica).

Con solo aludir a ello, entendemos que la jueza justificaba (solo en cierta medida) la ausencia de una argumentación que sostuviera la imposición de los alimentos a un sujeto no obligado por ley.

III.3.b. Cuestión fondalAhora bien, más allá de la cuestión sobre la legitimación del demandado para ser tal, entendemos que, aun si se hubiera defendido con una excepción de falta de legitimación pasiva, se podría llegar a igual resolución. Veamos.

Como dijimos, hay un deber de solidaridad familiar que subyace a la obligación alimentaria, y otro del cuerpo social, de satisfacer tal prestación, a través del Estado (en sus tres poderes). El art. 6º de la ley desgranadora de la CDN en nuestro país (26.061) señala que "La comunidad, por motivos de solidaridad y en ejercicio de la democracia participativa, debe y tiene derecho a ser parte activa en el logro de la vigencia plena y efectiva de los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes". Con lo que, agotada la familia en la extensión prevista por ley, debería ser la comunidad la encargada de responder por tal obligación.

Ahora bien, así como dentro de la familia existe un grado de prelación, en cuanto a la responsabilidad de los diversos órdenes y grados (principio de subsidiariedad), creemos que tal escalonamiento de subsidiariedades, establecido en razón de proximidad, debe extrapolarse al garante comunitario.

En aplicación de tal razonamiento, entendemos que cuando todos los posibles obligados no se encuentren prestos para satisfacer el derecho de sustento (sea por inexistencia, o imposibilidad física o jurídica), la obligación que recae entonces sobre la comunidad social debe ser también soportada de modo escalonado en cuanto a su imputación. De allí que si bien el sujeto "tío" no se encuentra expresamente consagrado en el art. 537 del Cód. Civ. y Com., a través de los artículos reseñados se presenta (en el caso) como el eslabón más cercano al sistema familiar de todos los componentes del cuadro social, resaltándose el principio de responsabilidad familiar consagrado por ley especial y anterior, art. 7º de la ley 26.061: "La familia es responsable en forma prioritaria de asegurar a las niñas, niños y adolescentes el disfrute pleno y el efectivo ejercicio de sus derechos y garantías...".

De allí que a la pregunta que fue motivando todo este desarrollo (de si se puede obligar al demandado como se lo hizo), respondemos: que dadas las particularidades imposibilitantes de cada legitimado pasivo, es el tío quien aparece como la persona responsable, en virtud de su lazo familiar y consiguiente deber de solidaridad. Surge a modo de intersección como el último del grupo familiar (que en concreto la norma específica no lo prevé), a la vez que como el primero del cuerpo social (que sí está previsto que responda por tal prestación como último garante, de acuerdo a los artículos citados en interpretación armónica e integradora conforme los arts. 1º y 2º del Cód. Civ. y Com.).

IV. Posibles objeciones

IV.1. Generales

Entre los caracteres generales de las prestaciones alimentarias, cuando se trata de alimentos entre parientes, surgen dos características individuales y propias de la especie: subsidiariedad y reciprocidad. Y si bien en el caso se respeta el carácter de subsidiariedad, en tanto que la jueza de trámite constata la inexistencia de sujetos responsables en mejor grado de proximidad de parentesco; se aprecia que no se da así el carácter de reciprocidad.

La reciprocidad implica que aquel que es acreedor de alimentos tiene la obligación de prestarlos a sus parientes cuando sea necesario. El art. 367 del Código de Vélez incluso lo decía expresamente ("...la obligación alimentaria entre los parientes es recíproca"), mas el Cód. Civ. y Com. no lo refiere más. Igualmente, según la doctrina **(9)**, la reciprocidad "se infiere del análisis conjunto de todo el capítulo y de la reciprocidad del concepto de solidaridad que debe existir en las relaciones de familia" **(10)**. De este modo, el titular de un derecho subjetivo familiar tiene ante sí al titular de un derecho subjetivo idéntico al suyo, de manera que al derecho de uno se yuxtapone el deber jurídico correspondiente al derecho de otro titular **(11)**.

Ahora bien, sin perjuicio de que ya no está legislado dicho carácter expresamente, el mismo existe no como impediente, sino como facilitador de nuevas prestaciones (o justificante de la existencia de dicho deber en una doble vía o sentido). Esto es: así como A le debe a B, B le debe a A. Por ende, no podría ser un argumento para impedir la gestación de la obligación. Recordemos que la misma no tiene origen legal expreso (aunque creemos que surge de la interpretación integradora de todo el ordenamiento, a la luz del principio de razonabilidad), por lo que mal puede encontrarse expresamente una obligación refleja (en el caso, de sobrino a tío).

Amén de ello, debe tenerse presente la característica especial de los acreedores del caso (niños), su plus-protección jurídica en virtud de su vulnerabilidad; y que nada nos lleva a tachar de imposible *prima facie* y de modo absoluto, que pueda darse un caso inverso casuísticamente.

Por ende, consideramos que tal objeción (ausencia de reciprocidad) puede plasmarse primariamente como llamativa, o de leve consideración, pero nunca como obstaculizadora para el nacimiento de la prestación que aquí se trata.

IV.2. Particulares: su justificación, el quantum y la perpetuidad

Puede objetarse que, tratándose de un supuesto de excepción, su disposición carece de fundamentación y motivación suficiente; así como que es una cuantía excesiva y sin solución de provisoriedad.

En lo que hace a la primera cuestión, la CS sostiene de modo reiterado que los jueces tienen el deber de fundar sus pronunciamientos, los que deben ser una derivación razonada del derecho vigente y no producto de su voluntad individual (Fallos 234:82; 238:550 y 249:275), con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa (Fallos 236:27; 250:152; 311:948, 2402 y 2547; 312:2507; 314:649; 315:29; 318:652; y 321:1909),

(9) V.gr. Molina de Juan, Basset y Herrera, en las respectivas obras citadas.

(10) OTERO, M., "El parentesco en el Proyecto de Código", LA LEY 2013-C, 706.

(11) Cfr. MOLINA DE JUAN, "Alimentos", Ed. Rubinzal-Culzoni, t. I, p. 401.

de lo contrario se convertirían en afirmaciones dogmáticas por estar desprovistas del necesario fundamento que es condición indispensable de las sentencias judiciales (CS, 20/12/1994, LA LEY, 1995-D, 960, nro. 1181) **(12)**.

Incluso la Corte IDH en causa "Apiz Barbera v. Venezuela", sentencia del 05/08/2008, refirió que la motivación constituye un componente fundamental de las garantías del debido proceso legal y tutela judicial efectiva. Dijo que "la argumentación de un fallo debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado", agregando que "la motivación demuestra a las partes que éstas han sido oídas y, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores".

Por lo que la resolución, que debió de ser "razonablemente fundada" (cfr. art. 3º, Cód. Civ. y Com.), entendemos que en el caso no lo ha sido. Es que se invocó un artículo que ni de modo expreso o tácito refiere por sí solo la solución adoptada (art. 537, Cód. Civ. y Com.). Dicha cuestión deberá, contingentemente, ser tratada por la alzada, de recurrir el demandado.

Aun cuando el tío no haya objetado su legitimación pasiva, ello no obsta a la necesaria y debida fundamentación y motivación de lo decidido, más aún cuando implica una resolución de carácter excepcional en nuestro derecho normativo.

En cuanto a las posibles objeciones relativas a su *quantum* (15% de alimentos provisorios), se nos escapa su posible consideración por no contar con las circunstancias del caso a la vista, siendo ello una potestad del juzgador por guardar una conexidad estrechísima con las probanzas que obren en la causa. Claro está, que en una primera aproximación, un 15% de alimentos provisorios, en un supuesto de excepcionalidad considerable, relativo a un sujeto que dice tener a cargo su propio grupo familiar, con más una prestación alimentaria a pariente ya en curso (precisamente alega estar sustentando a su hermano, padre de los niños actores) quizá parezca excesiva. Mas discurrir sobre ello, sin mayores precisiones que estas, entendemos que cae en terrenos puramente hipotéticos y de apreciación prudencial que se escapan al fin del presente.

Relacionado con lo anterior, se encuentra la cuestión de la extensión de la obligación en su temporalidad; que si bien no cuenta con término, sí tiene una condición resolutoria: que pague el progenitor (principal obligado). Por los motivos aludidos en relación con el *quantum*, también escapan a este análisis.

(12) Ver al respecto MASCIOTRA, M., "Deber de fundar las sentencias", LA LEY del 10/12/2013, 1; LA LEY 2013-F, 1002, AR/DOC/4398/2013.

JURISPRUDENCIA ANOTADA EXTRANJERA

PROCESO DE ADOPCIÓN

Deficiencias en el proceso. Mujer extranjera en estado de vulnerabilidad. Cuidado del niño en hogares a requerimiento de su madre biológica. Niño dado en adopción sin consentimiento de su madre biológica. Impedimento de contacto con el hijo. Respeto por la vida familiar. Respeto por la vida privada.

Con nota de Alicia A. Carnaval

1. — Las sentencias que conducen a la adopción del hijo de la demandante pueden considerarse una injerencia en el ejercicio del derecho al respeto de la vida privada y familiar de ella y de su hijo biológico. Esta injerencia esta prevista por la ley y persigue el objetivo legítimo de proteger los derechos y libertades del niño, pero no se garantizó, en el caso, la opinión e intereses de la demandante.

2. — La decisión que propuso colocar en hogares de guarda al hijo de la reclamante antes de la adopción se emitió veinte días después de que se hubiera informado a la madre biológica de aquel de que tendría un plazo de seis meses para lograr objetivos a fin de recuperar a su hijo. Así pues, mucho antes de que expirara ese plazo, se le había privado del contacto con su hijo y las autoridades competentes habían propuesto al tribunal la adopción del niño sin el consentimiento de la madre en violación a su derecho a la vida familiar

3. — La decisión que propuso colocar en hogares de guarda al hijo de la reclamante y luego, darlo en adopción no sopesó los intereses del niño frente a los de la madre biológica, sino que se centró simplemente en los primeros y no consideró la posibilidad de reunir al niño con su madre. No habían tenido debidamente en cuenta los esfuerzos de la demandante por regularizar y estabilizar su situación de vulnerabilidad.

4. — La decisión que propuso colocar en hogares de guarda al hijo de la reclamante y luego, darlo en adopción no puede mantenerse, pues las autoridades no previeron ninguna otra medida menos radical, según el derecho interno, como arreglos de acogimiento temporal. Esto habría sido más respetuoso con los padres adoptivos al dar falsas esperanzas. La función de los servicios sociales era ayudar a las personas con dificultades, en este caso la madre del niño, que se había visto obligada a renunciar a su hijo en vista de sus graves dificultades personales y familiares.

5. — Para poner fin a la violación del derecho de la madre biológica de un niño dado en adopción, respeto de su vida familiar, las autoridades nacionales deben volver a examinar la situación de aquella y prever la posibilidad de establecer contacto entre ellos, teniendo en cuenta la situación actual del menor y el interés superior de aquel, y adoptar cualquier otra medida apropiada de conformidad con esos intereses. La forma más adecuada de reparación consiste en garantizar que la demandante recupere en la medida de lo posible la situación en la que se habría encontrado si no se hubiera infringido la legislación.

Corte Europea de Derechos Humanos, 23/09/2020. - OMOREFE c. ESPAGNE.

[Cita on line: EU/JUR/4/2020]

Troisième section

Affaire Omorefe c. Espagne

(Requête no 69339/16)

Arrêt

Art. 8 - Vie familiale - Carences du processus décisionnel privant une étrangère en difficulté de contact avec son bébé mis sous tutelle à sa demande puis adopté, six ans plus tard, malgré son opposition - Absence d'aide des services sociaux au développement des aptitudes parentales de la mère et à sa sortie de la pauvreté - Décisions prises avant le délai laissé à la mère pour réaliser ces objectifs - Consentement obligatoire de la mère non déchue de son autorité parentale pour l'adoption de l'enfant - Droit de visite retiré malgré l'opposition ferme de la mère et sans expertise psychologique - Absence d'efforts adéquats et suffisants pour faire respecter le droit de la requérante à garder le contact avec son enfant, en méconnaissance des décisions judiciaires en ce sens - Existence dès le début d'une intention de placer l'enfant en accueil familial préadoptif, sans envisager des mesures moins radicales - Prise en compte des intérêts de l'enfant attaché à sa famille d'accueil sans les mettre en balance avec ceux de sa mère biologique - Absence d'un examen adéquat et approfondi des arguments et de tous les facteurs et intérêts pertinents en jeu - Carences dans l'appréciation de l'évolution de la situation de la requérante et de ses aptitudes parentales

Art. 46 - Exécution de l'arrêt - Autorités internes invitées à réexaminer, dans un bref délai, la situation de la requérante et de son fils mineur et d'envisager la possibilité d'établir un quelconque contact entre eux

en tenant compte de la situation actuelle de l'enfant et de son intérêt supérieur

Strasbourg

23 juin 2020

Définitif

23/09/2020

Cet arrêt est devenu définitif en vertu de l'article 44 § 2 de la Convention. Il peut subir des retouches de forme.

En l'affaire Omorefe c. Espagne,

La Cour européenne des droits de l'homme (troisième section), siégeant en une Chambre composée de:

Paul Lemmens, président, Georgios A. Serghides, Helen Keller, Dmitry Dedov, María Elósegui, Gilberto Felici, Erik Wennerström, juges, et de Milan Blaško, greffier de section,

Vu:

la requête susmentionnée (no 69339/16) dirigée contre le Royaume d'Espagne et dont une ressortissante nigériane, Mme Pat Omorefe ("la requérante") a saisi la Cour en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ("la Convention") le 16 novembre 2016, les observations des parties,

Notant que le 5 avril 2017, le grief concernant le droit à la vie privée et familiale de la requérante a été communiqué conformément à l'article 54 § 2 du règlement de la Cour,

Notant que le 28 janvier 2020 le président de la Section a informé les parents adoptifs de l'enfant biologique de la requérante de la présente affaire ainsi que des règles régissant l'intervention en tant que tierce partie devant la Cour (articles 36 § 2 de la Convention et 44 § 3 du règlement),

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 3 juin 2020,

Rend l'arrêt que voici, adopté à cette date:

Introduction

La requête concerne, sous l'angle de l'article 8 de la Convention, le placement en famille d'accueil puis l'adoption du fils de la requérante.

En fait

1. La requérante est née en 1976 et réside à Pampelune. Elle a été représentée par Me M. Ledesma Moreno, avocat.

2. Le gouvernement espagnol ("le Gouvernement") a été représenté par ses agents, R.A. León Cavero et A. Brezmes Martínez de Villareal, avocats de l'État.

I. Genese de l'affaire et placement du mineur dans un centre d'accueil – procédure administrative

3. Le 7 décembre 2008, la requérante donna naissance à un bébé prématuré. Le nouveau-né, qui pesait 1,2 kg, fut pris en charge par l'unité néonatale de l'hôpital Virgen del Camino de Pampelune.

4. Le 3 février 2009, la requérante demanda que son fils fût placé sous tutelle dans un centre d'accueil du gouvernement régional de Navarre.

5. Le 4 février 2009, l'enfant fut déclaré par la direction générale de la famille et de l'enfance (DGFE) du gouvernement régional de Navarre en situation légale d'abandon. Dans sa décision, le gouvernement régional mentionnait l'absence de ressources des parents, qui se trouvaient en situation irrégulière en Espagne et qui n'avaient ni emploi ni logement stable, la situation de crise et de conflit dans laquelle se serait trouvé le couple et le sentiment ambivalent de la mère à l'égard de son bébé. L'enfant fut placé dans un centre d'accueil géré par l'association Xilema et l'administration en assuma sa tutelle. L'autorité parentale de la requérante fut suspendue, mais le régime de visites fixé par les autorités et le droit des parents du mineur à être informés de sa situation sauf décision judiciaire a contrario furent toutefois maintenus.

6. Par une lettre reçue le 6 mars 2009, la requérante fut informée que son fils avait été déclaré en situation d'abandon et placé dans un centre d'accueil. La lettre indiquait que la mesure envisagée pour l'enfant était l'accueil familial et que celui-ci pourrait réintégrer sa famille biologique à moyen terme à condition que ses parents réalisent les objectifs suivants: 1) garantir que le parent (père ou mère) prenant en charge l'enfant soit en mesure de dispenser les soins nécessaires au développement normal de celui-ci; 2) assurer que les conditions socio-économiques dans lesquelles ils se trouvent et leur mode de vie soient compatibles avec les soins requis par leur enfant, et 3) obtenir un emploi, des ressources et un logement stables, avec l'assistance, l'appui et l'encadrement du service social de base/unité de quartier (Servicio Social de Base/Unidad de Barrio). La lettre indiquait également que le processus de récupération de l'enfant par ses parents

ferait l'objet d'un examen par le service de protection des mineurs dans un délai de six mois et que la réalisation des objectifs susmentionnés donnerait lieu à une évaluation positive en vue de la réunion de l'enfant avec sa famille biologique; à l'inverse, selon les termes de la lettre, la non-réalisation des objectifs en question donnerait lieu à l'adoption d'une mesure de protection à plus long terme de l'enfant.

7. Le 25 mars 2009, la commission d'évaluation du gouvernement de Navarre proposa de mettre en œuvre une mesure d'accueil familial préadoptif de l'enfant au motif que la mère n'assistait pas à toutes les visites programmées avec son enfant, que, lorsqu'elle y assistait, elle faisait preuve de détachement à son égard, qu'elle s'était bornée à engager des démarches pour régulariser sa situation en Espagne, qu'elle se trouvait dans une situation personnelle très instable et qu'il n'était pas envisageable qu'elle réalisât les objectifs susmentionnés. Le rapport de la commission d'évaluation indiquait que la requérante ne s'opposerait pas à l'accueil familial du mineur mais qu'elle insistait toutefois pour que cette mesure ne la prive pas de contacts avec son fils.

8. Par une décision du 8 mai 2009, la DGFE du gouvernement de Navarre suspendit les visites de la mère à l'enfant.

9. Tenant compte, entre autres, du manque d'assiduité de la requérante aux visites programmées et de compréhension suffisante des besoins de l'enfant ainsi que de ses difficultés d'établir un lien affectif avec ce dernier, le 25 mai 2009, la DGFE du gouvernement de Navarre demanda au juge de première instance de Pampelune de placer provisoirement l'enfant en accueil familial préadoptif à compter du 18 mai 2009 et de déchoir la requérante de son autorité parentale. À une date qui ne ressort pas du dossier, le mineur fut effectivement placé en accueil familial par décision judiciaire. La requérante s'étant opposée à l'adoption de son fils, le service de protection des mineurs recommanda qu'elle forme une opposition devant le juge contre les mesures de suspension des visites et les mesures successives.

II. Procedure judiciaire en opposition a l'absence de consentement du parent pour l'adoption

10. Le 22 juillet 2009, la requérante s'opposa, par voie judiciaire, à la proposition de la DGFE selon laquelle son consentement à l'adoption n'était pas nécessaire au motif qu'elle aurait manqué à ses devoirs parentaux.

11. Dans son rapport daté du 22 septembre 2009, la DGFE estima, entre autres, qu'à supposer que la requérante parvînt à développer ses aptitudes parentales et à stabiliser sa situation personnelle et professionnelle jusqu'au niveau requis, le mineur se serait déjà enraciné dans sa famille d'accueil, avec laquelle il aurait créé des liens, et que le retour avec sa mère biologique ne serait donc plus possible, au risque de provoquer chez l'enfant un trauma psychologique ayant des conséquences émotionnelles très négatives pour son développement futur.

12. Par un jugement du 28 janvier 2010, le juge de première instance de Pampelune rejeta l'opposition de la requérante, estimant qu'il existait des motifs pour priver l'intéressée de l'autorité parentale et limitant par conséquent son intervention dans la procédure d'adoption à la simple participation à l'audience (paragraphe 14 ci-dessous).

13. La requérante interjeta appel de ce jugement.

14. Par un arrêt du 10 février 2012, l'Audiencia provincial de Navarre fit droit à l'appel de la requérante, concluant que l'adoption ne pouvait pas avoir lieu sans le consentement de la mère, cette dernière n'ayant pas été privée de l'autorité parentale et s'étant retrouvée dans l'impossibilité de se défendre eu égard aux conclusions du juge de première instance. Contrairement aux affirmations contenues dans le jugement de première instance, l'Audiencia provincial rappela que le seul cas dans lequel il serait possible de ne pas recueillir l'assentiment de la mère biologique pour l'adoption de son enfant serait l'existence d'un motif légal de déchéance de l'autorité parentale. Un tel motif "ne pourrait être apprécié que dans le cadre d'une procédure judiciaire contradictoire [menée conformément au code de procédure civile]" (paragraphe 26 ci-dessous).

L'Audiencia provincial fit référence à la jurisprudence de la Cour concernant la nécessité de ménager un juste équilibre entre l'intérêt supérieur de l'enfant et les droits que l'article 8 de la Convention reconnaissait à la requérante. Elle indiqua par ailleurs qu'il n'existait aucun rapport psychologique faisant état d'une absence d'affection de la mère pour son fils et que la pauvreté ne pouvait pas être le motif principal invoqué pour priver une mère de ses droits et obligations. L'Audiencia provincial estima que rien dans le dossier ne permettait de conclure à une attitude égoïste de la part de la mère et nota que, bien que la législation de protection des mineurs ait pour but la réintégration de ces derniers dans leur famille biologique, cette question prioritaire n'avait aucunement été examinée par l'autorité publique. Elle rappela qu'il y avait d'autres types d'accueil pour protéger les mineurs en dehors de l'accueil préadoptif et que, l'adoption ne pouvant pas avoir lieu sans l'assentiment de la requérante, il fallait adopter des mesures

positives susceptibles de faciliter la réinsertion du mineur dans sa famille d'origine. Elle rejeta toutefois la demande de la requérante tendant à ce que la garde de son fils lui fût rendue.

15. La DGFE du gouvernement de Navarre forma un pourvoi en cassation devant la chambre civile du Tribunal suprême. Ce pourvoi fut déclaré irrecevable par une décision du 4 juin 2013.

16. Un rapport élaboré par une psychologue et une travailleuse sociale en date du 6 septembre 2013 fit état du manque d'aptitudes parentales de la requérante pour faire face aux besoins psychologiques du mineur ainsi que de l'absence de possibilités pour la requérante d'offrir à l'enfant un environnement familial. Le rapport nota que la requérante avait obtenu un titre de séjour temporaire et un permis de travail, qu'elle bénéficiait d'un programme d'aide à l'intégration sociale et de diverses formations et que, dans le contexte de ce programme, elle s'était vu proposer un contrat de six mois renouvelable dans le cadre duquel elle effectuait des travaux de couture.

17. Compte tenu de l'arrêt susmentionné, par une décision du 3 février 2014, le juge de première instance annula la mesure d'accueil familial préadoptif.

III. Procedure en demande de droit de visite de l'enfant

18. À la suite de l'annulation de la mesure d'accueil familial préadoptif, les 6 et 7 mars 2014 et conformément à l'arrêt du 10 février 2012 (paragraphe 14 ci-dessus), la requérante demanda à l'administration de l'autoriser à rendre visite à son fils. Face au silence de l'administration, elle forma un recours judiciaire contre la non-reconnaissance de son droit de rendre visite à son fils.

19. Par un jugement du 15 juin 2015, le juge de première instance reconnut le droit de la requérante de rendre visite à son fils, une heure par mois, dans le cadre de rencontres supervisées dans un point de rassemblement familial géré par l'administration. Pour parvenir à cette conclusion, le juge prit en compte ce qui suit:

"(...) Cinquièmement: (...) la dernière évaluation psycho-sociale de [la requérante] eut lieu en septembre 2013. Près de deux ans se sont donc écoulés, pendant lesquels les circonstances personnelles, psychologiques et sociales de [la requérante] ont pu changer, (...) selon le témoignage de Mme M.J.E., technicienne d'intégration sociale ayant accompagné la requérante dans son évolution de fin 2008 (...) à aujourd'hui. Mme M.J.E. a expliqué (...) que [la requérante] s'était vu octroyer un titre de séjour en Espagne, qu'elle avait suivi des formations professionnelles et académiques, qu'elle avait obtenu divers contrats de travail et qu'elle avait appris à parler, à lire et à écrire en espagnol. Partant, afin de pouvoir affirmer l'existence d'un pronostic négatif quant à la possibilité pour la requérante de récupérer son fils, il conviendrait de réaliser au moins un nouvel examen psychosocial de l'intéressée.

(...)

Sixièmement: effets portant préjudice au développement du mineur.

(...) les faits que nous examinons aujourd'hui (...) découlent d'une façon de procéder peu diligente des services sociaux. Un processus de récupération [par la requérante] (...) d'une durée de six mois à compter du 19 février 2009 avait été établi. Toutefois, [trois mois plus tard], le processus de récupération fut abandonné et l'accueil préadoptif fut constitué.

(...) Mme M.J.E., technicienne d'intégration sociale ayant accompagné [la requérante] dans son évolution, indiqua que les services sociaux n'avaient pas contacté [la requérante] pour travailler avec elle (...).

(...) Nous ne pouvons pas refuser à une mère le droit de voir son enfant en raison d'un possible (et non probable) effet négatif pour le mineur, parce qu'il n'y a pas de motif suffisant dans cette affaire pour rompre ce lien affectif naturel, compte tenu du fait que c'était l'administration elle-même qui avait généré cette situation désagréable. Il faut en outre souligner que les effets négatifs éventuels mentionnés par les expertes relèvent de la pure spéculation et ne peuvent pas être soutenus fermement, dans la mesure où [ces expertes] n'ont pas examiné toutes les parties affectées: Mme C. [psychologue] n'a pas analysé le mineur et Mme P. [psychologue] n'a jamais rencontré la requérante. (...)".

IV. Procédure d'adoption

20. Entretemps, par des décisions des 26 juin et 2 juillet 2014, le juge de première instance rejeta de nouvelles demandes de la DGFE du gouvernement de Navarre tendant à l'accueil préadoptif du mineur par sa famille d'accueil et l'adoption de ce dernier au motif que la mère n'avait pas donné son consentement et que celui-ci était nécessaire pour mettre en œuvre lesdites mesures, conformément à l'arrêt rendu le 10 février 2012 par l'Audiencia provincial et confirmé par le Tribunal suprême.

21. L'administration fit appel de ces décisions.

22. Dans un rapport du 11 septembre 2014, la DGFE, tout en prenant note de l'amélioration de la situation d'exclusion sociale de la requérante, constata les liens du mineur avec sa famille d'accueil, avec laquelle il vivait depuis 5 ans, et qui permettait son développement adéquat et son évolution favorable. Un rapport psycho-évolutif du mineur daté du 1er décembre 2014 indiquait qu'un nouveau lien affectif du mineur avec sa mère biologique pourrait ne pas constituer un lien sûr et donner lieu, en raison de son instabilité, à des troubles émotionnels pouvant affecter le développement correct de l'enfant.

23. Par une décision du 28 octobre 2015, l'Audiencia provincial infirma son précédent arrêt et, interprétant l'article 177 du code civil (paragraphe 26 ci-dessous) autorisa l'adoption du fils de la requérante en dépit de l'absence de consentement de la mère biologique et de l'avis contraire du procureur. Se référant à la jurisprudence du Tribunal suprême et aux traités internationaux tels que la Convention relative aux droits de l'enfant des Nations Unies, l'Audiencia provincial considéra que l'absence de consentement de la mère biologique n'était pas un obstacle à l'autorisation par le juge de l'adoption si celle-ci était conforme à l'intérêt du mineur. Elle estima que, dans cette affaire, l'adoption était dans l'intérêt de l'enfant pour deux raisons: 1) l'enfant, âgé de 7 ans, habitait dans sa famille d'accueil pratiquement depuis sa naissance; 2) la mère n'avait pas toutes les compétences parentales requises. L'Audiencia provincial conclut ce qui suit:

"(...) la meilleure façon de protéger [le mineur] est de le maintenir dans [sa] famille [d'accueil] qui est la seule qu'il connaisse (dans la mesure où il n'a aucun lien avec sa mère biologique, qui est une étrangère pour lui, et qu'il ne connaît même pas), avec des parents avec lesquels il a des liens d'affectivité, et dont la séparation d'avec celle-ci pourrait avoir de graves conséquences sur son intégrité psychique".

L'Audiencia provincial nota toutefois dans sa décision ce qui suit:

"Toutefois il est opportun de signaler la possibilité, conformément à l'article 178 du code civil, suite à la modification opérée par la loi n° 267/2015 du 28 juillet 2015 portant réforme du système de protection de l'enfance et de l'adolescence, d'adopter à l'avenir, s'il en est ainsi estimé souhaitable et si les conditions légales sont remplies, et toujours dans l'intérêt supérieur du mineur, une quelconque forme de relation ou de contact au travers de visites ou de communications avec la mère biologique."

24. La requérante saisit le Tribunal constitutionnel d'un recours d'amparo, qui fut déclaré irrecevable le 12 septembre 2016 comme étant dépourvu de l'importance constitutionnelle spéciale requise par l'article 50 § 1 b) de la loi organique sur le Tribunal constitutionnel.

Le cadre juridique interne pertinent

25. Les dispositions pertinentes en l'espèce de la Constitution disposent ce qui suit:

Article 10

"1. La dignité de la personne, les droits inviolables qui lui sont inhérents, le libre développement de la personnalité, le respect de la loi et des droits d'autrui sont le fondement de l'ordre politique et de la paix sociale.

2. Les normes relatives aux droits fondamentaux et aux libertés que reconnaît la Constitution sont interprétées selon la Déclaration universelle des droits de l'homme et les traités et accords internationaux en la matière ratifiés par l'Espagne."

Article 18 § 1

"1. Le droit à l'honneur, à la vie privée et familiale et à l'image est garanti.

(...)"

26. Les dispositions pertinentes en l'espèce du code civil disposent ce qui suit:

Article 170

"Le père ou la mère peuvent être privés totalement ou partiellement de leur autorité parentale par un jugement fondé sur le non-respect des devoirs inhérents à ladite autorité ou rendu dans une procédure pénale ou matrimoniale.

Les tribunaux peuvent, pour le bénéfice et dans l'intérêt de l'enfant, rendre l'autorité parentale lorsque la raison qui en a motivé la privation a cessé d'exister."

Article 177

"1. Le ou les adoptants et l'adopté de plus de douze ans doivent consentir à l'adoption en présence du juge.

2. Doivent consentir à l'adoption:

(...)

Les parents de l'adopté qui n'est pas émancipé, sauf s'ils ont été privés de l'autorité parentale par un juge-

ment définitif ou si des motifs légaux [justifient] cette privation. Cette situation ne peut être évaluée que dans le cadre d'une procédure judiciaire contradictoire qui doit être menée conformément au code de procédure civile.

L'assentiment ne sera pas requis lorsque ceux qui doivent le fournir ne sont pas en mesure de le faire, ce qui sera apprécié de manière motivée dans la décision judiciaire constituant l'adoption.

L'assentiment des parents dont les droits parentaux ont été suspendus n'est pas non plus requis lorsque deux ans se sont écoulés depuis la notification de la déclaration d'abandon, aux termes de l'article 172 § 2, sans qu'il y ait eu opposition à celle-ci, ou lorsque [l'opposition] a été rejetée dans le délai imparti.

(...)."

Article 178

"1. L'adoption entraîne l'extinction des liens juridiques entre l'adopté et sa famille d'origine.

(...)

4. Lorsque l'intérêt du mineur le justifie, en raison de sa situation familiale, de son âge ou de toute autre circonstance significative appréciée par l'entité publique, il peut être décidé de maintenir une quelconque forme de relation ou de contact au travers de visites ou de communications entre le mineur, des membres de sa famille d'origine et la famille adoptive, en favorisant notamment, lorsque cela est possible, la relation entre les frères et sœurs biologiques.

Dans ces cas, le juge, lors de la constitution de l'adoption, peut décider de maintenir cette relation, fixant sa périodicité, sa durée et ses conditions, sur proposition de l'entité publique ou du ministère public et avec le consentement de la famille adoptive et de l'adopté s'il est suffisamment mûr et dans tous les cas s'il a plus de douze ans. En tout état de cause, l'adopté de moins de douze ans est entendu en fonction de son âge et de sa maturité. Si nécessaire, cette relation sera mise en place par l'intermédiaire de l'entité publique ou des entités accréditées à cette fin. Le juge peut également accepter de modifier ou de mettre fin à l'adoption dans l'intérêt supérieur de l'enfant. L'entité publique enverra au juge des rapports périodiques sur le développement des visites et des communications, ainsi que des propositions pour leur maintien ou leur modification pendant les deux premières années, et, après cette période, à la demande du juge.

L'entité publique, la famille adoptive, la famille d'origine et l'enfant ont le droit de demander la suspension ou la suppression de ces visites ou communications si l'enfant est suffisamment mûr et, en tout cas, s'il a plus de douze ans.

Dans la déclaration d'aptitude, il doit être indiqué si les personnes qui souhaitent adopter accepteraient d'adopter un mineur qui maintiendrait une relation avec sa famille d'origine."

27. Les parties pertinentes du Préambule de la loi no 267/2015 du 28 juillet 2015 portant réforme du système de protection de l'enfance et de l'adolescence disposent ce qui suit:

"(...) L'article 172 ter prévoit la priorité de l'accueil familial sur l'accueil résidentiel ainsi que la possibilité d'accorder, par les entités publiques, des séjours, des sorties le week-end ou des vacances avec des familles, qu'il s'agisse de familles biologiques ou de familles d'accueil,

(...)

L'article 178 inclut, comme nouveauté importante, la possibilité de maintenir, bien que les liens juridiques entre l'adopté et sa famille d'origine s'éteignent lors de la constitution de l'adoption, une certaine forme de relation ou de contact par le biais de visites ou de communications, ce qui peut s'appeler une adoption ouverte. Pour cela, il est nécessaire que, dans la décision de constitution de l'adoption, le juge en décide ainsi, sur proposition de l'entité publique, après une évaluation positive dans l'intérêt du mineur par les professionnels de l'entité publique, et avec le consentement de la famille adoptive et du mineur s'il est suffisamment mûr et dans tous les cas s'il a plus de douze ans (...).

Il s'agit d'une situation prévue avec une ampleur et un contenu différents dans la législation de divers pays, comme les États-Unis d'Amérique, la Grande-Bretagne, l'Autriche, le Canada ou la Nouvelle-Zélande. Dans certains cas, elle est configurée comme "un accord privé entre les parties", avec la supervision et le soutien des entités publiques et, dans d'autres, elle doit être confirmée par un juge, qui sera chargé de décider de son éventuelle modification ou résiliation. Ce dernier cas est le modèle prévu par la présente loi."

En droit

I. Sur la violation alléguée de l'article 8 de la Convention

28. La requérante reproche à l'administration de n'avoir pris aucune mesure pour favoriser la relation entre son fils et elle, sa mère biologique, lors de la décision de la prise en charge de l'enfant et tout au long de la procédure, et ce en méconnaissance des décisions des juridictions internes. Elle allègue une violation des obligations positives de l'État découlant de l'article 8 de la Convention. Cette disposition est libellée comme suit:

"1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire (...) à la protection des droits et libertés d'autrui."

A. Sur la recevabilité

29. Le Gouvernement excipe du non-épuisement des voies des recours internes, arguant que la requérante n'a pas attaqué la décision qui a déclaré légalement l'abandon de son fils. Il soutient que l'intéressée n'a pas non plus tenté de récupérer l'autorité parentale en démontrant devant le juge qu'elle remplissait les conditions demandées.

30. La requérante rappelle que la décision légale d'abandon de son enfant a résulté de ses propres actions lorsqu'elle a elle-même demandé à l'administration de subvenir à ses besoins et à ceux de son fils. Elle ajoute que la déclaration d'abandon n'a impliqué qu'une suspension et non la perte de l'autorité parentale. Il n'y a avait donc pas de raison, selon elle, d'attaquer la déclaration d'abandon ni la perte d'autorité parentale car, d'une part, elle ne l'aurait pas perdue et, d'autre part, il aurait appartenu à l'administration, et non à elle-même, de démontrer qu'il existait un motif justifiant la perte de l'autorité parentale.

31. La Cour relève que la requérante s'est plainte de la procédure d'adoption de son fils, arguant que celle-ci avait été entamée sans son consentement, et note que l'intéressée a obtenu gain de cause concernant la question de l'autorité parentale. L'Audiencia provincial a, en effet, confirmé dans son arrêt du 10 février 2012 (paragraphe 14 ci-dessus) que la requérante n'avait pas été déchue de son autorité parentale et que son consentement était légalement requis pour l'adoption. Concernant la déclaration légale d'abandon de son enfant, la Cour observe que c'est la requérante elle-même qui l'a voulue dans la mesure où elle ne pouvait pas subvenir aux besoins du nouveau-né, et qu'elle a demandé que l'administration en assume sa garde. Les arguments soulevés par le Gouvernement ne sauraient donc entrer en ligne de compte.

32. En conséquence, la Cour rejette l'exception de non-épuisement des voies de recours internes formulée par le Gouvernement.

33. Constatant que la requête n'est pas manifestement mal fondée ni irrecevable pour un autre motif visé à l'article 35 de la Convention, la Cour la déclare recevable.

B. Sur le fond

1. Thèses des parties

34. La requérante estime que, si la mise sous tutelle de son fils par l'administration a pu être la meilleure solution en réponse à sa situation de détresse au moment de la naissance de l'enfant, aucun effort n'a toutefois été fait par l'administration de Navarre par la suite pour lui permettre de récupérer son fils. Elle soutient qu'elle n'a été interrogée par la DGFE du gouvernement de Navarre qu'en 2013, soit quatre ans après le placement de son fils en accueil préadoptif et suite à l'arrêt de l'Audiencia provincial. Ce dernier avait annulé la mesure au motif que le consentement de la requérante était requis pour l'adoption de son enfant. La requérante rappelle qu'elle avait obtenu une carte de séjour et un permis de travail, ce qui démontrerait qu'elle ne se trouvait plus dans la situation d'exclusion dans laquelle elle avait été au début de la procédure, lors de la naissance de son fils. Selon elle, cette amélioration importante de sa situation personnelle n'a toutefois pas été prise en compte. La requérante prie la Cour de conclure à la violation de l'article 8 de la Convention.

35. Le Gouvernement soutient, pour sa part, que le processus décisionnel interne a été équitable et propre à préserver le juste équilibre entre le droit à la vie familiale de la requérante et du mineur. Il estime que les autorités judiciaires internes sont mieux placées pour apprécier dans quelle mesure l'intérêt supérieur de l'enfant doit primer sur celui des parents biologiques et qu'elles ont assuré le juste équilibre entre ces intérêts en jeu en permettant à la requérante de rester en contact avec son fils, et en octroyant au mineur une situation de sécurité juridique au sein de sa famille d'accueil, dont l'environnement aurait été favorable à ses besoins et à son développement. Le Gouvernement estime par conséquent qu'il n'y a pas eu violation de l'article 8 de la Convention en l'espèce.

2. Appréciation de la Cour

a) Principes généraux relatifs aux obligations positives qui incombent à l'État défendeur en vertu de l'article 8 de la Convention

36. La Cour rappelle que, pour un parent et son enfant, être ensemble représente un élément fondamental de la vie familiale (Buscemi c. Italie, no 29569/95, § 53, CEDH 1999-VI, Saleck Bardi c. Espagne, no 66167/09, §§ 49 et 50, 24 mai 2011, et R.M.S. c. Espagne, no 28775/12, § 68, 18 juin 2013) et que des mesures internes qui les en empêchent constituent une ingérence dans le droit protégé par l'article 8 de la Convention (K. et T. c. Finlande [GC], no 25702/94, § 151, CEDH 2001-VII, et Barnea et Caldararu c. Italie, no 37931/15, § 63, 22 juin 2017).

37. Comme la Cour l'a indiqué à plusieurs reprises, l'article 8 de la Convention a essentiellement pour objet de prémunir l'individu contre les ingérences arbitraires des autorités publiques; il ne se contente toutefois pas de commander à l'État de s'abstenir de pareilles ingérences. En effet, si les décisions prises par l'autorité responsable aboutissant au placement d'un enfant dans un centre d'accueil s'analysent en des ingérences dans le droit d'un parent au respect de sa vie familiale (W. c. Royaume-Uni, 8 juillet 1987, § 59, série A no 121), les obligations positives inhérentes à un respect effectif de la vie privée ou familiale peuvent impliquer l'adoption de mesures visant au respect de la vie familiale jusque dans les relations des individus entre eux (X et Y c. Pays-Bas, 26 mars 1985, § 23, série A no 91, et Mincheva c. Bulgarie, no 21558/03, § 81, 2 septembre 2010). La Cour rappelle que les principes applicables à l'appréciation des obligations positives incombant à un État au titre de l'article 8 sont comparables à ceux régissant l'appréciation de ses obligations négatives. Dans un cas comme dans l'autre, il faut avoir égard au juste équilibre à ménager entre les intérêts concurrents – ceux de l'enfant, ceux des deux parents et ceux de l'ordre public (Hämäläinen c. Finlande [GC], no 37359/09, § 65, CEDH 2014; Maumousseau et Washington c. France, no 39388/05, § 62, 6 décembre 2007), en attachant toutefois une importance déterminante à l'intérêt supérieur de l'enfant (voir, dans ce sens, Strand Lobben et autres c. Norvège [GC], no 37283/13, § 206, 10 septembre 2019, Sommerfeld c. Allemagne [GC], no 31871/96, § 64, CEDH 2003 VIII (extraits), qui, selon sa nature et sa gravité, peut l'emporter sur celui des parents (Sahin c. Allemagne [GC], no 30943/96, § 66, CEDH 2003-VIII, Scozzari et Giunta c. Italie [GC], nos 39221/98 et 41963/98, § 169, CEDH 2000 VIII, Elsholz c. Allemagne [GC], no 25735/94, § 50, CEDH 2000 VIII). Dans les affaires dans lesquelles sont en jeu des questions de placement d'enfants et de restrictions du droit de visite, l'intérêt de l'enfant doit passer avant toute autre considération (Strand Lobben et autres, précité, § 204).

38. En même temps, il y a lieu de noter que la recherche de l'unité familiale et celle de la réunion de la famille en cas de séparation constituent des considérations inhérentes au droit au respect de la vie familiale garanti par l'article 8 de la Convention. Par conséquent, toute autorité publique qui ordonnerait une prise en charge ayant pour effet de restreindre la vie de famille est tenue par l'obligation positive de prendre des mesures afin de faciliter la réunion de la famille dès que cela sera vraiment possible (Strand Lobben et autres, précité, § 205, et K. et T. c. Finlande, précité, § 178) mais cette obligation doit toujours être mise en balance avec le devoir de considérer l'intérêt supérieur de l'enfant (Strand Lobben et autres, précité, § 208). À cet égard et s'agissant de l'obligation pour l'État de prendre des mesures positives, la Cour a affirmé à maintes reprises que l'article 8 de la Convention implique le droit d'un parent à des mesures propres à le réunir avec son enfant et l'obligation pour les autorités nationales de les prendre (voir, par exemple, Eriksson c. Suède, 22 juin 1989, § 71, série A no 156, Olsson c. Suède (no 2), 27 novembre 1992, § 90, série A no 250, Haddad c. Espagne, no 16572/17, § 64, 18 juin 2019, et Zelikha Magomadova c. Russie, no 58724/14, § 107, 8 octobre 2019). Le point décisif consiste à savoir si, en l'espèce, les autorités nationales ont pris, pour faciliter les visites entre le parent et l'enfant, toutes les mesures nécessaires que l'on pouvait raisonnablement exiger d'elles (Nuutinen c. Finlande, no 32842/96, § 128, CEDH 2000 VIII).

39. L'obligation positive susmentionnée de prendre des mesures afin de faciliter la réunion de la famille dès que cela sera vraiment possible s'impose aux autorités compétentes dès le début de la période de prise en charge et avec de plus en plus de force, mais doit toujours être mise en balance avec le devoir de considérer l'intérêt supérieur de l'enfant Strand Lobben et autres, § 208 et Zelikha Magomadova, § 107, précités). Dans ce genre d'affaires, le caractère adéquat d'une mesure se juge à la rapidité de sa mise en œuvre, car le passage du temps peut avoir des conséquences irrémédiables sur les relations entre l'enfant et le parent qui ne vit pas avec lui (Maumousseau et Washington, précité, § 83, et S.H. c. Italie, no 52557/14, § 42, 13 octobre 2015). Les liens entre les membres d'une famille et les chances de regroupement réussi se trouveront par la force des choses certainement affaiblis si l'on dresse des obstacles empêchant des rencontres faciles et régulières des intéressés (Scozzari et Giunta, précité, § 174, et Olsson c. Suède (no 1), 24 mars 1988, § 81, série A no 130, Strand Lobben et autres, précité, § 208). La décision de prise en charge d'un enfant doit en principe être considérée comme une mesure temporaire, à suspendre dès que les circonstances s'y

prêtent, et tout acte d'exécution doit concorder avec un but ultime: unir à nouveau le parent par le sang et l'enfant (K. et T. c. Finlande, précité, § 178, Saviny c. Ukraine, précité, § 52, et V.D. et autres c. Russie, précité, § 117). Lorsqu'une période de temps considérable s'est écoulée depuis que l'enfant a été placé pour la première fois sous assistance, l'intérêt qu'a l'enfant à ne pas voir sa situation familiale de facto changer de nouveau peut l'emporter sur l'intérêt des parents à la réunion de leur famille (K. et T. c. Finlande, précité, § 155). De plus, un retard dans la procédure risque toujours en pareil cas de trancher le litige par un fait accompli avant même que le tribunal ait entendu la cause. Or un respect effectif de la vie familiale commande que les relations futures entre parent et enfant se règlent sur la seule base de l'ensemble des éléments pertinents, et non par le simple écoulement du temps (W. c. Royaume-Uni, précité, § 65).

40. La Cour reconnaît que les autorités jouissent d'une grande latitude pour apprécier la nécessité de prendre en charge un enfant, mais cette marge n'est toutefois pas illimitée. Il faut exercer un contrôle plus rigoureux à la fois sur les restrictions supplémentaires, comme celles apportées par les autorités aux droits et aux visites des parents, et sur les garanties destinées à assurer la protection effective du droit des parents et enfants au respect de leur vie familiale (K. et T. c. Finlande, précité, § 155, Haddad, précité, § 54, et Strand Lobben et autres, précité, § 211).

41. La question de savoir si le processus décisionnel a suffisamment protégé les intérêts d'un parent dépend des circonstances propres à chaque affaire (W. c. Royaume-Uni, précité, § 64, Elsholz c. Allemagne [GC], no 25735/94, § 52, CEDH 2000 VIII et Strand Lobben et autres, précité, § 213). Pour répondre à cette question, la Cour doit vérifier si les juridictions nationales se sont livrées à un examen approfondi de l'ensemble de la situation familiale et de toute une série d'éléments, d'ordre factuel, affectif, psychologique, matériel et médical notamment, et si elles ont procédé à une appréciation équilibrée et raisonnable des intérêts respectifs (voir, mutatis mutandis, Neulinger et Shuruk, précité, § 139).

42. Il appartient à chaque État contractant de se doter d'un arsenal juridique adéquat et suffisant pour assurer le respect des obligations positives qui lui incombent en vertu de l'article 8 de la Convention et à la Cour de rechercher si, dans l'application et l'interprétation des dispositions légales applicables, les autorités internes ont respecté les garanties de l'article 8 de la Convention, en tenant notamment compte de l'intérêt supérieur de l'enfant (voir, mutatis mutandis, Neulinger et Shuruk, précité, § 141, K.A.B. c. Espagne, no 59819/08, § 115, 10 avril 2012, et R.M.S. c. Espagne, précité, § 72).

43. La Cour n'a toutefois pas pour tâche de se substituer aux autorités internes dans l'exercice de leurs responsabilités en matière de réglementation des questions de prise en charge d'enfants par l'autorité publique et des droits des parents dont les enfants ont été ainsi placés, mais de contrôler sous l'angle de la Convention les décisions qu'elles ont rendues dans l'exercice de leur pouvoir d'appréciation (voir, par exemple, K. et T. c. Finlande, précité, § 154).

b) Application en l'espèce des principes susmentionnés

44. Les parties ne contestent pas, et la Cour estime établi de manière non équivoque, que les décisions litigieuses prononcées au cours des procédures administratives et judiciaires ayant abouti à l'adoption de l'enfant de la requérante s'analysent en une ingérence dans l'exercice par cette dernière du droit au respect de la vie privée et familiale tant de la requérante que de son enfant biologique, tel que garanti par le paragraphe premier de l'article 8 de la Convention. Il n'est par ailleurs pas contesté non plus que cette ingérence était prévue par la loi, à savoir le code civil dans ses articles 170 et suivants (paragraphe 26 ci-dessus; voir, toutefois, les paragraphes 12 à 14 ci-dessus quant à l'application de ces articles en l'espèce et à l'évolution de la jurisprudence à cet égard) et la loi n° 267/2015 du 28 juillet 2015 portant réforme du système de protection de l'enfance et de l'adolescence (dont référence est faite au paragraphe 23 ci-dessus), et qu'elles poursuivaient des buts légitimes, à savoir la "protection des droits et libertés" de l'enfant. Cette ingérence remplissait donc deux des trois conditions visées à l'article 8 § 2 de la Convention. Reste toutefois la question de savoir si l'ingérence était "nécessaire dans une société démocratique".

45. La Cour relève que, le 4 février 2009, le fils de la requérante, âgé à l'époque d'un peu moins de deux mois, a été placé dans un centre d'accueil à Pampelune, à la demande de sa mère, et déclaré en situation légale d'abandon (paragraphes 4 et 5 ci-dessus). Il a ensuite été placé en accueil familial préadoptif dans une famille d'accueil.

46. Dans une affaire comme celle de l'espèce, le juge se trouve en présence d'intérêts souvent difficilement conciliables, à savoir ceux de l'enfant, ceux de ses parents biologiques et ceux de la famille d'accueil préadoptif et ultérieurement d'adoption. Dans la recherche de l'équilibre entre ces différents intérêts, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale (voir, entre autres, Moretti et Benedetti c. Italie, no 16318/07, § 67, 27 avril 2010).

47. La Cour observe que, en l'espèce, les autorités administratives ont motivé leurs décisions concluant à la nécessité de l'accueil familial préadoptif du fils de la requérante en se référant à l'absence de ressources des parents de l'enfant, qui se trouvaient en situation irrégulière et sans emploi ni logement stable, à la situation de crise et de conflit qui aurait existé entre la requérante et le père de l'enfant et au sentiment ambivalent de la mère à l'égard de son bébé (paragraphe 5 ci-dessus). La Cour note que, bien que l'autorité parentale de la requérante fût suspendue au moment de la mise sous tutelle de son enfant par l'administration, le régime des visites était toutefois maintenu.

48. La Cour observe également que les autorités administratives avaient envisagé que l'enfant puisse réintégrer sa famille biologique pour autant que le parent prenant en charge l'enfant réalise certains objectifs tendant à assurer les soins nécessaires au développement normal de l'enfant ainsi qu'à obtenir des conditions socio-économiques et un mode de vie compatible avec les soins requis par l'enfant, et cela avec l'assistance, l'appui et l'encadrement du service social de base/unité de quartier (paragraphe 6 ci-dessus). Elle note toutefois qu'à aucun moment de la procédure administrative avant l'arrêt rendu le 10 février 2012 par l'Audiencia provincial de Navarre (paragraphe 14 ci-dessus) n'a eu lieu une évaluation de l'assistance menée par ce service, laissant à la seule charge de la requérante les efforts à réaliser afin de parvenir à accomplir les objectifs mentionnés. Ce n'est que dans le rapport du 6 septembre 2013 que cette évaluation a été réalisée (paragraphe 16 ci-dessus), et cela après, comme la requérante elle-même le souligne, que l'arrêt susvisé empêchant l'adoption de l'enfant fût rendu.

49. La Cour observe en outre que la décision de la commission d'évaluation du gouvernement de Navarre de proposer la mise en œuvre de l'accueil familial préadoptif de l'enfant est intervenue le 25 mars 2009, à peine vingt jours après que la requérante ait été informée, par lettre du 6 mars 2009, que son fils serait placé dans une famille d'accueil et qu'elle se verrait octroyer un délai de six mois pour réaliser des objectifs tendant au retour de son enfant auprès d'elle (paragraphe 7 ci-dessus). La décision prenait note que la requérante insistait sur ce que l'accueil familial préadoptif de son enfant ne devait pas la priver de contacts avec lui. La Cour constate que l'intéressée en a toutefois été privée par la décision du 8 mai 2009 de la DGFE, qui a également décidé de proposer au juge, le 25 mai 2009, soit bien avant le délai de six mois fixé dans la lettre du 6 mars 2009, de la déchoir de son autorité parentale afin de pouvoir déclarer l'adoption du mineur sans le consentement de sa mère.

50. La Cour note que la requérante a maintenu, malgré ses défaillances personnelles et professionnelles et son manque d'aptitude parentale selon les rapports de la DGFE, tout au long des différentes procédures entamées par elle-même ou dont elle a fait l'objet, son opposition ferme à la privation, préconisée par la DGFE, tant de son droit de visite que de son autorité parentale. Elle constate que la DGFE a soutenu dans son rapport du 22 septembre 2009 qu'à supposer même que la requérante parvînt à remplir ces conditions, le retour de l'enfant auprès de sa mère biologique ne serait plus possible, en raison du passage du temps (paragraphe 11 ci-dessus).

51. La Cour note que le juge de première instance de Pampelune a rejeté l'opposition de la requérante et estimé que l'adoption pouvait avoir lieu malgré l'absence de consentement de celle-ci, alors que la requérante n'avait pas été déchue de son autorité parentale, seul motif pour lequel le consentement de la mère biologique pouvait être écarté dans la procédure d'adoption. La loi exige par ailleurs, pour que la déchéance d'autorité parentale puisse être décidée, une procédure judiciaire contradictoire, ce qui n'avait pas été le cas en l'espèce. Aucun motif grave n'avait par ailleurs été invoqué à cet égard (voir, à ce sujet, Zelikha Magomadova, précité, § 101). Le jugement de première instance a donc été annulé par l'arrêt rendu en appel (paragraphe 14 ci-dessus) et le juge de première instance s'est vu contraint d'annuler, par une décision du 3 février 2014, la mesure d'accueil familial préadoptif susmentionné. En effet, l'Audiencia provincial avait conclu que la requérante, n'ayant pas été déchue de son autorité parentale, devait nécessairement donner son accord pour que l'adoption puisse avoir lieu (paragraphes 14-17 ci-dessus).

52. La Cour relève que, en ce qui concerne l'aptitude parentale de la requérante, l'Audiencia provincial a indiqué dans son arrêt du 10 février 2012 qu'il n'existait aucun rapport psychologique faisant état d'une absence d'affection de la mère pour son fils et a souligné que la pauvreté ne pouvait pas être le motif principal invoqué pour priver une mère de ses droits et obligations. L'Audiencia provincial a estimé que, bien que la législation relative à la protection des mineurs ait pour but la réintégration de ces derniers dans leur famille biologique, cette question prioritaire n'avait aucunement été examinée par l'autorité publique (paragraphe 14 ci-dessus).

53. La Cour est pleinement consciente de l'intérêt prépondérant de l'enfant dans le processus décisionnel. Le processus qui a abouti à l'autorisation de l'adoption en l'espèce révèle toutefois que les autorités internes n'ont pas cherché à se livrer à un véritable exercice de mise en balance entre les intérêts de l'enfant et ceux de sa mère biologique mais qu'elles

se sont concentrées sur les intérêts de l'enfant au lieu de s'efforcer de concilier les deux ensembles d'intérêts en jeu, et que, de surcroît, elles n'ont pas sérieusement envisagé la possibilité de réunion de l'enfant et de sa mère biologique malgré la teneur de la lettre reçue le 6 mars 2009 (paragraphe 6 ci-dessus) et l'insistance de la requérante tout au long des différentes procédures ayant finalement abouti à l'adoption de son fils. Dans ce contexte, la Cour n'est pas convaincue que les autorités internes compétentes aient dûment pris en compte les efforts entrepris par la requérante pour régulariser et stabiliser sa situation. À cet égard, la décision du juge de première instance (paragraphe 12 ci-dessus) s'appuyant dans une large mesure sur le manque d'aptitudes parentales de la requérante et la base factuelle à l'origine de cette appréciation font apparaitre plusieurs insuffisances dans le processus décisionnel, tel que l'a relevé l'Audiencia provincial aux paragraphes 14 ci-dessus et 56 ci-dessous. Par ailleurs, la requérante a peiné par son insistance et la cohérence de ses demandes pour que son droit à rendre visite à son fils soit finalement reconnu par le juge de première instance dans le cadre de rencontres supervisées, dans un point de rassemblement familial géré par l'administration malgré l'opposition de cette dernière (paragraphe 19 ci-dessus).

54. De plus, la Cour estime qu'il est significatif qu'aucune visite mère-fils n'ait eu lieu depuis l'accueil de l'enfant dans sa famille d'accueil le 18 mai 2009 alors que le droit de visite de la requérante lui avait été expressément reconnu par l'administration le 4 février 2009. Au contraire, ce droit lui fut retiré par cette dernière le 8 mai 2009 sans qu'aucune expertise psychologique de l'intéressée n'ait été produite pour démontrer le prétendu manque d'aptitude parentale de cette dernière. Pour la Cour, ceci a considérablement restreint l'appréciation factuelle de l'évolution de la situation de la requérante et de ses aptitudes parentales à l'époque considérée. Si des visites n'ont pas eu lieu au début du placement de l'enfant de la requérante, celles-ci n'ont pas non plus eu lieu par la suite, malgré le jugement du juge de première instance du 15 juin 2015 auquel référence est faite dans le paragraphe précédent qui se prononçait expressément sur cette question et auquel l'administration a passé outre.

55. La Cour rappelle que, dans les affaires touchant la vie familiale, la rupture du contact avec un enfant très jeune peut conduire à une altération croissante de sa relation avec son parent (voir, entre autres, Pini et autres c. Roumanie, nos 78028/01 et 78030/01, § 175, CEDH 2004 V (extraits), et K.A.B. c. Espagne, précité, § 103). Il en va ainsi dans la présente affaire. Elle note qu'un rapport de la DGFE du 11 septembre 2014 a constaté les liens de l'enfant de la requérante avec sa famille d'accueil, avec laquelle il vivait depuis plus de 5 ans et qui permettait son développement adéquat et son évolution favorable (paragraphe 14 ci-dessus).

56. Le passage du temps a donc eu pour effet de rendre définitive une situation qui était censée être provisoire, compte tenu du très jeune âge de l'enfant lorsque la situation légale d'abandon a été constatée et que la mise sous tutelle est intervenue (paragraphes 4, 5 et, concernant les principes applicables en l'espèce, 39 ci-dessus). Le 28 octobre 2015, l'Audiencia provincial a ainsi autorisé l'adoption du fils de la requérante en dépit de l'absence de consentement de cette dernière et en raison de l'intérêt du mineur au motif que l'enfant habitait dans sa famille d'accueil pratiquement depuis sa naissance et que sa mère n'avait pas toutes les compétences parentales requises (paragraphe 23 ci-dessus). La Cour tient à souligner à cet égard que les juridictions internes ont repris et réitéré l'affirmation relative au prétendu manque de compétences parentales de la requérante sans toutefois procéder à des expertises indépendantes qui auraient pu faire état d'une éventuelle évolution à cet égard depuis le début de la procédure (voir, pour ce qui est du retrait du droit de visites de la requérante à son enfant, le paragraphe 54 ci-dessus).

57. Tout en reconnaissant qu'en l'espèce les juridictions internes se sont appliquées de bonne foi à préserver le bien-être du mineur, la Cour constate de graves manques de diligence dans la procédure menée par les autorités responsables de la tutelle, du placement de l'enfant et de son adoption (K.A.B. c. Espagne, précité, § 104) ainsi que par certaines juridictions de première instance à cet égard (paragraphe 12 ci-dessus), et notamment une inertie de ces dernières dans la prise en compte des conclusions des rapports élaborés et des décisions prises par les différents organes de l'administration intervenus tout au long de l'examen de affaire. La Cour note, en outre, que le Gouvernement n'a pas démontré que des suites aient été données à la décision de l'Audiencia provincial du 28 octobre 2015 selon laquelle une possibilité d'une "forme de relation ou de contact au travers de visites ou de communications avec la mère biologique" pouvait être explorée si cela devait correspondre à l'intérêt supérieur du mineur (paragraphe 23 ci-dessus).

58. Dans les circonstances de l'espèce, on peut certes comprendre que l'enfant de la requérante ait été placé sous tutelle de l'administration puisque c'était sa propre mère qui le demandait. Cela étant, cette décision aurait dû s'accompagner dans les meilleurs délais des mesures les plus appropriées permettant d'évaluer en profondeur la situation de l'enfant et ses rapports avec ses parents, au besoin avec le père et la mère séparément, le tout dans le respect du cadre légal en vigueur. Cette situation était particulièrement grave compte tenu de l'âge de l'enfant, qui

avait à peine deux mois lors de son placement sous tutelle à Pampelune. La Cour n'est guère convaincue par les raisons que l'administration et les juridictions internes ont estimé suffisantes pour justifier le placement en accueil préadoptif du mineur puis son adoption, malgré l'opposition claire de la requérante qui n'a pu exercer son droit de visite que pendant trois mois, au début de la procédure, ce qui semble suggérer l'existence dès le début d'une intention de l'administration de placer l'enfant en accueil familial préadoptif.

59. La Cour constate que les autorités administratives n'ont pas envisagé d'autres mesures moins radicales prévues par la législation espagnole (paragraphes 23, 26 et 27 ci-dessus) telles que l'accueil temporaire ou accueil simple, non préadoptif, qui est également plus respectueux des parents d'accueil dans la mesure où il ne crée pas de faux espoirs. Le rôle des autorités de protection sociale est précisément d'aider les personnes en difficulté, en l'espèce notamment la mère de l'enfant, qui s'est vue contrainte de placer volontairement son fils compte tenu de la gravité de sa situation personnelle et familiale.

60. Eu égard à ces considérations et nonobstant la marge d'appréciation de l'État défendeur en la matière, la Cour considère que le processus à l'origine de la décision ayant conclu à l'adoption du fils de la requérante n'a pas été conduit de manière à ce que tous les avis et les intérêts de cette dernière fussent dûment pris en compte (Strand Lobben et autres, précité, § 225). Elle estime donc que la procédure en cause n'a pas été entourée de garanties proportionnées à la gravité de l'ingérence et des intérêts en jeu et que les autorités espagnoles n'ont pas déployé des efforts adéquats et suffisants pour faire respecter le droit de la requérante à garder le contact avec son enfant, méconnaissant ainsi le droit de celle-ci au respect de sa vie privée et familiale.

61. Partant, il y a eu violation de l'article 8 de la Convention.

II. Sur l'application des articles 41 et 46 de la Convention

62. Aux termes de l'article 41 de la Convention:

"Si la Cour déclare qu'il y a eu violation de la Convention ou de ses Protocoles, et si le droit interne de la Haute Partie contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation, la Cour accorde à la partie lésée, s'il y a lieu, une satisfaction équitable."

63. Aux termes de l'article 46 de la Convention:

"1. Les Hautes Parties contractantes s'engagent à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties (...)"

(...)

5. Si la Cour constate une violation du paragraphe 1, elle renvoie l'affaire au Comité des Ministres afin qu'il examine les mesures à prendre (...)".

64 La requérante n'a présenté aucune demande de satisfaction équitable (relative à des dommages ou à des frais et dépens quantifiables) dans le délai imparti, s'étant bornée à mentionner dans sa requête le montant estimé des honoraires de son avocat.

65. Le Gouvernement ne s'est pas prononcé sur la demande de satisfaction équitable de la requérante.

66. Selon la pratique habituelle de la Cour fondée sur les dispositions ci dessus, les indications de souhaits en matière de réparation qu'un requérant fournit dans son formulaire de requête relativement aux violations alléguées ne sauraient compenser l'omission ultérieure de formuler clairement une "demande" de satisfaction équitable au stade de la communication. Aussi la Cour refuse-t-elle normalement de tenir compte aux fins de l'application de l'article 41 de la Convention de souhaits ainsi formulés (Nagmetov c. Russie [GC], no 35589/08, § 59, 30 mars 2017).

67. En conséquence, la Cour estime qu'aucun montant ne devrait être octroyé sous ce titre.

68. La requérante demande en outre à se voir restituer le contact avec son enfant biologique.

69. La Cour estime, dans les circonstances particulières de l'affaire, qu'il ne lui appartient pas de donner suite, en tant que telle, à cette prétention. Elle rappelle que l'État défendeur reste libre en principe, sous le contrôle du Comité des Ministres, de choisir les moyens de s'acquitter de ses obligations au titre de l'article 46 § 1 de la Convention, pour autant que ces moyens soient compatibles avec les conclusions contenues dans l'arrêt de la Cour (Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Suisse (no 2) [GC], no 32772/02, § 88, 30 juin 2009, Ferré Gisbert c. Espagne, no 39590/05, § 46, 13 octobre 2009, et Bondavalli c. Italie, no 35532/12, § 91, 17 novembre 2015). La Cour se réfère de toute manière aux exigences de rapidité mentionnées aux paragraphes 23, 39 et 56 ci-dessus.

70. Toutefois, eu égard aux circonstances particulières de la présente affaire et au besoin urgent de

mettre fin à la violation du droit de la requérante au respect de sa vie familiale, la Cour invite les autorités internes à réexaminer, dans un bref délai, la situation de la requérante et de son fils mineur à la lumière du présent arrêt et d'envisager la possibilité d'établir un quelconque contact entre eux en tenant compte de la situation actuelle de l'enfant et de son intérêt supérieur, et à prendre toute autre mesure appropriée conformément à ce dernier (Soares de Melo c. Portugal, no 72850/14, § 130, 16 février 2016, Ageyevy c. Russie, no 7075/10, § 244, 18 avril 2013, et Haddad, précité, § 79). Elle note à cet égard que, dans la décision du 28 octobre 2015, l'Audiencia provincial a elle-même précisé qu'il serait opportun "de signaler la possibilité [...] d'adopter à l'avenir, s'il en est ainsi estimé souhaitable et si les conditions légales sont remplies, et toujours dans l'intérêt supérieur du mineur, une quelconque forme de relation ou de contact au travers de visites ou de communications avec la mère biologique" (paragraphe 23 ci-dessus). La Cour relève qu'aucun contact n'a eu lieu entre la requérante et son enfant, ni avant ni à la suite de cette décision et estime que l'exécution du présent arrêt devrait donner suite à la décision interne citée (paragraphe 57 ci-dessus).

71. La Cour estime que la forme la plus appropriée de redressement pour une violation de l'article 8 de la Convention dans un cas comme celui de l'espèce, où le processus décisionnel mené par l'administration et les juridictions internes a conduit à l'adoption du fils de la requérante par sa famille d'accueil, consiste à faire en sorte que la requérante se retrouve autant que possible dans la situation qui aurait été la sienne si cette disposition n'avait pas été méconnue (Atutxa Mendiola et autres c. Espagne, no 41427/14, § 51, 13 juin 2017, et Otegi Mondragon c. Espagne, no 4184/15 et 4 autres, §§ 74 et 75, 6 novembre 2018). Elle note que le droit interne prévoit la possibilité de réviser les décisions définitives déclarées contraires aux droits reconnus dans la Convention par un arrêt de la Cour, en application des articles 510 et 511 du code de procédure civile "pourvu qu'elle ne porte pas préjudice aux droits acquis par des tiers de bonne foi" (Haddad, précité, § 80).

Par ces motifs, la cour, à l'unanimité,

1. Déclare la requête recevable;

2. Dit qu'il y a eu violation de l'article 8 de la Convention;

3. Dit qu'il est souhaitable, eu égard aux circonstances particulières de la présente affaire et au besoin urgent de mettre fin à la violation du droit de la requérante au respect de sa vie familiale, que les autorités internes réexaminent, dans un bref délai, la situation de la requérante et de son fils mineur à la lumière du présent arrêt et de la décision de l'Audiencia provincial de Pampelune citée au paragraphe 23 ci-dessus et qu'elles prennent les mesures appropriées dans l'intérêt supérieur de l'enfant;

4. Prend note de la procédure de révision conformément aux articles 510 et 511 du code de procédure civile.

Fait en français, puis communiqué par écrit le 23 juin 2020, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

Milan Blaško Paul Lemmens

Greffier Président

Adopción: consentimiento de la madre biológica (*)

Alicia A. Carnaval (**)

Sumario: I. Presentación.— II. Procedimiento mediante el que se reclama el derecho de contacto y comunicación con el niño.— III. La admisibilidad en la sentencia del TEDH.— IV. Argumentos de las partes ante el TEDH.— V. La sentencia del TEDH.— VI. Consideraciones finales.

I. Presentación

La intención de este trabajo es compartir uno de los planteos trascendentes del derecho de familia, que se presenta en la sentencia dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH, en adelante) y a cuyo desarrollo y análisis procedo a continuación.

Destaco ante todo que no solo los enfoques son enriquecedores y de gran importancia, sino que acompañan al movimiento transformador y en constante evolución del derecho de familia o de las familias, de corte constitucional y convencional.

I.1. Los hechos del caso

La denunciante ante el TEDH en este caso es P. O., ciudadana nigeriana, nacida en 1976, residente en Pamplona. El 07/12/2008, nació un niño prematuro, cuya madre biológica es la aquí requirente. En ese momento, vivía en una situación migratoria irregular, tenía dificultades personales y familiares —entre ellas, ausencia de recursos, vivienda y trabajo— e, invocando dichos motivos, el 03/02/2009 solicitó que su hijo fuera acogido bajo tutela en un Centro de Protección del gobierno regional de Navarra, España. Al mes siguiente, el niño fue declarado en situación legal de abandono por la Dirección General de la Familia y la Infancia (en adelante, DGFI) y llevado a un Centro de Acogimiento administrado por la asociación Xilema, habiendo la Administración asumido su tutela.

En ese sentido, se suspendió la responsabilidad parental de la madre biológica, aunque se mantuvieron tanto el régimen de visitas fijado por las autoridades como el derecho de los progenitores del niño a ser informados de su situación, salvo decisión judicial en contrario.

Al mes siguiente, la madre fue informada de que la medida decidida había sido el acogimiento familiar en un Centro de Protección y que su hijo podría reintegrarse en breve a su familia biológica, siempre que sus padres cumplieran con ciertos objetivos, y que, en caso de que ello no ocurriera, se tomaría una medida de protección más severa.

El 25/03/2009, la Comisión de Evaluación del gobierno de Navarra propuso implementar una medida de acogimiento familiar preadoptivo del niño, fundada en que la madre no asistía a todas las visitas programadas con su hijo y que, cuando lo hacía, demostraba un desapego evidente en dichos encuentros; que no realizaba las gestiones para regularizar su situación en España; que se encontraba en una situación personal muy inestable y que no se avizoraba que pudiera encarar los objetivos que se le habían

(*) Publicado en *Revista Debates sobre Derechos Humanos*, nro. 4, Ed. EDUNPAZ, marzo de 2021.

(**) Abogada. Traductora pública (francés). Responsable de la sección Legislación y Jurisprudencia Extranjera de *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, Ed. AbeledoPerrot. Profesora consulta adjunta, Facultad de Derecho, UBA.

señalado. Asimismo, se precisó que la madre no se oponía al acogimiento familiar del niño, pero que insistía en solicitar que dicha medida no la privara del contacto con su hijo.

La DGFI, mediante una decisión del 08/05/2009, suspendió las visitas de la madre del niño debido a una falta de frecuencia adecuada y a las dificultades que esta tenía para establecer un vínculo afectivo con el niño.

El 25/05/2009, dicha Dirección solicitó al juez de primera instancia de Pamplona la declaración provisoria del niño en acogimiento familiar preadoptivo, así como decidió privar a la madre de su responsabilidad parental.

Finalmente, el niño fue declarado en situación de acogimiento familiar preadoptivo por decisión judicial.

I.1.a. Procedimiento judicial de oposición a la adopción, ante la ausencia de consentimiento del progenitor

El 22/07/2009, la presentante se opuso, mediante la vía judicial, a la propuesta de la DGFI, según la cual su consentimiento para la adopción no era necesario debido a que ella habría faltado a sus deberes parentales.

En su informe del 22/09/2009, la DGFI estimó que suponer que la requirente llegaría a desarrollar sus aptitudes parentales y estabilizar su situación personal y profesional en el nivel solicitado era imposible, y que mientras tanto el niño ya se habría arraigado a su familia de acogida, con la que habría creado vínculos; y, por otra parte, que el retorno con su madre biológica no podría luego ser posible, dado que se provocaría un trauma psicológico de consecuencias emocionales muy negativas para su desarrollo futuro.

Mediante sentencia del 28/01/2010, el juez de primera instancia de Pamplona rechazó la oposición de la presentante, estimando que existían motivos para privarla de la responsabilidad parental, y limitó su intervención en el procedimiento de adopción a la simple participación en la audiencia.

Ante dicha decisión, la solicitante interpuso un recurso de apelación. El 10/02/2012, la Audiencia Provincial de Navarra hizo lugar al recurso interpuesto, concluyendo que la adopción no podía tener lugar sin el consentimiento de la madre y sin hacer uso del derecho de defensa.

Contrariamente a las afirmaciones de la sentencia de primera instancia, la Audiencia Provincial recordó que el único caso en el que sería posible no solicitar el asentimiento de la madre biológica para la adopción de su hijo sería la existencia de un motivo legal de pérdida de la responsabilidad parental, y que tal motivo solo podría apreciarse en el marco de un procedimiento judicial contradictorio, conforme a las previsiones del Código Procesal Civil.

La Audiencia Provincial citó jurisprudencia del TEDH respecto de la necesidad de encontrar un justo equilibrio entre el interés superior del niño y los derechos que el art. 8º de la Convención reconocían a la requirente. Indicó, por otra parte, que no existía ninguna evaluación psicológica que demostrara una ausencia de afección de la madre para su hijo, haciendo hincapié en que la pobreza no podía ser el motivo principal invocado para privar a una madre de sus derechos y obligaciones.

Resaltó, asimismo, que hay otros tipos de acogimiento para proteger a los menores, más allá del acogimiento preadoptivo, y que la adopción no puede tener lugar sin el asentimiento de la requirente, debiéndose adoptar medidas positivas susceptibles de facilitar la reinserción del niño en su familia de origen, aunque rechazó el pedido de obtener la guarda de su hijo.

Ante ello, la DGFI interpuso un recurso de casación ante la sala Civil del Tribunal Supremo, que fue declarado inadmisible el 04/06/2013.

El 06/09/2013 se realizó un informe, elaborado por una psicóloga y una trabajadora social, que determinó la falta de aptitudes parentales de la madre para enfrentar las necesidades psicológicas del niño, así como la ausencia de posibilidades para ofrecerle un entorno familiar. Remarcaron, asimismo, que la peticionante había obtenido una residencia temporaria y un permiso de trabajo, y que se beneficiaba de un programa de ayuda para la integración so-

cial, mediante el cual tenía un contrato de seis meses renovable por el que realizaba trabajos de costura.

En función del fallo mencionado en párrafos precedentes, el 03/02/2014, el juez de primera instancia anuló la medida de acogimiento familiar preadoptivo.

II. Procedimiento mediante el que se reclama el derecho de contacto y comunicación con el niño

El 06 y 07/03/2014, la madre biológica solicitó a la Administración una autorización para poder tener contacto y comunicación con su hijo. Frente al silencio de esta, presentó un recurso judicial.

Mediante la sentencia del 15/06/2015, el juez de primera instancia reconoció el derecho solicitado por la peticionante, y estableció visitas de una hora por mes, en el marco de encuentros supervisados en un lugar gestionado por la Administración, motivando su decisión en la evaluación psicosocial de la madre del mes de setiembre de 2013, así como en que habían pasado dos años durante los que las circunstancias personales, psicológicas y sociales habían podido cambiar, conforme a los testimonios recibidos, sin valorar la variación de su situación migratoria y el trabajo obtenido, aconsejando un nuevo examen psicosocial de la interesada.

Destacó, asimismo, los extendidos tiempos que manejan los servicios sociales, la falta de diligencia y toma de conciencia de la situación y la necesidad de evaluar los efectos negativos para el menor con bases ciertas y no en razón de un posible efecto, dado que no hay motivos suficientes para romper el vínculo afectivo natural, considerando que la propia Administración generó esta situación desagradable.

Por otra parte, resaltó que los efectos negativos eventuales mencionados por los expertos son pura especulación y no pueden ser sostenidos firmemente, en la medida en que no examinaron a todas las partes afectadas. Por ejemplo, la psicóloga nunca analizó al niño y, en todo caso, tampoco a la requirente.

II.1. Procedimiento de adopción

Mientras tanto, mediante decisiones del 26/06 y 02/07/2014, el juez de primera instancia rechazó nuevas demandas de la DGFI tendientes al acogimiento preadoptivo del menor por su familia de acogida y a la adopción de este último, debido a que la madre no había dado el consentimiento, siendo absolutamente necesario para implementar dichas medidas.

La Administración apeló dichas decisiones. El 11/09/2014, la DGFI presentó un informe, cuando el niño ya vivía hacía 5 años con su familia de acogida, resaltando la situación de exclusión social de la requirente y los vínculos que el niño había creado con dicha familia, que le permitían su desarrollo adecuado a su evolución.

El 01/12/2014, un informe psicoevolutivo del niño indicaba que un lazo afectivo del niño con su madre biológica podría constituir un vínculo inseguro y dar lugar a disturbios emocionales que afectarían su desarrollo.

Mediante una decisión del 28/10/2015, la Audiencia Provincial revocó su precedente sentencia e, interpretando el art. 177 del Cód. Civil, autorizó el otorgamiento de la adopción del hijo de la requirente sin tener el consentimiento de la madre biológica, desoyendo la opinión del fiscal. Se fundamentó en la jurisprudencia del Tribunal de Casación y en los tratados internacionales, tales como la Convención de los Derechos del Niño, considerando que la ausencia de consentimiento de la madre biológica no era un obstáculo para la autorización judicial de la adopción, si esta era conforme al interés del niño.

En este caso, aclaró que la adopción era en beneficio del interés del niño por dos razones: el niño, en la época, contaba con 7 años de edad, habitaba con su familia de acogida prácticamente desde su nacimiento y la madre no tenía todas las competencias parentales requeridas. En ese sentido, consideró que la mejor forma de proteger al niño era mantenerlo en la familia de acogida, que es la única que conoce, ya que no tiene vínculos con su madre biológica, que es para él una extraña, y que cuenta con padres adoptivos con los que tiene vínculos de afectivi-

dad y cuya separación podría tener graves consecuencias en su integridad psíquica.

No obstante, señaló que, conforme al art. 178 del Cód. Civil, luego de la modificación de la ley 267/2015, referente a la reforma del sistema de protección de la infancia y la adolescencia, si las condiciones legales se reúnen y siempre protegiendo el interés superior del niño, es deseable la posibilidad de adoptar una forma de relación o contacto a través de visitas o comunicación con la madre biológica.

La requirente interpuso un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, que fue declarado inadmisible el 12/09/2016, en razón de estar desprovisto de importancia constitucional especial.

III. La admisibilidad en la sentencia del TEDH

El gobierno alega que la requirente no atacó la decisión que declaró legalmente el abandono de su hijo, sosteniendo que no intentó recuperar la responsabilidad parental demostrando ante el juez que reunía las condiciones pedidas.

La requirente recordó que la decisión legal de abandono de su hijo fue consecuencia de sus propios actos, ya que ella solicitó a la Administración que proveyera a sus necesidades y a las de su hijo. Agregó que la declaración de abandono no implicó más que una suspensión, y no la pérdida de la responsabilidad parental. No existía ninguna razón, conforme a sus dichos, para atacar la declaración de abandono ni la suspensión de su responsabilidad parental, debido a que ella no la perdió; y, por otra parte, hubiera sido resorte de la Administración, y no de la presentante, demostrar que existía un motivo justificante para que se declarara la pérdida de dicha autoridad parental.

El Tribunal destacó que la requirente se queja del procedimiento de adopción de su hijo sobre la base de que esta se otorgó sin su consentimiento, y señaló que la Audiencia Provincial afirmó que la requirente no había sido desposeída de la responsabilidad parental y que su consentimiento era legalmente requerido para otorgar la adopción.

Respecto a la declaración legal de abandono de su hijo, el Tribunal observó que la propia requirente la solicitó, dado que no podía atender a las necesidades del recién nacido, solicitando a la Administración que asumiera su guarda.

Por dichos motivos, el Tribunal rechazó la excepción introducida por el gobierno respecto a la falta de agotamiento de las vías de recurso internas.

IV. Argumentos de las partes ante el TEDH

La requirente estimó que, si bien la tutela de su hijo por parte de la Administración pudo ser la mejor solución en respuesta a su situación de desamparo al momento del nacimiento del niño, la Administración de Navarra no hizo ningún esfuerzo a continuación para permitirle recuperarlo. Sostuvo que solo fue interrogada por la DGFI en el año 2013, es decir, cuatro años después de haber declarado al niño en acogimiento preadoptivo, luego del fallo de la Audiencia Provincial. Recordó que este último había anulado la medida, dado que no se había requerido el consentimiento de la solicitante para otorgar la adopción de su hijo. Asimismo, destacó que había obtenido un permiso de residencia y otro de trabajo, lo que demostraba que no se encontraba más en la situación de exclusión en la que estaba al comienzo del procedimiento, al momento del nacimiento del niño. Subrayó que esta mejora importante de su situación personal no fue tenida en cuenta, e insistió en que se considere la violación del art. 8º de la Convención Europea de Derechos Humanos.

El gobierno, por su parte, sostuvo que el proceso decisorio interno había sido equitativo y destinado a preservar el justo equilibrio entre el derecho a la vida familiar de la requirente y del niño. Estimó que las autoridades judiciales internas estaban bien ubicadas para apreciar en qué medida debía primar el interés superior del niño sobre el de los padres biológicos, y que habían asegurado el justo equilibro al permitir a la solicitante continuar en contacto con su hijo, al conceder al niño una situación de seguridad jurídica en el seno de su familia de acogida, donde el entorno habría sido favorable a sus necesidades y a su desarrollo.

V. La sentencia del TEDH

V.1. Principios generales relativos a las obligaciones positivas que incumben al Estado demandado en virtud del art. 8º de la Convención

El Tribunal recordó que, para un progenitor y su hijo, estar juntos representa un elemento fundamental de la vida familiar **(1)** y que las medidas internas que lo impiden constituyen una injerencia en el derecho protegido por el art. 8º de la Convención **(2)**.

Como lo indicó el Tribunal en diferentes oportunidades, el art. 8º de la Convención tiene esencialmente por objeto prevenir al individuo contra las injerencias arbitrarias de las autoridades públicas: no se contenta sin embargo con encargarle al Estado de abstenerse de injerencias similares. En efecto, si las decisiones tomadas por la autoridad responsable que culminan con el acogimiento de un niño en un Centro de Protección se analizan como injerencias en el derecho de un progenitor al respeto de su vida familiar **(3)**, las obligaciones positivas inherentes al respeto efectivo de la vida privada o familiar pueden implicar la adopción de medidas enfocadas al respeto de la vida familiar hasta en las relaciones de los individuos entre ellos **(4)**.

El Tribunal recordó que los principios aplicables a la apreciación de las obligaciones positivas que incumben a un Estado, conforme al art. 8º, son comparables a aquellas que rigen la apreciación de sus obligaciones negativas. En un caso como en el otro, es necesario prestar atención al justo equilibro a proporcionar entre los intereses concurrentes: los del niño, los de ambos progenitores y aquellos del orden público **(5)**, concediendo no obstante una importancia determinante al interés superior del niño **(6)**, el que, según su naturaleza y gravedad, podrá vencer al de los progenitores **(7)**.

En los casos en los que están en juego temas de acogimiento de niños y restricciones al derecho de comunicación, el interés del niño debe estar antes de toda otra consideración **(8)**.

Al mismo tiempo, es necesario notar que la búsqueda de la unidad familiar y la de la reunión de la familia en caso de separación constituyen consideraciones inherentes al derecho al respeto de la vida familiar garantizada por el art. 8º de la Convención. En consecuencia, toda autoridad pública que ordene una medida que tenga por efecto restringir la vida familiar será considerada por la obligación positiva de tomar medidas a fin de facilitar la reunión de la familia a partir de que sea posible, aunque esta obligación deba siempre equilibrarse con el deber de considerar el interés superior del niño. Al respecto, y tratándose de la obligación del Estado de tomar medidas positivas, el Tribunal afirmó reiteradamente que el art. 8º de la Convención implica el derecho de un progenitor a obtener medidas apropiadas para reunirse con su hijo y a la obligación de las autoridades nacionales de llevarlo a cabo **(9)**.

El punto decisivo consiste en saber si en este caso las autoridades nacionales tomaron todas las medidas necesarias que se les podía razonablemente exigir para facilitar las visitas entre el progenitor y el niño.

(1) "Buscemi c. Italia", nro. 29.569/95, CEDH 1999-VI; 24/05/2012, "Saleck Bardi c. España", nro. 66.167/09; 18/06/2013, "R. M. S. c. España", nro. 28.775/12.

(2) "K. y T. c. Finlandia" (GC), nro. 2570/94, CEDH 2001-VII; y 22/06/2017, "Barnea y Caldararu c. Italia", nro. 37.931/15.

(3) 08/07/1987, "W. c. Reino Unido", 59, serie A, nro. 121.

(4) 26/03/1985, "W. et Y. c. Países Bajos", 23, serie A, nro. 91; y 02/09/2010, "Mincheva c. Bulgaria", nro. 21.558/03, 81.

(5) "Hamalainen c. Finlandia" (GC), nro. 37.359/09, 65, CEDH 2014; 06/12/2007, "Maoumousseau et Washington c. Francia", nro. 39.388/05, 62.

(6) 10/09/2019, "Strand Lobben y otros c. Noruega" (GC), nro. 37.283, 206; "Sommerfeld c. Alemania" (GC), nro. 31.871/96, 64, CEDH 2003-VIII.

(7) "Sahin c. Alemania" (GC), nro. 30.943/95, 66, CEDH 2003-VIII; "Scozzari y Giunta c. Italia" (GC), nro. 39.221/98 y 41.963/98m, 169m, CEDH 2000-VIII; "Elsholz c. Alemania" (GC), nro. 25.735/94, 50, CEDH 2000-VIII.

(8) "Strand Lobben y otros", cit.

(9) 22/06/1989, "Eriksson c. Suecia", 71, serie A, nro. 156; 27/11/1992, "Olsson c. Suecia" (nro. 2), 90, serie A, nro. 250; 18/06/2019, "Haddad c. España", nro. 16.572/17, 64; 08/10/2019, "Zelikha Magomadova c. Rusia", nro. 58.724/14, 107.

La obligación positiva de tomar medidas a fin de facilitar la reunión de la familia a partir de que ello fuera realmente posible se impone a las autoridades competentes desde el comienzo del período en que toman a su cargo los cuidados del niño, considerando el equilibrio con el deber de considerar el interés superior de aquel **(10)**.

En ese tipo de casos es importante la rapidez con que se tome la medida para que se la considere adecuada, ya que el paso del tiempo puede tener consecuencias irremediables en las relaciones entre el niño y el progenitor que no vive con él. Los vínculos entre los miembros de una familia y las oportunidades de reagrupamiento exitoso serán debilitados si se plantean obstáculos que impiden los encuentros regulares de los interesados. La decisión de hacerse cargo de los cuidados de un niño debe, en principio, considerarse como una medida temporaria, que se suspenderá en cuanto las circunstancias sean favorables y se presten para ello, y todo accionar debe concordar con un fin último: unir nuevamente al progenitor de sangre y al niño **(11)**.

Cuando haya transcurrido un período de tiempo considerable desde que el niño se encuentra bajo el cuidado y asistencia de un Centro de Protección, el interés que tiene el niño de no cambiar su situación familiar *de facto* nuevamente podrá tener ventaja sobre el interés de los progenitores en la reunión de su familia **(12)**.

Por ello, el respeto efectivo de la vida familiar exige que las relaciones futuras entre progenitor y niño se regulen sobra la única base del conjunto de elementos pertinentes, y no por el simple paso del tiempo **(13)**.

El Tribunal reconoce que las autoridades gozan de una gran libertad para apreciar la necesidad de cuidado de un niño, pero que este margen de todos modos no es ilimitado. Es necesario ejercer un control más riguroso sobre las restricciones suplementarias, como aquellas aportadas por las autoridades a los derechos y a las visitas de los progenitores, y sobre las garantías destinadas a asegurar la protección efectiva del derecho de los padres y de los niños al respeto de su vida familiar **(14)**.

Determinar si el procedimiento y la decisión han protegido suficientemente los intereses de un progenitor depende de las circunstancias propias a cada caso. En ese sentido, el Tribunal debe verificar si las jurisdicciones nacionales se han entregado a un examen profundizado del conjunto de la situación familiar y de una serie de elementos, de orden fáctico, afectivo, psicológico, material y médico, y si han procedido a una apreciación equilibrada y razonable de los intereses respectivos.

Es obligación de cada Estado contratante dotarse de un arsenal jurídico adecuado y suficiente para asegurar el respeto de las obligaciones positivas que le incumben en virtud del art. 8º de la Convención, y del Tribunal, investigar si en la aplicación y la interpretación de las disposiciones legales aplicables las autoridades internas respetaron las garantías del art. 8º de la Convención, teniendo especialmente en cuenta el interés superior del niño.

El Tribunal no tiene por tarea sustituir a las autoridades internas en el ejercicio de sus responsabilidades en materia de reglamentación de las cuestiones de cuidado de niños o acogimientos por la autoridad pública y los derechos de los progenitores cuyos hijos están involucrados, pero debe controlar bajo el ángulo del CEDH las decisiones que dictan en ejercicio de sus poderes de apreciación.

V.2. Aplicación en el caso de los principios mencionados

El Tribunal estimó de modo inequívoco que las decisiones litigiosas pronunciadas en el curso de los procedimientos administrativos y judiciales que desembocaron en la adopción del niño de la requirente se analizan como una intromisión en el ejercicio de esta última del derecho al respeto de la vida privada y familiar, tanto

(10) "Strand Lobben y otros", cit., 208; y "Zelikha Magomadova", cit., 107.

(11) "K. y T. c. Finlandia", cit., 178; "Saviny c. Ucrania", cit., 52; y "V. D. y otros c. Rusia", cit., 117.

(12) "K. y T. c. Finlandia", cit., 155.

(13) "W. c. Reino Unido", cit., 65.

(14) "K. y T. c. Finlandia", cit., 155; "Haddad", cit., 54, y "Strand Lobben y otros", cit., 211.

de esta como de su hijo biológico. Tampoco se discute que esta injerencia está prevista por la ley.

Luego de un análisis de los hechos, el Tribunal destacó que el proceso de adopción revela que las autoridades internas no han conciliado los intereses en juego ni tenido en cuenta la insistencia de la peticionante en todo momento para reunirse con su hijo, es decir, que no se ha tenido en cuenta el esfuerzo de la requirente para regularizar y estabilizar su situación, habiéndosela privado incluso del derecho de comunicación con su hijo, sin ninguna prueba psicológica que demuestre su falta de aptitud y a pesar de habérsele reconocido dicho derecho en un primer momento **(15)**.

Estimó que el procedimiento no había sido rodeado de las garantías proporcionales a la gravedad de la intromisión y a los intereses en juego, habiendo notado especialmente que las autoridades españolas no desplegaron los esfuerzos adecuados para hacer respetar el derecho de la requirente a guardar contacto con su hijo, desconociendo su derecho al respeto de la vida privada y familiar.

En cuanto al pedido de restitución de contacto con su hijo biológico, el Tribunal recordó que el Estado demandado, bajo el control del Comité de Ministros, es libre de elegir las formas de saldar sus obligaciones conforme a lo dispuesto por el art. 46 de la Convención, en la medida en que esos modos sean compatibles con las conclusiones del presente fallo, no correspondiendo al Tribunal entender en dicho tema.

Vistas las circunstancias particulares del presente caso y la urgente necesidad de poner fin a la violación del derecho de la requirente al respeto de su vida familiar, el Tribunal invitó a las autoridades internas a reexaminar en un breve plazo la situación de esta y su hijo, a la luz del presente fallo, y a encarar la posibilidad de establecer algún contacto entre ellos, tomando medidas apropiadas **(16)**.

El Tribunal consideró, por unanimidad, que se ha vulnerado el derecho a la vida privada y familiar de la demandante, y que la forma más adecuada de reparación en un caso como el presente, en el que el proceso llevado a cabo por las autoridades y los tribunales nacionales condujo a la adopción del hijo de la demandante por su familia de acogida, consiste en garantizar que la demandante se encuentre, en la medida de lo posible, en la situación en la que se encontraría si no se hubiera vulnerado su derecho. Señaló que el derecho interno prevé la posibilidad de revisar las decisiones firmes declaradas contrarias a alguno de los derechos reconocidos en el CEDH, de conformidad con los arts. 510 y 511 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siempre que no perjudique los derechos adquiridos por terceros de buena fe **(17)**.

VI. Consideraciones finales

Para Grosman, "si como juristas podemos sentir la impotencia de los discursos frustrados, también tenemos el privilegio de brindar caminos de tutela, que al mismo tiempo que ofrecen amparo, transforman ideas y nos aproximan a la verdad de los derechos humanos" **(18)**.

En ese sentido, y luego de la reseña efectuada, surge con evidencia que el TEDH critica a las autoridades españolas por no aplicar medidas menos radicales respecto del niño y su familia, y por unanimidad declara que hubo violación del art. 8º del CEDH y que se ha negado el derecho de la requirente y su hijo al respeto de su vida familiar, lo que constituye una injerencia.

El caso plantea hasta qué punto puede limitarse el derecho al respeto a la vida privada y familiar frente a las injerencias de las autoridades. No debe olvidarse que la demandante pidió en febrero de 2009 que su hijo, nacido dos meses antes, quedara bajo la tutela de las autoridades en un Centro de Acogida gestionado por el gobierno de Navarra, dado que tenía dificultades personales y familiares para hacerse cargo. Un mes después se realizó una evaluación que pro-

(15) TEDH, 23/06/2020, *affaire* "Omorefe c. Espagne", párrs. 46, 49 y 53.

(16) *Ibidem*, párr. 70.

(17) *Ibidem*, párr. 71.

(18) GROSMAN, Cecilia P., "Los derechos del niño y la reforma de la Constitución. Estudios sobre la reforma constitucional de 1994", Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio I. Gioja, 1995, p. 159.

puso la acogida familiar previa a la adopción, alegando que la madre no había asistido a todas las visitas y que su situación personal era muy inestable; ella señaló que *no se opondría a esta medida mientras no le prohibieran mantener el contacto con el niño.* Sin embargo, un par de meses después, el Centro suspendió los encuentros, insistiendo en que la madre no estuvo presente en todas las visitas programadas y que tenía serias dificultades para establecer un vínculo emocional con el niño.

Se recuerda que el rol de la Administración en el cuidado y la tutela del niño fue voluntariamente solicitado por la progenitora, pero dicha decisión hubiera debido acompañarse de medidas más apropiadas que permitieran evaluar en profundidad la situación del niño y sus relaciones con sus progenitores, a fin de respetar el marco legal vigente. No debe olvidarse que el niño tenía dos meses de edad, y hubieran podido implementarse medidas previstas por el ordenamiento español, medidas positivas intermedias, tales como el acogimiento temporario o simple, y no el preadoptivo, y no desvincular a la madre biológica del niño, creando expectativas en aquellos que pudieran convertirse en progenitores adoptivos. Todo ello debido a que la función de las autoridades encargadas de la protección social es justamente ayudar a las personas en dificultad, en este caso a la madre biológica, que se vio obligada por las circunstancias a entregar al niño bajo tutela de la Administración, dada la gravedad de su situación familiar y social, y esta, con una premura fuera de lo habitual, prohibió las visitas y terminó entregando al niño en adopción contra la voluntad de la madre, configurando un típico caso de violencia institucional.

El TEDH no se convenció con las razones que esgrimieran las autoridades españolas para ingresar al niño a un acogimiento para adopción, a pesar de la oposición de la madre, y tampoco con que posteriormente se le hayan prohibido las visitas.

Tampoco debemos soslayar que no se introdujeron mecanismos para garantizar que el niño pudiera expresar sus opiniones y que estas se tuvieran debidamente en cuenta, sobre todo cuando tenía suficiente edad y capacidad para que se lo escuchara en cualquier instancia de los procedimientos.

Tal como lo destaca el Tribunal, la requirente, a pesar de sus dificultades personales y profesionales, mantuvo su firme oposición respecto a la privación tanto de su derecho de comunicación con el niño como de sus cuidados personales y responsabilidad parental, y que, en último caso, fue privada en contra de lo dispuesto por los procedimientos judiciales establecidos.

Las autoridades españolas olvidaron por completo que el niño es un sujeto de derecho, cuando el interés preponderante en las decisiones debió ser justamente privilegiar su propio interés. Resulta altamente criticable la forma en que se dilató extremadamente el procedimiento, jugando el paso del tiempo en contra no solo de los intereses del niño en cuestión, sino también de las familias comprometidas.

Por ello, considero que, dado el contexto de la situación, el TEDH esboza un mensaje positivo, imaginando un modo distinto de relacionar al niño con su madre biológica. Se observa además que ninguno de los interesados fue actor del proceso, provocando un daño irreversible o bien difícil de revertir.

"Conforme jurisprudencia constante del TEDH, la Convención no tiene la pretensión de crear un derecho único para todos los Estados que integran el sistema; se trata, simplemente, de delimitar los estándares mínimos dentro de toda sociedad democrática y pluralista (...). De cualquier modo, la discrecionalidad del Estado siempre queda limitada por dos conceptos 'gemelos', *proporcionalidad y justo equilibrio*, utilizados por el TEDH en numerosas sentencias como factor de control del margen de apreciación nacional" **(19)**.

Aunque presumo la buena fe de las autoridades locales, no puedo dejar de perfilar cierta discriminación hacia la mujer, quizás una actitud de xenofobia, de indiferencia hacia el inmigrante, que solo destruye el tejido de la vida, el

(19) Citado por KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Las relaciones paterno-filiales extramatrimoniales en la jurisprudencia del TEDH", *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, Ed. AbeledoPerrot, julio/agosto de 2010, nro. 46, p. 124.

derecho a la identidad y a los modos diferentes de habitar y de vivir, sobre todo cuando hay desarraigo, exclusión y pobreza, como en este caso. Nunca se consideró en las instancias locales que esos progenitores inmigrantes hicieron esfuerzos denodados por regularizar su situación.

"En las causas de adopción no es conveniente que el juez cumpla su función de manera aislada, sino que debe contar con el apoyo y colaboración de un equipo interdisciplinario formado por profesionales especializados (...) creando un espacio de reflexión conjunta" **(20)**.

En la misma línea de pensamiento, puedo afirmar que el otorgamiento de la adopción no respetó el derecho a la identidad del niño ni agotó la posibilidad de permanecer en la familia de origen. No se observa, por otra parte, una búsqueda de otros familiares, vulnerando la normativa vigente.

Además, no surge que las autoridades españolas hubieran declarado judicialmente al niño en situación de adoptabilidad, ni que la madre hubiera tomado una decisión libre e informada para que el niño fuera adoptado legalmente.

Es destacable el esfuerzo de esa madre, con el asesoramiento de su abogado oficial, en las sucesivas presentaciones, durante años, intentando asumir la guarda del niño, regularizar su situación y conseguir trabajo, y solo se destacan una entrevista psicológica, realizada varios años después, así como conjeturas y especulaciones infundadas acerca de su falta de aptitud parental, sin que se hayan realizado informes periódicos al respecto ni haya intervenido un equipo interdisciplinario que trabaje junto a los encargados de decidir.

Como afirma Herrera: "La función judicial se torna exigua ciertas veces a la hora de resolver determinadas cuestiones que presentan una mayor complejidad por lo que se torna necesario el acompañamiento de otras ciencias que le permitirán al juzgador, desde una visión más amplia y cercana de la realidad que se presenta, poder comprender y resolver de un modo equitativo" **(21)**.

No hay constancias de que la madre y el padre fueran citados para ser entrevistados por el juez; el padre permanece invisible y nunca es considerado una opción, y aparentemente surgiría que la madre es la única responsable del niño, de su cuidado, en función de estereotipos de roles tradicionales. En ese sentido, se perpetúa a la madre, a la familia, en la situación de desigualdad y exclusión, cuando el cuidado personal y la responsabilidad parental compartida son el corolario del principio de igualdad y no discriminación.

La adopción solo puede otorgarse cuando la familia o el medio más cercano no puede o no quiere asumir la responsabilidad del cuidado del niño, o cuando no exista un ámbito que pueda satisfacer sus necesidades, extremos que no se comprueban en la especie, ni tampoco un acompañamiento de políticas sociales que ayuden a los progenitores a poder ser tales.

Reiterada jurisprudencia afirma que la constatación judicial del abandono habilita la adopción del menor que padece dicho estado, aunque no puede desconocerse que dicha institución no es una solución principal para la desprotección y el desamparo de los niños, debiendo en primer lugar agotarse las posibilidades de reunirse con su propia familia o grupo de pertenencia, tal como surge principalmente de la Convención de los Derechos del Niño, rectora en la materia.

Como señaláramos, la extrema lentitud del procedimiento agudizó la vulneración de los derechos del niño, y el otorgamiento de la adopción se hizo sin una mirada humanística de la problemática y, como suele ocurrir, de acuerdo con la ideología de los jueces que intervinieron, que deja traslucir una falta de equidad en el tratamiento del caso y una falta de adaptación de los derechos reconocidos por la normativa a la real situación del niño y su familia. Así, los derechos consagrados por la legislación son simples

(20) RÍOS, J. P. — NICOLINO, M., "La adopción y la interdisciplina", RDF 87-217.

(21) HERRERA, Marisa, "Principales cambios en las relaciones de familia en el nuevo Código Civil y Comercial", Ed. Infojus, 02/10/2014, recuperado de *www.infojus.gov*.

declaraciones vanas y vacías de contenido que no tienen aplicación práctica.

En esa línea de pensamiento, solo se rescata el fallo del 10/02/2012 de la Audiencia Provincial de Navarra, que concluyó que la adopción no podía otorgarse sin el consentimiento de la madre. Lamentablemente, luego el mismo tribunal decidió lo contrario, basado en el interés del niño, interpretando su contenido con argumentos que son solo palabras huecas, sin fundamento fáctico.

No se advierte tampoco una estrategia de precaución y atención ante la vulnerabilidad de la requirente frente al riesgo que plantea el contexto, ni política pública que la ampare. Las sentencias de los tribunales españoles no fueron dictadas de forma justa, rápida y oportuna, agudizando la marginación y desconociendo las más elementales medidas de protección o la construcción de caminos alternativos. En ese sentido, debemos reconocer que el TEDH hace un sustancial aporte con sus decisiones y trata de encontrar una solución que aproxime al niño con su madre, luego de once años de litigio.

Se requiere un urgente compromiso del país condenado a fin de que genere cambios, amplíe la agenda de derechos o *utilice y aplique los derechos vigentes*.

Quizás el cambio debe ser acompañado por los operadores del derecho, los responsables de decisiones como las que revisa el TEDH, violatorias de los derechos humanos del niño y sus familias. Queda abierta la esperanza.

RECLAMACIÓN DE FILIACIÓN

Posesión notoria de estado. Valoración de la prueba. Disidencia. Determinación legal de paternidad de la niña. Ausencia de legitimación del reclamante.

Con nota de Nora A. Infante

1. — Se declara que la adolescente es hija del reclamante debiendo practicarse la inscripción. Se acreditó que aquel tiene la posesión notoria de la calidad de padre, y ésta, a su vez, de hija del demandante.

2. — De acuerdo con lo que dispone el inc. segundo del art. 200 del Cód. Civil, los elementos de la posesión notoria del estado civil de hijo son: nombre, trato y fama, por lo tanto, quien la invoca debe acreditar que ha sido conocido como hijo, o como padre o madre proveyéndole a su educación y establecimiento, presentado como tal ante amigos y deudos, y que el vecindario lo ha reputado y conocido como tal.

3. — Al encontrarse determinada legalmente la paternidad de la menor, la demanda conjunta de impugnación y reclamación de paternidad es improcedente (arts. 195 y ss del Cód. Civil), por cuanto el marco legal establecido por el legislador para dichas acciones tiene como principio rector la búsqueda y establecimiento de la verdad biológica por sobre consideraciones de orden familiar o social. La institución de la posesión notoria es un medio de prueba y no una acción especial, según se desprende de la interpretación armónica del art. 200 del Cód. Civil —ubicado en el párrafo de las Reglas Generales del Título VIII que regula las acciones de filiación— con los arts. 201 e inc segundo del art. 309 del mismo cuerpo legal (Disidencia).

CS Cuarta Sala, Santiago de Chile, 14/07/2020. - Don W. R. S. M. c. Don A. W. F. E. y de J. S. H. C.

[Cita on line: AR/JUR/70342/2020]

Santiago, julio 14 de 2020.

Vistos:

En autos Rol C-3058-2018 sobre impugnación y reclamación de paternidad seguidos ante el Juzgado de Familia de Antofagasta, don W. R. S. M. interpuso demanda de posesión notoria en contra de don A. W. F. E. y de J. S. H. C., solicitando que se declare que J. F. H. no es hija de don A. F. E., y que tiene la calidad de hija suya.

Contestando la demanda, tanto el padre biológico como la madre se allanaron a ella. La adolescente cumplió la mayoría de edad durante el transcurso del procedimiento, ratificando lo obrado por su madre.

Por sentencia de fecha 21 de diciembre de 2018, el tribunal de primera instancia rechazó la demanda, sin condena en costas, al estimar que el demandante carecía de legitimación activa de conformidad al artículo 317 del Cód. Civil, debiendo haber interpuesto una acción de repudiación (sic) para obtener los fines que se buscaba.

Se agregó que, sin perjuicio que en los hechos haya una relación de padre e hija entre J. y W., legalmente las acciones de filiación tienen por objeto la búsqueda de la verdad biológica y no identidad afectiva, y bajo este respecto la ley contempla otras acciones como la adopción o repudio.

Apelada por la demandante, una sala de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, por sentencia Rol 10-2019 de 12 de abril de 2019, la confirmó. En contra de esta última decisión la parte demandante interpuso recurso de casación en el fondo.

Considerando:

Primero: Que el recurrente denuncia la errada aplicación de lo dispuesto en los artículos 22, 200, 201, 205, 208 y 317 del Cód. Civil, en relación a lo señalado en los artículos 16 y 32 de la Ley 19.968.

Señala que dichas normas de forma alguna restringen la institución de la posesión notoria a un medio de prueba, ni restan legitimidad al que se ha reconocido, por sí y por terceros, como verdadero padre.

Agrega que, en los considerandos Quinto y Séptimo del fallo de primera instancia, confirmado por la Corte de Apelaciones, se estableció que se habían acreditado los presupuestos y elementos de la posesión notoria, a pesar de lo cual se utilizaron fundamentos que infringen las disposiciones que rigen la materia, al restringir el sentido y alcance que tienen en nuestra legislación, considerando, además, los valores que actualmente se protegen, como el concepto de familia y el interés superior del niño.

Más adelante, señala que la sola lectura de los artículos 200 y 201 del Cód. Civil permiten concluir que la posesión notoria debidamente acreditada entrega la calidad de padre, madre e hijo, legitimando la intervención de cualquiera de ellos en un proceso sobre impugnación y reclamación de estado; disposiciones que bajo ningún motivo excluirían la paternidad sobre la base de los razonamientos aplicados en

la sentencia, y mucho menos lo restringirían al factor biológico.

Indica que la aplicación del artículo 317 para establecer la falta de legitimidad es contraria a la normativa que regula esta materia, habiéndose realizado una aplicación restrictiva de ese precepto.

Continua exponiendo que una interpretación armónica de los referidos artículos 200, 201, 205 y 208 permite sostener que el vínculo biológico no es el factor determinante para accionar en la forma que se hizo, sino que lo sería tener la calidad de padre, madre o hijo, que entrega la posesión notoria.

Añade que el sentido natural de las palabras utilizadas por el legislador llevaría a la misma conclusión, comprendiendo la posesión notoria no solo como el elemento que entrega legitimidad, sino también como el que permite accionar de impugnación y reclamación.

También sostiene que los artículos 200 y 201 del Cód. Civil permiten afirmar que el legislador prefiere la verdad social y, por consiguiente, no resulta efectivo que el factor biológico sea concluyente para la determinación de la paternidad o la legitimidad para accionar, siempre que se hayan comprobado los presupuestos previstos en el artículo 200 del Cód. Civil.

Respecto a la forma en que se habrían producido las infracciones, indica, en relación a los artículos 200, 201, 205 y 208 del Cód. Civil, que se habría realizado una aplicación restrictiva no amparada en el sentido que su lectura entrega, coartando las acciones deducidas y su procedencia al elemento biológico, que no ha sido determinante para el legislador.

En lo tocante a la infracción al artículo 22, explica que el fallo recurrido no hace una interpretación armoniosa de las disposiciones legales, sino que impone una de forma aislada (artículo 317 del Cód. Civil), sin considerar el resto citadas, su sentido y alcance.

Respecto al artículo 16 de le Ley 19.968, indica que vela por el interés superior del niño, niña o adolescente. En dicho contexto, la aplicación restrictiva realizada infraccionaría el principio protector que contiene.

Finalmente, sobre el artículo 32 de la Ley 19.968, manifiesta que la aplicación restrictiva del derecho aplicable, eludiendo elementos de interpretación elementales, la infracciona.

Respecto a la forma en que los errores denunciados habrían influido en lo dispositivo del fallo, indica que de haber existido una correcta aplicación de las disposiciones legales que se acusan infringidas, en relación a los hechos acreditados, no se habría rechazado la acción de impugnación, determinándose que don W. S. M. se encontraba legitimado para accionar.

Segundo: Que, son hechos acreditados por el tribunal de primera instancia, no modificados por la Corte de Apelaciones, los siguientes:

1. J. K. F. H. nació el 26 de noviembre de 2000, y sus padres legales son A. W. F. E. y J. H. C.

2. W. S. M. inició relación de convivencia con doña J. H. C. cuando J. era menor de edad, en el año 2004, y desde dicha fecha a la actualidad la ha tratado y reconocido como hija.

3. Se acreditaron los elementos de la posesión notoria de la calidad de padre de W. S. M. en relación a J. F. H.

Tercero: Que para los efectos que siguen se tomará como base el fallo de la Corte Suprema rol 18.707-18, de 26 de agosto de 2019.

La filiación, según la doctrina sobre la materia, "es el vínculo jurídico existente entre el padre o la madre y el hijo; se refiere tanto a la relación de paternidad o maternidad, respectivamente," y se la caracteriza como un "fenómeno jurídico que se fundamenta en el hecho fisiológico de la procreación, con la salvedad de la filiación adoptiva creada por el legislador y artificial, en el sentido que no supone un vínculo de sangre" (Troncoso L., Hernán, Derecho de Familia, Actualizado con la Ley 19.585, Concepción: Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Departamento de Derecho Privado, Año 2000, Págs. 219-220). También, que es la "Relación, con el alcance jurídico, entre padres e hijos. Como hecho natural, se da siempre pues constituye una consecuencia de la procreación. Como hecho jurídico, estado de filiación, es decir, situación jurídica constatada, es la posición que una persona ocupa dentro de una familia en su calidad de hijo". (Del Arco Torres, Miguel Ángel, Diccionario Básico Jurídico, 7ª edición, Año 2009, Granada: Comares, p. 255), lo anterior establece que la filiación ya ha dejado de ser considerada como una relación de sangre entre el padre, la madre y los hijos, sino mas bien una situación jurídica, relacionada con el lugar que ocupa una persona en una familia.

Pues bien, la relación o estado que origina se conecta o influye en otros efectos jurídicos, v. gr., algunos atributos de la personalidad (estado civil, nombre, nacionalidad y domicilio del hijo), y se encuentra reglada en el Libro I del Cód. Civil, artículos 179 a 273, que conforma el estatuto de filiación, que se basa en los siguientes principios: la igualdad de todos los hijos, su interés superior y el derecho a la identidad.

Cuarto: Que, en lo que concierne al derecho a la identidad, la doctrina señala que no se limita a considerar el aspecto físico o biológico de la persona, pues comprende el bagaje espiritual, intelectual, político, profesional, etc., a través del cual se proyecta socialmente al exteriorizar de alguna manera los aspectos propios de la personalidad; y que la identidad personal encuentra su fundamento axiológico en la dignidad del ser humano, que es un derecho personalísimo merecedor, por sí, de tutela jurídica, y autónomo.

En este sentido, Eduardo Zanoni señala que la noción jurídica de identidad no es unívoca, admitiendo, por lo menos, tres acepciones: a) la identidad personal en referencia a la realidad biológica, relativa al derecho a conocer el origen biológico y, consiguientemente, a obtener el emplazamiento en el estado de familia que de acuerdo con tal origen le corresponda; aspecto que abarca: la identidad genética, que se refiere al patrimonio genético heredado de los progenitores biológicos, o sea, el genoma, y la identidad filiatoria, que resulta del emplazamiento de una persona en un determinado estado de familia, en relación a quienes aparecen jurídicamente como sus padres, la que está habitualmente en concordancia con la identidad genética, pero puede no estarlo; b) la identidad personal en referencia a los caracteres físicos de la persona, relacionada con los rasgos externos que la identifican e individualizan; y c) la identidad personal en referencia a la realidad existencial de la persona, entendida como la realización del proyecto existencial propio. (Famá, María Victoria, La filiación, régimen constitucional, civil y procesal, 2° Edición, Editorial Abeledo-Perrot, ps. 20-21).

Asimismo, se ha sostenido que es "...el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso. 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..." (sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos de 27 de abril de 2012), y "que es el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad, por lo que es todo aquello que hace que cada cual sea uno mismo y no otro; por lo tanto, se despliega en el tiempo y se forja en el pasado desde el instante mismo de la concepción donde están las raíces y los condicionamientos pero traspasando el presente existencial, se proyecta al futuro". (Fernández Sessarego, C., Derecho a la identidad personal, Buenos Aires, Editorial Astrea, Año 1992, ps. 113 y 114).

El Tribunal Constitucional, por su parte, ha relacionado el derecho a la identidad con la dignidad humana, noción esta última que considera como la "piedra angular de todo el edificio de los derechos fundamentales", concluyendo que no obstante que la Carta Fundamental carece de una referencia o reconocimiento expreso de la identidad como prerrogativa humana básica, ello no obstaculiza su protección constitucional, debido justamente a la estrecha vinculación entre ambos conceptos. Del mismo modo, que goza de un estatuto similar al derecho de la nacionalidad del que no puede carecer una persona y que se justifica incluir el derecho a la identidad personal entre aquellos esenciales a la naturaleza humana a que alude al artículo 5, inciso segundo, de la Carta Fundamental. (sentencias de 13 de mayo de 2008 y 29 de septiembre de 2009, dictadas en antecedentes roles 834-07 y 1340-09, respectivamente).

Con todo, se debe tener presente que el artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce como elementos de la identidad a la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares, y en el artículo 8 impone a los Estados Partes el compromiso de respetar el derecho del niño a preservar su identidad; que el artículo 19 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre reconoce a toda persona el derecho a la nacionalidad, y el artículo 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos a todo ser humano, en todas partes, el derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.

Dicho contexto autoriza colegir que, si bien la normativa interna no eleva a la categoría de fundamental el derecho a la identidad, en la medida que el artículo 1 de la Constitución Política de la República establece que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y el de identidad es uno personalísimo, inherente a toda persona, independiente de su edad, sexo o condición social, por lo tanto, está íntimamente vinculado a la dignidad humana, debe ser considerado entre aquellos derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana a que se refiere el inciso 2° del artículo 5 de la misma, que, conforme a su tenor, se erigen como límite al ejercicio de la soberanía, imponiendo a los órganos del Estado respetarlos y promoverlos; Quinto: Que la reforma introducida por la Ley N° 19.585 hacer primar la verdad real o biológica por sobre la formal, por lo tanto, es presidido por el denominado principio de veracidad cuyo criterio rector es el derecho a la identidad; se sustenta en la noción de la libre investigación de la paternidad o maternidad y en la de acceso de toda persona a una investigación judicial con una amplia admisibilidad probatoria; y consagra la imprescriptibilidad e irrenunciabilidad de la acción de reclamación de filiación. Sin embargo, en lo que concierne a la primacía que consagra, contempla excepciones, en lo que inte-

resa, la institución de la posesión notoria del estado civil de hijo, que, debidamente acreditada, prefiere a las pruebas periciales de carácter biológico, de acuerdo lo señala el artículo 201 del Cód. Civil.

Sexto: Que dicha institución está definida en el inciso 2° del artículo 200 del Cód. Civil, en los siguientes términos: "Consiste en que su padre, madre o ambos le hayan tratado como hijo, proveyendo a su educación y establecimiento de un modo competente, y presentándolo en ese carácter a sus deudos y amigos; y que éstos y el vecindario de su domicilio, en general, le hayan reputado y reconocido como tal". Conforme lo disponen los incisos primero y segundo del mismo, se compone de tres elementos: el nombre, el trato y la fama, que deben haberse configurado, a lo menos, durante cinco años continuos; y debe ser acreditada mediante un conjunto de testimonios y antecedentes o circunstancias fidedignas que la establezcan en forma irrefragable; hecho que sirve a la judicatura para tener por suficientemente acreditada la filiación, que podría catalogarse como una de tipo social, cuyo fundamento, según se advierte, está dado por los lazos de afecto, dado que "ejercer de padre, querer serlo y haberlo sido por más de 5 años puede ser más relevante que la verdad genética. Además, el padre social ha desarrollado lazos afectivos con el menor, que le dan a éste estabilidad psicológica". (Gómez de la Torre V., Maricruz, El sistema filiativo chileno, 1° Edición, Año 2007, Editorial Jurídica de Chile, p. 88) Considerando los términos de la mencionada norma y los de los artículos 201 y 309 del Cód. Civil, tanto la doctrina como la jurisprudencia afirman que la posesión notoria del estado civil conforma una prueba que permite establecer la filiación. Sin embargo, las probanzas que debe rendir el litigante que la invoca deben estar dirigidas a acreditar los elementos que la componen, esto es, sus circunstancias fácticas, a saber, nombre, trato y fama; y demostradas, la consecuencia jurídica ineludible es que se está en presencia de dicha institución; Séptimo: Que la acción de reclamación de la filiación se puede definir como "aquella en cuya virtud quien no tiene determinada su filiación, demanda que sea declarada judicialmente", esto es, se solicita que se declare que es hijo de su padre o madre, o viceversa, y la de impugnación del vínculo de filiación como "aquella que persigue dejar sin efecto la filiación que ha quedado determinada respecto del padre, madre o hijo" (René Abeliuk M., La filiación y sus efectos, 1° Edición, Año 2003, Editorial Jurídica de Chile, Págs. 157 y 172); y se caracterizan porque no son cedibles ni pueden ser objeto de conciliación o transacción, ni someterse a compromiso, siendo la primera imprescriptible e irrenunciable, la segunda solo irrenunciable; y están regladas en los artículos 204 a 221 del Cód. Civil, en cuanto precisan quienes pueden deducirlas y contra quienes y, según sea el caso, cómo y en la oportunidad en que deben ser interpuestas. Pero, tratándose del hijo como legitimado activo, según se advierte de la lectura de dichas disposiciones, no indican cuál o cuáles deben ser sus fundamentos, por lo tanto, no se divisa razón por la que solo podrían basarse en la realidad biológica y no en la social, esto es, en la posesión notoria del estado civil de hijo, tampoco en que ésta únicamente se puede invocar como excepción para enervar una acción de impugnación de la filiación, más aun considerando lo ya expuesto a propósito del derecho a la identidad, que constituye uno de los fundamentos del estatuto de filiación; Con todo, corresponde tener presente que esta Corte ha señalado que "...De este modo, se hacen evidentes las infracciones de ley alegadas..., pues...los sentenciadores desestimaron la posibilidad de reclamar la maternidad invocando la posesión notoria, en circunstancias que esta es plenamente compatible con la interposición de una acción de reclamación de la filiación, la que resulta suficiente para justificar el hecho de la maternidad si se cumple con los requisitos constitutivos consagrados en el artículo 200 del Cód. Civil, lo que ocurrió, pues, como se advierte de la lectura de la sentencia de primera instancia, se comprobó la filiación del actor mediante la configuración de un medio probatorio expresamente reconocido y permitido por el legislador, el cual, tiene un especial valor, suficiente para acreditar el hecho de la maternidad, máxime si en autos no se produjo prueba biológica que pueda enfrentarse a la posesión notoria de la calidad de hijo, teniendo en consideración que el actor no figura con filiación determinada... ", y que "...de aceptarse dicho razonamiento, no podría prosperar ninguna demanda de reclamación de filiación no matrimonial sustentada en la posesión notoria de la calidad de hijo, consecuencia del todo ajena al espíritu del legislador al establecer el actual estatuto de filiación en particular, del derecho a la identidad tanta veces referido, reconocido en la normativa nacional e internacional..." (sentencia de 5 de enero de 2017 dictada en los autos número de rol 59.106-2016) Octavo: Que, en esas condiciones, se debe colegir que la sentencia impugnada conculcó lo que disponen los artículos 200, 201 y 208 del Cód. Civil, con influencia substancial en su parte, dispositiva porque condujo a que se desestimara la demanda interpuesta, entendiendo que las normas que rigen la filiación sólo deben conducir a la realidad biológica de los involucrados, dejando de lado la realidad social que le concede a un hijo tal como lo establece la definición de filiación, una posición dentro de una familia, que le permite asimismo determinar su identidad y proteger su dignidad como lo reconoce el Tribunal Constitucional chileno.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo previsto en los artículos 767 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, se acoge el recurso de casación en el fondo deducido por el demandante en contra de la sentencia de 12 de abril de 2019,

dictada por una sala de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, y anulándosela se la reemplaza por la que, acto continuo y sin nueva vista, se dicta a continuación.

Acordada con el voto en contra del Ministro Sr. Blanco y de la Ministra Sra. Repetto, quienes fueron de la opinión de rechazar el recurso interpuesto al estimar que, al encontrarse determinada legalmente la paternidad de la menor de autos, la demanda conjunta de impugnación y reclamación de paternidad es improcedente conforme a lo dispuesto en los artículos 195 y siguientes del Cód. Civil, por cuanto el marco legal establecido por el legislador para dichas acciones tiene como principio rector la búsqueda y establecimiento de la verdad biológica por sobre consideraciones de orden familiar o social.

La conclusión anterior se ve reafirmada por el hecho de contemplarse la institución de la posesión notoria como un medio de prueba y no como una acción especial, según se desprende de la interpretación armónica del artículo 200 del Cód. Civil —ubicado en el párrafo de las Reglas Generales del Título VIII que regula las acciones de filiación— con los artículos 201 e inciso segundo del artículo 309 del mismo cuerpo legal.

De esta manera, las cuestiones señaladas determinan que el demandante carezca de legitimación activa para accionar en el presente juicio, en conformidad con el artículo 216 inciso final del Cód. Civil, lo que conduce al rechazo del recurso.

Redactó el abogado integrante Sr. Iñigo de la Maza Gazmuri. Regístrese.

N° 12.792-2019

Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señor Ricardo Blanco H., señoras Gloria Ana Chevesich R., María Angélica Cecilia Repetto G., y los abogados integrantes señores Antonio Barra R., e Iñigo De la Maza G. No firman los Abogados Integrantes señores Barra y De la Maza, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, por estar ambos ausentes. Santiago, catorce de julio de dos mil veinte. *— Ricardo L. H. Blanco. — Gloria A. Chevesich Ruiz Herrera. — María A. C. Repetto García.*

Santiago, julio 14 de 2020.

Vistos:

De la sentencia apelada se reproducen solo sus motivos primero a quinto. Asimismo, se reproduce de la sentencia de casación los raciocinios signados con los números 3° a 7°, y se tiene, en su lugar, y además presente:

1°. Que, de acuerdo a lo que dispone el inciso segundo del artículo 200 del Cód. Civil, los elementos de la posesión notoria del estado civil de hijo son: nombre, trato y fama, por lo tanto, quien la invoca debe acreditar que ha sido conocido como hijo, o como padre o madre proveyéndole a su educación y establecimiento, presentado como tal ante amigos y deudos, y que el vecindario lo ha reputado y conocido como tal; En el caso de autos, se acreditó que don W. R. S. M. tiene la posesión notoria de la calidad de padre de J. F. H., y ésta, a su vez, de hija del demandante, lo anterior se desprende del set de fotografías incorporado, además de la existencia del certificado médico en el cual se indica que J. es atendida desde los 7 años de edad y siempre ha sido acompañada por don W. S. y doña J. H. Asimismo, se acompañó también el informe escolar que relata que don W. es el apoderado y ha estado presente en todas las actividades de J. A mayor abundamiento se puede agregar la declaración de testigos que indican que desde el año 2004 don W. ha tratado y reconocido a J. como su hija dentro del grupo familiar, frente a amigos, nana, médicos y el establecimiento educacional. Además, la madre reconoce que desde 2004 a la fecha don W. ha tratado como hija a J. Y finalmente es necesario destacar que J. al cumplir la mayoría de edad compareció en autos ratificando todo lo obrado por su madre, lo cual deja en claro que de haber sido mayor de edad al momento del inicio del juicio, ella habría accionado.

2°. Que, de esta manera concurren en la especie los elementos de la posesión notoria, trato, nombre y fama, tratándose de J. F. H., respecto de don W. R. S. M., correspondiendo acoger la demanda de impugnación y reclamación de paternidad deducida.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en los artículos 67 de la Ley N° 19.968 y 186 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, se declara que se revoca la sentencia apelada, y que se acoge la demanda interpuesta, con ello, se declara que J. F. H. es hija de don W. R. S. M., y no de don A. W. F. E., debiendo practicarse la inscripción y subinscripciones pertinentes al margen de la partida de nacimiento de la adolescente.

Acordada con el voto en contra del Ministro Sr. Blanco y de la Ministra Sra. Repetto, quienes estuvieron por no dictar sentencia de reemplazo, en atención a lo expresado en la disidencia del fallo de casación que antecede. Regístrese y devuélvanse. *— Ricardo Blanco H. — Gloria Ana Chevesich R. — María Angélica Cecilia Repetto G.*

La llamada "posesión notoria de estado de hijo": la verdad biológica vs. la verdad social

Nora A. Infante (*)

Sumario: I. Introducción.— II. La filiación en el Código Civil chileno.— III. El caso.— IV. Cierre.

"No es la carne y la sangre, sino el corazón, lo que nos hace padres e hijos".
Friedrich von Schiller

I. Introducción

Este artículo pretende efectuar un análisis del fallo 12.792/2019, pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema de Chile, en el marco de un recurso de casación interpuesto por el actor ante la confirmación de la Corte de Apelaciones de Antofagasta del fallo de primera instancia que rechazó la demanda de impugnación y reclamación de paternidad basada en la denominada "posesión notoria del estado de hijo". En el estudio de la institución de la posesión notoria se destacará su importancia como medio probatorio para la determinación de la filiación en juicio, conforme a la decisión del Tribunal Supremo, no sin antes efectuar una estudio de régimen actual en materia de filiación, acciones, medios probatorios y, en este marco en especial, la posesión notoria, referidos al cumplimiento de los objetivos de la institución a la luz del derecho nacional y convencional en cuanto a la protección de los derechos a la identidad desde su faz dinámica y estática, poniendo la mirada en la denominada socioafectividad y su relación con el interés superior del niño. En la misma línea, se analizará el tratamiento del derecho filial por los magistrados que intervinieron en la causa en examen y, finalmente, sentaremos una opinión fundada respecto a lo decidido por el Alto Tribunal chileno, no sin antes hacer un repaso de la legislación chilena en materia filiatoria.

II. La filiación en el Código Civil chileno

La normativa chilena, en cuanto a filiación se refiere, ha pasado de considerar a los hijos legítimos o ilegítimos, naturales y adoptivos (estos últimos, bajo la modalidad simple o plena), a la sanción de las leyes 19.585 (octubre de 1999), que regula la filiación, y 19.620 (del mismo año) sobre adopción. Ambas leyes —que se complementan entre sí— otorgaron igualdad de derechos a los hijos, sean biológicos o adoptivos, instaurando el principio de unidad de filiación, acorde con diversos instrumentos internacionales relativos a la protección y a la igualdad ante la ley de todos los hijos **(1)**. El derecho a la identidad es un derecho humano fundamental que atraviesa a todo el derecho filial, y su protección es mayor aun cuando se trata de personas menores de edad, por aplicación del principio *pro minoris*, de modo que, cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños

(*) Jueza de Familia Nº 3 de la ciudad de Corrientes. Especialista en Magistratura y Función Judicial. Magíster en Derecho de Familia, Niñez y Adolescencia. Profesora titular de la cátedra de Derecho de las Familias (Derecho Civil V) de la Universidad de la Cuenca del Plata. Docente de posgrado de Familia, Niñez y Adolescencia de la Universidad del Chaco Austral (UNCAUS).

(1) P. ej., el art. 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —Pacto de San José de Costa Rica— de 1969, suscripta por Chile, dispone que "la ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo".

y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros. La Convención de los Derechos del Niño (en adelante, CDN) lo refuerza cuando en su art. 8º dice: "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)**.

La regulación de la filiación en el Código Civil chileno (en adelante, Cód. Civil) estaba enmarcada en una cultura jurídica que reconoce solamente una filiación binaria. Esta visión deriva del viejo paradigma que entiende que la reproducción solo puede producirse por la vía sexual y, por ende, entre un hombre y una mujer. "La filiación por naturaleza puede ser matrimonial o no matrimonial. La adopción, los derechos entre adoptante y adoptado y la filiación que pueda establecerse entre ellos, se rigen por la ley respectiva" (art. 179, Cód. Civil). De modo que en dicho ordenamiento se distinguían dos tipos de filiación: filiación por naturaleza, la cual puede ser matrimonial o no matrimonial, y filiación por adopción.

La reforma introducida por la ley 19.585 incorporó el art. 182 en cuanto a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida (TRA, para Chile). Refuerza la concepción binaria, con el propósito de asegurar la maternidad y la paternidad a los hijos nacidos a través de la aplicación de estas técnicas, en cuanto expresa: "El padre y la madre del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida son el hombre y la mujer que se sometieron a ellas...", no admitiendo la posibilidad de impugnar la filiación determinada de acuerdo con la regla precedente, ni reclamarse una distinta, es decir que solo se refiere a la situación del hijo que ha sido concebido mediante este tipo de métodos y a la imposibilidad de perturbar la filiación a través de la reclamación de la paternidad o maternidad utilizando pruebas biológicas **(3)**.

En la actualidad, un contexto distinto se observa ante las reformas introducidas por la ley 19.947, que establece la regulación del divorcio vincular; la ley 20.680, que modifica las reglas en cuanto al cuidado personal de los hijos basado en el nuevo principio de la corresponsabilidad en los cuidados parentales; y la ley 20.830, que crea el acuerdo de unión civil, reconociendo la existencia de uniones de hecho entre parejas de igual sexo, lo que sin dudas implica un nuevo camino que deja atrás las ideas conservadoras de protección a la "familia legítima" y la institución del matrimonio, poniendo la mirada en los principios trascendentales, como la igualdad ante la ley, la libertad personal y el interés superior del niño **(4)**.

La filiación, entonces, es entendida como el vínculo natural y jurídico que une al hijo con su padre y madre, enmarcada en un sistema jurídico donde todas las filiaciones tienen un origen legal, en un sentido amplio; en tanto que, en un sentido restringido, tienen, en cuanto a su origen, diversas fuentes. Así, surgen las siguientes clasificaciones: a) matrimonial y no matrimonial (Cód. Civil); b) por adopción (establecida por ley especial con los procedimientos contemplados en esta). En cuanto a su fuente: a) judiciales: emanadas de una sentencia firme;

(2) Destacando la importancia de este artículo en nuestro derecho, se ha sostenido que es "el artículo argentino". El autor de este concepto ha dicho que tiene una historia particular, por el accionar de las defensoras de derechos humanos, especialmente las Abuelas de Plaza de Mayo, lo que permitió incorporar en el corpus de derechos del niño el derecho a la identidad, comprometiendo la responsabilidad del Estado frente al incumplimiento de ese derecho (ver completo en cita de EPSTEIN, M., "La identidad como derecho inherente a los niños y niñas", en HERRERA, M. — DE LA TORRE, N. — FERNÁNDEZ, S., *Derecho filial. Perspectiva contemporánea de las tres fuentes filiales*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2018, p. 43).

(3) Pese a que Chile no cuenta con una ley especial que regule las técnicas, representa una "crisis", entendida como "cambio en la concepción de familia", al ensanchar la generación de nuevos núcleos familiares, tanto tradicionales como no tradicionales.

(4) Hablamos de "derecho de las familias", denominación que estructura el derecho filial de hoy, que consagra al derecho a la identidad como el principal derecho humano comprometido en las tres causas fuente de la filiación. "Se considera que el entrecruzamiento entre derecho a la identidad y pluralismo, como base o cimiento que estructuran el derecho filial de hoy, es el resultado del desarrollo que han tenido este ámbito central y especial del derecho a la luz de la obligada constitucionalización-convencionalización. En otras palabras, el pasaje del derecho de familia al derecho de las familias en plural..." (profundizar este comentario en HERRERA, M. — DE LATORRE, N. — FERNÁNDEZ, S., "Derecho filial...", ob. cit., p. 5).

b) extrajudiciales: referidas al reconocimiento de la paternidad o la maternidad efectuado voluntariamente ante un oficial del Servicio de Registro Civil o, en su caso, el reconocimiento de hijo hecho ante un escribano público por escritura pública o por testamento. En cuanto a su origen: a) biológica: aquella en que existe un vínculo de sangre entre el hijo y sus padres: matrimonial y no matrimonial; b) no biológica: nace de la adopción en cualquiera de sus formas (art. 179, inc. 2º); c) por reproducción asistida: generada en virtud de técnicas de reproducción donde el padre y la madre del hijo concebido mediante la aplicación de aquellas son el hombre y la mujer que se sometieron a ella, no existiendo al respecto posibilidad de impugnación (art. 182).

En este marco, la regulación en materia de filiación se basa en los principios de: 1. *igualdad* (art. 33): eliminando las diferencias entre los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio, y estableciendo un trato legal igualitario para todos los hijos; 2. *libre investigación de la paternidad y de la maternidad* (art. 195): todos los hijos tienen el derecho a reclamar filiación ante los tribunales, lo que incluye la adopción de todas las diligencias probatorias necesarias a fin de determinar su filiación paterna y/o materna, lo que comprende claramente las pruebas genéticas; 3. *interés superior del niño*: derivado del art. 3º de la CDN y plasmado en varios artículos del Cód. Civil —entre ellos, el art. 222, inc. 1º, al establecer como preocupación fundamental de los padres el interés superior del hijo; y el art. 242, que dispone: "En todo caso para adoptar sus resoluciones el juez atenderá como consideración primordial al interés superior del hijo, y tendrá debidamente en cuenta sus opiniones en función de su edad y su madurez" **(5)**—; y 4. *derecho a la identidad*: el derecho de toda persona a conocer su origen, su procedencia, y a llevar el apellido de sus progenitores, lo que implica la producción de una amplia gama de pruebas, inclusive las de carácter biológico, en la búsqueda de la verdad real, de la verdad biológica, por sobre la verdad formal.

II.1. Las acciones de filiación

Son dos las acciones que prevé la legislación chilena: 1. La acción de reclamación: prevista para establecer la filiación matrimonial o no matrimonial (de paternidad o maternidad), legitimando para su promoción: a) al hijo contra el padre o madre o ambos (matrimonial); o b) al padre o madre contra el hijo (en la filiación matrimonial con citación al otro cónyuge que no interpuso la acción). Basado en el principio de la libre investigación de la paternidad o maternidad, el reclamo es de carácter imprescriptible e irrenunciable, salvo los efectos patrimoniales, que quedan sometidos a las reglas generales de prescripción y renuncia (art. 195). 2. La acción de impugnación tiene como finalidad desplazar la filiación anteriormente establecida (matrimonial o por acuerdo de unión civil). La legitimación para promover la acción varía según el tipo de impugnación: el marido (o sus herederos), el hijo (o sus herederos), admitiendo además a toda persona que pruebe un interés actual. Además de las dos mencionadas, el Cód. Civil regula la acción de desconocimiento de la paternidad, que se rige por las reglas de la acción de impugnación; y la acción de impugnación no matrimonial (de paternidad o maternidad). Por otro lado, también regula la acción de nulidad del reconocimiento (art. 202), cuya finalidad es atacar e invalidar el reconocimiento (de carácter irrevocable) demostrando la existencia de vicios del consentimiento.

II.1.a. El marco probatorio en las acciones de filiación

El art. 198, párr. 1º, del Cód. Civil establece la amplitud probatoria en materia de filiación, las que pueden decretarse de oficio o a petición de parte. No obstante, la misma norma impone determinadas restricciones o limitaciones, e incluso regula el procedimiento con la finalidad de dar veracidad y certeza a los elementos probatorios llevados al proceso. En este marco, restringe la suficiencia de la prueba testimonial como única para determinar la filiación y aplica las reglas de las presunciones de los arts. 1712 y 47 del Cód. Civil (legales o judiciales). Por su par-

(5) Cecilia Grosman explica que con la idea de ser un principio superior "se ha querido poner de manifiesto que al niño le asiste un verdadero poder para reclamar la satisfacción de sus necesidades esenciales. Simboliza que ocupa un lugar importante en la familia y en la sociedad y que ese lugar debe ser respetado", es decir, "implica proteger y defender un interés privado, pero al amparo de un interés social" (ver GROSSMAN, Cecilia, "El interés superior del niño", en *Los derechos del niño en la familia*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1998, p. 39).

te, la prueba genética o llamada de ADN cuenta con un peso adicional al momento de considerar su eficacia probatoria. Si bien, conforme al referido principio de libertad probatoria, la existencia del vínculo puede demostrarse a través de todo tipo de pruebas, no caben dudas de que en la actualidad, por las peculiaridades que presenta el objeto a probar, la prueba de ADN juega un rol central **(6)**. Esta prueba es la base para la respuesta a la verdad biológica por su precisión, por lo cual se ha instalado como "suficiente" para determinar la filiación. Este marco probatorio muestra la preferencia del legislador por la verdad real por sobre la verdad formal, aunque esa prevalencia de la verdad real no es absoluta, y en algunos casos la verdad formal prevalece. En el derecho chileno se encuentra regulada una institución que da valor a aquella relación entre padre o madre e hijo que, pese a no coincidir con la verdad biológica, genera lazos afectivos entre ellos; incluso es mucho más importante y beneficiosa para el hijo que la prueba de compatibilidad biológica, esto es, la posesión notoria de calidad de hijo. En efecto, los arts. 200 y 201 del Cód. Civil regulan este instituto, que impone que, siempre y cuando se encuentre debidamente acreditada la posesión, sirve como prueba suficiente para determinar la filiación de una persona y habilita su preferencia sobre las pruebas periciales de carácter biológico en caso de que haya contradicción entre una y otras. Es utilizada mayormente para la determinación de la filiación no matrimonial, por entenderse que se trata de una especie de reconocimiento tácito y que resulta el argumento para la acción de reclamación como excepción en el mismo juicio. Su finalidad se asocia con lo que resulta más conveniente para el interés superior del hijo, lo cual lo convierte en un medio probatorio importante en los procesos de filiación chilenos. Este fue básicamente el fundamento del Tribunal Supremo, por lo que este instituto será explicado y analizado a continuación.

II.2. La posesión notoria del estado de hijo en el derecho filial chileno

La filiación matrimonial y extramatrimonial tiene en la vida de las personas una relevancia significativa, en tanto sus efectos no son ni más ni menos que el de desplazar o emplazar el vínculo biológico entre progenitores e hijos, generando o dejando sin efecto determinados derechos y obligaciones que surgen de la relación de familia. En este marco, la posesión notoria adquiere una significación preponderante en razón de que su procedencia no requiere probar biológicamente el vínculo sanguíneo para entenderse constituido el vínculo filiatorio.

Se ha definido este instituto como el reconocimiento de hecho o social de la paternidad o maternidad, que se manifiesta cuando durante un tiempo prolongado el hijo es nombrado como tal, brindándosele el trato filial, y ello es públicamente conocido **(7)**. Los arts. 200 y 201 del Cód. Civil chileno regulan la posesión notoria. El art. 200 (modif. ley 19.585) la define y establece los recaudos para su procedencia: "La posesión notoria de la calidad de hijo respecto de determinada persona servirá también para que el juez tenga por suficientemente acreditada la filiación, siempre que haya durado a lo menos cinco años continuos y se pruebe por un conjunto de testimonios y antecedentes o circunstancias fidedignos que la establezcan de un modo irrefragable. La posesión notoria consiste en que su padre, madre o ambos le hayan tratado como hijo, proveyendo a su educación y establecimiento de un modo competente, y presentándolo en ese carácter a sus deudos y amigos; y que estos y el vecindario de su domicilio, en general, le hayan reputado y reconocido como tal". El art. 201 da la preeminencia sobre la prueba biológica: "La posesión notoria del estado civil de hijo, debidamente acreditada, preferirá a las pruebas periciales de carácter biológico en caso de que haya contradicción entre una y otras. Sin embargo, si hubiese graves razones que demuestren la inconveniencia para el hijo de aplicar la regla anterior, prevalecerán las pruebas de carácter biológico".

(6) En los Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial argentino se señaló: "Los avances de la medicina, en particular el perfeccionamiento de la genética, han obligado a revalorizar las pruebas de ADN en los juicios de filiación".

(7) GÓMEZ DE LA TORRE, M., "El sistema filiativo chileno", Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2007, p. 87. RAMOS PAZOS, R., "Derecho de familia", Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2009. ARENAS, S., "Posesión notoria del estado de hijo. ¿Cuál es la calificación jurídica? ¿Existe una acción de posesión notoria en el derecho filiativo chileno? Análisis de dos sentencias de la Corte Suprema" (ver en *https://issuu.com/sergioluisarenasbenavides/docs/posesi__n_notoria_del_estado_de_hij*).

Es decir que la acreditación de posesión de estado prescinde y está por encima de la verdad biológica (en caso de conflicto entre ambas), y se determina por el goce y estado filiatorio de padre-hijo a través de nombre, trato y presentación social que demuestre la calidad de hijo invocada. Por eso, parte de la doctrina considera que se trata de un reconocimiento tácito de la paternidad y por ello no requiere prueba biológica del vínculo. Concretamente, hay posesión de estado de hijo cuando una persona ha dado el nombre, el trato y ha presentado en sociedad a otra invocando la calidad de hijo y demostrándolo a través de acciones o conductas exteriorizadas **(8)**.

Del mismo concepto se extraen sus características principales: a) resulta un medio probatorio de la filiación: en particular en las causas sobre acción de impugnación y reclamación de paternidad conjunta, si se alega como excepción. Es decir que a través de la posesión notoria se podrá acreditar la filiación, sin requerir otros medios probatorios y menos aún probar la compatibilidad biológica, constituyendo una excepción a la idea de búsqueda de la verdad biológica. Claro que "debe" ser probado en el correspondiente juicio de filiación; b) debe constituir una situación de hecho pública y continua: es decir, la exteriorización de actos continuos y duraderos en el tiempo (necesarios para que produzcan efectos jurídicos), que demuestren el goce del estado de hijo por parte de este y que el trato que se le dispensa sea el de madre o padre conocido socialmente. Lo que se protege son los lazos afectivos creados. En el caso chileno, este período debe extenderse por cinco años continuos; c) es una expresión del principio del interés superior del niño: básicamente, al otorgar mayor importancia a la verdad social por la existencia de lazos afectivos, se protege el interés superior del niño, en tanto que el fortalecimiento de los lazos afectivos familiares hace a la formación y el desarrollo integral del niño **(9)**; d) mantiene preeminencia sobre la prueba biológica en caso de entrar en conflicto con esta: el art. 201, al dar preeminencia a la posesión notoria, refuerza la idea de dar estabilidad a los lazos afectivos por sobre la verdad biológica sin relación filial. La norma refuerza el concepto de

(8) ¿Cómo regula la posesión de estado el derecho argentino?: en realidad, no existe una regulación del instituto, sino que más bien el Código Civil y Comercial (en adelante, Cód. Civ. y Com.) define a la posesión de estado asignándole un valor en los procesos de filiación. Así, el art. 584 dispone: "La posesión de estado debidamente acreditada en juicio tiene el mismo valor que el reconocimiento, siempre que no sea desvirtuada por prueba en contrario sobre el nexo genético". Es decir que únicamente asimila la posesión de estado al reconocimiento en lo que respecta a la valoración en juicio, sin considerar elementos constitutivos ni recaudos para su acreditación. Le otorga sí el mismo valor que al reconocimiento, considerándolo válido para determinar la filiación, claro que demostrada en el correspondiente juicio, pues carece de valor por sí para determinarla. Así, en algunos casos no será necesario ofrecer la prueba genética, acreditando, por ejemplo, en la acción de reclamación de filiación extramatrimonial, la posesión de estado (porque equivale al reconocimiento, conforme al art. 584); o, en la acción de reclamación de la filiación extramatrimonial, si se produce prueba con el demandado donde este efectúe el reconocimiento de su paternidad (lo que también equivale a un reconocimiento del Cód. Civ. y Com.); o si se acredita convivencia con la madre (art. 585) respaldada por prueba documental, informativa o testimonial, supuestos estos en que tales probanzas podrán ser consideradas suficientes y solo cabría decretar la prueba genética si las partes insistieran en su producción. De esta forma se mantiene el reconocimiento como eje central de la filiación por naturaleza, operando este acto voluntario de tres formas: a) declaración ante el Registro Civil; b) en instrumento público o privado debidamente reconocido y/o mediante actos de última voluntad, aun en forma incidental (art. 571); y c) no requiere aceptación del hijo, manteniendo el carácter irrevocable de aquel (art. 573). No obstante, da preminencia a la prueba genética como determinante a la hora de establecer el vínculo filiatorio. Para probar la posesión de estado se admiten toda clase de pruebas. En resumen, se entiende acreditado según la apreciación del juez de que no existan dudas sobre la existencia de trato por parte del padre o madre y el hijo, bajo cualquier medio probatorio, e incluso sin ser desmerecidas las pruebas presentadas por falta de algún documento donde se acredite. Además, requiere que no sea desvirtuado por el nexo biológico, ya que, en caso contrario, se deberá oponer otro examen de carácter biológico que excluya la paternidad biológica de la contraparte en ese caso.

(9) Del Preámbulo de la CDN se infiere claramente la prioridad de los "vínculos afectivos" por sobre cualquier modelo familiar impuesto, basado en la no discriminación: "Convencidos que la familia como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad, reconociendo que el niño, 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".

los lazos afectivos y sociales, que, en ciertas circunstancias, son considerados tanto o más valiosos que el origen biológico.

Para que opere la posesión notoria del estado de hijo, se tiene que dar el ejercicio prolongado y continuo de determinados derechos para hacer presumir su existencia, es decir, que el padre o madre trate de manera pública y constante a quien presumen hijo, además de ocuparse de su sostenimiento económico, educación, alimentación y recreación. Concretamente, deben verificarse tres elementos: nombre, trato y fama, y que ellos perduren por un período determinado de tiempo. 1) Nombre: se entiende que es la individualización de la persona como perteneciente a una familia, exteriorizada a través, por ejemplo, del uso del apellido, tomado este más bien desde una consideración social, es decir que con ese nombre y apellido familiar sea conocido socialmente, con independencia de la realidad jurídica. 2) Trato: es el elemento de mayor relevancia dentro de la posesión notoria, pues es ahí donde se refleja la familiaridad del presunto padre o madre con el hijo. A través de él se demuestran el afecto familiar que se dispensan padres e hijos y su exteriorización a través de determinadas conductas propias de las que asumen los padres con los hijos. Es decir, que los terceros (amigos, vecinos) deben interpretar este comportamiento como el que suministran los padres a los hijos **(10)**. 3) Fama: la relación paterno- o materno-filial debe ser conocida públicamente, por lo que la fama constituye el tercer elemento importante en la posesión de estado de hijo, y es tratada en el mismo art. 202: "…presentándolo en ese carácter a sus deudos y amigos; y que estos y el vecindario de su domicilio, en general, le hayan reputado y reconocido como tal…". Es decir, lo que resulta necesario a los fines de la validación de la posesión de estado es el reconocimiento social de esa relación filial.

Por último, y como complemento de los tres elementos mencionados, se requiere que los actos manifiestos de la relación filial sean duraderos en el tiempo, lo que otorga seguridad jurídica, en razón de la importancia de establecer la filiación entre dos personas y, en consecuencia, las obligaciones que derivan de ella. El art. 200 en su primer párrafo considera suficientemente acreditada la filiación si la posesión notoria ha durado al menos 5 años continuos, imponiendo para su demostración la producción de pruebas consistentes en un "conjunto de testimoniales, antecedentes o circunstancias fidedignas que la establezcan de un modo irrefragable" **(11)**. Es decir que un solo medio de prueba no bastará, por lo que los testimonios a rendirse deberán dar fe y credibilidad a los hechos que se pretenden probar y estar unidos a otros antecedentes o circunstancias que deben ser establecidos de modo "irrefragable", de modo que resulten de tal credibilidad que no sea posible contrarrestarlos. Este instituto, válido como prueba en el proceso, tiene preeminencia por sobre la verdad biológica, lo que implica un cambio en la mirada en cuanto a lo relevante en materia de determinación de la filiación. Este criterio de preminencia de la posesión notoria sobre la verdad biológica es lo que sostiene el fallo que comentamos, como veremos en algunos de sus fundamentos.

III. El caso

En la causa Rol C-3058-2018, el actor W. E. S. M. interpuso ante el Juzgado de Primera Instancia de Antofagasta una demanda de posesión notoria en contra de A. W. F. E. y J. S. H. C., ambos progenitores de J. K. F. H., persona menor de edad al momento de la promoción del proceso, solicitando que se declare a la adolescente hija del actor. Entre los argumentos, resalta que mantiene un vínculo afectivo con la joven desde el año 2004, año en que comenzó la convivencia con su madre, que le ha dispensado el trato de hija desde muy pequeña, ha sido amada y presentada públicamente como su hija, asumiendo los cuidados, brindándole afecto y guiándola

(10) "…[O]bedece al deber moral y social de velar por el bienestar entre los miembros de la familia, como la educación y mantención (…) no como el hecho de proveer al establecimiento y educación del presunto hijo de manera sobreabundante, sino lo suficiente tomando en cuenta el contexto cultural y económico de la familia y la normal provisión a sus hijos determinados…" (GANDULFO, E., "La filiación, el nuevo ordenamiento y los criterios para darle origen, factores de determinación y metacriterios de decisión", *Gaceta Jurídica*, nro. 314, Santiago de Chile, 2006, ps. 35-90, también disponible en *www.legalpublishing.cl*).

(11) La posesión notoria no puede surgir de un hecho improvisado, pues esta debe darse pública y reiterativamente para crear la convicción social de que quien ejerce esa posesión notoria es hijo de quien lo trata como tal y provee todo lo necesario para su subsistencia.

en el ejercicio de sus derechos en todas las etapas de su vida, por lo que pretende consolidar ante el derecho una situación que en los hechos mantienen desde que la adolescente contaba con muy corta edad. Al contestar la demanda, ambos progenitores biológicos se allanan a la petición y, posteriormente, habiendo alcanzado la mayoría de edad, la adolescente se presenta y ratifica el allanamiento formulado por su madre, como así también confirma todos y cada uno de los argumentos vertidos por el actor.

No obstante, el Juzgado de Primera Instancia, al dictar la sentencia definitiva, decide el rechazo de la pretensión argumentando que el actor carecía de legitimación activa para demandar, a tenor de lo normado por el art. 317 del Cód. Civil, pese a reconocer acreditado el trato de hija de J. dentro del grupo familiar y fuera de él, como así también el allanamiento de los progenitores biológicos, y excluye de la valoración el trato de esta hacia el actor. A tenor de la norma citada, expresa que el actor no encuadra en la figura del legítimo contradictor, por reconocer expresamente que no es el progenitor biológico de J., lo que es determinante a la hora de valorar la legitimación activa, y por ello rechaza la acción, no sin antes precisar que la acción procedente sería la de adopción o de repudiación. Apelada la sentencia ante la Corte de Apelaciones de Antofagasta, esta la confirma, compartiendo los fundamentos de la primera instancia. Contra esa decisión el demandante interpuso recurso de casación en el fondo, argumentando que tanto el fallo de primera instancia como el de la Corte de Apelaciones reconocieron los presupuestos y elementos de la posesión notoria y no obstante restringieron el sentido y alcance de la normativa en contradicción con los conceptos de familia e interés superior del niño.

La Corte Suprema, al tratar el recurso, efectúa —en un primer momento— un análisis del instituto de la filiación, para luego considerar que esta ha dejado de ser únicamente una relación de sangre entre padre, madre e hijos, para ser una situación jurídica relacionada con el lugar que ocupa una persona en una familia, es decir, el estado de hijo, que a la vez genera o conecta otros efectos jurídicos, como, por ejemplo algunos atributos de la personalidad (estado civil, nombre, domicilio), y que encuentra soporte en dos principios fundamentales, que son el derecho a la identidad y el interés superior del niño. En ese orden de ideas, y analizando el marco jurídico aplicable, entiende que estos principios están estrechamente ligados a la dignidad humana, por lo que se trata de una obligación del Estado respetarlos y promoverlos. Admite, así, como excepción al derecho a la identidad, la posesión notoria del estado de hijo, "que prefiere a las pruebas periciales de carácter biológico". Considera así que en el caso fueron debidamente acreditados los presupuestos de "nombre, trato y fama" exigidos para la procedencia de la posesión notoria, concluyendo que la sentencia impugnada conculca los derechos consagrados en el Cód. Civil al dejar de lado la realidad social que le concede a J. el estado de hija y le otorga una posición dentro de la familia. Revoca la sentencia de la Corte de Apelaciones y, haciendo jurisdicción positiva, la reemplaza con el dictado de una nueva sentencia, haciendo lugar a la demanda, acogiendo la impugnación y reclamación de paternidad solicitada y ordenando además la inscripción al margen de la partida de nacimiento de la adolescente **(12)**.

III.1. Análisis del fallo

La sentencia dictada por el Alto Tribunal chileno hace hincapié en un conflicto constitucional y convencional, marcado por la decisión judicial de primera instancia en cuanto a la aplicación de una normativa que contradice el derecho de todo niño, niña y adolescente a la identidad, a los atributos de su personalidad (nombre, estado civil), a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta y, fundamentalmente, lesiva de su interés superior, desde una perspectiva de derechos humanos, teniendo en cuenta los lazos afectivos que unen a la adolescente con el actor y los relaciona con el derecho a la "identidad personal", en referencia a la realidad existencial de la persona. En tal sentido, afirma que "...la identidad personal está íntimamente ligada a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentadas ambas en

(12) Los jueces fundan la validez de su decisión en los arts. 179 a 273; 200; 201; 204 a 221 y 309 del Cód. Civil, con las modificaciones introducidas por la ley 19.585; en la Constitución Política de la República de Chile (arts. 1º y 2º, inc. 5º), en los tratados internacionales específicamente aplicables (arts. 7º y 8º de la CDN; art. 19 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, y art. 16 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos).

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...".

Como hemos visto, la posesión notoria de estado civil de hijo se puede alegar en el proceso filiatorio chileno tanto como fundamento de la acción de reclamación de paternidad o maternidad, como excepción por parte del demandado en juicio iniciado por acción de impugnación o de impugnación en conjunto con reclamación. En este caso, en la causa sobre impugnación y reclamación de paternidad fue planteada la posesión notoria contra el padre biológico de quien —en ese momento— era una persona menor de edad, solicitando que se declare que no era hija biológica del demandado y que se tenga por acreditada la calidad de hija del actor. Ambos padres biológicos demandados se allanaron, y la hija, al adquirir la mayoría de edad, ratificó el allanamiento materno.

El Tribunal Supremo, entre sus fundamentos, analiza la posesión de estado poniendo la mirada en la relación del derecho a la identidad, concepto de familia y dignidad humana, a la que considera como la "piedra angular de todo el edificio de los derechos fundamentales" **(13)**. Tiene en cuenta los arts. 7º y 8º de la CDN, que reconocen como elementos de la identidad a la nacionalidad, el nombre, las relaciones familiares y el derecho del niño a preservar su identidad y que ello sea respetado por el Estado. Con base en la normativa internacional, reafirma el derecho a la identidad como derecho personalísimo vinculado a la dignidad humana. En este marco, el Tribunal entiende que la intención del legislador en la redacción de los arts. 200 y 201 fue la de dar preferencia a la verdad social, no siendo entonces concluyente el factor biológico para determinar la paternidad o la legitimación para accionar, siempre que estén comprobados los presupuestos de la posesión notoria. Por ello, considera que se han coartado las acciones deducidas, limitando su procedencia al elemento biológico, que no es lo determinante.

Por otro lado, fundado en los arts. 200 y 201 del Cód. Civil, afirma que la posesión notoria debidamente acreditada "entrega la calidad de padre, madre e hijo, legitimando la intervención de cualquiera de ellos en un proceso sobre impugnación y reclamación de estado". A criterio del Tribunal, el art. 317 del Cód. Civil, como fundamento del rechazo de la legitimación del actor en el fallo de primera instancia, contrarió las normas de los arts. 200 y 201 citados, que deben leerse —dice— a través de una interpretación armónica que permite sostener que el vínculo biológico no es el factor determinante para accionar, y sí lo sería tener la "calidad de madre, padre o hijo", que es dada a través de la posesión notoria. Partiendo de esta premisa, los jueces, respecto de la acción y de la legitimación del accionante, consideran que el derecho a la identidad no debe verse únicamente desde el aspecto físico o biológico de la persona, pues comprende también "el bagaje espiritual, intelectual, político, profesional, etc. a través del cual se proyecta socialmente al exteriorizar de alguna manera los aspectos propios de la personalidad", entendiendo entonces que esa identidad personal encuentra el fundamento axiológico en la dignidad humana, que como derecho personalísimo merece tutela jurídica.

Sin dejar de sostener que el marco normativo de la ley 19.585 hace primar la verdad real o biológica sobre la formal, considera que esta primacía que consagra admite excepciones, y es justamente la acreditación de la posesión notoria que —debidamente acreditada— prefiere a las pruebas periciales, con respaldo en lo dispuesto en los arts. 200 y 201 del Cód. Civil **(14)**.

(13) Al relacionar derecho a la identidad y dignidad humana, agrega que, aunque la Carta Fundamental carece de un reconocimiento expreso a la identidad como prerrogativa humana básica, ello no obstaculiza la protección constitucional, debido a la estrecha vinculación de ambos conceptos. Lo asimila al derecho a la nacionalidad, del que no puede carecer una persona, justificando así la inclusión del derecho a la identidad personal entre aquellos esenciales a la naturaleza humana, citados en el art. 5º, inc. 2º, de la Carta Fundamental chilena.

(14) Conforme lo disponen los incs. 1º y 2º del del artículo 200, se compone de tres elementos: el nombre, el trato y la fama, que deben haberse configurado, a lo menos, durante cinco años continuos; y debe ser acreditada mediante un conjunto de testimonios y antecedentes o circunstancias fidedignas que la establezcan en forma irrefragable, hecho que sirve a la judicatura para tener por suficientemente acreditada la filiación, que podría catalogarse como una de tipo social, cuyo fundamento, según se advierte, está dado por los lazos de afecto, dado que "ejercer de padre, querer serlo y haberlo sido por más de 5 años puede ser más relevante que la verdad

Afirman los jueces que las normas que rigen la filiación no deben solo conducir a la realidad biológica de los involucrados, dejando de lado la "realidad social", que le concede a un hijo, tal como lo establece la definición de filiación, "una posición dentro de la familia, que le permite asimismo determinar su identidad y proteger su dignidad". Considerando acreditados los presupuestos de la posesión notoria —nombre, trato y fama—, señala: "...quien la invoca debe acreditar que ha sido conocido como hijo, o como padre o madre proveyéndole a su educación y establecimiento, presentado como tal ante amigos y deudos, y que el vecindario lo ha reputado y conocido como tal; en el caso de autos, se acreditó que don W. R. S. M. tiene la posesión notoria de la calidad de padre de J. F. H., y esta, a su vez, de hija del demandante, lo anterior se desprende del set de fotografías incorporado, además de la existencia del certificado médico en el cual se indica que J. es atendida desde los 7 años de edad y siempre ha sido acompañada por don W. S. y doña J. H. Asimismo, se acompañó también el informe escolar que relata que don W. es el apoderado y ha estado presente en todas las actividades de J. A mayor abundamiento se puede agregar la declaración de testigos que indican que desde el año 2004 don W. ha tratado y reconocido a J. como su hija dentro del grupo familiar, frente a amigos, nana, médicos y el establecimiento educacional. Además, la madre reconoce que desde 2004 a la fecha don W. ha tratado como hija a J. y finalmente es necesario destacar que J. al cumplir la mayoría de edad compareció en autos ratificando todo lo obrado por su madre, lo cual deja en claro que, de haber sido mayor de edad al momento del inicio del juicio, ella habría accionado".

Esta postura entiende que la finalidad de la institución de la posesión notoria de estado civil de hijo es la valoración de los lazos psicológicos y afectivos creados entre padre o madre e hijo, protegiendo el interés superior del hijo para su desarrollo psicológico y emocional, prefiriendo un padre social presente en vez de un padre biológico que no tenga relación alguna con su hijo. En este caso, la posesión notoria se posiciona por sobre el objetivo de los juicios de filiación basados en el principio del derecho a la identidad, que es el de la búsqueda de la verdad real o biológica, determinando la filiación bajo ese vínculo. Sin embargo, de manera excepcional, también fundada en el derecho a la identidad, la Corte reconoce el nexo social y afectivo, independientemente de si es compatible con la verdad biológica, siendo incluso preferido por sobre el nexo biológico si son contradictorios en juicio, siempre y cuando se hayan cumplido los requisitos propios del instituto de la posesión notoria. Este derecho a la identidad define —a criterio del Tribunal— que resulta más beneficioso para el interés superior del niño que su filiación esté determinada respecto de quien haya vivido y cuidado de él desde su nacimiento y por una gran parte de su vida, es decir, con una duración suficiente para entender la existencia de un lazo afectivo entre el presunto padre y el presunto hijo. La posesión notoria se convierte así en el elemento determinante a la hora de decidir el vínculo filiatorio de la adolescente, fundándose en la identidad dinámica, que se asocia directamente con el principio de socioafectividad, circunstancias que analizaremos en este comentario.

Es sabido que el derecho a la identidad tiene una doble dimensión: la faz estática y la faz dinámica. La primera, estática o primaria, es conocida como "identificación". Se refiere básicamente a la identificación física, biológica o registral de un sujeto: el nombre, la imagen, el sexo, el lugar y fecha de nacimiento, las huellas digitales, la filiación, la nacionalidad. Se trata de los datos físicos de una persona, en tanto que la identidad dinámica trasciende a la estática y se refiere a la historia personal del sujeto, su estructura social y cultural, es decir, básicamente, su proyecto de vida **(15)**. Así, la llamada identidad dinámica ha puesto en jaque a la regulación de una gran cantidad de instituciones del derecho de familia. La identidad dinámica trasciende a la estática y se refiere a la "verdad personal

genética. Además, el padre social ha desarrollado lazos afectivos con el menor, que le dan a este estabilidad psicológica" (punto 6º del fallo, con cita de GÓMEZ DE LA TORRE V., Maricruz, "El sistema filiativo chileno", 1ª ed., Ed. Jurídica de Chile, 2007, p. 88).

(15) La identidad dinámica involucra las relaciones sociales que la persona va generando a lo largo de su vida, comprendiendo su historia personal, su biografía existencial, su estructura social y cultural (ver más en HERRERA, Marisa, "Manual de derecho de las familias", Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2015, p. 403).

o proyecto de vida" de cada sujeto, que se pone de manifiesto a través de la "proyección social" de la persona. "...La identidad personal (...) que se proyecta socialmente (...) es dinámica, se enriquece constantemente, se eleva y se degrada, progresa, involuciona, cambia (...) tiene una connotación (...) [en] todo aquello que el ser humano hace en y con su vida..." **(16)**.

En el derecho argentino, la prueba genética ocupa el primer lugar. La llegada de la prueba genética a la legislación argentina otorgó una gran importancia al derecho a la identidad en su faz estática. En efecto, para el derecho nacional, la prueba genética ocupa un lugar preferencial a la hora de determinar el vínculo filiatorio, por sobre la posesión de estado de hijo, puesto que son variadas las circunstancias de cada caso, siendo necesario que "determinadas conductas o comportamientos (*tractus*)" constituyan posesión de estado para, consecuentemente, tener por acreditada la relación filial padre-hijo. "Es sabido el rol que ostenta la prueba genética en los procesos de filiación. Tanto el sometimiento, realización y resultado de la prueba de ADN como, en definitiva, su negativa a tal prueba han sido los dos ejes centrales en materia probatoria en este tipo de juicios, por lo cual la importancia práctica de la posesión de estado como de la convivencia, por sí solos, se ha diluido. Esta es una de las principales razones por las cuales el Cód. Civ. y Com. se detiene en la regulación de la prueba principal (la genética, sea que el presunto demandado esté vivo o haya fallecido) y de qué sucede ante su negativa, y no de las pruebas como la posesión de estado, la convivencia o la pluralidad de convivencias" **(17)**.

La identidad dinámica se relaciona directamente con el concepto de socioafectividad (arts. 7º, 8º y 9º de la CDN). En esta noción se encuentra un componente social y afectivo que no guarda relación alguna con el parentesco. Tiene que ver con los vínculos de apego en determinadas personas, similares a los vínculos parentales en el marco de una relación afectiva genuina. Esta relación afectiva y social trasciende la parentalidad y lo normativo, en tanto "el estándar socioafectivo se torna hoy al lado de los jurídicos y biológicos, un nuevo criterio para establecer el vínculo parental" **(18)**. Sobre esta noción los jueces afirman su postura, al haber sido probado a través de la posesión notoria el vínculo afectivo entre el actor y la hija de su pareja (progenitor e hija afín) desde que la primera contaba con 4 años, ejerciendo el actor la responsabilidad parental y los actos concretos que significan cuidado, alimentación, afecto, educación, dándole el trato de hija, cumpliendo así con los recaudos exigidos por la norma chilena para tener por probada la posesión de estado. Entonces, haciendo una interpretación amplia del art. 317 del Cód. Civil, legitima al progenitor afín para promover el proceso, yendo más allá de los que se encuentran mencionados en dicha norma. "La paternidad socioafectiva es el tratamiento dispensado a una persona en calidad de hijo y se encuentra sustentada en el sentimiento de cariño y amor, independientemente de la imposición legal o vínculo sanguíneo. En su esencia natural, la relación paterno-filial trasciende las imposiciones legales y se cimienta en una relación afectiva que debe tomar en cuenta la norma para su determinación y establecimiento. La afectividad implica una conducta querida y llevada a cabo teniendo como contracara, de quien la goza, la satisfacción y contentamiento personal" **(19)**.

Pero el derecho a la identidad estática se complementa con el componente dinámico, y ambos constituyen una unidad inescindible: por un lado, la información genética, que identifica biológicamente al ser humano y que

(16) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *http://www.corteidh.or.cr/tablas/r36895.pdf*.

(17) HERRERA, M. — CARAMELO, G. — PICASSO, S., "Código Civil y Comercial de la Nación comentado", Ed. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Presidencia de la Nación, 2015, t. II, p. 331.

(18) Ampliar en HERRERA, M. — FERNÁNDEZ, S. — GONZÁLEZ DE VICEL, M., "La identidad dinámica/socioafectiva como fuente generadora de conflictos no previstos en materia de adopción", *https://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/09/Fern%c3%a1ndezl-y-otro_-La-identidad.pdf*.

(19) VARSI ROSPIGLIOSI, E. — CHAVES, M., "Paternidad socioafectiva La evolución de las relaciones paterno-filiales del imperio del biologismo a la consagración del afecto", *http://repositorio.ulima.edu.pe/bitstream/handle/ulima/3289/Varsi_Rospigliosi_Enrique_paternidad_socioafectiva.pdf?sequence=3&isAllowed=y*.

se complementa, por otro lado, con las características de la persona, sus atributos, su vida social y cultural, que pueden modificarse, es decir, la identidad dinámica. Al ser una unidad, la identidad estática y la dinámica ocupan un lugar determinado, donde el vínculo biológico ocupa el podio, pero no siempre la realidad biológica es la única en la vida de una persona, y cada caso debe ser tratado en forma distinta, atendiendo a sus peculiaridades. Así, se ha dicho que "...en materia de filiación no existe una sola verdad. Tal como lo muestran las expresiones del lenguaje vulgar, hay muchas verdades: la afectiva ('verdadero padre es el que ama'); la biológica (los lazos sagrados); la sociológica (que genera la posesión de estado); la de la voluntad individual ('para ser padre o madre es necesario quererlo'); la del tiempo ('cada nuevo día la paternidad o la maternidad vivida vivifica y refuerza el vínculo') (...) en materia de filiación..." **(20)**.

En ese orden de ideas, partiendo de la premisa de que la identidad estática y la dinámica van unidas, en nuestra opinión, es válida la valoración de la socioafectividad y son lógicos los fundamentos de la Corte en el sentido de considerar la "realidad familiar y social". El vínculo paterno-filial estaba generado entre la joven y la pareja de su madre, quien ha querido "ser padre y ha ejercido como tal", lo que fue más relevante que la verdad genética. La posesión de estado, para la ley civil chilena —como ya lo expresáramos—, se preferirá a las pruebas periciales de carácter biológico en caso de que haya contradicción entre una y otras, a lo que debe sumarse el allanamiento del progenitor biológico, de la madre y la ratificación de la hija al cumplir la mayoría de edad. Aparece "peligroso" que la posesión de estado de hijo pueda permitir la impugnación y desplazar un vínculo filiatorio ya establecido y que además sea preferido a la prueba genética. Tampoco se puede dejar la posesión notoria de estado civil de hijo en una configuración tan amplia que justifique juicios de filiación bajo este medio por actos que no sean suficientes para determinar la filiación por posesión notoria.

En realidad, la situación familiar no es otra que la de las denominadas "familias ensambladas", donde reina la socioafectividad y los vínculos que se generan son causa fuente de derechos y obligaciones, como por ejemplo los cuidados parentales. Las familias ensambladas, siguiendo a Kemelmajer, dan lugar a dos situaciones fáctico-jurídicas diferentes: a) la relación progenitor-hijo afín y la adopción de integración **(21)**. La primera involucra a la socioafectividad, en tanto que la segunda se refiere a la convivencia, siendo necesaria la concurrencia de ambas para generar derechos y obligaciones. Esta es la situación familiar del caso que comentamos, de modo tal que la vía adecuada hubiese sido la adopción de integración, toda vez que la relación de convivencia del actor con la joven desde muy corta edad hace presumir la socioafectividad, es decir, la existencia del vínculo afectivo, asumiendo el progenitor afín, además, el sostenimiento y los cuidados propios del sistema parental, puesto que en el "ensamble familiar" se producen nuevas interacciones y lazos sociales que pueden permanecer aun en el caso de que la pareja se separe. Con la adopción de integración se logra que un niño, niña o adolescente sea adoptado por quien, no teniendo un vínculo consanguíneo con la persona menor de edad, sea cónyuge o conviviente de su padre o madre biológicos. Este instituto —incorporado al Cód. Civ. y Com. argentino— reconoce la existencia de las denominadas "familias ensambladas", permitiendo la integración del cónyuge o conviviente del progenitor biológico del adoptado.

Lamentablemente, Chile no cuenta con el instituto de la adopción de integración. Cabe señalar que la ley 19.620 no hace mención expresa de este tipo de adopción. Sin embargo, la contempla en su art. 8º, inc. b), habilitando la adopción de menores de edad al "descendiente consanguíneo de uno de los adoptantes". Regula así el caso en que uno de los adoptantes es padre o

(20) MALAURIE, P., "La Cour Européenne des Droits de l'Homme et le 'droit' de connaître ses origines. L'affaire Odièvre", *La Semaine Juridique*, nro. 26, 2003, p. 546, cit. en KEMELMAJER, A. — HERRERA, M. — LAMM, E., "Filiación y homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incómodo y actual", LA LEY del 20/09/2010, 1.

(21) KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., "Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial Argentino de 2014", LA LEY del 08/10/2014, 1; LA LEY 2014-E, 1267; ADLP 2014 (noviembre); LL AR/DOC/3592/2014.

madre biológico del niño, niña o adolescente, así como aquel en que uno de los adoptantes es otro ascendiente consanguíneo, pero siempre que exista vínculo matrimonial entre los adoptantes, ya que es la única forma de proceder a la adopción conjunta. Sin dudas, resulta necesaria su regulación, siendo una materia pendiente para el legislador chileno **(22)**.

IV. Cierre

La determinación de la filiación de una persona es uno de los temas más trascendentales para la vida humana, y a lo largo del desarrollo de este trabajo hemos visto que la identidad biológica no es absoluta y que la posesión de estado paterno-filial no solo puede estar dada por los lazos de sangre, por ser un derecho a la identidad de todo niño, niña y adolescente; así lo consagra la CDN. Claramente, hay que estar al caso concreto, y son los jueces los que deberán valorar la prueba genética, por un lado, y el elemento subjetivo que integra la identidad dinámica, por el otro. Es que al lado de la verdad biológica hay otra verdad que no puede ignorarse: la verdad sociológica, cultural y social, que también hace a la identidad de la persona humana. Los afectos, los intereses morales, la continuidad de los vínculos son lo que hace a la filiación querida y vivida por una persona e involucran a su entorno, y es lo que llamamos la "faz dinámica".

Sucede, entonces, que en determinadas situaciones familiares en donde la posesión de estado está consolidada, no tiene por qué prevalecer el elemento biológico, afectando una identidad filiatoria que no es la real. No pueden unificarse los conceptos de padre y de progenitor biológico. No son lo mismo. Padre es quien cumple el rol y la función de tal en la familia y fuera de ella, el que brinda el afecto, la contención y ejerce el cuidado, fomentando el desarrollo y la formación de sus hijos. Por eso, bien se ha dicho que la paternidad anuda un vínculo predominantemente social y cultural. El art. 8º de la CDN obliga a preservar la identidad y, obviamente, no podemos considerar solo la referida a la genética o de origen, sino que también incluye a la identidad dinámica; precisamente, aquella que se perfila con la posesión de estado.

Se impone en la legislación chilena la necesidad de incluir el instituto de la adopción de integración como tipo autónomo; es una tarea pendiente del legislador como reconocimiento a las familias ensambladas, cuya realidad está formada por el elemento socioafectivo. La socioafectividad se instala como una realidad de numerosas familias que han construido vínculos y lazos tan significativos en la vida de los hijos, siendo una obligación del Estado brindar la protección adecuada como forma de respetar el interés superior de todo niño, niña o adolescente y, fundamentalmente, su derecho humano a vivir en familia.

(22) Existe un Proyecto de Ley de Reforma Integral al Sistema de Adopción en Chile (Boletín 9.119-18), el que incluye el proyecto relativo a las causales por las cuales puede iniciarse el procedimiento de adoptabilidad en relación con la situación de niños, niñas o adolescentes. En este sentido, una de las discusiones se centró en torno a la adopción por integración y respecto a quién podría solicitarla. Esta forma de adopción procedería cuando el niño, niña o adolescente ha sido abandonado por uno de sus padres y su cuidado personal es ejercido por otra persona. Exige también que el abandono sea al menos por dos años consecutivos. La indicación sustitutiva del Ejecutivo, en torno a quién podría adoptar, plantea que solo el o la cónyuge podrían integrar como hijo; en cambio, una indicación de los diputados Cariola, Castillo, Jiles y Marzán regula que el o la cónyuge o el o la conviviente, tanto civil o de hecho, puedan acceder a esta adopción. Nada dice respecto de la adopción en general por parte de parejas homoparentales.

EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD

Progenitores que reclaman el ejercicio del derecho de guarda sobre su hijo menor. Niño que estuvo al cuidado de sus abuelos paternos hace ocho años. Procedencia. Interés superior.

Con nota de Yael Falótico

1. — En un caso donde los progenitores en conjunto reclaman tutela judicial para el ejercicio del derecho de guarda que les concierne sobre su hijo menor, contra los abuelos paternos que ejercen su cuidado hace ocho años, debe ponderarse lo que resulte más beneficioso para el niño, desde el prisma de su interés superior; lo que estriba en su incorporación al seno familiar de origen, integrado por sus padres y hermanos, con los que ha de desarrollar su vida bajo la protección de sus ascendientes directos, quienes así lo pretenden y les corresponde, en aras de velar por sus tres hijos de conjunto, en todos los ámbitos a que se circunscriben sus obligaciones, y en estrecha correlación de intereses, valores éticos, cívicos, culturales y esencial sentido de convivencia.

2. — Si bien el niño ha residido con sus abuelos paternos por ocho años, los cuales le han brindado las atenciones y cuidados necesarios, previo consentimiento de sus padres, precisamente el amor incondicional que le profesan al niño, les permitirá, frente al derecho reclamado por los demandantes para tenerlo consigo, facilitar el retorno al hogar donde nació, y con la ayuda de ambas partes, se inserte gradualmente en la vida familiar de sus progenitores y hermanos, forma idónea de contribuir a su bienestar e integral desarrollo psicosocial.

3. — El interés defendido por los abuelos paternos, quienes pretenden que se conceda legalidad a la guarda de hecho de su nieto que ejercen hace ocho años, no encuentra asidero legal, siendo insuficiente el hecho de que haya residido en su compañía por ese tiempo para que prescinda el pequeño del cuidado directo de sus progenitores, no solo porque resultan los titulares del derecho, sino también porque no han incurrido en conducta reprochable, negligente, o abusiva respecto a su hijo, que conlleve a la aplicación de la sanción más severa que el ordenamiento familiar prevé, sea la suspensión o la privación de la patria potestad. Solo desean tenerlo en su seno familiar junto a sus hermanos gemelos, cuya unión no han logrado dada la expresa oposición de los abuelos, en consecuencia no se configura supuesto alguno, que distorsione el curso natural de la custodia de los hijos, sea por aquella circunstancia, porque estén fallecidos, se encuentren privados de libertad, o cualquier otra situación que por gravosa a su interés superior amerite dicha decisión.

4. — Ha de prosperar el recurso establecido por los progenitores del niño, porque la sentencia dictada por el tribunal de primera instancia incurrió en error de derecho que la hace defectuosa, al dejar subsistente el conflicto que subyace entre las partes, padres y abuelos paternos del niño, en razón de su custodia, cuestión sometida a composición judicial, para lograr los progenitores tener a su hijo consigo. Si bien el ordenamiento familiar vigente confiere a los padres dentro del ejercicio de la patria potestad, la guarda y cuidado de sus hijos, su ejercicio se truncó por la acción de terceros, fuera de los supuestos legales que el propio Código de Familia prevé, por lo que se impone su debida restitución.

Tribunal Supremo Popular, Sala Civil y Administrativo, 29/07/2020. - Expte. N° 173 de 2020.

[Cita on line: AR/JUR/70341/2020]

Expediente N° 173

La Habana, julio 29 de 2020.

Vistos:

Por la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular los recursos de casación en materia civil interpuesto el primero por O. M. S., trabajador, y E. M. H., ama de casa, ambos vecinos de edificio cinco, apartamento nueve, San Antonio de las Vegas, San José de las Lajas, Mayabeque, representados por la letrada Yiliana Hernández Santos; y el segundo por M. S. P., ama de casa, y O. M. H., jubilado, ambos vecinos de la calle..., entre Primera y Tercera, San Antonio de las Vegas, San José de las Lajas, Mayabeque, representados por la letrada Aylén Jiménez Lima; contra la sentencia número cincuenta y dos, de veinticuatro de diciembre de dos mil diecinueve, dictada por la Sala de lo Civil, de lo Administrativo, de lo Laboral y de lo Económico del Tribunal Provincial Popular de Mayabeque, en el expediente número sesenta de dos mil diecinueve, formado para conocer del recurso de apelación establecido por los ahora recurrentes, contra la sentencia número doscientos catorce, de treinta y uno de octubre de dos mil diecinueve, dictada en el proceso Sumario número ciento cincuenta y uno de dos mil diecinueve, sobre Determinación de guarda y cuidado y régimen de comunicación, promovido por O. M. S. y E. M. H., contra M. S. P. y O. M. H., en el Tribunal Municipal Popular de San José de las Lajas; en solicitud de que sea revocada la

sentencia dictada por el tribunal de primera instancia y estimada la pretensión concreta deducida por ellos en el proceso.

Resultando: Que la parte dispositiva de la sentencia recurrida dice: El Tribunal acuerda el siguiente fallo: Declarar sin lugar los recursos de apelación interpuestos por ambas partes, ratificándose la resolución impugnada. Sin imposición de costas procesales.

Resultando:

Que el recurso interpuesto por O. M. S. y E. M. H., consta de dos motivos, que por la forma en que se resuelve solo se relaciona el primero invocado al amparo del apartado uno del artículo seiscientos treinta de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, en el que se acusan como infringidos los artículos ochenta y tres, ochenta y cinco, apartado uno y ochenta y ocho, todos del Código de Familia, en el concepto sucinto de que: La sentencia incurre en error de derecho que trasciende al fallo establecido por infracción de los preceptos señalados, en tanto la pretensión de los recurrentes encuentra debido amparo en dichas disposiciones, en razón de que no pueden ejercitar los derechos y deberes que como padres tienen sobre su hijo, en virtud de la patria potestad que les corresponde, por impedirlo los demandados, quienes ostentan la custodia del niño y se oponen a que ellos la ejerciten; por lo que estima que la sentencia dictada no se ajusta a derecho y debe revocarse.

Resultando:

Que el recurso interpuesto por M. S. P. y O. M. H., consta de dos motivos, el primero invocado al amparo del apartado uno del artículo seiscientos treinta de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, en el que se acusan como infringidos los artículos doscientos treinta y seis y trescientos cincuenta y siete, ambos de la propia ley, en el concepto sucinto de que: La sentencia incurre en error que trasciende al fallo establecido, al no tomarse en cuenta que además de oponerse los recurrentes a la demanda interpuesta de contrario, se estableció demanda reconvencional, la que fue rechazada por una providencia en la que se requirió a los inconformes al efecto de que se limitaran a contestar la demanda inicial, lo que fue denunciado en apelación y no fue respondido en la sentencia que se recurre, por lo que se insiste en que atendiendo al interés superior del menor, deberá declararse la nulidad de lo actuado para que se admita la reconvención establecida y se resuelva la cuestión de fondo planteada por los ahora recurrentes, en evitación de incoar otro proceso en el que tengan que solicitar para ellos la guarda y cuidado del menor a fin de concederle legalidad a la guarda de hecho que poseen sobre el niño desde hace ocho años; y el segundo, con amparo en referido artículo de la expresada ley, señalando como infringido el artículo ocho de la Constitución de la República, en relación con el artículo nueve, apartado dos y el artículo veinte, ambos de la Convención internacional de los derechos del niño, en el concepto sucinto de que: La sentencia sustenta que existe laguna legislativa para resolver el asunto planteado, siendo precisamente lo que posibilita la aplicación de los preceptos legales que se señalan, para sentar una solución menos tradicional en conflictos familiares, en los que debe primar el interés superior del menor, y que en el caso, el niño de nueve años de edad, se encuentra bajo su cuidado desde que estaba muy pequeño, lo que no tomado en cuenta, incide en perjuicio del interés que defienden en el pleito; por lo que estima que la sentencia dictada no se ajusta a derecho y debe revocarse.

Siendo ponente la jueza: Kenia María Valdés Rosabal.

Considerando:

Que el Código de Familia vigente regula en el Título dos, De las relaciones paterno-filiales, la institución de la patria potestad y su ejercicio, la cual comprende la guarda y cuidado de los hijos para el supuesto en que tiene lugar la separación de los padres, estableciendo las reglas que guían la actuación judicial para determinar sobre la custodia y el consecuente régimen de comunicación a favor del progenitor que no le fue deferida, disposiciones legales que efectivamente no contemplan las específicas circunstancias que concurren en el caso sometido a juzgamiento, visto que son los padres de conjunto, quienes reclaman tutela judicial para el ejercicio del derecho de guarda que les concierne sobre su menor hijo, contra los abuelos paternos como demandados y ahora también recurrentes; demanda que por atípica no ha de declinarse la solución del problema que subyace entre las partes, tomando como base el carácter literal del ordenamiento familiar mencionado, en tanto se trata, en esencia, de un conflicto en el ejercicio de la patria potestad, regulado en el apartado dos del artículo trescientos cincuenta y ocho de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, cuya tramitación y solución corresponde al tribunal municipal competente, conforme al artículo cinco, apartado dos de la propia ley; y así visto, ha de atenderse la posible vulneración o no, del derecho sustantivo o material de que se trata.

Considerando:

Que el motivo primero en que se apoya el recurso interpuesto por O. M. S. y E. M. H., invocado al amparo del apartado uno del artículo seiscientos treinta de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico ha de prosperar, porque se advierte de la revisión de las actuaciones que el tribunal

incurre por su sentencia en la infracción de derecho denunciada, con trascendencia al fallo, por el cual, con desacierto se desestimó el recurso de apelación establecido contra la decisión adoptada por el órgano judicial de primera instancia, en franco incumplimiento de la función revisora que le asiste a los juzgadores y del principio que informa el doble juzgamiento o, del doble grado jurisdiccional, en virtud del cual se deben corregir eventuales errores que lesionen el derecho reclamado, y con alcance para depurar los resultados que constan en las actuaciones del tribunal municipal actuante, a fin de comprobar todos los aspectos tanto de hecho como de derecho que conforman el proceso, y acontece en el caso que, la cuestión de fondo planteada se ha resuelto de forma irregular, con base en una interpretación restrictiva de las disposiciones legales a que se contraen la guarda y cuidado de los hijos, la cual es inherente a los padres, salvo que incurran en grave incumplimiento de sus deberes y obligaciones paterno-filiales comprendidos en el ejercicio de la patria potestad, estatuto de carácter imperativo, indisponible e intransferible; no susceptible de modificación su contenido, siquiera por sus titulares, quienes al verse impedidos de ejecutarlo de forma plena, han sometido el conflicto a composición judicial de cara a su efectivo cumplimiento en relación a su menor hijo O. M. M. M., y denegado como les ha sido, están colocados en una situación de titularidad sin ejercicio, supuesto que contraviene el ánimo del legislador en los artículos ochenta y tres, ochenta y cinco, ochenta y ocho, ochenta y nueve y noventa del Código de Familia, vistos en relación con los de rango constitucional, artículos ochenta y cuatro, segundo párrafo y ochenta y seis, de la Constitución de la República y, con los postulados de la Convención internacional de los derechos del niño; de suerte que, es primordial en el universo de deberes que integran la patria potestad, la custodia a que se contrae el diferendo, obstaculizada a favor de los otrora demandantes y titulares del derecho, por los abuelos paternos, quienes al propio tiempo la pretenden para sí, sobre el fundamento de la guarda de hecho que durante ocho años han ejercitado sobre su nieto, con el consentimiento inicial de sus padres, anuencia con la que ya no cuentan para continuar con el pequeño bajo su abrigo; de lo que emerge meridiana colisión entre los guardadores legales y los de facto, con efectos perniciosos tanto para la familia consanguínea como para la que por afinidad han conformado los padres del niño, al punto de fraccionarse en defensa de unos y otros intereses, sobre la persona del hijo y nieto menor de edad, el que se encuentra en medio de tan singular estado de cosas, por ende, recibiendo las anómalas consecuencias del inadecuado manejo del asunto por los adultos que lo rodean, nada más y nada menos por quienes se supone, han de velar por su íntegra protección, frente a su falta de capacidad de obrar por razón de la edad; lo que obliga a resolver el asunto respecto a la cuestión material o de fondo, en el recto sentido que informa el principio del interés superior del niño, niña, o adolescente.

Considerando:

Que la Convención internacional de los derechos del niño, de veinte de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve, en vigor desde dos de septiembre de mil novecientos noventa, y de la que Cuba es signataria desde mil novecientos noventa y uno, así ratificada por el Consejo de Estado de la República de Cuba el dieciocho de abril del señalado año, de recta observancia en sus artículos tres, nueve y dieciocho, primer párrafo, cuyos postulados defienden que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, sea procedente, determinación que se configura en los casos en que el menor sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres, lo que no acontece en el caso, de modo que, atendiendo a las específicas circunstancias objeto de análisis, consistentes en que el menor O. M. M. M., hijo de O. M. S. y E. M. H., nacido el veintinueve de diciembre del año dos mil, previo consentimiento de estos, desde que contaba con un año y cuatro meses de edad, pasó al cuidado de sus abuelos paternos, a partir del embarazo gemelar de su progenitora el cual transcurrió con reiterados ingresos y se le entorpecía la constante atención del niño, lo que propició la ayuda de los mentados, con quienes se ha mantenido durante ocho años, y nueve cumplidos; aconteciendo que, pese a las acciones de sus padres encaminadas al retorno del niño a su vivienda, no lo han conseguido por vía extrajudicial, tras lo cual, ha sido objeto de posturas beligerantes al punto de percibir el menor que es el centro de la discordia familiar, conforme al resultado de los test psicológicos y psicopedagógicos obrantes en autos, con las consecuentes afectaciones a su conducta y normal desarrollo de su infancia, pues trasluce en su comportamiento una manifiesta repulsa hacia la figura de la madre, actitud que no es natural en menores de esa edad, tanto menos si no existe maltrato, indiferencia y desatención de su parte, como probable causa de su resistencia para interactuar con su progenitora, relación afectiva que se impone restablecer en evitación de mayor distancia y agravamiento de cara al futuro; es por ello que ha de ponderarse lo que resulte más beneficioso para el menor de edad, desde el prisma de su interés superior como principio orientador de la actuación judicial, parámetro objetivo y no subjetivo, cual permite decantar lo que de su actual entorno es pernicioso para su crecimiento como ser humano y para la formación de su personalidad; lo que estriba precisamente en su incorporación al seno familiar de origen, integrado por sus padres y hermanos, con los que ha de convivir en plena armonía y desarrollar su vida bajo la protección de sus ascendientes directos,

quienes así lo pretenden y les corresponde, en aras de velar por sus tres hijos de conjunto, en todos los ámbitos a que se circunscriben sus obligaciones, y en estrecha correlación de intereses, valores éticos, cívicos, culturales y esencial sentido de convivencia; escenario donde todos los que conforman el núcleo familiar juegan un rol trascendente y del cual no debe quedar excluido el niño sobre el que se juzga su guarda y cuidado de hecho, porque forma parte de esa célula fundamental que lo procreó, y en la que ha de estar inserto no solo para recibir el equilibrio y la estabilidad emocional que por regla, todo seno familiar dispensa sobre sus hijos, sino también, a pesar de su corta edad, para cooperar en el desenvolvimiento de las funciones familiares respecto a sus hermanos, de gran provecho para fomentar sus propias necesidades efectivas; luego entonces, no cabe dudar que el retorno de O.M. con sus padres y hermanos corporifica el interés que en plano superior amerita protección judicial, en su beneficio.

Considerando:

Que la conclusión precedentemente expuesta, responde además, a que si bien, el niño O.M., ha residido con sus abuelos paternos por ocho años, los cuales le han brindado las atenciones y cuidados necesarios, previo consentimiento de sus padres, precisamente el amor incondicional que le profesan al niño, les permitirá, frente al derecho reclamado por los otrora demandantes para tenerlo consigo, facilitar el retorno al hogar donde nació, y con la ayuda de ambas partes, se inserte gradualmente en la vida familiar de sus progenitores y hermanos, forma idónea de contribuir a su bienestar e integral desarrollo psicosocial, en razón de que juegan los abuelos un papel preponderante en la viabilidad de su reincorporación con aquellos, pues no es de soslayar cardinal elemento de juicio concerniente a que los niños responden positiva y naturalmente al cariño de sus padres, lo que hace entender que sus conductas, sean de aceptación de su entorno afectivo, o de rechazo, ello depende en buena medida de los adultos que guían sus pasos y comportamiento, en un continuo aprendizaje durante su crecimiento físico y mental, con el primordial objetivo de formar un buen ser humano, aspiración de padres y abuelos sobre su descendencia, por ende, coadyuvarán en lo que a ellos concierna para conseguirlo, con base en el inmenso cariño que le profesan, sentimiento que prima sobre circunstancias o apetencias personales concurrentes en los parientes insertos en el conflicto familiar, modo de salvaguardar su interés superior; atendiendo al unísono que, se acerca a la edad de la adolescencia, etapa de la pubertad, cuya falta de plena madurez acarrea trastornos y desequilibrios conductuales que requieren de una conducción rigurosa, a fin de que transcurra con las menos dificultades posibles tanto para el adolescente como para los responsables de su guarda, función en ocasiones complicada hasta para los propios padres, aun más gravosa de llevar con éxito para personas próximas a la tercera edad, siendo lo que justifica un esfuerzo mancomunado de todos los implicados con la educación, salud y seguridad emocional del menor O.M., de cara a garantizar del modo menos perjudicial, su adecuada inserción a la familia de origen; argumentos los expuestos que justifican la estimación del recurso interpuesto por M. S. y M. H.

Considerando:

Que el motivo primero que conforma el recurso interpuesto por M. S. P. y O. M. H., invocados al amparo del apartado uno del artículo seiscientos treinta de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico no puede prosperar, porque no está presente en la sentencia la infracción de los artículos doscientos treinta y seis, en relación con el trescientos cincuenta y siete de la mencionada ley adjetiva, sobre el esencial fundamento de que el litigio planteado discurre por el cauce del proceso de conocimiento sumario, el cual es un juicio declarativo de carácter breve y expedito, en el que por su naturaleza, queda descartada la figura de la reconvención pues, al ser un supuesto de acumulación de acciones por inserción traería consigo una complicación procedimental innecesaria, y atentatoria contra la celeridad que lo caracteriza, de ahí, que la posibilidad procesal de reconvenir prevista para el proceso de conocimiento Ordinario, prescinda del carácter supletorio aludido por los inconformes, en un procedimiento de carácter abreviado como en el que recae la sentencia combatida, ajustada a derecho en ese sentido, sentado lo cual, procede el rechazo del examinado motivo.

Considerando:

Que el motivo segundo en que se apoya el recurso en examen, invocado al amparo del apartado uno del artículo seiscientos treinta de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico también debe ser desestimado por el control casacional, porque le imputan a la sentencia como infracción de fondo la falta de aplicación del artículo ocho de la Constitución de la República, en relación con el artículo nueve, apartado dos y el artículo veinte, ambos de la Convención internacional de los derechos del niño, disposiciones legales que no se advierten vulneradas en el caso, visto que el mentado instrumento internacional fue atendido, solo que el específico interés defendido por los abuelos e impugnantes, no encuentra asidero legal en sus postulados, ni puede deducirse de los argumentos de inconformidad, vinculados a los de orden fáctico que sustentan el fallo, cuales no pueden contradecir en virtud de la causal escogida, que la posibilidad de conferir la guarda y cuidado a favor de los mentados abuelos paternos

del menor O.M., sea lo más conveniente y beneficioso para el niño, por el hecho de que haya residido en su compañía por ocho años, en tanto elemento insuficiente para que prescinda el pequeño del cuidado directo de sus progenitores, no solo porque resulten los titulares del derecho, sino también porque no han incurrido en conducta reprochable, negligente, o abusiva respecto a su hijo, que conlleve a la aplicación de la sanción más severa que el ordenamiento familiar prevé, sea la suspensión o la privación de la patria potestad, y con ello de su custodia, solo desean tenerlo en su seno familiar junto a sus hermanos gemelos, cuya unión no han logrado dada la expresa oposición de los guardadores de hecho, en consecuencia no se configura supuesto alguno, que distorsione el curso natural de la custodia de los hijos, sea por la circunstancia antes enunciada, porque estén fallecidos sus padres, se encuentren privados de libertad, o cualquier otra situación que por gravosa a su interés superior amerite dicha decisión, cuestiones que no se ponen de manifiesto en el diferendo; de forma adversa adquiere relevancia el hecho demostrado de que la envergadura de los conflictos entre padres y abuelos afectan sobremanera la salud física y psicológica del niño, el cual padece de falta concentración, nerviosismo, ansiedad, sueño intranquilo con pesadillas, sobresaltos, presenta desajustes emocionales, llanto sin motivo aparente, y frecuente necesidad de orinar, lo que no es más que consecuencia directa de sentirse responsable del conflicto familiar existente, insistiendo en el deseo de que todo se solucione, conforme se evidencia de los exámenes que se le han efectuado al pequeño, a raíz del enconado desacuerdo entre sus ascendientes; secuencia de hechos demostrada de las resultas documentales aportadas a su propia instancia, y que está muy lejos de ilustrar, le sea beneficioso encontrarse en medio de tal estado de cosas, con base en el secuestro sentimental del menor, situación que ha de restablecerse por los involucrados, por los lazos que los unen a la vida del pequeño, conscientes del alto sentido de responsabilidad que tienen en la formación de su persona, y en aras de fortalecer su esfera afectiva en relación a sus padres y hermanos, tomando distancia de posiciones acomodaticias inherente a los adultos; razones que en su conjunto determinan, la desestimación del motivo analizado.

Considerando:

Que, por los fundamentos expuestos, se concluye que el recurso de casación interpuesto por O. M. S. y E. M. H. debe acogerse y revocarse la sentencia objeto de impugnación, no así el interpuesto por M. S. P. y O. M. H.

El Tribunal acuerda el siguiente fallo: Declarar con lugar el recurso de casación interpuesto por O. M. S. y E. M. H. y, sin lugar el establecido por M. S. P. y O. M. H., en consecuencia, se casa la sentencia interpelada. Sin costas.

Comuníquese esta sentencia y la que a continuación se dicta con devolución de las actuaciones elevadas al tribunal de su impulso, a cuyo efecto líbrense cuantos despachos y copias certificadas fueren menester, el acuse de recibo únase al expediente y archívese previo las anotaciones correspondientes. Así por esta nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Ante mí, que certifico.

Segunda sentencia

La Habana, julio 29 de 2020.

Vistos:

Por la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular los recursos de apelación establecidos ante la Sala de lo Civil, de lo Administrativo, de lo Laboral y de lo Económico del Tribunal Provincial Popular de Mayabeque, el primero por O. M. S., trabajador, y E. M. H., ama de casa, ambos vecinos de edificio cinco, apartamento nueve, San Antonio de las Vegas, San José de las Lajas, Mayabeque, representados por la letrada Yiliana Hernández Santos; y el segundo por M. S. P., ama de casa, y O. M. H., jubilado, ambos vecinos de la calle Ciento ocho, entre Primera y Tercera, San Antonio de las Vegas, San José de las Lajas, Mayabeque, representados por la letrada Aylén Jiménez Lima; contra la sentencia número doscientos catorce, de treinta y uno de octubre de dos mil diecinueve, dictada en el proceso Sumario número ciento cincuenta y uno de dos mil diecinueve, sobre Determinación de guarda y cuidado y régimen de comunicación, promovido por O. M. S. y E. M. H., contra M. S. P. y O. M. H., dictada por la Sección de Familia del Tribunal Municipal Popular de San José de las Lajas; recursos que penden de dictarse sentencia por haber sido casada la que dictó la mencionada Sala.

Dando por reproducidos los Resultando de la sentencia de casación.

Siendo ponente la jueza: Kenia María Valdés Rosabal.

Considerando:

Que reproducidos los fundamentos expuestos en los Considerando de la sentencia de casación que antecede y, valoradas las pruebas practicadas en el proceso de conformidad con la eficacia que les conceden las normas que las rigen, por separado y de conjunto con arreglo a los principios de la ciencia y la razón, se concluye que, ha de prosperar el recurso establecido por O. M. H. y E. M. H., porque incurre la sentencia dictada por el tribunal de primera instancia en error de derecho que la hace defectuosa, al dejar subsis-

tente el conflicto que subyace entre las partes, padres y abuelos paternos del menor O. M. M. M., en razón de su custodia, cuestión sometida a composición judicial, precisamente para lograr los progenitores y otrora promoventes, tener a su hijo consigo por los medios idóneos cuando la discordia recae sobre un niño, niña o adolescente, cuya solución en todo caso, está supeditada a la protección de su interés superior, de modo que, si bien el ordenamiento familiar vigente de forma preceptiva confiere a los padres dentro del ejercicio de la patria potestad, la guarda y cuidado de sus hijos, trunco su ejercicio por la acción de terceros, fuera de los supuestos legales que el propio Código de Familia prevé, se impone su debida restitución por el cauce escogido, frente al inconveniente que representa sustraer al niño de forma no convencional del inmueble en el que reside; de ahí, su obligada solución, al quedar obstruido el ejercicio de la titularidad del derecho de guarda que poseen los recurrentes, a partir de la negativa expresa de los abuelos y guardadores de hecho, de reincorporarlo al hogar de aquellos, cuando ya no cuentan con el consentimiento requerido; circunstancias que imponen ofrecer la tutela judicial solicitada, en recta observancia de los artículos ochenta y dos y ochenta y cinco, apartado uno del citado Código de Familia, en relación con el ochenta y seis de la Constitución de la República y con el tres, el nueve, apartado uno, y el dieciocho, todos de la Convención internacional de los derechos del niño; lo que visto justifica la estimación del recurso de apelación interpuesto por los padres del menor O. M., con los pronunciamientos que a continuación se consignan.

Considerando:

Que el recurso de apelación interpuesto por M. S. P. y O. M. H. no puede prosperar, porque no les asiste razón respecto al defecto que le imputan a la sentencia, en el entendido de que debió el tribunal actuante admitir y sustanciar la demanda reconvencional por ellos establecida, a fin de que les sea conferida la guarda y cuidado de su nieto, y se fije el régimen de comunicación que solicitan para con sus padres, cuestión que tanto en el orden procesal como sustantivo carece de asidero legal en el presente caso, conforme a los argumentos explícitamente razonados en la sentencia de casación precedente, por ende, de innecesaria reproducción en la segunda que se dicta, a los efectos de resolver la impugnación deducida, visto que en ese único sentido, se ajusta a Derecho el pronunciamiento judicial dispuesto por el órgano juzgador de primera instancia; razones que determinan la desestimación del recurso analizado, con los pronunciamientos que siguen.

Considerando: Que el Apartado Décimo cuarto de la Instrucción doscientos dieciséis, de diecisiete de mayo de dos mil doce, dictada por el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, de cara a la efectiva ejecución de toda resolución recaída en procesos de naturaleza familiar, instruye la actuación del tribunal con el marcado objetivo de garantizar el cabal cumplimiento del mandato judicial pronunciado, en permanente observancia del interés superior del niño, niña, o adolescente, cuya salvaguarda ha de prevalecer habilitando los mecanismos necesarios para su consecución, lo que implica que podrá auxiliarse de los integrantes del equipo multidisciplinario, la Casa de orientación a la mujer y a la familia y, solo como último reducto, promoverá la intervención de agentes del orden público, en conjunción con las acciones necesarias, para evitar efectos traumatizantes en las personas sujetas al conflicto, especialmente en el menor O. M. M. M., sobre el cual recae la guarda y cuidado objeto de cumplimiento, sobremanera afectado con la falta de entendimiento entre sus ascendientes, siendo circunstancia que obliga a los juzgadores a la viabilidad del fallo dictado de la forma menos gravosa para su persona, sin perder de vista el fuerte vínculo afectivo que lo une a sus abuelos paternos, indicador de que cualquier cambio abrupto o repentino, pudiera incidir desfavorablemente en su estabilidad emocional, elemento de cardinal relevancia que, en cualquier caso, permite la aplicación del Apartado Décimo sexto de la mencionada Instrucción, cuyo propósito responde a situación excepcional que indique debida mesura para el cumplimiento del mandato judicial, el cual podrá materializarse gradualmente, supuesto de carácter temporal, y atendible, siempre que resulte agotado el cauce idóneo para la obediencia inmediata que de ordinario requieren los fallos judiciales.

El Tribunal acuerda el siguiente fallo: Declarar con lugar el recurso establecido por O. M. S. y E. M. H., y sin lugar el interpuesto por M. S. P. y O. M. H., impugnando la sentencia número doscientos catorce, de treinta y uno de octubre de dos mil diecinueve, dictada por la Sección de Familia del Tribunal Municipal Popular de San José de las Lajas, sentencia que se revoca y, en consecuencia, se dispone el pleno ejercicio de los promoventes de la guarda y cuidado que ostentan sobre su menor hijo O. M. M. M., el que deberá reinsertarse al seno familiar de sus padres y hermanos, con el consiguiente traslado del menor al hogar de sus progenitores. Sin imposición de costas procesales.

Remítase copia de la presente al Equipo técnico multidisciplinario adscripto al Tribunal Municipal Popular de San José de las Lajas, para su intervención en el seguimiento de la ejecución de la sentencia, en los términos y a los efectos explicados en el Considerando precedente.

Así por esta nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Ante mí, que certifico. — *Ranulfo Andux Alfonso. — Kenia M. Valdés Rosabal. — Eusebio Rodríguez Álvarez.*

El conflicto familiar y la ¿ausencia de regulación del caso concreto?

Yael Falótico (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Hechos.— III. La sentencia.— IV. Conclusión.

I. Introducción

Llegan al Tribunal Supremo Popular, sala de lo Civil y de lo Administrativo, de la República de Cuba los recursos interpuestos por O. M. S. y por E. M. H., en su carácter de padre y madre, respectivamente, del niño O. M. M. M., y por M. S. P. y O. M. H., abuela y abuelo paternos del niño, atento al rechazo del Tribunal de Apelación de las actuaciones de ambas partes.

El presente comentario a la sentencia de este Tribunal del 29/07/2020 tiene por objeto analizar los principales institutos jurídicos en juego: la autonomía progresiva como eje del interés superior y, en concordancia con este, el derecho a ser oído, del que nada dice la sentencia; se propicia una breve reflexión de la normativa internacional vigente (tanto para la República de Cuba como para la Argentina) y, acorde con ella, se abordan la responsabilidad parental, su delegación y la guarda, figuras que nuestro Código Civil y Comercial procedió a regular y que están ausentes en el derecho regional cubano.

(*) Abogada mediadora. Profesora adjunta ordinaria de Teoría del Conflicto de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales UNLP, y profesora con funciones de adjunta interina en Derecho de Familia y Sucesiones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP. Formadora de Mediadores y Mediadoras de la provincia de Buenos Aires. Docente de posgrado en el Curso de Formación Básica de Mediadores y Mediadoras de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP. Abogada especializándose en Derecho de Familia y cursando el "Programa de actualización en derecho de las familias, niñez y géneros: conflictos, debates y reformas actuales" de la Universidad Nacional de Buenos Aires (UBA). Coautora de libros y artículos relacionados con la materia.

II. Hechos

O. M. S y E. M. H., progenitores de O. M. M. M., ante el embarazo de riesgo gemelar que transitaba la madre del niño, solicitan a los abuelos paternos, M. S. P. y O. M. H., la colaboración en el cuidado y crianza de su hijo, atento a la situación excepcional que se encontraban viviendo. Este hecho particular desencadenó un conflicto familiar intenso, debido a que la abuela y el abuelo del niño se niegan a reintegrarlo a su familia de origen, a pesar de haber cesado la situación excepcional que oportunamente motivó el pedido de colaboración en el cuidado del niño.

Esta negativa por parte de los ascendientes se extendió en el tiempo, al extremo de que la madre y el padre del niño tuvieran que judicializar el reclamo. Ante ello, la abuela y el abuelo de O. M. M. M. reconvienen pretendiendo la legalización de la guarda de hecho que ostentan respecto a su nieto y un régimen de comunicación a favor de la familia de origen del niño.

Ante el rechazo de todas las acciones por el Tribunal de Apelación, llegan las actuaciones al Tribunal Supremo Popular, casando la sentencia que fuera objeto de impugnación.

III. La sentencia

La sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular procede a dar tratamiento al recurso de casación interpuesto por O. M. S. y E. M. H., progenitores del niño O. M. M. M., y también al incoado por M. S. P. y O. M. H., abuela y abuelo paternos del niño, ante la sentencia dictada por la sala de lo Civil, de lo Administrativo, de lo Laboral y de lo Económico

del Tribunal Provincial Popular de Mayabeque, del 24/12/2019, como consecuencia del rechazo de los recursos de apelación interpuestos por ambas partes.

La jueza que expone su voto resalta que el Código de Familia vigente en la República regula la institución de la patria potestad y su ejercicio, comprendiendo esta la guarda y el cuidado de los hijos (hijas e hijes) para el supuesto del quiebre de la pareja parental, promoviendo para el caso en concreto la determinación de la custodia y el pertinente régimen de comunicación a favor del progenitor al que no le fue deferida.

Resalta además que la legislación cubana no contempla regulaciones específicas para el caso sobre el cual les toca decidir, ya que, en el supuesto, son, progenitor y progenitora en conjunto, los que se acercan a requerir el amparo jurisdiccional para lograr el efectivo ejercicio de su patria potestad, esgrimiendo la necesidad de brindar una solución al conflicto que se le presenta; puntualmente, el padre y la madre del niño se encuentran en una situación irregular de titularidad sin ejercicio.

Ante los hechos relatados, debe entonces el Tribunal brindar una solución acorde al conflicto que se le presenta, evaluando la ausencia de una norma local de aplicación al caso en particular.

Si bien el Tribunal Supremo finalmente dicta una sentencia acorde a las necesidades del niño, al instar el reintegro, en los considerandos lo presenta no solo objetivado por el conflicto familiar, sino también por la judicatura. Por ello, me detengo en analizar la apreciación contraria y no adoptada: el niño como sujeto de derecho.

III.1. El niño como sujeto de derecho

La infancia ha sido sin dudas una creación cultural asociada a un modelo social, político y educativo arraigado al concepto de familia **(1)**. La idea de pensar en una infancia enmarcada en el reconocimiento de derechos, "derechos fundamentales de los que resultan titulares los adultos, más un plus de derechos específicos justificados por su condición de persona en desarrollo" **(2)**, es relativamente reciente. De hecho, si bien la Convención de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes (CDN) fue aprobada el 20/11/1989, muchos Estados signatarios consideran a este instrumento una mera obligación moral a la que resulta diplomáticamente correcto recurrir. Parte de esto se refleja en la sentencia que hoy me toca comentar, que me obliga a preguntarme qué pasó con la infancia de este niño, su educación, su vida social y familiar, cuántos y cuáles derechos se han vulnerado durante varios años por su núcleo más íntimo, su familia de origen.

La sentencia que hoy me toca evaluar pone de relieve un modelo tradicional de familia, con una mirada limitada de la infancia como objeto de protección. Esta evaluación procede ante algunas consideraciones efectuadas en el fallo, distantes del paradigma de derechos humanos que considera al niño como sujeto de derecho, y apartadas de la lucha en pos del reconocimiento de la capacidad progresiva de los niños, niñas y adolescentes (NNA).

Resulta visible lo expuesto cuando en el voto la jueza expresa: "...al punto de fraccionarse en defensa de unos y otros intereses, sobre la persona del hijo y nieto menor de edad, el que se encuentra en medio de tan singular estado de cosas, por ende, recibiendo las anómalas consecuencias del inadecuado manejo del asunto por los adultos que lo rodean, nada más y nada menos por quienes se supone, han de velar por su íntegra protección, *frente a su falta de capacidad de obrar por razón de la edad*..." (el destacado me pertenece).

Y en otro párrafo manifiesta: "...pues no es de soslayar cardinal elemento de juicio concerniente a que los niños reproducen positiva y naturalmente al cariño de sus padres, lo que hace entender que sus conductas, sean de aceptación de su entorno afectivo, o de rechazo, ello depende en buena medida de los adultos que

(1) CARLI, S., "Historia de la infancia", *Revista del Instituto de Investigaciones en Ciencias de la Educación*, año III, nro. 4, Buenos Aires, 1994, cit. por GIL DOMÍNGUEZ, A. — FAMÁ, M. V. — HERRERA, M., "Derecho constitucional de familia", 1ª ed., 1ª reimp., Ed. Ediar, Buenos Aires, 2012, t. I, p. 529.

(2) GIL DOMÍNGUEZ, A. — FAMÁ, M. V. — HERRERA, M., "Derecho constitucional de familia", ob. cit., t. I, p. 536.

guían sus pasos y comportamiento, en un continuo aprendizaje durante su crecimiento físico y mental, con el primordial objetivo de formar un buen ser humano, aspiración de padres y abuelos sobre su descendencia, por ende, coadyuvarán en lo que a ellos concierna para conseguirlo (…); *atendiendo al unísono que, se acerca a la edad de la adolescencia, etapa de la pubertad, cuya* falta plena de madurez *acarrea trastornos y desequilibrios conductuales que requieren de una conducción rigurosa*, a fin de que transcurra con las menos dificultades posibles tanto para el adolescente como para los responsables de su guarda…" (el destacado me pertenece).

Lejos se encuentran estas argumentaciones de considerar al niño en conflicto como sujeto de derecho y del principio de la capacidad progresiva, notoriamente ausente en el conflicto así como en la sentencia.

El principio de capacidad progresiva trae consigo la noción del ejercicio de derechos por sí, y traslada obligatoriamente el eje desde el concepto rígido de capacidad, determinado a partir de la pauta etaria, hacia la noción más empírica de competencia derivada del campo bioético **(3)**. Es decir que si bien existirá una presunción en razón de la edad del sujeto, esta quedará subsumida en la situación de hecho y particular que cada NNA se encuentre viviendo.

La capacidad progresiva es entonces la mirada ausente en el eje de la sentencia. Esta carencia, sin lugar a dudas, trae aparejada la correlativa interpretación del niño O. M. M. M. como un objeto de protección. En consecuencia, resulta entonces indispensable entender que debe dejarse de lado este viejo paradigma, ya que el entendimiento de los NNA "como sujetos de derechos, principio rector de la CDN, constituye el máximo objetivo de superación de la actitud de indiferencia que tradicionalmente ha tenido el derecho respecto de las personas menores de edad" **(4)**.

Debe tenerse presente que este principio de la autonomía progresiva surge de la interrelación de tres pilares sobre los cuales se edifican los derechos humanos de los NNA: la condición de sujetos de derecho, el interés superior del niño y el derecho a ser oído (a participar de los procesos en un sentido amplio) **(5)**.

Como refiere Silvia E. Fernández, "se trata de la posibilidad de niños, niñas y adolescentes de tomar decisión autónoma en materia de derechos fundamentales, conforme al alcance de un cierto grado de madurez y desarrollo, a valorar prudentemente en cada caso [arts. 5º y 18, CDN; 19 a 24.b), ley 26.061]" **(6)**.

Esta mirada impone pensar al sujeto en su completitud, con sus derechos y obligaciones inherentes a su condición de persona, teniendo en cuenta, además, su particularidad como NNA que es. Este concepto implica asimismo entender que, a medida que van creciendo, debieran adquirir mayor madurez y, por ende, ejercer por sí determinados derechos sin la necesidad de un representante que tome decisiones por ellos, ellas o elles.

En este sentido, Nelly Minyersky nos enseña: "…el niño, niña o adolescente no son seres inacabados en camino de una plenitud a ser consumada en la edad adulta, en cuanto portadora de responsabilidades personales cívicas productivas plenas. Cada etapa es a su manera un período de plenitud que debe ser comprendida y acatada por el mundo adulto —o sea, por la familia, por la sociedad y por el Estado—" **(7)**. La

(3) FERNÁNDEZ, S. E., "Comentario al artículo 26", en CARAMELO, G. — HERRERA, M. — PICASSO, S. (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, 1ª ed., Ed. Infojus, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2015, t. I.

(4) MINYERSKY, N., "Derecho a la defensa de niñas, niños y adolescentes víctimas", en GRAHAM, Marisa — HERRERA, Marisa (dirs.), *Derecho de las familias, infancia y adolescencia. Una mirada crítica y contemporánea. Versión actualizada con las modificaciones introducidas por el Código Civil y Comercial de la Nación*, 1ª ed., Ed. Infojus, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Buenos Aires, 2014, p. 86.

(5) HERRERA, M., *http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/14/autonomia-progresiva-de-ninxs-y-adolescentes-y-bioetica.pdf*.

(6) GIL DOMÍNGUEZ, A. — FAMÁ, M. V. — HERRERA, M., "Ley de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Derecho constitucional de familia. Comentada, anotada, concordada", Ed. Ediar, Buenos Aires, ps. 453 y ss.

(7) MINYERSKY, N., "Derecho a la defensa…", ob. cit., p. 86.

reflexión de esta gran pensadora me retrotrae a la pregunta original respecto al rol que ocupó el Estado, que sin dudas ha estado ausente durante años en la infancia de este niño judicializado, que durante años permitió la vulneración de uno de los derechos humanos más importantes, el de permanecer en su familia de origen.

El principio de autonomía y capacidad progresiva surge entonces de los preceptos de la CDN, la que en su art. 5º establece que es responsabilidad de los adultos y adultas brindar a estos sujetos de derecho dirección y orientación apropiados para que estos por sí mismos ejerzan los derechos reconocidos en la Convención. En conjunción con este, el art. 14 de la Convención dispone que las personas mayores de edad deberán guiar al NNA en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades.

Estos dos artículos se complementan con el ya conocido art. 12, que dispone la escucha de estos sujetos de derecho, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones en función de la edad y madurez.

Debe considerarse, además, lo establecido en la Observación General 20/2016, sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia, del Comité de los Derechos del Niño. Esta Observación profundiza el estudio sobre el art. 5º de la CDN, que se refiere, precisamente, al principio de autonomía, y respecto a este concepto el Comité alega que el respeto del desarrollo evolutivo implica: a) "dicha evolución como un principio habilitador que aborda el proceso de maduración y aprendizaje por medio del cual los niños adquieren progresivamente competencias, comprensión y mayores niveles de autonomía para asumir responsabilidades y ejercer sus derechos" (párr. 18); y b) "asegurar un equilibrio adecuado entre el respeto al desarrollo evolutivo de los adolescentes y unos niveles de protección apropiados, se deben tener en cuenta una serie de factores que influyen en la toma de decisiones (...) y el reconocimiento de la experiencia y la capacidad de la persona" (párr. 20) **(8)**.

Sumada a ella, se encuentra la Opinión Consultiva 17, que reconoce la progresividad en el desarrollo madurativo de las personas menores de edad y, por ende, la mayor aptitud de discernimiento que tiene un NNA. Este instrumento internacional dispone: "Evidentemente, hay gran variedad en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y en la información que poseen quienes se hallan comprendidos en aquel concepto. La capacidad de decisión de un niño de 3 años no es igual a la de un adolescente de 16 años. 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", y expresa además: "En definitiva, el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo, sea en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de este, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso" **(9)**.

Lejos de lo expuesto respecto al entendimiento que realiza el Comité, así como lo dispuesto por la Opinión Consultiva, se encuentran los considerandos vertidos en la sentencia que comento, toda vez que se ha procedido a encasillar al niño sobre el cual el conflicto recae como una persona que carece de capacidad de obrar por su edad, y que, además, como si esto fuera un agravante, se encuentra en camino hacia la adolescencia, período que —al entender de la sentenciante— requiere de una conducción rigurosa, ya que si no el futuro le deparará trastornos y desequilibrios, así como dificultades a quienes se encargarán del cuidado de O. M. M. M.

Por lo tanto, de las justificaciones vertidas anteriormente surge palmariamente una limitada visión de la niñez, al considerar a este niño un sujeto carente de absoluta madurez y, por

(8) HERRERA, M., "Autonomía progresiva de niñxs y adolescentes y bioética: una intersección en (de/re)construcción", *http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en derecho/revistas/14/autonomia-progresiva-de-ninxs-y-adolescentes-y-bioetica.pdf*.

(9) Corte IDH, Opinión Consultiva 17, 28/08/2002, párrs. 101 y 102.

ende, como un objeto de protección. Este razonamiento trae, sin lugar a dudas, la idea de la absoluta representación y asistencia, criterio ajeno a la CDN así como a las ideas doctrinarias trascendentes en la materia y, sin dudas, alejado de nuestro derecho, en el que se propicia la capacidad como regla y la incapacidad como una excepción.

En nuestro articulado **(10)**, la edad es solo una pauta, y —conforme fuera explicado anteriormente— la posibilidad del ejercicio de sus derechos quedará sujeta al entendimiento de sus alcances. Es decir, si bien sabemos que a una determinada edad se requerirá de asistencia y representación para algunos actos, ello no significa que existan otros que no puedan ser realizados en forma autónoma. Allí es donde se requiere la mayor atención por parte de los jueces y juezas, quienes deberán tomar contacto personal con el NNA en conflicto.

Sin dudas, el reconocimiento a la autonomía progresiva trae de la mano el derecho a ser oído, el derecho a ser escuchado en todo proceso en el que se tomen decisiones acerca de su vida. Al respecto, la Observación General 12/2009 considera que la escucha no constituye únicamente una garantía procesal, sino que se erige como principio rector en toda cuestión que involucre o afecte al NNA, sea en los ámbitos judiciales, administrativos, familiares, educativos, sociales, comunitarios, etcétera **(11)**.

Por lo tanto, y siguiendo la télesis de la norma, este derecho-garantía no puede estar condicionado por una edad determinada; todo NNA debe ser oído. De esta forma lo expresa la Observación, cuando reza: "...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".

A modo de reflexión, en la sentencia no se percibe una efectiva escucha de O. M. M. M.

Reconocerle ese espacio, preguntarle acerca de lo que ha acontecido en su vida, es hoy un requisito ineludible de cualquier proceso judicial y promueve el respeto a uno de los derechos humanos fundamentales. Si bien O. M. M. M. se ha expresado en diferentes pericias, eso no garantiza que se hayan resguardado sus derechos reconocidos en la Convención, la cual paradójicamente ha sido varias veces referenciada en la sentencia.

III.2. La responsabilidad parental

La sentencia comentada convoca al estudio e interpretación de la responsabilidad parental y, en su caso, cómo colige con el niño como sujeto de derecho y su capacidad progresiva, sobre la cual ya me he expresado.

Al respecto, se ha planteado en la doctrina si existe una dicotomía entre la responsabilidad parental y el ejercicio de derechos fundamen-

(10) Nótese que el art. 26 de nuestro Cód. Civ. y Com. reza: "Art. 26. *Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad.* La persona menor de edad ejerce sus derechos 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 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. Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico. A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo".

(11) La Observación General 12 recepta: "...El art. 12 de la Convención establece el derecho de cada niño de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan y el subsiguiente derecho de que esas opiniones se tengan debidamente en cuenta, en función de la edad y madurez del niño. Recae así sobre los Estados partes la clara obligación jurídica de reconocer ese derecho y garantizar su observancia escuchando las opiniones del niño y teniéndolas debidamente en cuenta. Tal obligación supone que los Estados partes, con respecto a su respectivo sistema judicial, deben garantizar directamente ese derecho o adoptar o revisar leyes para que el niño pueda disfrutarlo plenamente...".

tales por los NNA conforme a su edad y grado de madurez; esta ha encontrado tratamiento en lo que se conoce como el "derecho constitucional de familia", que ha encontrado recepción en nuestro Código Civil y Comercial **(12)**.

El caso llevado a los tribunales se trata de un conflicto derivado del ejercicio de la patria potestad, ello conforme a la denominación vigente en el Código de Familia de Cuba. Esta forma de expresión no es casual, sino que se condice con una forma de considerar a la familia en un contexto sociocultural determinado. Repensar este criterio importa considerar una nueva mirada en la perspectiva de derechos humanos que rige a este instituto. Claramente, la ya referenciada mirada proteccionista respecto a los NNA es una consecuencia de entender a la familia limitada a un modelo tradicional.

La reforma propulsada en la Argentina tomó en cuenta la redacción del art. 75, inc. 22, de nuestra Constitución Nacional y, en un todo acorde con esta y, por ende, con el paradigma de derechos humanos, adoptó la terminología "responsabilidad parental", dejando de lado el concepto de patria potestad. Los codificadores se expidieron al respecto en los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial: "...el lenguaje tiene un fuerte valor pedagógico y simbólico; por esta razón, se considera necesario reemplazar la expresión 'patria potestad' por la de 'responsabilidad parental', denominación que da cuenta de los cambios que se han producido en la relación entre padres e hijos. La palabra 'potestad', de origen latino, se conecta con el poder que evoca a la *potestas* del derecho romano centrado en la idea de dependencia absoluta del niño en una estructura familiar jerárquica. Por el contrario, el vocablo 'responsabilidad' implica el ejercicio de una función en cabeza de ambos progenitores que se manifiesta en un conjunto de facultades y deberes destinados, primordialmente, a satisfacer el interés superior del niño o adolescente" **(13)**.

Cecilia Grosman, respecto a la terminología, advertía: "detenernos en los vocablos es cooperar en la transformación de las creencias y como resultado influir en las actitudes y comportamientos. Por lo tanto, es preciso bregar por la incorporación de designaciones más apropiadas a su real significación histórica y vital, ya que las que aún subsisten no resultan ser sus intérpretes legítimos" **(14)**.

La palabra adoptada por el Código Civil y Comercial en su art. 638, que regula la responsabilidad parental, como puede apreciarse, no es neutra. Viene signada por la idea de la democratización de la familia, en donde el principio de sumisión queda desvirtuado por el acompañamiento y cuidado que deben las personas responsables a sus hijos, hijas e hijes.

Esta modificación en el lenguaje permite entender a la figura del padre o la madre como una función que les corresponde de colaboración, orientación, acompañamiento e, incluso, contención, en beneficio de la persona menor de edad en desarrollo para su formación y protección integral **(15)**.

Esto implica, tal como enseña la doctrina, que "el concepto de responsabilidad parental que contiene la norma es pasible de las siguientes precisiones: a) se trata de un conjunto de deberes y después de derechos, haciendo primar las obligaciones de los adultos; b) hace referencia a los progenitores, incluyendo en la palabra a las familias formadas por madre y padre, como así también por dos madres o dos padres; c) explicita los objetivos del instituto, esto es la protección, el desarrollo y la formación integral del hijo, incorporando desde el comienzo la idea de su crecimiento; d) dispone su culminación en la mayoría de edad o emancipación del hijo, más

(12) GIL DOMÍNGUEZ, A. — FAMÁ, M. V. — HERRERA, M., "Derecho constitucional de familia", ob. cit., p. 520.

(13) "Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación elaborados por la Comisión Redactora", en *Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Ed. Infojus, Buenos Aires, 2012, p. 597.

(14) GROSMAN, C., "El cuidado compartido de los hijos después del divorcio o separación de los padres: ¿utopía o realidad posible?", en KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. — PÉREZ GALLARDO, L. B., *Nuevos perfiles del derecho de familia*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, p. 182.

(15) NÓTRICA, F. — RODRÍGUEZ ITURBURU, M. I., "Responsabilidad parental. Algunos aspectos trascendentales a la luz del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Saldando viejas deudas", en GRAHAM, Marisa — HERRERA, Marisa (dirs.), *Derecho de las familias, infancia y adolescencia...*, ob. cit.

allá de que como se verá algunos efectos subsisten con posterioridad a dicho momento" **(16)**.

A contrario sensu, la patria potestad, instituto previo a la modificación en nuestro territorio pero vigente en Cuba, trae consigo la idea de subordinación, jerarquía y preeminencia de un miembro de la familia por sobre otros y otras que la integran, y, por ende, una sujeción de los NNA a este modelo de poder sobre el objeto de protección **(17)**. Este criterio es el que poseía la legislación argentina antes de la reforma del año 2015 **(18)**.

Si bien existieron modificaciones previas, fue recién con la sanción de la ley 23.264 que se efectuó una reforma importante respecto a la patria potestad **(19)**. La reforma dejó sin efecto las distintas categorías de hijos e hijas y además puso de resalto la finalidad del instituto, la protección y la formación integral que debían los progenitores y progenitoras a través del ejercicio de este conjunto de deberes y derechos.

Justamente, la problemática que desarrolla el fallo radica en la imposibilidad de ejercicio de la patria potestad que jurídicamente detentan el padre y la madre de O. M. M. M., al haber delegado el cuidado de su hijo —por razones de fuerza mayor y solo hasta que estas finalizaran— en la abuela y el abuelo paternos, quienes resisten la reincorporación de su nieto a su familia de origen.

La sentencia de Cámara no da solución a la situación que se lleva a los estrados, sustentada en la existencia de una laguna legislativa para resolver el asunto planteado, circunstancias que son merituadas por el Tribunal de Casación.

La disyuntiva se fundó, según los judicantes, en la ausencia de una norma en el Código de Familia que dé una solución al conflicto que se les presentó.

Refiere la sentencia de Casación: "el Código de Familia vigente regula en el Título Dos, 'De las relaciones paterno-filiales', la institución de la patria potestad y su ejercicio, la cual comprende la guarda y cuidado de los hijos para el supuesto en que tiene lugar la separación de los padres, estableciendo las reglas que guían la actuación judicial para determinar sobre la custodia y el consecuente régimen de comunicación a favor del progenitor que no le fue deferida, disposiciones legales que efectivamente no contemplan las específicas circunstancias que concurren en el caso sometido a juzgamiento, visto que son los padres de conjunto, quienes reclaman tutela judicial para el ejercicio del derecho de guarda que les concierne sobre su menor hijo, contra los abuelos paternos como demandados y ahora también recurrentes; demanda que por atípica no ha de declinarse la solución del problema que subyace entre las partes, tomando como base el carácter literal del ordenamiento familiar mencionado, en tanto se trata, en esencia, de un conflicto en el ejercicio de la patria potestad (...), y así visto ha de atenderse la posible vulneración o no del derecho sustantivo o material de que se trata...".

III.2.a. Delegación del ejercicio de la responsabilidad parental

A diferencia del derecho cubano, nuestro Código Civil y Comercial contempló una normativa específica para el caso en cuestión, que es la delegación de la responsabilidad parental.

El art. 643 del Código referenciado establece: "*Delegación del ejercicio.* En el interés del hijo

(16) LOPES, C. B., "Responsabilidad parental", en CHECHILE, A. M. (dir.), *Manual de derecho de familia conforme al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, 2ª ed., Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2015, p. 493.

(17) PELLEGRINI, M. V., "Comentario al artículo 638", en CARAMELO, G. — HERRERA, M. — PICASSO, S. (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, ob. cit., t. II.

(18) El Código Civil de Vélez entendía, en el art. 264: "La patria potestad es el conjunto de los derechos que las leyes conceden a los padres desde la concepción de los hijos legítimos, en las personas y bienes de dichos hijos, mientras sean menores de edad y no estén emancipados". La redacción coincidía con un sistema social que diferenciaba categorías de hijos e hijas, y que reconocía derechos solo a aquellos y aquellas que habían nacido en el marco de una unión conyugal (católica e indisoluble), conocidos como "legítimos".

(19) Esta redacción al art. 264 definió a la patria potestad como "...el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de estos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado".

y por razones suficientemente justificadas, los progenitores pueden convenir que el ejercicio de la responsabilidad parental sea otorgado a un pariente, sin perjuicio de lo establecido en el art. 674. El acuerdo con la persona que acepta la delegación debe ser homologado judicialmente, debiendo oírse necesariamente al hijo. Tiene un plazo máximo de un año, pudiendo renovarse judicialmente por razones debidamente fundadas, por un período más con participación de las partes involucradas. Los progenitores conservan la titularidad de la responsabilidad parental, y mantienen el derecho a supervisar la crianza y educación del hijo en función de sus posibilidades. Igual régimen es aplicable al hijo que solo tiene un vínculo filial establecido".

Sin lugar a dudas, esta norma ha sido un gran acierto de los codificadores, al evitar situaciones irregulares como las que le ha tocado transitar a O. M. M. M. En particular, el Código vino a brindar solución ante la situación fáctica de la convivencia de NNA con personas distintas a sus progenitores o progenitoras, y de esta manera regula figuras intermedias a las que se podrá recurrir conforme a diversas particularidades que las justifiquen.

En nuestro ordenamiento jurídico, la delegación de la responsabilidad parental presenta las siguientes características:

a) debe obedecer a razones graves, las cuales serán merituadas en interés del hijo, hija o hije;

b) la delegación puede recaer únicamente en un o una pariente, dejando a salvo la posibilidad regulada en el art. 674 de delegación de la responsabilidad parental en el progenitor o progenitora afín del niño, niña o adolescente;

c) se prevé la judicialización de la delegación con un objetivo de contralor en pos del interés superior del NNA sujeto a este instituto. Las partes que suscriben el acuerdo deben presentarlo a homologación, so pena de nulidad de la delegación. En este proceso, la norma determina expresamente la participación del NNA y, conforme con la autonomía progresiva (sobre la cual ya me he explayado), de acuerdo con su edad y grado de madurez, el juez o jueza deberá tener su opinión en cuenta. Sin perjuicio de ello, aun cuando este sujeto se oponga a la delegación, deberá instarse el proceso de homologación del acuerdo;

d) otra característica fundamental es que esta delegación es transitoria y por el período que duren las circunstancias excepcionales que la justificaron. El Código establece un límite máximo de un año, pudiendo renovarse judicialmente por razones debidamente fundadas, por igual período;d) el efecto trascendental que trae esta delegación reside en la convivencia entre el o la menor de edad y la persona a la que se le ha delegado el ejercicio de la responsabilidad parental, quien detentará las facultades para hacer efectivos los deberes y derechos que derivan de ella;

e) la titularidad de la responsabilidad parental continúa en cabeza de los progenitores y de las progenitoras, quienes se encontrarán autorizados a supervisar la crianza y educación del NNA en función de sus posibilidades.

Es dable destacar que el Proyecto original de Código unificado preveía la posibilidad de la delegación tanto en un pariente como en un tercero o tercera idóneo. Esta alternativa fue suprimida por el Senado, a mi criterio equivocadamente, si se considera la relevante trascendencia que tiene hoy el concepto de socioafectividad en el derecho de las familias.

III.2.b. Guarda

La sentencia que hoy comento se refiere, constantemente, a la "guarda". Brevemente me referiré a esta figura, actualmente regulada en nuestro derecho.

El término hace referencia a la convivencia concreta del progenitor o progenitora, o un tercero o tercera, con el NNA **(20)**.

La doctrina **(21)** señala distintos tipos de guarda: a) guarda originaria: correspondiente a los progenitores/as como parte integrante de la responsabilidad parental; b) guarda derivada:

(20) LOPES, C. — FALÓTICO, Y., "Guarda. Advertencias sobre la utilización de una figura deficientemente regulada en el Código Civil", RDF 2013-IV-133.

(21) PITRAU, O. F., "La guarda de menores", Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1990, p. 48.

surge de la ley y corresponde a quien ejerce la tutela; c) guarda delegada: la protección y la formación del niño se delegan en otra persona y se desmiembra la responsabilidad parental o la tutela; d) guarda de hecho: se trata de un supuesto de guarda desmembrada pero no delegada legítimamente. Esta tiene lugar cuando una persona, sin aval jurídico o judicial, toma el cuidado de un niño o niña a su cargo en los hechos y por propia autoridad **(22)**. Esta es la que la abuela y el abuelo de O. M. M. M. detentan.

Antes de la sanción del Código Civil y Comercial esta figura no se encontraba regulada, lo que había dado lugar a creaciones pretorianas. La nueva regulación la incluyó en el art. 657 **(23)**.

La diferencia en el ejercicio de la guarda originaria (responsabilidad parental) y la derivada (tutela), por un lado, y la guarda delegada, por el otro, es que en esta última, al desmembrarse el contenido de los institutos en juego, el guardador no posee la representación legal del NNA y sus deberes se restringen exclusivamente al cuidado, la protección y la formación del niño **(24)**. Este alcance es el establecido en la última parte del art. 657 del Código unificado, que establece: "…El guardador tiene el cuidado personal del niño o adolescente y está facultado para tomar las decisiones relativas a las actividades de la vida cotidiana, sin perjuicio de que la responsabilidad parental quede en cabeza del o los progenitores, quienes conservan los derechos y responsabilidades emergentes de esta titularidad y ejercicio".

La carencia de regulación de figuras intermedias como esta trae aparejada la presencia de abusos e ilegalidades que resultan en un menoscabo al interés superior del NNA, tal como se muestra en el caso.

IV. Conclusión

Habiendo realizado un análisis de los distintos institutos que se encuentran referenciados en la sentencia, puedo afirmar que el proceso judicial solo ha repercutido en la vulneración del niño O. M. M. M. Esto es consecuencia de haberle dado al conflicto una impronta sesgada en el derecho regional, dilatando sin sentido un gravísimo conflicto familiar, cuando la CDN resulta un instrumento acabado para el resguardo de su interés superior **(25)**: la reinserción a la vida familiar con su madre, su padre y sus hermanos, decisión final del Tribunal Supremo.

En concordancia con ello, los y las juezas no pueden limitarse a la lectura de un Código que, a todas luces, resulta alejado de los preceptos de la Convención, y dejar sin resolver los intereses en juego de las partes. Muy por el contrario, debería haberse procedido sin más al reintegro del niño, ante la inexistencia de motivos que justifiquen la guarda y considerando, sobre todo, su ilegalidad, siendo a esos fines suficiente la remisión a la Convención como normativa que sustentara la decisión.

Además, el abordaje de los conflictos familiares requiere de otra perspectiva que lleve a desentrañar qué sucedió en esta dinámica familiar tan compleja, y cómo ha impactado en la vida del niño la problemática en la que sin dudas ha transcurrido gran parte de su infancia. Olvidarse de esto implica violar el acceso a la justicia de los interesados.

Por último, debo resaltar que, aun compartiendo la decisión final del Tribunal Supremo, no puede uno olvidar la grave vulneración en la que incurre, al menoscabar la capacidad progresiva de O. M. M. M.

Resultan de máxima dureza las consideraciones vertidas en referencia al niño, cuando la jueza afirma que por su edad posee incapacidad de obrar y cuando, además, asevera que la etapa a la que se acerca, la adolescencia, se caracteriza por una falta de plena madurez, que trae trastornos y desequilibrios conductuales que requieren de una conducción rigurosa, todos conceptos que

(22) CAFFERATA, J., "La guarda de menores", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1978, nro. 32, ps. 95 y ss.

(23) El art. 657 reza: "En supuestos de especial gravedad, el juez puede otorgar la guarda a un pariente por un plazo de un año, prorrogable por razones fundadas por otro período igual. Vencido el plazo, el juez debe resolver la situación del niño, niña o adolescente mediante otras figuras que se regulan en este Código…".

(24) LOPES, C. — FALÓTICO, Y., "Guarda. Advertencias…", ob. cit., p. 140.

(25) En particular, los arts. 3.2, 5º, 7º, 8º, 9º, 10, 11, 18, 20, 21 y 27 de la CDN.

se alejan de los preceptos de la CDN, a la que paradójicamente reseña en su voto.

La promoción y protección de los derechos de la infancia, desde una perspectiva de derechos humanos, es —sin lugar a dudas— el camino que debe transitar cada una de las decisiones que sobre los NNA se adopten. Alejarse de este camino es vulnerar lo más preciado, el respeto a su dignidad. Por lo tanto, los Estados deben duplicar sus esfuerzos para encontrar este camino, repensando el derecho, adaptando su normativa a este encuentro, porque invertir en la infancia es pensar en el futuro.

ACTUALIDADES

Actualidad de la provincia de Córdoba 1/2021

Olga Orlandi (*)
Julia Rossi (**)

Sumario: I. Matrimonio. Uniones convivenciales. Efectos. Atribución de la vivienda.— II. Filiación *post mortem.* Prueba genética.— III. Adopción.— IV. Responsabilidad parental. Alimentos. Régimen comunicacional.— V. Tutela.— VI. Control de legalidad.— VII. Sentencias con perspectiva de género. Violencia de género.

I. Matrimonio. Uniones convivenciales. Efectos. Atribución de la vivienda

I.1. Uniones convivenciales. Violencia económica. Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. Reglas de Brasilia

I.1.a. El caso

Ante la pretensión del actor de cobrar una suma de dinero fundada en una repetición del 50% de lo supuestamente pagado por él para la adquisición de una camioneta que es de titularidad de su exconviviente, argumentando que en realidad solo él habría pagado las cuotas para comprar el vehículo porque "ella nunca trabajó", se rechaza la demanda incoada, dado que el accionante no acompaña prueba alguna que desvirtúe lo informado por el Registro Nacional de la Propiedad Automotor respecto al titular dominial del automóvil en cuestión.

I.1.b. Contexto doctrinario del fallo

- La parte demandada sí acompañó las constancias del pago del crédito que tomara para comprar la camioneta. Sin perjuicio de ello, resultan de aplicación al caso las pautas valorativas de perspectiva de género (Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer —CEDAW—; Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer —Convención de Belém do Pará—; 100 Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia para Personas en Condición de Vulnerabilidad; ley 26.485), sobre todo ante las expresiones volcadas en la contestación de demanda por parte de la mujer, en orden a que luego de cuatro años de la separación ya no le teme ni le afecta psíquicamente lo que hace el actor.

- La contienda judicial en la cual se involucraron las partes da cuenta de la posición dominante/dominado. Esta situación se agrava con la interposición de la demanda de cobro de pesos por parte del varón y es una razón más para decidir su íntegro rechazo del planteo.

JCiv. y Com. 20ª Nom. Córdoba, 20/02/2020, "C. L. J. c. T. C. E. s/ abreviado - cobro de pesos", Rubinzal Online RC J 842/20

(*) Profesora titular de Derecho de Familia y Sucesiones, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba. Investigadora.

(**) Profesora de Derecho de Familia y Sucesiones, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba. Investigadora.

I.2. Atribución de la vivienda familiar. Estado de vulnerabilidad. Deber alimentario

I.2.a. El caso

Materializada la pretensión, se atribuye la vivienda a la actora con carácter gratuito, porque en ella convive junto al hijo adolescente de ambas partes, quien tiene afectada su salud mental.

I.2.b. Contexto doctrinario del fallo

- Corresponde atribuir a la actora el uso de la vivienda familiar con carácter gratuito y hasta que su hijo adolescente cumpla veintiún años de edad, ya que se encuentra corroborado que el menor, quien presenta una situación comprometida en su salud mental, está bajo el cuidado y resguardo de su progenitora, por lo que la atribución de la vivienda familiar importa hacer efectivo el mejor interés del adolescente.

- Siendo la provisión de la vivienda parte del deber alimentario que los progenitores deben a sus hijos, se encuentra justificada la atribución de la vivienda con carácter gratuito a la actora que convive con el menor de edad en el inmueble, considerando que el progenitor demandado no se hace cargo de los cuidados del adolescente y que además ni siquiera cumple con su obligación alimentaria.

JFamilia 2ª Nom. Córdoba, 25/11/2019, "T. J. I. - F. M. V. s/ divorcio vincular no contencioso", Microjuris MJ-JU-M-122715-AR

II. Filiación *post mortem*. Prueba genética

II.1. El caso

Se admitió un reclamo de filiación extramatrimonial de una mujer en nombre de sus hijas luego de que el padre de las niñas falleciera. El Juzgado fundó su decisión en el informe de estudio genético de ADN practicado sobre el material cadavérico del causante.

II.2. Contexto doctrinario del fallo

- El fallecido (A. A. B.) se encontraba divorciado de su exesposa (L. R. P.) desde 2008, habiendo tenido dos hijos con ella (A. y G. B.), quienes viven con su progenitora. Por su parte, la actora relató que convivió con A. A. B. los últimos diez años hasta el momento de su fallecimiento, aunque mantuvieron una relación de veinte años aproximadamente, conforme lo acredita mediante un certificado de convivencia.

- Manifestó la accionante que, fruto de dicha relación, tuvieron dos hijas (I. B. y F. E.), que no fueron reconocidas por su padre, dado que, al momento de su nacimiento, si bien convivía con la dicente y sus hijas, continuaba casado con P., y el mayor de los hijos no aceptaba que su padre pusiera su apellido a las niñas. Cuando debían concurrir ambas partes al Área de Servicios Judiciales para la extracción de material biológico en la persona de las reclamantes, el Área de Genética Forense informó que no concurrieron a la extracción para prueba genética los jóvenes G. y A. B., habiendo asistido las niñas I. y F. y su madre, L. d. V. T.

- El tribunal de grado concluyó que solo conoce como posibles sucesores de B. a sus dos hijos, A. y G. B. Frente a ello, la actora apeló la sentencia, solicitando que se realice un estudio genético de ADN *post mortem*. Fijada la primera audiencia, la exesposa del difunto y sus hijos se ausentaron, por lo que fue suspendida.

- Dado que del informe genético de ambas niñas resultó que todos los marcadores genéticos autosómicos son compatibles en un 99,9% con la paternidad biológica de A. B., el tribunal dictaminó que "es prueba suficiente para tener por acreditado el vínculo de las adolescentes respecto del señor B.". También influyó en la decisión adoptada por el Juzgado la conducta procesal asumida por los sucesores/herederos de B., quienes no comparecieron al proceso en ningún momento.

JFamilia 4ª Nom. Córdoba, 29/07/2019, "T., I. B. y o. c. Suc. de B., A. A. - acciones de filiación - contencioso - post mortem*", Diario Judicial del 17/10/2019*

III. Adopción

III.1. Adopción pluriparental

III.1.a. El caso

El tribunal admite la procedencia de la adopción plena pluriparental, pues la parentalidad

y la filiación se implican mutuamente y no se debe partir de niveles arcaicos de relación, ya que la parentalidad se trata de construcciones y, dentro de la realidad observable, cabe encontrarse con la monoparentalidad, la coparentalidad o la pluriparentalidad.

III.1.b. Contexto doctrinario del fallo

- Corresponde hacer lugar a la solicitud de adopción plena pluriparental incoada por el matrimonio guardador original y por el nuevo marido de la solicitante, pues por las testimoniales receptadas se pudo dar cuenta de la integración de la niña a su grupo familiar de convivencia actual, y porque de los informes técnicos del Equipo Técnico de Adopción surgió en sus diversas intervenciones, sin hesitación alguna, que la niña de autos identifica a ambos hombres como sus padres y a la requirente como su madre.

- Ha sido la evolución del vínculo y la integración familiar palpable en los hechos lo que permite vislumbrar que esa relación se visualiza afianzada, desenvolviéndose con naturalidad y espontaneidad, observándose a nivel manifiesto el conocimiento recíproco entre todos los involucrados, ocupando un lugar de figuras parentales protectoras, lo que favorece la sensación de seguridad de la niña.

- Corresponde declarar la inconstitucionalidad y anticonvencionalidad del párr. 3º del art. 558 y del art. 634, inc. d), del Cód. Civ. y Com., en cuanto determinan como único vínculo filial el binario, pues contraría 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.

- El Código Civil y Comercial se ha flexibilizado bastante, puesto que la realidad social y, en especial, las relaciones de familia son mucho más complejas que aquellas que circundaban a Vélez Sarsfield cuando redactó el Código Civil, pero razones de política legislativa atravesadas por perspectivas religiosas hicieron que no se reconociera expresamente la filiación por más de dos personas.

- El Código Civil y Comercial refleja la diversidad y la multiculturalidad, y si bien no previó la situación de la pluriparentalidad, conforme a los nuevos paradigmas, el perfil de la magistratura de este siglo debe estar teñido de amplitud de pensamiento que permita darse cuenta de 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.

CCiv., Com., Familia y Cont. Adm. Río Cuarto, 18/02/2020, "F. F. C. - V. A. F. - F. C. A. s/ adopción", Microjuris MJ-JU-M-124142-AR, MJJ124142III.2. Adopción plena pluriparental. Socioafectividad. Realidad multicultural. Ruptura del binarismo. Declaración de inconstitucionalidad y anticonvencionalidad de los artículos 558 y 634, inciso d), del Código Civil y Comercial

III.2.a. El caso

La jueza admitió la demanda de adopción plena pluriparental formulada en representación de la menor de edad, reconociendo su derecho a tener dos padres y una madre. Se declara la inconstitucionalidad de los arts. 558 y 634, inc. d), y se ordena al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas la inscripción de la niña con su nombre de pila y los tres apellidos de sus padres, conforme a su deseo así expresado.

III.2.b. Contexto doctrinario del fallo

- La hipótesis fáctica deja traslucir que se trata de una relación filial a la 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., el que reza: "Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación".

- Apuntalando el pedido de inconstitucionalidad del art. 558 efectuado por la Sra. fiscal de Cámara en oportunidad de la audiencia de vista de causa, al cual adhiero, lo hago extensivo a los arts. 578 y 634, inc. d), al 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.

- Las nociones de familia y filiación son una creación cultural, sujeta 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 socioafectiva de M.

- "La decisión a la que se arriba 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 (...). En definitiva, entiendo que para resolver la presente demanda de adopción se debe 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".

- El Código Civil y Comercial es un Código de la diversidad y multiculturalidad, que si bien no previó la situación presentada en autos, conforme a 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 contra el proyecto de vida de los ciudadanos.

- El Estado no puede venir a imponer nuestros propios planes de vida, ya 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.

- 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 párr. 3º de los arts. 558 y 634, inc. d), del Cód. Civ. y Com. en este caso concreto, en cuanto no reconoce los vínculos afectivos emanados de la niña hacia los Sres. F., F. y 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.

JNiñez, Adoles., Viol. Fliar. y Género 3ª Nom. Córdoba, 18/02/2020, "F., F. C. - V. A. F. - F. C. A. - adopción", Revista de Familia & Niñez, nro. 192, Ed. Actualidad Jurídica

III.3. Entrega directa. Prohibición. Declaración de inconstitucionalidad de oficio. Interés superior del niño. Derecho a la identidad. Declaración en situación de adoptabilidad. Guarda preadoptiva

III.3.a. El caso

Un matrimonio solicitó el otorgamiento de una guarda judicial con fines de adopción de un niño que les fue entregado libre y voluntariamente por su progenitora biológica cuando contaba con un día de vida y a quien le dispensaron trato familiar durante diez años. El tribunal declaró la inconstitucionalidad del penúltimo párrafo del art. 607 y del párr. 3º del art. 611 del Cód. Civ. y Com., declaró al niño en situación de

adoptabilidad y otorgó la guarda judicial con fines de posterior adopción a los solicitantes.

III.3.b. Contexto doctrinario del fallo

- El derecho a vivir en una familia distinta a la de origen exige cumplimentar un proceso previo y necesario, por cuanto es justamente desde la perspectiva constitucional/convencional que deriva la subsidiariedad de la adopción, y a través de un proceso específico anterior —que concluye con la declaración de adoptabilidad del niño— se logra sopesar si es la alternativa que mejor responde a su interés superior.

- "Cabe consignar que la progenitora entregó voluntariamente a su hijo a quienes son sus actuales guardadores, al día siguiente de su nacimiento —el día 13/01/2009—, fecha en la que estaba vigente el Código Civil velezano, que permitía estos actos (...). De lo expuesto deriva que no se puede atacar de ilegal este hecho, por cuanto forjó una expectativa en la creación de un vínculo paterno/materno-filial, legítimo y legal en el momento de su constitución".

- Una interpretación y aplicación literal de dicho articulado derivaría en un resultado acentuadamente contradictorio, no solo respecto al interés superior de G. —entendido como la "máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías" —, sino también en relación con la faceta dinámica del derecho a la identidad del pequeño, quien se encuentra "significado" en el grupo familiar. Esta prohibición tan terminante y rígida sentada en el art. 611 del Cód. Civ. y Com. anula el andamiaje sobre el que se ha montado la identidad de G. y, por ende, se muestra contraria a la Convención Internacional de los Derechos del Niño y a la Constitución Nacional, en tanto y en cuanto tal Convención tiene jerarquía constitucional (inc. 22 del art. 75 de la CN). Si tenemos en cuenta que la finalidad última es el interés superior de G., la Constitución Nacional resulta ser el techo de interpretación; por lo tanto, corresponde apartarme de la solución legal aportada por los arts. 611, último párr., y 607, último párr., del Cód. Civ. y Com. Entonces me pregunto, ¿corresponde declarar la inconstitucionalidad en este caso concreto de los artículos mencionados? Justamente, el control de constitucionalidad tiene esa finalidad: verificar si determinadas normas o actos guardan congruencia con la Constitución, y declarar la invalidez de aquellos que se encontrasen en pugna con ella, asegurando, de tal modo, el imperio o supremacía constitucional.

- Al ser nuestro sistema el de un control de constitucionalidad difuso, los jueces son los llamados a revisar cualquier posible omisión inconstitucional, por más que no haya sido requerida a instancia de parte, a partir de la doctrina de la Corte Suprema en los fallos "Mill de Pereyra" y "Banco Comercial de Finanzas", en la que el Alto Tribunal ha interpretado que el control constitucional puede ejercerse de oficio (...). Por las razones expuestas, y sin perjuicio de que la parte no ha atacado la constitucionalidad expresa de la normativa en análisis, luego de analizar la situación de hecho considero que existe mérito suficiente para apartarme de la solución legal, ya que su aplicación lisa, llana y literal me llevaría al rechazo de la pretensión de la familia solidaria y el retiro inmediato de G. de este grupo familiar, llevando a cabo su adopción en otra familia, decisión que a todas luces es contradictoria a su interés superior (art. 3º, CDN; art. 3º, ley 26.061, y art. 3º, ley 9944).

JNiñez, Adoles., Viol. Fliar. y Género 1ª Nom. Córdoba, 27/05/2020, "G., G. N. - guarda preadoptiva", Revista Familia & Niñez, nro. 197, Ed. Actualidad Jurídica

III.4. Padres intencionales. Pedido de una pareja de hombres para poder ser padres mediante el método de subrogación de vientre a través de una amiga

III.4.a. El caso

Se autoriza la gestación por sustitución a una pareja conviviente del mismo sexo y a la madre gestante, pues la ausencia de la práctica en la redacción del nuevo Código Civil y Comercial no puede interpretarse como la prohibición de realizarla.

III.4.b. Contexto doctrinario del fallo

- Corresponde autorizar la práctica de la gestación por sustitución entre los comitentes

(padres intencionales) y la gestante, por implantación del embrión formado por gametos de uno de los padres intencionales y ovodonación (donación anónima) en el útero de la gestante nombrada, debiendo todos prestar su consentimiento ante el centro de salud elegido en los términos de los arts. 560 y 561 del Cód. Civ. y Com.

- Cabe declarar la inaplicabilidad del art. 562 del Cód. Civ. y Com. para el caso de gestación por sustitución y, en consecuencia, ante el vacío legislativo: a) ordenar que el/la niño/a nacido/a de la práctica autorizada sea inscripto/a ante el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas respectivo como hijo de los comitentes, debiendo efectuarse la inscripción en el Registro de conformidad a lo normado por el 559 del Cód. Civ. y Com.; asimismo, el/la niño/a nacido/a de la práctica autorizada no tendrá vínculo jurídico con la gestante, sin perjuicio de quedar asentada en ese carácter (de gestante), y así deberá figurar en el certificado médico de nacimiento.

- Corresponde instar a los Sres. padres intencionales a que hagan conocer al/la niño/a acerca de su realidad gestacional cuando tenga edad y grado de madurez suficientes, debiendo la institución mantener reservada toda la documentación correspondiente a la práctica médica realizada a fin de que se encuentre disponible cuando lo requieran los progenitores y/o el/la/s niño/a/s, cuando hubiera/n alcanzado la mayoría de edad.

- El silencio del Código Civil y Comercial otorga a los jueces un amplio margen de acción a los fines de ponderar los intereses en juego para otorgar la autorización para la gestación por sustitución o no, debiendo resolverse el caso atendiendo a los derechos humanos involucrados; así, cabe pensar si es más razonable denegar que los pretensos padres concreten su anhelo o si es más razonable rechazar esa petición.

- Si bien en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial la técnica de gestación subrogada no fue aprobada, esa exclusión es más aparente que real, pues para que hubiera producido su supresión era necesaria la eliminación de dos presupuestos esenciales: el principio de voluntad procreacional como fuente de filiación y la prohibición de realización de la técnica referida, pero eso no ocurrió; en consecuencia, la grieta que dejó permite filtrar e integrar la laguna con una interpretación favorable a su acogimiento.

- La gestación subrogada es una realidad que está ocurriendo en el mundo y en la Argentina, y no habilitarla obliga a los ciudadanos argentinos a recurrir a esta técnica en el extranjero (el llamado "turismo reproductivo") y luego obtener el reconocimiento por la vía del art. 2634, Cód. Civ. y Com., lo que no luce contemplativo de los derechos de aquellos que no cuentan con los recursos económicos para proceder de esa manera.

- Fundar una familia procreando o no depende, a fin de cuentas, del plan de vida de cada individuo, planificación que va asociada a la libertad reproductiva, que incluye como elementos constitutivos la elección de procrear, con quién y por qué medios, la elección del contexto social en que la reproducción tiene lugar, la elección de cuándo reproducirse y la elección de cuántos hijos tener.

- Limitar la gestación subrogada por la orientación sexual resulta a todas luces discriminatorio de los derechos fundamentales, y la posibilidad de acceder a las TRHA por parejas del mismo sexo está expresamente contemplada por la ley 26.862 y su dec. regl. 956/2013.

- No puede afirmarse razonablemente que el Código Civil y Comercial prohíbe a las parejas convivenciales o matrimoniales conformadas por varones tener hijos biológicos, porque la ciencia les permite superar sus propios implantes biológicos mediante una sustitución de la gestación.

- La circunstancia de que los progenitores intencionales hayan conformado una unión convivencial no puede ser obstáculo para obtener el acceso a las TRHA, ya que la protección constitucional de las uniones convivenciales deriva de la concepción de los derechos humanos que incorporan los tratados al derecho argentino de forma explícita y operativa, que incluye el derecho al proyecto de vida autorreferencial e implica la posibilidad de que los individuos, en uso de la autonomía de la voluntad, elijan libremen-

te su forma de vida, sin que el matrimonio sea la única alternativa legal con la que cuentan las personas.

JCiv., Com. y Familia Villa María, 21/05/2020, "R. L. A. y otros s/ sumaria", Microjuris MJ-JU-M-126330-AR, MJJ126330

IV. Responsabilidad parental. Alimentos. Régimen comunicacional

IV.1. Suspensión provisional de la cuota alimentaria

IV.1.a. El caso

Con carácter provisional, se suspende la cuota alimentaria a cargo del alimentante que padece una limitación en su capacidad.

IV.1.b. Contexto doctrinario del fallo

- Corresponde admitir la medida provisional (art. 73, ley 10.305 de la provincia de Córdoba) solicitada por la curadora del alimentante y, en su mérito, suspender la cuota alimentaria que fuera convenida por las partes y homologada judicialmente en el proceso de divorcio, sin perjuicio de lo que se resuelva en el incidente de cese de dicha cuota, pues se encuentra acreditado, al menos en esta instancia, que existe un peligro de daño y vulneración de intereses, por cuanto se ha demostrado que el alimentante se encuentra con una limitación de su capacidad decretada en un proceso de determinación de la capacidad.

- Debe suspenderse la cuota alimentaria convenida judicialmente, sin perjuicio de lo que se resuelva en el incidente de cese de cuota en trámite, considerando que variaron las circunstancias que determinaron el convenio alimentario en oportunidad del divorcio de las partes, y hoy el mantenimiento de la prestación alimentaria a cargo del alimentante, por su especial situación por la que atraviesa, lo coloca en extrema vulnerabilidad, lo que debe ser atendido, máxime cuando se trata de un alimentante persona mayor que se encuentra transitando una enfermedad sobreviniente al momento en que la cuota alimentaria a su cargo fuera convenida, que luce, *prima facie*, de carácter permanente.

- Los alimentos acordados en virtud de los arts. 215 y 236 del Cód. Civil no cesan *ipso iure* como consecuencia de la aplicación del Código Civil y Comercial, ya que el art. 434 de dicho cuerpo legal también los regula.

JFamilia 3ª Nom. Córdoba, 15/08/2019, "B. R. T. - G. M. D. C. s/ divorcio vincular - no contencioso", Microjuris MJ-JU-M-121852-AR, MJJ121852IV.2. Incumplimiento de la cuota alimentaria. Sanciones. Licencia de conducir

IV.2.a. El caso

Ante incumplimientos reiterados de la cuota alimentaria, se suspende la licencia de conducir del demandado, así como se prohíbe su renovación, hasta tanto cumplimente la deuda alimentaria que mantiene con la actora.

IV.2.b. Contexto doctrinario del fallo

- Corresponde hacer lugar parcialmente a lo solicitado por la actora y, en consecuencia, ordenar —en los términos del art. 553 del Cód. Civ. y Com.— la suspensión de la licencia de conducir del demandado así como la prohibición de renovación, hasta tanto cumplimente la deuda alimentaria o preste caución suficiente para satisfacerla, pues la falta de pago de la mesada alimentaria afecta directamente a la madre, ocasionando un deterioro de su situación económica, ya que debe cubrir de manera exclusiva las necesidades materiales de su hija, con la consiguiente limitación injustificada de sus propios recursos económicos.

- El art. 553 del Cód. Civ. y Com. ofrece al juez la posibilidad de aplicar las medidas que estime pertinentes, conforme a las particularidades de cada caso, con el objeto de persuadir al alimentante de cumplir con su obligación alimentaria, para lo cual el juzgador deberá tener en cuenta el incumplimiento reiterado de la mesada alimentaria por parte del progenitor y la razonabilidad de la medida.

- La conducta del incumplidor alimentario queda comprendida en el art. 5º, inc. 4º, de la ley 26.485, que se refiere a la violencia económica y patrimonial, que se configura cuando se produce el menoscabo de los recursos económicos o patrimoniales de la mujer mediante la

limitación de los ingresos económicos destinados a satisfacer sus necesidades o la privación de los medios indispensables para vivir una vida digna.

JFamilia 8ª Nom. Córdoba, 27/04/2020, "M. E. E. y otros s/ solicita homologación", Microjuris MJ-JU-M-126366-AR, MJJ126366IV.3. Alimentos a favor de los nietos. Obligación alimentaria entre parientes. Obligación subsidiaria. Sujetos vulnerables. Derechos del niño. Derechos del adulto mayor. Condiciones económicas de los abuelos. Derechos humanos. Retroactividad

IV.3.a. El caso

La Cámara de Familia rechazó el recurso de apelación interpuesto por la progenitora en contra de la resolución que fijó, en concepto de cuota alimentaria a cargo de los abuelos paternos y a favor de sus hijos (nietos de los alimentantes), en forma subsidiaria, la suma mensual equivalente al 50% del salario mínimo vital y móvil. La Alzada estimó adecuado el monto establecido en atención a que los demandados ostentaban la calidad de sujetos vulnerables. Por otra parte, la Cámara admitió el recurso interpuesto por los abuelos y resolvió retrotraer los efectos de la fijación de alimentos a la fecha en la cual habían tomado conocimiento del reclamo alimenticio.

IV.3.b. Contexto doctrinario del fallo

- El deber alimentario de los abuelos hacia los nietos constituye una obligación civil de base legal que encuentra su fundamento en la solidaridad familiar. Si bien el niño, niña o adolescente es un sujeto vulnerable, también lo es el adulto mayor. Es claro que, en principio, entre dos sujetos vulnerables, el derecho prioriza al nieto menor de edad, pero esa prioridad, fundada en la solidaridad familiar, no es absoluta.

- En el derecho de familia hay que tener en cuenta los pormenores de cada caso en particular a fin de que, mediante la instrumentación de los principios que regulan la materia alimentaria, la solución que se adopte no se convierta en intrínsecamente injusta o abusiva. En este sentido, la evaluación de las situaciones socioeconómicas de los sujetos intervinientes resulta primordial para identificar y comparar la mayor o menor indefensión de cada una de las partes.

- La valoración de las condiciones económicas de los abuelos no solo constituye un requisito para determinar sus posibilidades para alimentar, sino también una regla que manda a examinar cuáles son las situaciones en las que se encuentran en la etapa de la vejez, procurando de este modo una mirada respetuosa de sus derechos humanos.

- Debe recordarse que, por aplicación del art. 537, inc. 1º, del Cód. Civ. y Com., la obligación de los abuelos es subsidiaria respecto de la que pesa en cabeza de los progenitores. De allí que, aun cuando pueda presumirse la necesidad de los nietos menores de edad, de conformidad a lo normado por el art. 545 del Cód. Civ. y Com., para la procedencia de tal pretensión alimentaria se exige el cumplimiento de determinados requisitos por parte de la solicitante, estos son: que el progenitor que reclama, por ser el ascendiente más próximo, demuestre la falta de medios económicos suficientes y la imposibilidad de adquirirlos con su trabajo, cualquiera sea la causa que haya generado tal estado.

- De la valoración de la prueba rendida no surge que la madre se encuentre ante la situación de falta de medios económicos, ni tampoco que no pueda obtenerlos por medio de su trabajo.

- Siendo ello así, se estima que debe resguardarse el derecho a mantener condiciones de vida digna de ambos integrantes de la familia: los adolescentes y sus abuelos, resultando por ello acertada la afirmación de la magistrada de la instancia anterior en cuanto a que la cuota alimentaria fijada a cargo de estos últimos es complementaria a la fijada para el padre, lo cual significa que si el padre cumple con el total de su obligación, los abuelos no deberán abonar monto alguno en concepto de alimentos para sus nietos (fs. 317), y con igual alcance luce ajustada a derecho la cuantía establecida conforme al contexto imperante del grupo familiar.

- De acuerdo con el criterio reiterado de este tribunal, resulta ajustado a derecho retrotraer los efectos de la resolución en crisis y la exigibilidad de la obligación de pago de la cuota ali-

mentaria fijada a la fecha de notificación de la demanda. Adviértase que el art. 548 del Cód. Civ. y Com. dispone que "...los alimentos se deben desde el día de la interposición de la demanda o desde la interpelación al obligado por medio fehaciente..."; por ello, retrotraer los efectos de la fijación de alimentos a la fecha en la cual el alimentante ha tomado conocimiento del reclamo responde a razones de equidad y justicia, ya que el tiempo que insume el proceso no debe enriquecer al obligado al pago de la cuota alimentaria.

- Costas en la Alzada: no obstante el resultado arribado, y tomando en consideración que el presente trata del ejercicio del derecho a solicitar judicialmente alimentos a cargo de los abuelos, y que de acuerdo con las especiales circunstancias fácticas de la causa las partes involucradas se encuentran en especial situación de vulnerabilidad y se pudieron considerar con derecho a litigar, corresponde imponer las costas de esta instancia por el orden causado (art. 130, párr. 1º, última parte, del Cód. Proc. Civ. y Com. Córdoba).

CFamilia 2ª Nom. Córdoba, 07/02/2020, "E. D. A., M. D. L. Á. c. G., G. F. y otro - juicio de alimentos - contencioso", Revista Familia & Niñez, nro. 196, Ed. Actualidad Jurídica

IV.4. Alimentos derivados de la responsabilidad parental. Progenitor alimentante con restricción a la capacidad. Estado de necesidad. Pensión no contributiva inferior al salario mínimo, vital y móvil. Obligación alimentaria de naturaleza solidaria del otro progenitor. Tutela judicial efectiva

IV.4.a. El caso

La parte actora solicitó que se establezca una cuota alimentaria a favor de su hijo menor de edad y a cargo del progenitor, en la suma equivalente al treinta y cinco por ciento (35%) de los ingresos que percibe, más la obra social y los gastos devengados de salud y actividades escolares. La jueza de primera instancia interviniente, en virtud del estado de vulnerabilidad del alimentante, resolvió fijar, en concepto de ayuda alimentaria en beneficio del joven, todos los importes que por encima del porcentaje del noventa y uno por ciento (91%) del salario mínimo vital y móvil que perciba el demandado de su pensión no contributiva por discapacidad.

IV.4.b. Contexto doctrinario del fallo

- La obligación alimentaria deriva de los derechos-deberes que impone la responsabilidad parental, en pos de lograr la protección, el desarrollo y la formación integral del hijo. Ello así, ambos progenitores tienen la obligación y el derecho de criar a sus hijos, alimentarlos y educarlos conforme a su condición y fortuna, independientemente de quién ejerce el cuidado personal de aquellos. Este ha sido el espíritu del Código Civil y Comercial en su art. 658, el que es una ratificación directa del art. 27 de la Convención de los Derechos del Niño. Además, dicha obligación alimentaria —según lo contemplado por el art. 659 de la normativa de fondo— comprende la satisfacción de las necesidades de los hijos de manutención, educación, esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia, gastos por enfermedad y los necesarios para adquirir profesión y oficio, debiendo realizar los esfuerzos necesarios para satisfacer acabadamente las necesidades materiales de sus hijos.

- En autos se da una situación de crisis de los derechos de dos personas consideradas vulnerables por la legislación: un hijo (menor a la fecha de la petición), por un lado, y, por el otro, un adulto que, por haber sufrido un accidente cerebrovascular irreversible, se encuentra seriamente restringido en su capacidad, al punto de encontrarse actualmente internado en un geriátrico público por no poder hacerse cargo de su cuidado personal sin asistencia. Además de ello, debe sumarse la vulnerabilidad económica del progenitor, que depende para asistirse de una pensión por invalidez, que alcanza, según la propia actora, la suma de pesos once mil cuatrocientos ($ 11.400), monto que incluso es inferior al salario mínimo vital y móvil, que por ley es la menor remuneración que puede percibir una persona para atender a sus necesidades básicas. En este caso extremo y lamentable, no puede proveerse una cobertura simultánea de los derechos alimentarios de ambas personas vulnerables, porque la asistencia del hijo implicaría para el progenitor caer en estado de necesidad extrema, sin que por su condición pueda acceder a otros recursos materiales o familiares que le permitan superar la carencia. El joven

de autos cuenta además con una progenitora que puede y debe en este caso sustituir al progenitor en su asistencia, en función del sistema solidario que implica el ejercicio de la responsabilidad parental. Es por ello que debe realizarse una valoración que permita determinar cuál de los extremos resulta más frágil y quién de ellos tiene posibilidad o no de cubrir esa vulnerabilidad con otros recursos materiales de familiares. En este sentido, no puede dejar de señalarse que mientras el hijo adolescente se halla en un proceso de desarrollo pleno de la capacidad hacia la autodeterminación total, el progenitor, en cambio, se encuentra en un proceso de retroceso y limitación de todas sus capacidades. Además, ha quedado acreditado que el progenitor no cuenta con quien pueda colaborar con recursos materiales para su subsistencia. El hijo, en este caso extremo, tiene otra fuente de recursos que le asegura la subsistencia por lo menos en las cuestiones básicas, lo que no ocurre con el progenitor.

- En supuestos como el de autos, que no admiten dilación, se intenta asegurar las personas o sus intereses, buscar resoluciones de naturaleza protectiva ante el riesgo de vulneración de algún derecho familiar distinto del patrimonial, que según el trámite especial legislado puede tener andamiaje favorable antes del inicio del proceso o en simultáneo con él, bien de manera autónoma y principal, evitando la ocurrencia del daño anunciado.

- No puede dejar de valorarse que la pensión que percibe el alimentante está por debajo de lo establecido como salario mínimo vital y móvil. Visto desde esta óptica, luce palmario que nos encontramos con dos sujetos vulnerables: en el caso del alimentante, con una restricción a la capacidad, un problema de salud permanente y con una extrema necesidad de contar con todos sus recursos provenientes de su pensión a los fines de afrontar su internación en orden a la atención de su salud. En el caso del alimentado, un hijo que ha adquirido su mayoría de edad y que cuenta con una progenitora que puede y debe, atento al principio de solidaridad, suplir al progenitor en la asistencia del hijo, en función del sistema solidario que implica el ejercicio de la responsabilidad parental.

- Situaciones como la de autos reclaman de los operadores de la justicia extremar todos los cuidados y circunstancias que rodean a la persona mayor para no cercenar sus derechos elementales, conforme a lo establecido por la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (ley 27.360) y las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad. La categoría de sujetos vulnerables impone a los operadores jurídicos modos de actuar diferenciales, de la mano de las acciones positivas impuestas a los Estados desde los diversos instrumentos de derechos humanos de los que el Estado es parte y de nuestra Carta Fundamental, a fin de propender a la igualdad real de oportunidades. El enfoque de derechos humanos con el que ha de encararse la lectura, interpretación y aplicación de las disposiciones del Código Civil y Comercial impone la creación y adaptación —en su caso— de las reglas procedimentales —y fondales— en pos del verdadero acceso a la justicia y la tutela efectiva de las personas en condiciones de vulnerabilidad. La lectura constitucional-convencional del Código Civil y Comercial impone considerar al sujeto por sobre las formas, y, en su mérito, el operador jurídico no puede permanecer ajeno a la existencia de personas en condición de vulnerabilidad. La presencia de estos sujetos en el proceso reclama una aplicación diferencial del derecho en función de la persona.

- El sistema judicial se debe configurar, y se está configurando, como un instrumento para la defensa efectiva de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad. Poca utilidad tiene que el Estado reconozca formalmente un derecho si su titular no puede acceder de forma efectiva al sistema de justicia para obtener la tutela de dicho derecho. Si bien la dificultad de garantizar la eficacia de los derechos afecta con carácter general a todos los ámbitos de la política pública, es aún mayor cuando se trata de personas en condiciones de vulnerabilidad, dado que estas encuentran obstáculos mayores para su ejercicio. Por ello, se deberá llevar a cabo una actuación más intensa para vencer, eliminar o mitigar dichas limitaciones. El propio sistema de justicia puede y debe contribuir de forma importante a la reducción de las desigualdades sociales, favoreciendo la cohesión social.

Las Reglas de Brasilia no se limitan a establecer unas bases de reflexión sobre los problemas del acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sino que también recogen recomendaciones para los órganos públicos y para quienes presten sus servicios en el sistema judicial. No solamente se refieren a la promoción de políticas públicas que garanticen el acceso a la justicia de estas personas, sino también al trabajo cotidiano de todos los servidores y operadores del sistema judicial, así como de quienes intervienen de una u otra forma en su funcionamiento. Si hay personas que tienen una posición desfavorable, parece razonable que mediante arbitrios diferenciados pueda superarse esa desigualdad.

- Tanto el alimentante como el alimentado son personas dignas de tutela y, por ende, es necesario reforzar su protección y el pleno goce de los derechos a ellos reconocidos, para de esta manera poder transitar esta etapa de su vida. Ahora bien, es el alimentante, el que se encuentra hoy en una situación de vulnerabilidad extrema que requiere ser atendida prioritariamente, a los fines de gozar del derecho a la salud.

- La tutela judicial efectiva, entendida esta como derecho "fundamental", que tiene anclaje en el derecho constitucional y en el derecho de los derechos humanos —el que comprende la posibilidad de utilizar todas las herramientas procesales necesarias para garantizar el efectivo cumplimiento de las resoluciones para lograr el acceso a los derechos—, se completa con la regla de proporcionalidad que debe mediar entre la herramienta procesal y la solución buscada. Este principio integra los principios procesales propios del derecho de las familias y, como se dijo, tiene anclaje constitucional y ha sido receptado en el derecho fondal (art. 706 del Cód. Civ. y Com.) y adjetivo (art. 15, inc. 1º, del Cód. Proc. Familia Córdoba), y determina el modo en que deben aplicarse las normas procesales de familia, estableciendo que "deben ser aplicadas de modo de facilitar el acceso a la justicia, especialmente tratándose de personas vulnerables, y la resolución pacífica de los conflictos" [art. 706, inc. a), Cód. Civ. y Com.].

- Los alimentos constituyen derechos humanos, visión esta que recoge el Código Civil y Comercial y que refleja la constitucionalización del derecho privado, y que obliga al juez a interpretar los preceptos legales en la materia conforme a los tratados de derechos humanos que integran el bloque de constitucionalidad y a la Constitución misma. Hoy en día, la sociedad exige del juez de familia otras obligaciones y respuestas. Entre ellas, que su actuación tenga por marco y se sujete a la doctrina internacional de los derechos humanos. Es por ello que ante el caso judicial y ante la actuación en el proceso de sujetos vulnerables, como en el caso traído a resolución, debe sumar a su rol de juez el acompañarlo con la realización de los derechos fundamentales.

JFamilia 5ª Nom. Córdoba, 04/03/2020, "I. C. D c. M. N. C. - alimentos", Revista Familia & Niñez, nro. 195, Ed. Actualidad Jurídica

IV.5. Vivienda como rubro de los alimentos que debe cubrir el progenitor que no convive. Cese de la unión convivencial. Hijos menores de edad que continuarán conviviendo en el inmueble. Plazo de atribución máximo de dos años (art. 526, Cód. Civ. y Com.)

IV.5.a. El caso

La parte actora, en nombre y representación de sus hijos menores de edad, promovió una demanda en contra de su exconviviente y solicitó que se atribuya el uso de la vivienda familiar a la compareciente y sus hijos. Manifestó que mientras convivió con el demandado en el hogar conyugal, adjudicado mediante un plan municipal de 18 viviendas por dec. 487/2011, se le otorgó al demandado de manera exclusiva la titularidad de aquel inmueble, pero en el año 2013, por orden del Juzgado de Violencia Familiar, se resolvió la exclusión del hogar del demandado; por tanto —aseguró—, permaneció junto con sus hijos viviendo allí hasta la actualidad. El tribunal interviniente resolvió hacer lugar a la demanda impetrada y, por tanto, establecer a favor de la actora y sus hijos el uso de la vivienda familiar hasta tanto los hijos alcancen la mayoría de edad.

IV.5.b. Contexto doctrinario del fallo

- Respecto a la atribución de la vivienda familiar en el caso de la existencia de una unión

convivencial, el art. 526 del Cód. Civ. y Com. establece que el inmueble que ha sido sede de la unión convivencial puede ser atribuido a alguno de los convivientes, una vez que aquella ha cesado, si tiene a su cargo el cuidado de hijos menores de edad y si se acredita la extrema necesidad de una vivienda y la imposibilidad de procurarla en forma inmediata.

- Los niños se encuentran a cargo de la actora desde que finalizó la convivencia con el progenitor, y además los niños continuarán habitando la vivienda con un régimen amplio a favor de su padre. La atribución de la vivienda se encuentra contemplada a los fines de conservar el hogar familiar cuando hay hijos menores, como en el caso de autos, los que se encuentran a cargo de uno de los convivientes —en este caso, de la madre—, quien, por lo relatado *supra*, se encuentra en imposibilidad de procurarse una vivienda distinta. Esta situación se encuentra contemplada en la normativa fundada en la solidaridad familiar. En tal sentido, la doctrina especializada tiene dicho: "Esta atribución de la vivienda cuando están presentes los hijos menores, con discapacidad o con capacidad restringida, reitera en sus fundamentos la idea que atraviesa el sistema familiar vigente, cual es el deber alimentario de ambos progenitores, y la tutela de la vivienda como derecho fundamental". La vivienda constituye un componente de máxima importancia del deber alimentario de los progenitores, y en nuestro caso debe protegerse a quien se encuentra con mayores limitaciones y en situación de vulnerabilidad. Ello permite advertir no solo que la actora no puede procurarse otra vivienda en la que albergar a los hijos de ambos, sino que además se encuentra en juego el interés superior de aquellos que debe prevalecer. Tanto las convenciones internacionales como los acuerdos y tratados que nuestro país ha firmado y comprometido en cumplir priorizan el desarrollo y desenvolvimiento social, humano y digno de los niños. Así la Convención de los Derechos del Niño, entre otras tantas, en su art. 3º establece: "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".

- Habiendo niños o niñas habitando la vivienda familiar, el plazo de atribución máximo de dos años que fija el art. 526, Cód. Civ. y Com., no rige para ellos, porque la vivienda es un rubro de los alimentos que debe cubrir el progenitor que no convive con ellos en ese momento.

- La evaluación del interés superior del niño es una actividad singular que debe realizarse en cada caso, teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada niño o grupo de niños o los niños en general. Esas circunstancias se refieren a las características específicas del niño o los niños de que se trate, como la edad, el sexo, el grado de madurez, la experiencia, la pertenencia a un grupo minoritario, la existencia de una discapacidad física, sensorial o intelectual y el contexto social y cultural del niño o los niños, por ejemplo, la presencia o ausencia de los padres, el hecho de que el niño viva o no con ellos con la seguridad y la existencia de medios alternativos de calidad a disposición de la familia, la familia ampliada o los cuidadores. Cada supuesto exige una respuesta personalizada, pues el mejor interés del niño no es un concepto abstracto, sino que tiene nombre y apellido, nacionalidad, residencia y circunstancias.

- En el *sub lite*, para adoptar una decisión se debe evaluar y determinar si el plazo legal resulta razonable y se corresponde con el interés superior de los menores, atendiendo a sus circunstancias específicas y a las particularidades que rodean su situación. En el caso, los menores de edad hoy cuentan con ocho años P. y diecisiete años J.; el grupo familiar ha vivido desde aproximadamente el año 2011 en la vivienda en cuestión, que se trata del centro de vida de los menores, donde han desarrollado sus relaciones y el sentimiento de pertenencia los últimos años. Téngase en cuenta que P. ha vivido en tal vivienda durante toda su vida. Por ello, resulta imperioso que continúen viviendo en dicha residencia, y además brindarles la estabilidad y la tranquilidad que aseguren su desarrollo. El Comité de los Derechos del Niño estima que los elementos que deben tenerse en cuenta al eva-

luar y determinar el interés superior del niño, en la medida en que sean pertinentes para la situación de que se trate, son —entre otros— la preservación del entorno familiar y el mantenimiento de sus relaciones, su cuidado, protección y seguridad, su situación de vulnerabilidad, su derecho a la salud y a la educación.

- En nuestro sistema normativo, los niños son titulares de derechos con jerarquía constitucional e internacional. Así, el derecho a la vida, a la salud, a la dignidad y a la vivienda —entre otros tantos— deben ser reconocidos, y propender a su gozo y ejercicio por sus titulares, por lo que no deben escatimarse esfuerzos y recursos orientados a acciones positivas en ámbitos tanto públicos como privados. Se recepta de tal manera lo normado en el art. 2º de las 100 Reglas de Brasilia y los principios recogidos en la Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano (Cancún, 2002), ponderándose la condición de vulnerabilidad por razón de la edad, circunstancia que, por sí sola, dificulta a los menores el ejercicio con plenitud de los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico ante el sistema judicial.

- La minoridad continúa siendo la etapa más preciosa e importante en la vida de una persona y, por tanto, el interés superior del niño debe resguardarse mientras aquella dure y hasta tanto los niños de hoy puedan procurarse recursos propios para ser los adultos de mañana.

JCiv. y Com., Conciliación y Familia 1ª Nom. Bell Ville, 28/02/2020, "P., M. F. c. V., J. S. - juicio de alimentos - contencioso - incidente de atribución de uso de la vivienda familiar", Revista Familia & Niñez, nro. 196, Ed. Actualidad Jurídica

*IV.6. Abogado del niño. Regulación de honorarios. Imposición al Ministerio de Justicia. Planteo de nulidad: procedencia. Nulidad absoluta: incorrecta integración de la litis. Incumplimiento de los artículos 108 y 116 del Código Arancelario. Derecho de defensa*IV.6.a. El caso

En el proceso de control de legalidad de la medida excepcional de protección de derechos, el juez interviniente resolvió regular los honorarios profesionales de la abogada del niño y obligar a tal pago al Ministerio de Justicia de la Provincia de Córdoba, atento a ser el órgano del Estado provincial de quien depende la SENAF. Contra lo resuelto, la Dirección General de Asuntos Judiciales de la Procuración del Tesoro planteó la nulidad de la notificación del auto regulatorio de honorarios. Los agravios de la apelante se centraron en la nulidad de la notificación del auto, ya que no cumple con las formalidades ni las exigencias establecidas por la ley, violando el derecho de defensa de su patrocinado; asimismo, interpuso la nulidad de todo lo actuado en el proceso de regulación de honorarios, ya que no se cumplió con lo establecido en el art. 116 del Código Arancelario, obligando al Estado provincial cuando no ha sido parte en el proceso. La Cámara de Familia resuelve hacer lugar al planteo y, en consecuencia, anular el proceso de regulación de honorarios y ordenar que intervenga el Juzgado de Niñez, Adolescencia, Violencia Familiar y de Género que le sigue en turno.

IV.6.b. Contexto doctrinario del fallo

- Corresponde la admisión del planteo de nulidad de todo lo actuado en el proceso regulatorio, dado el carácter absoluto que reviste dicha nulidad, por no haberse integrado correctamente la litis. Como regla, las nulidades procesales son relativas y, por ende, convalidables o confirmables. Sin embargo, existen dos excepciones: las nulidades en las que está interesado el orden público; y aquellas que no pudieron ser alegadas por la parte. Se trata de nulidades absolutas, que deben ser declaradas aun de oficio por el tribunal. En este caso se constata una incorrecta integración de la litis. Es que mal pudo resultar condenado en costas el Estado provincial, a través del Ministerio de Justicia, desde que no fue citado en debida forma en el proceso; se trata de una nulidad absoluta y, además, el vicio aparece manifiesto en el acto (arts. 386 y 387 del Cód. Civ. y Com.).

- Quien representa a la provincia en todos los litigios en que esta sea parte y quien puede sustituir sus facultades por escrito y sin otra formalidad a favor del procurador del Tesoro no es otro que el fiscal de Estado (art. 6º de la ley 7854) (...). Lo expuesto no importa desconocer que las actuaciones han sido originadas por la actuación de la SENAF, "que pertenece a la esfera del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Provincia de Córdoba", conforme a la ley 10.337

Orgánica del Poder Ejecutivo provincial, pero ello no autoriza a inferir válida y legítimamente que, en virtud de la actuación administrativa desarrollada por la SENAF, el Estado provincial se encuentre debidamente representado y haya adquirido el carácter de "parte" a los fines de obligarlo al pago de las costas del proceso.

- Frente al pedido de regulación de estipendios profesionales y la pretensión de imposición de costas al Estado provincial, debió la interesada recurrir a la vía prevista por el art. 108 de la ley 9459 (Código Arancelario). En efecto, el objeto del incidente o proceso regulatorio no es solo determinar el monto de los honorarios, sino que también comprende la individualización del obligado, esto es, la determinación del cargo de pago (art. 108, inc. 3º, del CA). Al respecto se ha sostenido que el cargo del pago de los honorarios a regular será objeto de resolución en el proceso regulatorio solo cuando fuese incierta o discutida la identidad de los deudores contra los cuales los honorarios son exigibles. Más aún, los sindicados como deudores de los honorarios a regular serán parte en el proceso y se deben citar conforme lo dispone el art. 116 del Código Arancelario (cfr. FERRER, Adán L., "Código Arancelario. Comentado y anotado. Ley 9459", Ed. Alveroni, Córdoba, 2009, p. 259).

- En el *sub judice*, tal como lo señala la parte recurrente, debió darse la necesaria participación al representante del Estado provincial a los fines de arribar a una resolución que le fuera oponible. Y ello no se ha logrado, precisamente por la falta de participación del Estado, desde que la legislación actual no prevé expresamente que sea el Estado provincial quien deba cargar con el costo de los honorarios regulados a favor del abogado del niño.

CFamilia 2ª Nom. Córdoba, 06/05/2019, "L., O. Y. - P. L., M. M. - P. L., M. M. - P. L., Z. Y. - CDL - expte.... - cuerpo de copias - recurso de apelación", auto 43, Revista Familia & Niñez, nro. 193, Ed. Actualidad Jurídica

*IV.7. Situación excepcional provocada por la pandemia de COVID-19. Aumento provisorio de la cuota alimentaria a los fines de solventar una niñera hasta que se normalice la actividad escolar de los hijos*IV.7.a. El caso

Atento a la pandemia de COVID-19, que ha provocado que los niños no deban asistir al establecimiento escolar y, por ende, deban permanecer en el hogar, y al haber la progenitora retomado las tareas laborales, ella acciona para que se distribuya el cuidado de sus hijos para que estén una semana con cada progenitor, solo hasta que se normalicen sus actividades escolares, o que el progenitor los cuide de lunes a viernes durante dos semanas al mes o, en su caso, que el progenitor abone el importe proporcional de la remuneración de la niñera por el tiempo que ella los cuide, cuando en condiciones normales les tocaría estar con aquel. El progenitor se opuso, alegando encontrarse abocado a la empresa donde trabaja. El juez interviniente resolvió que —hasta tanto se normalice la actividad escolar de los hijos y se retome la modalidad de distribución de cuidados vigente— el alimentante deberá adicionar a la cuota alimentaria mensual fijada a favor de sus hijos, la suma de diez mil doscientos sesenta y cuatro pesos ($ 10.264), manteniendo la misma modalidad de pago.

IV.7.b. Contexto doctrinario del fallo

- El cuidado personal compartido indistinto importa una distribución de cuidados por parte de los progenitores. Se diferencia así del cuidado unilateral, en donde el progenitor no conviviente tiene un sistema de comunicación con el hijo. En el proyecto de parentalidad compartido, cada progenitor debe asumir los cuidados de sus hijos, cuando estos están a su cargo. Esto implica que —ante la situación excepcional que atraviesa toda la sociedad como consecuencia de la emergencia sanitaria— sea deber de ambos progenitores asumir las dificultades y vicisitudes que vayan surgiendo respecto de los hijos.

- No resulta admisible la posición adoptada por el progenitor de simplemente afirmar que no puede asumir el cuidado de los hijos durante los días de semana ni tampoco puede colaborar con los gastos extra que demanda esta situación. Así, frente a la situación de emergencia que también comparte la progenitora, pretende que sea la progenitora quien asuma todo el esfuerzo y el costo que demanda adaptarse a esta situación excepcional. Esta presunción y falta de colaboración y empatía en el cuidado de los hijos —delegando el "problema" a la ma-

dre— denota una mirada sesgada que no es posible pasar por alto en una resolución judicial. De lo contrario se acentuaría una visión que se encuentra reñida con todas las normas constitucionales y transnacionales que mandan a los jueces adoptar una necesaria perspectiva de género en sus pronunciamientos.

- Una resolución contraria importaría acentuar una visión que pone a la madre como única cuidadora de sus hijos, restringiéndole tiempos para su trabajo y para procurar ingresos, lo que no puede ser sostenido.

JFamilia 2ª Nom. Córdoba, 14/07/2020, "L. - R - homologación", Revista Familia & Niñez, nro. 198, Ed. Actualidad Jurídica

IV.8. Régimen de comunicación paterno-filial. Sanciones conminatorias. Astreintes*: concepto. Requisitos*IV.8.a. El caso

La Cámara de Familia admitió el recurso de apelación interpuesto por la progenitora en contra de la resolución que resolvía aplicarle *astreintes* por haber incumplido el régimen comunicacional. La resolución se fundó en que la esencia de este tipo de sanciones es que las personas a las que se dirigen conozcan de antemano las consecuencias económicas que se derivan de no cumplir con el mandato judicial, lo que no aconteció en el caso. En efecto, la consecuencia pecuniaria aplicada resultó sorpresiva y prematura, pues no se cumplió en la especie con uno de los recaudos de su procedencia, cual es un emplazamiento previo que determinara cuál era la manda judicial que se debía cumplimentar, y la específica sanción económica y su cuantía, de conformidad a lo previsto por el art. del 804 del Cód. Civ. y Com.

IV.8.b. Contexto doctrinario del fallo

- Desde un punto de vista conceptual, las *astreintes* son sanciones conminatorias que constituyen un medio compulsivo dado a los jueces para que sus mandatos sean acatados, doblegando con ellas la voluntad renuente del constreñido a su cumplimiento. Suponen como condición esencial la existencia de una obligación impuesta por resolución judicial que el deudor no satisface deliberadamente, y tienden a vencer su resistencia mediante la imposición de una condena pecuniaria que lo afecta mientras no cumpla lo debido.

- La esencia de este tipo de sanción es que las personas a las que se dirige conozcan de antemano las consecuencias económicas que se derivan de no cumplir con el mandato judicial.

- *Las actuaciones cumplidas en autos y la improcedencia de la conminación aplicada.* En este contexto, se analizará si existen en la causa resoluciones judiciales que impongan una obligación que la señora C. no haya satisfecho deliberadamente; si, en su caso, se hizo conocer de antemano la consecuencia económica que acarrearía el incumplimiento judicial, y si ello fue debidamente notificado y se encuentra consentido por la apelante (...); al examinar la concurrencia del segundo requisito de procedencia, esto es, el conocimiento de antemano de la sanción pecuniaria, se advierte que ninguno de los proveídos referenciados contiene específicamente dicha sanción. Es decir, se estableció la existencia de un deber de conducta que debían observar las partes, pero no se ordenó que ello sería bajo apercibimiento de aplicar *astreintes*; por el contrario, las advertencias fueron ponderar las conductas obstruccionistas al momento de resolver en definitiva (fs. 132), o imponer las medidas razonables para asegurar el cumplimiento del régimen de comunicación establecido conforme al art. 557 del Cód. Civ. y Com. (fs. 363 vta.), o un severo llamado de atención (fs. 543 vta.).

- En este contexto familiar de reiterados disensos en orden al régimen comunicacional del niño, resulta ajustada a derecho la valoración del *a quo* para justificar la sanción conminatoria: "...No cabe ninguna duda que C. cuenta con todo su derecho —igual que F.— de compartir de un período vacacional materno-filial. Sin embargo, debido a la conflictividad familiar que denota la voluminosidad del expediente, no puede ni tan siquiera suponerse que los días los dispondrá ella de manera inconsulta. Nótese que el señor D. debió promover proceso incidental para obtener del tribunal un período de vacaciones —debido a que los involucrados no pudieron hacerlo en forma adulta y fruto del diálogo—. Indudablemente la manera de actuar de C. no fue la correcta; sino que lo que debió hacer era consensuar con D. el período vacacional

que quería compartir con F.; o en caso de falta de acuerdo (como viene sucediendo) someterlo a decisión del tribunal —como todas y cada una de las peticiones que realizó en autos— pero no decidirlo de manera inconsulta, y anoticiar al Sr. D., mediante un mensaje, pues de esa manera y al actuar unilateralmente, como lo hizo, obstaculizó el régimen fijado en autos..." (fs. 691).

- La consecuencia pecuniaria que aplicó el preopinante resulta para la señora C. sorpresiva y prematura, pues no se cumplió en la especie con unos de los recaudos de su procedencia, cual es, como se adelantara, un emplazamiento previo que determinara cuál era la manda judicial que se debía cumplimentar, y la específica sanción económica y su cuantía, de conformidad a lo previsto por el art. del 804 del Cód. Civ. y Com., lo cual viabiliza la presente impugnación.

- *La conducta de los progenitores.* Finalmente, el examen de la causa nos lleva a reflexionar acerca de que todas las estrategias empleadas en pos de garantizarle a F. un desarrollo integral han fracasado, pues ambos progenitores mantienen una posición rígida en la defensa a ultranza de cada una de sus posiciones. Nótese que de las constancias de la causa surge que el niño se encuentra judicializado desde su primera infancia y con solo meses de vida; y que los adultos responsables de cuidar su persona y sus bienes, educarlo y contenerlo afectivamente evidencian una profunda conflictiva que opera en franco detrimento de sus legítimos derechos e intereses por cuyo cumplimiento debe bregar esta judicatura (...). Siendo ello así, a fin de garantizar el pleno e integral desarrollo y formación de F., y que los progenitores deben vislumbrar que la única víctima de sus tensiones es su hijo, corresponde efectuar una severa exhortación a ambos a fin de que encaminen su accionar en pos de un ejercicio compartido, comprometido y fortalecedor de todos los aspectos referidos a la responsabilidad parental.

- En virtud de la naturaleza de la materia en discusión, las especiales circunstancias de la causa, el modo en que se resuelve la cuestión, que ambas partes pudieron considerarse con derecho a litigar, y a fin de no exacerbar aún más la conflictiva familiar, las costas de esta instancia se imponen por el orden causado (art. 130, párr. 1º, última parte, del Cód. Proc. Civ. y Com. Córdoba).

CFamilia 2ª Nom. Córdoba, 07/02/2020, "C., V. A. y otro - solicita homologación - recurso de apelación", auto 3, Noticias AJ Córdoba del 24/08/2020

IV.9. Responsabilidad parental. Régimen comunicacional. Medida cautelar. Pandemia de COVID-19. WhatsApp. Notificación por medios tecnológicos

IV.9.a. El caso

El magistrado fijó un régimen comunicacional provisorio para garantizar el vínculo del progenitor no conviviente con sus hijos menores de edad. Este será llevado a cabo mediante el uso de videollamadas desde el teléfono celular del padre. Para ello, la madre deberá arbitrar los medios necesarios para tener su línea disponible entre las 14 y las 15 horas y entre las 19 y las 20, a fin de garantizar el contacto del padre con sus hijos mientras dure el período de aislamiento obligatorio ordenado por el Poder Ejecutivo Nacional.

IV.9.b. Contexto doctrinario del fallo

- Este régimen de comunicación provisorio no supone un incumplimiento a la restricción de contacto entre ambos progenitores, que fue ordenada por el tribunal con competencia en violencia familiar, en virtud del interés superior de los niños a tener contacto con sus padres.

- La madre deberá evitar el contacto con el progenitor mientras se cumple lo ordenado; una obstrucción a la medida dispuesta podrá ser tomada como un grave incumplimiento de los deberes parentales susceptible de sanciones penales, civiles y de suspensión del cuidado personal.

- Se admite el pedido de régimen comunicacional solicitado por el progenitor como medida cautelar extraordinaria, teniéndose presente que las medidas de aislamiento social, preventivo y obligatorio dispuestas por el DNU 297/2020, desde el punto de vista individual del interés superior del niño, niña, adolescente, lo es también en beneficio de su salud. De allí que se resuelve garantizar la comunicación entre el peticio-

nante y sus hijos menores de edad, fijando un régimen comunicacional provisorio, utilizando medios tecnológicos, como la videollamada, la cual se realizará desde el teléfono particular del solicitante al teléfono de la madre de los niños, por lo cual deberá la progenitora arbitrar los medios necesarios a los fines de tener la línea disponible.

- Atento a la restricción de contacto ordenada entre ambos progenitores, la medida será comunicada al Juzgado de Violencia de Familiar, no importando lo ordenado un incumplimiento de dicha restricción, en virtud del interés superior de los niños a tener contacto con sus progenitores. Asimismo, se hace saber a la progenitora que, en caso de incumplirse la medida adoptada, podrá ser tomado como un grave incumplimiento de los deberes parentales susceptible de sanciones penales, civiles y de la suspensión del cuidado personal. Se ordena la notificación por WhatsApp al teléfono denunciado correspondiente a la progenitora de los niños, haciéndose saber que dicha notificación se tendrá por válida a los efectos legales de la cautelar y de forma excepcional atento al receso judicial extraordinario dispuesto para los tribunales de la provincia de Córdoba.

JCiv., Com. y Familia Río Tercero, 17/04/2020, "C., J. c. L., A. F. s/ régimen comunicacional", Rubinzal Online RC J 1684/20

V. Tutela

*V.1. Tutela anticipada a favor de la abuela materna. Nacionalidad boliviana. Situación de plurivulnerabilidad. Migrantes. Falta de representante legal de las niñas. Medida de resguardo*V.1.a. El caso

La magistrada resolvió otorgar la tutela de tres niñas de nacionalidad boliviana a su abuela materna e hizo una especial consideración sobre la situación de vulnerabilidad que atraviesan las niñas por su condición de migrantes, por carecer de representación legal y por ser portadoras de una historia de desamparo. En los hechos, la abuela materna ha ejercido la totalidad de las funciones que corresponden al cuidado y sostén de los nietos, y corresponde arbitrar todas las medidas que las restablezcan de inmediato en una familia armónica, sin altibajos y sin sobresaltos, en las mejores condiciones posibles, garantizando la estabilidad en el proceso de crecimiento, desarrollo y formación de las niñas.

V.1.b. Contexto doctrinario del fallo

- La tutela corresponde, por la férrea voluntad y decisión, a su abuela materna, que asumió comprometidamente la tarea de rescate de la institucionalización en Bolivia y luego del traslado al hogar que comparten, y se impone darle tratamiento anticipado a la tutela en la presente causa, pues de ella depende la posibilidad de tramitar la residencia precaria de las niñas en el país, evitando la vulnerabilidad que conlleva la situación de migrantes.

- Habiéndose autorizado a los niños a viajar a la Argentina en compañía de su abuela materna en el carácter de guardadora y con fines de externar a los niños que se encontraban alojados en un Instituto del Sistema de Protección de Bolivia, deviene la necesidad de intervenir para que en el menor tiempo posible los niños sean reinsertados en el contexto familiar que les corresponde.

- Al haberse otorgado la guarda a la abuela materna y autorizado su traslado con los niños a la Argentina, con el objetivo de continuar con las acciones de protección de los niños en suelo argentino, la naturaleza urgente de la cuestión planteada por la peticionante, la especial situación de plurivulnerabilidad en que se encuentran los niños en el orden jurídico legal, al carecer de representante legal, ser migrantes en el caso de las niñas nacidas en Bolivia y ser portadoras de una historia de desamparo cuyas secuelas deberán ser revertidas, y, por otro lado, las obligaciones asumidas por el Estado como parte signataria de la Convención de los Derechos del Niño (arts. 3º, 4º y 5º), ratificada por la ley 26.061 y lo establecido por el art. 109, inc. g), del Cód. Civ. y Com., obligan a admitir la medida de resguardo solicitada, asumiendo la competencia en el proceso de protección y restablecimiento de los derechos de los hermanos.

- En este marco, corresponde arbitrar todas las medidas que las restablezcan de inmediato en una familia armónica, sin altibajos y sin so-

bresaltos, en las mejores condiciones posibles, garantizando la estabilidad en el proceso de crecimiento, desarrollo y formación de las niñas; por ello, en esta especial situación traída a resolver, la medida que mejor protege y hace efectivos todos los derechos del niño y las niñas es la de tutela, que no requiere de mayores esfuerzos probatorios sobre la solvencia moral y material de la pretensa tutora, ya que la abuela ha sorteado el control judicial del país vecino, demostrando su idoneidad para el cuidado de los niños.

- No puede soslayarse que en los hechos la abuela materna ha ejercido la totalidad de las funciones que corresponden al cuidado y sostén de los nietos, aunque no haya habido un reflejo jurídico de la situación, pues los niños se encuentran atendidos y controlados en su salud, con inserción escolar, habitacionalmente protegidos y demás necesidades cubiertas, con pleno ejercicio de todos sus derechos que les corresponden como personas, por la férrea voluntad y decisión de su abuela materna, que asumió comprometidamente la tarea de rescate de la institucionalización en Bolivia y luego del traslado al hogar que comparten.

- Se impone darle tratamiento anticipado a la tutela en la presente causa, pues de ella depende la posibilidad de tramitar la residencia precaria de las niñas en el país, evitando la vulnerabilidad que conlleva la situación de migrantes.

JFamilia 4ª Nom. Córdoba, "F. F., A. H. y otro - tutela", Diario Judicial del 12/12/2019

V.2. Tutela iniciada de oficio por el tribunal. Progenitores privados de la libertad en establecimientos penitenciarios. Otorgamiento a favor del hermano paterno y su madre

V.2.a. El caso

El magistrado dispuso que los tutores de una niña de siete años serán su hermano paterno y la madre de este. La decisión fue adoptada luego de constatar que sus progenitores se encontraban alojados en establecimientos penitenciarios y, en consecuencia, habían quedado suspendidos en el ejercicio de la responsabilidad parental y estaban imposibilitados de hacerse cargo del cuidado, protección y representación de su hija. El magistrado impulsó de oficio la tutela de la niña, es decir, la inició directamente el tribunal, sin que existiera un pedido expreso de la parte interesada.

V.2.b. Contexto doctrinario del fallo

- Durante la pandemia, la niña ha mantenido contacto con su padre mediante videollamadas e intercambió audios con su madre, aunque con menos frecuencia. Su hermano de simple vínculo y la madre de este se han constituido en referentes significativos de la niña, ya que han asumido la responsabilidad de cubrir tanto los aspectos materiales como los de contención, afectivos y normativos desde que sus padres fueron privados de su libertad.

- Si bien no existe una norma expresa en materia de tutela que refiera acerca del inicio de este tipo de acción de oficio, ello no es óbice para una actitud proactiva del tribunal destinada a resguardar de manera integral los derechos de la niña.- Iniciar de oficio esta acción resulta lógico y acorde al mejor interés de la niña, puesto que se agotó el plazo legal máximo de la delegación de la responsabilidad parental que los padres le habían extendido al medio hermano de la niña.

- La tutela es una institución legal de carácter subsidiario y supletorio que busca encomendar la función de cuidado, protección y representación de niños y adolescentes, que no cuentan con plena capacidad civil, en los casos en que carezcan de progenitores o guardadores que ejerzan o que puedan ejercer de manera concreta y eficiente la responsabilidad parental.

- El Código Civil y Comercial ha sido diseñado desde el paradigma de la Convención sobre los Derechos del Niño, distinguiéndose en la tutela los siguientes fines u objetivos: 1) la protección de la persona del niño, niña o adolescente en cuanto sujeto de derechos; 2) el resguardo de sus bienes; y 3) su representación legal en todos aquellos asuntos en donde resulta imprescindible su actuación.

JFamilia 2ª Nom. Córdoba, 17/11/2020, "B., A. V. - tutela", sentencia 213, inéditoV.3. Tutela. Concepto. Finalidad. Alcances. Orden de prelación. Autorización para radicarse en el

*extranjero. Presupuestos. Interés superior del niño*V.3.a. El caso

La abuela materna de tres niños solicita ser designada como su tutora, atento al fallecimiento de los progenitores de aquellos, y solicita, igualmente, autorización para radicarse en el exterior, con fundamento en que vive en la ciudad de Montevideo junto a su pareja e hijos y los tíos maternos de aquellos.

V.3.b. Contexto doctrinario del fallo

- El Código Civil y Comercial conserva el instituto de la tutela como figura protectora de los menores de edad, en cuanto sujetos vulnerables. Se trata de una figura de amparo, cuya naturaleza tuitiva procura brindar protección a niños, niñas y adolescentes cuando no haya una persona que ejerza la responsabilidad parental, designando la debida representación legal a uno o más tutores.

- Corresponde designar tutor cuando una persona menor de edad no tenga sus representantes legales (progenitores), solo en el caso de que uno o ambos estén excluidos del ejercicio de la responsabilidad parental de aquel o que, ejerciéndola, se presenten circunstancias excepcionales de contraposición de intereses que requieran la figura de un tercero ajeno al conflicto padre-hijo, a los fines de resguardar el bienestar del menor de edad.

- El art. 104 del Cód. Civ. y Com. conceptualiza la tutela, haciendo hincapié en su naturaleza protectoria: este instituto está destinado a brindar resguardo a la persona y bienes de un niño, niña o adolescente que no ha alcanzado la plenitud de su capacidad cuando no haya persona que ejerza la responsabilidad parental.

- La tutela se presenta como una institución de carácter subsidiario, porque tiene por objeto la protección del niño, niña o adolescente que carece de un adulto responsable que asuma su crianza, se trate de sus progenitores o guardadores. Se busca así su protección y tiende a otorgar a niños, niñas y adolescentes cuidado, asistencia y participación, promoviendo su autonomía personal.

- El art. 104 del Cód. Civ. y Com. dispone que el instituto de la tutela está destinado a brindar protección a la persona y bienes de un niño, niña o adolescente que no ha alcanzado la plenitud de su capacidad civil cuando no haya persona que ejerza la responsabilidad parental. Es una institución supletoria y presupone que el niño, niña o adolescente carece de padre y madre o que, teniendo a uno de ellos o a ambos, estos han sido privados de su responsabilidad parental o se les ha suspendido en su ejercicio. A falta de nombramiento de tutor por los padres en su testamento o por escritura pública, se tienen en cuenta los vínculos de familia, que son los que habitualmente aconsejan hacer prevalecer a un familiar allegado al niño, niña o adolescente, por sobre un extraño.

- Corresponde al *juez* otorgar la tutela a la persona que sea más idónea para brindar protección al niño, niña o adolescente, ante la ausencia de designación paterna de tutor o tutores o ante la excusación, rechazo o imposibilidad de ejercicio de aquellos designados, debiendo fundar razonablemente los motivos que justifican dicha idoneidad (art. 107, Cód. Civ. y Com.).

- La tutela legal corresponde primero a aquellos parientes obligados a prestar alimentos al niño, niña o adolescente, el guardador o quienes han sido designados tutores por sus padres o estos les hayan delegado el ejercicio de la responsabilidad parental (art. 111, Cód. Civ. y Com.).

- Corresponde hacer lugar a la petición efectuada por la abuela materna, puesto que la documental acompañada permite tener por acreditada la idoneidad material y moral de la pretensa tutora conforme a lo requerido por el art. 107 del Cód. Civ. y Com., no encontrándose inmersa aquella en las causales de exclusión dispuestas por el art. 110 del mismo cuerpo normativo.

- Debe valorarse la entrevista mantenida en presencia del asesor de familia, representante complementario, con la pretensa tutora y el contacto con los niños, de la que se puede concluir el compromiso que ha asumido la abuela en el cuidado de sus nietos desde el fallecimiento de su hija, quien, pese a que ello ha implicado un distanciamiento de sus hijos y su pareja, que residen en Montevideo, y al duelo que transita, ha desempeñado con afecto y responsabilidad su rol, priorizando el bienestar de sus nietos, en este momento en el que requieren de contención. Asimismo, puede visualizarse el trato afec-

tuoso y cálido con los niños, quienes con su corta edad han podido expresar su situación de vida actual y la presencia efectiva en ella de su abuela.

- Para evaluar la solicitud de la abuela materna de radicación de los niños junto a ella, en la ciudad de Montevideo, República Oriental del Uruguay, con fundamento en que es allí donde vive junto a su pareja e hijos y tíos maternos, debe determinarse si el traslado del centro de vida de los niños, el que se encuentra en esta ciudad de Córdoba, a otro país, en el caso, República Oriental del Uruguay, atiende al interés superior de aquellos. Este interés está primero en orden de jerarquía, se sobrepone al interés de todos y es además el mejor interés que le corresponde a la vida de la niña, niño o adolescente, 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.

- La asociación entre el interés del niño y sus derechos fundamentales significa que redundará en su beneficio toda acción o medida que tienda a respetar sus derechos, resultando perjudiciales aquellas que puedan vulnerarlos. Constituye un principio garantista, pues se identifica con la plena satisfacción de los derechos fundamentales de la infancia y representa, al mismo tiempo, un doble reconocimiento: por un lado, el reconocimiento del niño como persona, como sujeto de derecho, y, por el otro, el de sus propias necesidades.

- La ley nacional 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, cuyo objeto principal es bajar a nivel legal el contenido de la Convención sobre los Derechos del Niño, define el interés superior del niño en su art. 3º, al establecer: "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, en aras de su concreción, criterios tales como su condición de sujeto de derecho, su derecho a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta, el respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio de vida familiar, social y cultural, su edad, grado de madurez, capacidad y demás condiciones personales, el equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común, su centro de vida. Dichos criterios operan como pautas a considerar en su valoración.

- En caso de conflicto entre los derechos e intereses de los niños frente a derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros. Será preciso ajustar los derechos de los adultos a la conveniencia del niño, teniendo en cuenta que ajustar no implica invadir, ni mucho menos destruir.

- El interés superior del niño constituye un principio general del derecho de la niñez, concebido como la máxima satisfacción integral y simultánea de los derechos reconocidos por la ley, y cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de estos frente a otros derechos igualmente legítimos, prevalecerán los primeros [art. 3º, Convención sobre los Derechos del Niño; art. 3º de la ley 26.061; art. 3º de la ley 9944; arts. 639, inc. a), y 706, inc. c), del Cód. Civ. y Com.; art. 15, inc. 9º, de la ley 10.305]. Tal manda constitucional-convencional impone priorizar los derechos titularizados por niños, niñas y adolescentes ante cualquier confrontación con los de los adultos que puedan perjudicarlos, respetando plenamente su derecho a ser oídos y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez, situándolos en la posición que mejor convenga a sus intereses.

- Corresponde hacer lugar a la petición de la pretensa tutora de radicarse con los niños en el extranjero, desde que, analizadas las constancias de la causa, la historia vital de los niños, atravesados por la trágica pérdida de su progenitora a tan corta edad, que su referente afectivo más importante lo constituye su abuela materna, la que vive junto a su pareja e hijos, tíos de los niños, en la ciudad de Montevideo, República Oriental del Uruguay, constituye la mejor decisión que atiende a la máxima, plena, simultánea e integral satisfacción y goce de todos los derechos que titularizan en la etapa de la vida por la que atraviesan, en especial a vivir en una familia, a la educación, a la salud, a la alimentación, al esparcimiento, entre otros tantos, pues es con la única familia con la que cuentan, que les permitirá transitar esta etapa dolorosa en pos de fortalecer su crecimiento, en la ciudad de Montevideo, República Oriental del Uruguay.

JFamilia 3ª Nom. Córdoba, 24/06/2019, "A. T. B. y otro - tutela", auto 412, inédito

VI. Control de legalidad

V.1. No ratificación de la insistencia del cese de la medida excepcional adoptada por la SENAF. Inmediato reintegro del niño al hogar de su progenitora. Derecho fundamental a vivir junto a su progenitora. Capacidad de superación y esfuerzo para recuperar a su hijo. Rol de la justicia ante una situación familiar en la que resulta afectado un vínculo materno-filial. Intervención activa con la búsqueda y preservación de la verdad real y objetiva

VI.1.a. El caso

El tribunal ordenó el inmediato reintegro del niño, que vivía junto a su abuela materna, al hogar de su progenitora, al haberse probado fehacientemente el deseo de esta última de recuperarlo y la existencia de un ambiente familiar en el que el niño se pueda desarrollar sanamente.

VI.1.b. Contexto doctrinario del fallo

- Corresponde no ratificar la insistencia del cese de la medida de protección excepcional de derechos en relación con el niño para que permanezca resguardado en el domicilio de su abuela materna y, en consecuencia, ordenar su inmediato reintegro al hogar de su progenitora, quien será la responsable de procurarle los cuidados integrales, pues si bien en el hogar de su abuela materna el niño tiene cubiertas sus necesidades básicas y garantizados sus derechos a la salud, a la educación, a una vida digna y a vivir con un integrante de la familia extensa, debe considerarse su derecho fundamental a vivir junto a su progenitora.

- Se advierte en la progenitora una capacidad de superación y esfuerzo, ya que se ha reorganizado y perseverado para recuperar a su hijo desde que le fuera retirado, fortaleciéndose a nivel personal sin cesar en su insistencia para mantener contacto con él, quizás de una manera no tan efectiva y adecuada al principio, pero con mayor ímpetu y eficiencia en el transcurso del tiempo; así, ha manifestado en cada oportunidad en que compareció ante el Juzgado su deseo y su voluntad de recuperar el cuidado de su hijo.

- La progenitora se encuentra en una relación de pareja que lleva más de un año; su compañero tiene trabajo e ingresos estables, se ha comprometido a apoyarla en la crianza de su hijo, y la vivienda que habitan cuenta con las condiciones habitacionales necesarias para recibir al niño; asimismo, aquella está cumpliendo con su tratamiento psicológico y se ha comprometido a continuarlo, contando además con una red familiar que la ha apoyado abiertamente, y se han comprometido ante el Juzgado a ejercer una función de apoyo y contralor.

- Si bien no se puede justificar ni minimizar ninguna situación de violencia, sí se puede entender la actitud de una madre angustiada y deseosa de saber cómo se encuentra su hijo pequeño, y sus intentos por todos los medios de contactarse con el niño, que si bien no fueron los más adecuados, quizás fue la única manera que encontró, teniendo en cuenta las características de su personalidad.

- La justicia no puede quedar al margen o expectante ante una situación familiar en la que resulta afectado o cortado un vínculo materno-filial, sino que se requiere de los jueces y juezas una intervención activa, comprometidos no solo con el ejercicio de la actividad jurisdiccional, sino, especialmente, con la búsqueda y preservación de la verdad real y objetiva.

JNiñez, Juv. y Viol. Fliar y Pen. Juv. San Francisco, 01/10/2020, "A., M. T. s/ control de legalidad (ley 9944 - art. 56) (expte....)", Rubinzal Online RC J 6847/20

VII. Sentencias con perspectiva de género. Violencia de género

VII.1. Violencia familiar. Denunciado: profesional del derecho (abogado). Perspectiva de género —Ley Micaela—. Capacitación obligatoria en materia de género. Exhortación al Colegio de Abogados y a la Universidad Nacional de Córdoba a colaborar en la modificación y desconstrucción de roles y estereotipos de género mediante la capacitación en la materia

VII.1.a. El caso

En el marco de un proceso de violencia de género en su modalidad doméstica, la magistrada

ordenó, además de la prohibición de acercamiento y comunicación entre el denunciado y su núcleo familiar (esposa e hijo), la asistencia obligatoria a tratamientos psicológicos especializados y la capacitación obligatoria del agresor en materia de género; asimismo, exhortó al Colegio de Abogados —por cuanto el victimario es un profesional del derecho— para que la capacitación en materia de género se extienda en forma obligatoria a todos los profesionales del derecho, incluso los ya matriculados, y a la Universidad Nacional de Córdoba a efectos de que incorpore dicha capacitación en el currículo de todo su alumnado, áreas extensivas y público en general.

VII.1.b. Contexto doctrinario del fallo

- Con la reforma de la Constitución Nacional en el año 1994 se incorporaron al sistema jurídico una serie tratados de derechos humanos a los que se les otorgó jerarquía constitucional, y así pasaron a conformar el bloque de constitucionalidad, lo que, a su vez, me convoca a un control de convencionalidad.

- La relación de superioridad-inferioridad entre las partes, o de asimetría, se advierte desde su origen hasta incluso terminada la relación de pareja (...). Además, resulta agravada tal circunstancia, toda vez que el denunciado es profesional del derecho (abogado), quien por su especial capacitación debería conocer todo el bloque de legalidad y convencionalidad que conforma el sistema jurídico de la República Argentina, incluso el referido a la materia de violencia de género.

- Del profesional del derecho la sociedad espera conductas acordes a todo el ordenamiento jurídico legal y convencional, por considerarse la profesión de abogado uno de los pilares fundamentales en los que se apoya el sistema jurídico, como coadyuvantes y auxiliares de la justicia misma. En razón de las obligaciones éticas que ello supone, la presente tiene por objeto poner fin a este posicionamiento personal que refleja el estereotipo de varón que reproduce relaciones históricamente desiguales de poder entre los géneros y evitar sus ulteriores efectos en el ámbito social, laboral, familiar, etcétera.

- En el caso de marras, la invitación formulada por la magistrada es considerada en virtud del lugar trascendental que ocupan ambas instituciones, y con la finalidad de que colaboren con dicho aporte a la modificación y desconstrucción de roles y estereotipos de género, históricamente asignados, para lograr una reconstrucción social y cultural con perspectiva de género y, en consecuencia, con enfoque de derechos humanos. De esta forma, con el aporte de todos los actores sociales involucrados se acelerará la transformación necesaria e indispensable para alcanzar la igualdad real y efectiva dispuesta normativamente.

JCiv., Com., Conciliación y Familia 2ª Nom. Alta Gracia, 31/07/2020, "C. I. G. - denuncia por violencia familiar", Noticias AJ Córdoba del 11/11/2020

VII.2. Violencia institucional. Abuso de poder. Persona trans. Condición de vulnerabilidad. Perspectiva de género

VII.2.a. El caso

La denunciante refiere que, junto con su madre, eran beneficiarias de distintas prestaciones por parte del municipio de su localidad, consistentes en viandas alimenticias, medicamentos de marca comercial, suministro de garrafas, condonación de impuestos y servicios, ayuda social para hacer frente a su tratamiento hormonal (cirugías y demás prestaciones médicas requeridas, el cual era un simple acuerdo de palabra entre partes, por no contar el municipio con un subsidio específico respecto de este colectivo vulnerable) y asistencia económica periódica, dado que se encuentra desocupada desde el año 2000 y su madre es paciente psiquiátrica, indicando que tales beneficios le fueron negados en su continuidad por su condición de persona trans.

VII.2.b. Contexto doctrinario del fallo

- La denunciante, conforme a las disposiciones de la ley 26.743 de Identidad de Género, rectificó su documento nacional de identidad siendo reconocida como tal. La citada ley reconoce a todas las personas su identidad de género y la describe como un derecho humano que se funda en la autonomía del sujeto, estando

compuesto por tres elementos: a) el reconocimiento de la identidad de género de una persona, b) el libre desarrollo según la identidad de género autopercibida, y c) el ser identificado en los instrumentos que acrediten identidad conforme a la identidad de género expresada.

-...Resulta oportuno efectuar un recorrido por la normativa vigente que regula la materia. En el ámbito nacional, se sanciona en el año 2009 la ley 26.485, que incorpora el término "género" en su articulado; por su parte, la ley provincial 10.401 constituye el texto legal a aplicar para los supuestos de violencia hacia las mujeres por cuestiones de género, conforme a las previsiones formuladas por el art. 4º de la ley nacional 26.485 y para los tipos previstos por el art. 5º de dicha ley, en las modalidades de violencia institucional; mientras que en la esfera del sistema interamericano se mencionan: la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer ("Convención de Belén do Pará", aprobada por ley 24.632), las 100 Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, Sección 2ª, y los Principios de Yogyakarta, que establecen principios sobre cómo se aplica la legislación internacional de derechos humanos a las cuestiones de orientación sexual e identidad de género.

- En el ámbito de las relaciones interpersonales, la conducta violenta es sinónimo de abuso de poder, en tanto y en cuanto el poder que se ejercite ocasione un daño a otra persona; en tal sentido, no resulta difícil dilucidar la diferencia entre un conflicto resuelto mediante la comunicación y otro resuelto mediante el ejercicio del poder y de la autoridad, produciendo cualquier tipo de menoscabo para la integridad del otro, ya sea física, psíquica o económica, sumado a la especial situación de vulnerabilidad de la afectada en tanto su condición de persona trans y los obstáculos que ello ofrece en el desenvolvimiento de su vida en general.

- En el caso, la denunciante mencionó que fue llamada en cinco oportunidades por personal del municipio con su nombre de varón, no respetando su identidad de género; que tenía que esperar más tiempo que otras personas para ser atendida; que recibió expresiones discriminatorias y que, finalmente, le negaron la asistencia que venía recibiendo. Se ha cometido un hecho de violencia de género en su contra y de su madre, al obstaculizar la prestación farmacológica, así como la ayuda social que se venía proveyendo a ambas para sus respectivos tratamientos y para llevar adelante una vida digna.

- Por tanto, ordena al municipio que continúe con la entrega de las prestaciones brindadas, y luego interrumpidas de manera unilateral, a la denunciante y su madre. Tiene por acreditado que se ha configurado una situación de violencia de género, discriminación y abuso de poder en su perjuicio, por lo que, a los fines de revertir las consecuencias, ordena hacer efectivo el ofrecimiento expresado a la denunciante para desempeñarse laboralmente mediante la modalidad que estime corresponder (pasantía, programa primer paso, etc.), como así también la inserción de todos aquellos que integran el ámbito del municipio en programas educativos y/o reflexivos especializados en la materia de violencia de género.

Of. Única Viol. Fliar. y Género Marcos Juárez, 16/06/2020, "G., A. - denuncia por violencia de género", res. 28, Revista de Derecho Público, nro. 42, Ed. Actualidad Jurídica

VII.3. Acciones posesorias. Acción de despojo por violencia familiar. Improcedencia. Violencia de género

VII.3.a. El caso

La magistrada rechazó una acción de despojo iniciada por un hombre en contra de su exconviviente, en la cual pretendía recuperar el inmueble donde residía la mujer, con quien tienen una hija en común. El accionante alegó en su demanda haber sido despojado en función de una falsa denuncia de violencia familiar formulada por la mujer y aludía a que la relación entre ambos había sido "esporádica", "casual" e, incluso, sin compromiso alguno.

VII.3.b. Contexto doctrinario del fallo

- El retiro del inmueble por parte del demandante solo implicó el mero cumplimiento de un deber legalmente impuesto dentro del marco de un proceso judicial en el que tuvo la oportuni-

dad de ejercer plenamente su derecho de defensa en juicio.

- El accionar del actor trasunta la pretensión de dejar a su exconviviente y a su hija sin habitación, cuando es él quien ha sido excluido del hogar.

- El ingreso de la demandada al inmueble fue consentido por el propio accionante en función de la unión convivencial existente entre ellos; por lo tanto, no se puede considerar que la Sra. haya adquirido la posesión de aquel por vías de hecho.

- Las palabras empleadas por el demandante en su escrito de demanda, que describían su relación sentimental como "casual", "esporádica", "sin compromiso ni convivencia", reflejaban un evidente menosprecio de quien fue su compañera en un proyecto de vida común.

- El cumplimiento de una orden judicial, dictada en el marco de una denuncia de violencia familiar, no puede ser considerado como la violencia, la clandestinidad o el abuso de confianza necesarios para configurar el despojo de un inmueble.

JCiv., Com. y Familia 1ª Nom. Río Tercero, 12/06/2020, "A., J. A. c. O. B., E. E. - acciones posesorias/reales", Diario Judicial del 05/10/2020

VII.4. Sociedad de hecho. Perspectiva de género. Unión convivencial. Tareas del hogar y cuidado de los hijos

VII.4.a. El caso

La Cámara admitió parcialmente una demanda presentada por una mujer contra un hombre con quien convivió. En la presentación, la demandante reclamaba un porcentaje de los inmuebles que había adquirido su exconviviente durante la vida en común. En primera instancia, el reclamo fue rechazado porque la demandante no acreditó haber realizado aportes dinerarios relevantes a la sociedad de hecho. Sin embargo, la Cámara sostuvo que no podía soslayarse que entre las partes había existido una relación afectiva que dio lugar a la formación de una familia, de la que naciera un hijo en común. Los camaristas concluyeron que también debía otorgarse un valor económico a las tareas del hogar y al cuidado del hijo que la mujer desarrolló durante ese período.

VII.4.b. Contexto doctrinario del fallo

- Las tareas de la mujer constituyeron un aporte al proyecto común y esta contribución permitió que su expareja pudiera invertir parte de sus ingresos como operario de una firma automotriz en la compra de inmuebles.

- Si el hombre obtenía beneficios económicos era porque parte de los gastos de la convivencia fueron sustentados por la actora.

- Rechazar la demanda es injusto e inequitativo, y conllevaría un enriquecimiento sin causa por parte del demandado.

- Aquí es donde cobra relevancia la perspectiva de género para juzgar esta causa, pues en caso contrario se estaría desmereciendo la importancia de la actividad de la mujer dentro de la pareja, que no solo realizaba una tarea económicamente relevante en el hogar, aunque no remunerada, sino que además favoreció al varón en su actividad lucrativa.

- De no reconocerse a la actora tal aporte —mensurable económicamente— al progreso y a las inversiones de su pareja, se la coloca en una situación de desigualdad, ya que su aporte a la pareja no es reconocido como medio económico que favoreció el progreso económico del otro conviviente.

- Si el planteo se rechaza, la mujer quedaría excluida de los beneficios económicos obtenidos por su pareja solo por el hecho de ser mujer y haber desempeñado en la pareja un rol laboral de menor rentabilidad y de haberse hecho cargo de las tareas en el hogar. Si bien este tipo de tareas no fueron remuneradas, son económicamente necesarias e importantes para la estabilidad emocional y profesional de aquel integrante de la pareja que cumplía un rol más visible en términos económicos.

CCiv. y Com. 8ª Nom. Córdoba, 26/12/2019, "V., P. G. c. F., W. E. - ordinario - otros", sentencia 183, Erreius Online

VII.5. Derecho procesal. Medios impugnativos. Recurso de casación. Principio de congruencia. Alcance. Falta de fundamentación legal. Presupuestos de procedencia. Alcance. Parcialización de los argumentos del fallo. Alcance. Efectos. Control sobre el reparto de las cargas procesales. Improcedencia. Excepción. Alcance. Juzgar con perspectiva de género. Alcance. Marco normativo

VII.5.a. El caso

Ante el recurso directo articulado por derecho propio por un profesional del derecho contra la resolución que le denegó el recurso de casación fundado en las causales del inc. 1º, art. 383, Cód. Proc. Civ. y Com. de Córdoba, el Tribunal Superior de Justicia rechazó la queja.

VII.5.b. Contexto doctrinario del fallo

- Diversas normas nacionales e internacionales de derechos humanos imponen la aplicación de la perspectiva de género como categoría de análisis de la función judicial.

- Nuestro país, a partir de la reforma de la Constitución Nacional en 1994, en su art. 75, inc. 22, otorgó jerarquía constitucional, entre otros instrumentos sobre derechos humanos, a la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer —CEDAW— y a la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer —Convención de Belém do Pará (aprobada por ley 24.632)—. Además, en abril del 2009 se sancionó 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 (reglamentada mediante el dec. 1011/2010), que apunta a erradicar cualquier tipo de discriminación entre varones y mujeres y a garantizar a estas últimas el derecho a vivir una vida sin violencia.

- Juzgar con perspectiva de género importa una obligación constitucional y convencional de combatir la discriminación para garantizar el acceso a la justicia y remediar, en cada caso concreto, situaciones de asimetría de poder con base en el género [cfr. inc. e), art. 3º, ley provincial 10.401, e inc. i), art. 16, ley nacional 26.485]. Implica el necesario reconocimiento de una situación de desigualdad, resultado de una construcción sociocultural que reclama de todos los poderes del Estado y, en general, de todos los actores sociales, acciones positivas dirigidas a restablecer la paridad.

- La ley 26.485 de Protección Integral a las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollan sus Relaciones Interpersonales define en el art. 4º a la violencia contra la mujer como "...toda conducta, acción u omisión, que, de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal". Entre los tipos de violencia, la ley describe a la violencia económica y patrimonial como "...la que se dirige a ocasionar un menoscabo en los recursos económicos o patrimoniales de la mujer, a través de: a) La perturbación de la posesión, tenencia o propiedad de sus bienes; b) La pérdida, sustracción, destrucción, retención o distracción indebida de objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores y derechos patrimoniales; c) La limitación de los recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades o privación de los medios indispensables para vivir una vida digna; d) La limitación o control de sus ingresos, así como la percepción de un salario menor por igual tarea, dentro de un mismo lugar de trabajo".

- La demandante dedujo una acción de fraude, invocando exclusivamente un perjuicio patrimonial derivado del carácter de acreedora resultante del derecho de recompensa que le asistiría por los aportes efectuados en las mejoras realizadas en el inmueble de propiedad del demandado. En tal sentido, sostuvo que el acto calificado como fraudulento podría afectar su legítima expectativa de cobro de tal derecho de recompensa. El tribunal consideró que en el caso no se verificaba cumplido uno de los presupuestos de la acción revocatoria, consistente en el estado de insolvencia del deudor. Es decir, concluyó que del acto jurídico impugnado no surgía un perjuicio para la accionante, consistente en la dificultad de lograr el cobro del eventual derecho de recompensa por los fondos aportados a las mejoras del inmueble. En los estrictos términos en que quedó planteada la litis en el presente proceso, ceñidos a la ineficacia

del acto de transferencia por donación de un inmueble, que revestía el carácter de bien propio del donante, en favor de sus hijos, no surge que la cuestión en él debatida esté vinculada a una relación asimétrica de poder o a una situación estructural de desigualdad basada en el género.

TS Córdoba, sala Civ. y Com., 09/06/2020, "C., C. M. y otro c. C. N. E. y otros - acciones posesorias/reales - reivindicación - recurso directo", sentencia 71, Revista Civil y Comercial, nro. 308, Ed. Actualidad Jurídica

VII.6. Derecho procesal constitucional y convencional. Juzgar con perspectiva de género. Alcance. Efecto. Poder-deber del juzgador. Alcance. Interpretación normativa

VII.6.a. El caso

La provincia demandada —a través del Sr. procurador del Tesoro— dedujo un recurso directo en razón de que la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Quinta Nominación de esta ciudad le denegó el recurso de casación motivado en el inc. 1º del art. 383 del CPC. El Tribunal Superior de Justicia rechazó el recurso.

VII.6.b. Contexto doctrinario del fallo

- La magistratura no puede ni debe permitir, disculpar ni disimular la utilización de estereotipos violatorios del principio de igualdad y del respeto a los derechos humanos en el ámbito de la justicia. Como órgano de poder, el Judicial está singularmente llamado a cumplir con el mandato constitucional y convencional de promover, respetar, proteger y garantizar, bajo los principios de universalidad, independencia, indivisibilidad y progresividad, el derecho a la igualdad y a la no discriminación que consagran nuestra Carta Magna y los tratados internacionales de derechos humanos.

- Juzgar con perspectiva de género es el camino que nos permitirá lograr que las previsiones legislativas se concreten en respuestas judiciales justas, para todas aquellas personas que, de uno u otro modo, han sufrido este flagelo. Ciertamente, el cumplimiento de este objetivo no es exclusivo del ámbito penal, sino que involucra a todas las ramas del derecho y concierne a todos los operadores jurídicos. Desde el lugar que nos toque, estamos llamados a hacer nuestro aporte, por humilde que sea, para construir una sociedad libre de violencia.

- El art. 7º de la Ley de Protección Integral a las Mujeres (26.485) establece que los tres poderes del Estado adoptarán las medidas necesarias y ratificarán en cada una de sus actuaciones el respeto irrestricto del derecho constitucional a la igualdad entre mujeres y varones. Y, para asegurar el cumplimiento de este objetivo, se los interpela no solo para garantizar la eliminación de la discriminación, sino también —entre otros— para adoptar medidas tendientes a sensibilizar a la sociedad, promoviendo valores de igualdad y deslegitimando toda clase de violencia contra las mujeres.

- Cuando en el pleito se ventila un lamentable caso de feminicidio intrafamiliar, resulta imperioso que tanto las partes como los funcionarios intervinientes sean muy cuidadosos en el estudio del caso y eviten cargar a la víctima con adjetivaciones o imputaciones de tipo subjetivo, a título de culpa, desconociendo lo que genera esta clase de situaciones de violencia. No podemos perder de vista que en estos casos el varón aparece generalmente ejerciendo todo su poder en relación con una mujer, a la que intimida y trata con violencia. Esa violencia, física o moral, habitualmente la paraliza y le impide obrar de una manera diferente. Es por ello que culpabilizarla por no haberse defendido o no haber protegido a su niño trasunta una doble victimización de la mujer: por un lado, por la terrible situación que vive y, por el otro, a raíz de las acusaciones que la transforman en responsable de ello. Obrar de este modo soslaya los principios y normas contenidos en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, ratificada por la Argentina en 1985), la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (aprobada por ley 24.632) y la ley 26.485 de Protección Integral de la Mujer, y revictimiza a la damnificada y a su familia al devolverle un mensaje de culpabilidad por los infortunados hechos que le tocó vivir.

- La Convención de Belém do Pará, en su art. 6º, establece que el derecho de toda mujer a vivir libre de violencia incluye, entre otros, el

de ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad y subordinación [punto b)]; y el art. 5º exige a los Estados parte tomar medidas apropiadas para modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas basadas en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres.

- Ese deber de modificar los patrones socioculturales de conducta alcanza a todos, pero compromete, en mayor medida, a quienes se desempeñan en los procesos judiciales. Es necesario ser muy cuidadosos en el lenguaje, evitando formular especulaciones o presunciones estereotipadas. En ese sentido, la denominada "Ley Micaela" dictada por el Congreso de la Nación en enero de 2019 (27.499, a la que la provincia de Córdoba adhirió mediante ley 10.628 en mayo del mismo año), establece la capacitación obligatoria en temática de género y violencia contra las mujeres para todas las personas que se desempeñen en la función pública en todos sus niveles y jerarquías, en los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial de la Nación.

TS Córdoba, sala Civ. y Com., 09/06/2020, "Q., R. B. y otro c. Provincia de Córdoba - recurso directo (rehace)", sentencia 62, Revista Civil y Comercial, nro. 308, Ed. Actualidad Jurídica

VII.7. Violencia contra la mujer. Retractación de la víctima. Valoración de la violencia contra la mujer. Violencia indirecta. Personal policial. Protocolo de actuación. Igualdad de trato para agresor y víctima. Revictimización. Medidas de acción positiva: igualdad sustantiva

VII.7.a. El caso

En una causa por violencia familiar, la denunciante rectificó la solicitud de levantamiento de medidas cautelares en virtud de que tal petición la efectuó presionada por el denunciado y por la situación económica en la que se veía afectada, ya que por la vigencia de las medidas y al ser personal policial se le retiró el arma reglamentaria, lo que impedía a aquel realizar adicionales con la consecuente disminución de sus ingresos y el perjuicio económico. El juez declaró que el "Protocolo de Actuación para el Personal Policial en Situación de Violencia Familiar o de Género" no resultaba de aplicación al caso concreto e intimó a la Policía de la Provincia de Córdoba al cese inmediato de la violencia indirecta de carácter institucional, económica y patrimonial ejercida contra la denunciante, con el deber de arbitrar los medios necesarios para que no vea mermados sus ingresos mientras duren las medidas preventivas.

VII.7.b. Contexto doctrinario del fallo

- Por aplicación de las directrices internacionales fijadas por la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, la Convención de Belém do Pará, así como también las nacionales, a través de la Ley de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales (ley 26.485) y ley provincial 9283, la retractación de la víctima es vista como un indicio más que permite presumir de manera unívoca que el ciclo de violencia se encuentra instalado entre el agresor y la víctima.

- El Protocolo de la Policía de la Provincia de Córdoba que resulta aplicable para situaciones de violencia familiar o de género que se susciten entre personal en actividad y/o en situación de retiro importa una forma de violencia indirecta (art. 4°, párr. 2º, de la ley 26.485), atento a que existe tratamiento igualitario para agresor y víctima, circunstancia que resulta inadmisible en vigencia del plexo normativo nacional e internacional que pregona la prohibición de todo tipo de violencia contra la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado. La aplicación del referido Protocolo importa una revictimización y/o una victimización secundaria y/o una doble victimización, toda vez que la denunciante, sin perjuicio de ser víctima de violencia familiar por parte del agresor, también está recibiendo un "castigo" de su empleador (menoscabo en los recursos económicos o patrimoniales), circunstancia que deriva en la presentación forzada de una retractación de las medidas de resguardo adoptadas, lo que atenta contra el derecho humano de la mujer a

vivir una vida sin violencia y, específicamente, a preservar su integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial.

- El juzgador debe adoptar medidas de acción positivas con el objetivo de derribar la situación que coloca a la denunciante en situación de sometimiento, todo ello con el objetivo de lograr la igualdad sustantiva o *de facto* (cfr. Recomendación General 25, sobre el párr. 1º del art. 4º de la CEDAW). Así pues, la Policía de la Provincia de Córdoba debe cesar con carácter urgente la violencia indirecta de carácter institucional, económica y patrimonial que ejerce sobre la denunciante.

JNiñez, Juv. y Viol. Fliar y Pen. Juv. San Francisco, 08/06/2020, "D., L. D. - denuncia por violencia familiar", auto 10, inédito

Actualidad en Derecho Sucesorio 1/2021

Mariana B. Iglesias (*)

Sumario: I. Acreedores de la sucesión.— II. Proceso sucesorio e inventario durante la cuarentena.— III. Prueba del último domicilio del causante.— IV. La relación de la acción de colación con la partición.— V. Cesión de herencia y acreedores de la sucesión.— VI. Objeto de la cesión de herencia.

I. Acreedores de la sucesión

I.1. Datos de localización del fallo

CNCiv., sala C, 19/10/2020, "Palas, Liliana Leonor s/ sucesión *ab intestato*", LL AR/JUR/48314/2020.

I.2. Síntesis de la problemática abordada

Inicio del proceso sucesorio por el acreedor de la sucesión y necesidad de que previamente el heredero sea intimado para que acepte o renuncie a la herencia.

I.3. Extractos del fallo

"*Considerando:* I. Contra la resolución de fecha 21/08/2020, mediante la cual se deja sin efecto la apertura del sucesorio dispuesta en fecha 11/03/2020, se alza la Dra. Lah Ukmar fundando su recurso de apelación con el memorial del 22/09/2020. (...). III. En segundo lugar, no es ocioso señalar que se está ante un proceso que integra el elenco de los denominados de jurisdicción voluntaria, y, como tal, no tiende a la satisfacción de pretensiones resistidas o insatisfechas, sino a la determinación objetiva de los sucesores y de los bienes que integran la herencia y el modo de partirlos, en su caso (...). IV. De conformidad con el art. 689 del Cód. Proc. Civ. y Com., quien solicitare la apertura del proceso sucesorio, deberá justificar, *prima facie*, su carácter de parte legítima, acompañar la partida de defunción del causante y demás documentación correspondiente. De ahí, que los peticionantes deben estar legitimados para ocurrir ante el juez del último domicilio del causante (conf. arts. 74, 2336 y 2643 del Cód. Civ. y Com.), y obtener, consiguientemente, la apertura del proceso que determina la ley. Así, ante la falta de legitimación, el juez debe denegar la apertura del proceso (art. 690, párr. 1º, Cód. Proc. Civ. y Com.). En este orden de ideas, se ha decidido, que son parte legítima los herederos llamados a recibir la herencia por no haber otros de grado más próximo conocidos, los herederos instituidos, los legatarios de cuota, las albaceas y el albacea consular (CNCiv., sala C, ED 67-363). En el caso concreto, la recurrente se presentó a solicitar la apertura del proceso sucesorio, invocando el carácter de acreedora de la causante, en el entendimiento que aquella ha sido condenada en costas en el marco del expediente que referencia en el memorial, por lo que persigue el cobro de honorarios profesionales. Sostiene que al heredero de la *de cujus* no le interesa impulsar el trámite del sucesorio, mientras que su crédito continúa impago. En sus agravios expone que se encuentra acreditado su carácter de acreedora de la causante; que deviene inaplicable el art. 2289 del Cód. Civ. y Com. en cuanto al plazo que debe transcurrir para iniciar el proceso sucesorio, pues la causante falleció el 25/11/2018 y en torno a la intimación que también impone la norma antes referida, argumentó que no resulta necesaria, en tanto la jurisprudencia es conteste sobre ello, siendo, además, que aquel fue intimado en el marco del expediente en el que se devengaron los honorarios cuyo cobro persigue, no correspondiendo entonces dejar

sin efecto la apertura del sucesorio, ya que bien puede efectuarse la intimación judicial señalada. Al respecto, se ha sostenido que 'a fin de intervenir en un juicio sucesorio, se entiende por *acreedores* no solo a quienes se titulan con derechos creditorios, sino también los legitimados para promover pretensiones contra el causante. Los acreedores son terceros con facultad para obligar a pronunciarse, ya que, según su deudor acepte o renuncie, tendrán abierto el camino para proceder en la forma a que los autoriza la ley. A tales acreedores se les ha reconocido el derecho de iniciar el juicio sucesorio, previa intimación a los titulares de la vocación hereditaria' (conf. CNCiv., sala C, en autos 'Bonilauri, Aurelia A. s/ sucesión *ab intestato*' expte. 13.381/2019, del 23/10/2019; *id.*, *id.*, sala E, en autos 'Quintero, Carlos A. s/ sucesión', del 22/11/2012). Por su parte el art. 2289 del Cód. Civ. y Com. establece que 'cualquier interesado puede solicitar judicialmente que el heredero sea intimado a aceptar o renunciar la herencia...' La norma habilita a quienes posean interés legítimo a producir la reducción del plazo del derecho de opción mediante intimación judicial al heredero (conf. Lorenzetti, 'Código Civil y Comercial', Ed. Rubinzal-Culzoni, t. X, p. 449). Es decir, se encuentran legitimados para solicitar la apertura del sucesorio 'los acreedores del causante, los legatarios y los acreedores personales del heredero' (conf. Alterini, Jorge H., 'Código Civil y Comercial comentado', Ed. La Ley, t. XI, p. 150), por lo que, dada la pretensión que intenta la recurrente, cabría reconocerle ese derecho. Empero, no puede soslayarse que la peticionaria no ha satisfecho el requisito de la previa intimación a los herederos previsto por el art. 2289 del Cód. Civ. y Com. que, de acuerdo a dicha normativa, debe efectuarse judicialmente. No obstante lo manifestado acerca del heredero de la causante, frente a supuestos de desconocimiento de aquellos, se debe dar intervención a la Procuración del GCBA, para que el organismo correspondiente se presente a estar a derecho. Se ha sostenido al respecto que 'si el acreedor desconoce la existencia de herederos o si estos ante la intimación del art. 2289 del Cód. Civ. y Com., se manifiestan renunciantes, el acreedor no puede promover directamente el proceso sucesorio. Debe previamente peticionar la intervención del Ministerio de Educación, nacional o provincial, o del organismo que corresponda según las jurisdicciones. Solo si este último no actúa, podrá iniciar y tramitar el sucesorio' (conf. Ferrer, Francisco, 'Comunidad hereditaria e indivisión posganancial', Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016, p. 365). Teniendo en cuenta lo hasta aquí expuesto, siendo que en el anteúltimo párrafo de la providencia recurrida se requiere los datos del heredero de la causante para disponer los despachos del caso a fin de intimar en los términos del art. 2289 del Cód. Civ. y Com., que propicia el cumplimiento de la intimación previa a los herederos, no habrán de admitirse los agravios propugnados por la recurrente. Sobre ello, se ha sostenido en doctrina que los acreedores no podrán iniciar el sucesorio sin que medie la intimación previa a la que refiere el art. 3314 del Cód. Civil a fin de que los herederos acepten o repudien la herencia, norma esta que ha sido reemplazada por los arts. 2289 y 2356 del Cód. Civ. y Com. (conf. Díaz Solimine, Omar L., 'Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, comentado y anotado', Ed. Erreius, Buenos Aires, 2018, p. 734). Recientemente este colegiado ha decidido en relación a ello que, conforme surge del juego armónico del art. 2292 del Cód. Civ. y Com. y del art. 729 del Cód. Proc. Civ. y Com., los acreedores solo pueden actuar por el heredero para iniciar la sucesión cuando este, previamente intimado, no lo hace, o para continuar el trámite si el sucesor lo abandona (conf. esta sala en autos 'Valdez, Ana M. del V. s/ sucesión *ab intestato*', expte. 11.605/2011, del 09/09/2020). (...) V. Por lo expuesto, se resuelve: Confirmar el decisorio recurrido en lo que ha sido materia de agravios. Con costas en el orden causado por no haber mediado sustanciación. Regístrese y notifíquese electrónicamente. Publíquese y, oportunamente, devuélvase. — Omar L. Díaz Solimine. — Juan M. Converset. — Pablo Tripoli".

I.4. Breve comentario

El acreedor de la sucesión ejecuta su crédito contra los/as coherederos/as en el carácter de tales. Por ende, para poder demandarlos, requiere la pertinente identificación. No debe olvidarse que el Código Civil y Comercial determina que una persona tiene diez años para aceptar o repudiar la herencia. Los interesados pueden acortar dicho plazo intimando —para que acepte o renuncie a la herencia— en los términos del art. 2289, que expresa: "*Intimación a aceptar o renunciar.* Cualquier interesado puede solici-

tar judicialmente que el heredero sea intimado a aceptar o renunciar la herencia en un plazo no menor de un mes ni mayor de tres meses, renovable una sola vez por justa causa. Transcurrido el plazo sin haber respondido la intimación, se lo tiene por aceptante. La intimación no puede ser hecha hasta pasados nueve días de la muerte del causante, sin perjuicio de que los interesados soliciten las medidas necesarias para resguardar sus derechos. Si el heredero ha sido instituido bajo condición suspensiva, la intimación solo puede hacerse una vez cumplida la condición". De la norma surge, además, que dicha intimación debe ser judicial, lo que significa que deberá iniciarse un incidente al efecto de practicar la intimación, justificando el carácter de acreedor de la sucesión y el fallecimiento del deudor. Una vez transcurrido el plazo, si el intimado no se manifestó en ninguno de los dos sentidos (aceptante o renunciante), se lo tiene por aceptante.

II. Proceso sucesorio e inventario durante la cuarentena

II.1. Datos de localización del fallo

CNCiv., sala H, 08/09/2020, "Krieger, Blanca s/ sucesión testamentaria", LL AR/JUR/36901/2020.

II.2. Síntesis de la problemática abordada

Facción del inventario de los bienes hereditarios durante la vigencia del aislamiento obligatorio dispuesto por el DNU 297/2020.

II.3. Extractos del fallo

"...En primer término, cabe señalar que contrariamente a lo sostenido por la recurrente, la nulidad fue planteada en legal tiempo y forma, puesto que se interpuso dentro del quinto día desde que se tomó conocimiento de la realización efectiva del inventario. En segundo lugar, se destaca que en el caso el nulidicente no tenía razones para redargüir de falsedad las escrituras, puesto que según sus propios dichos no poseen ningún vicio en sus formas, lo que se objeta es la realización del inventario, al no existir autorización judicial expresa y al habérselo efectuado durante la cuarentena. En la especie, el coheredero José María Beraza solicitó la nulidad de los inventarios incorporados al expediente, en razón de que fueron formalmente instrumentados en acta notarial durante el período de vigencia del aislamiento social preventivo y obligatorio decretado por el Poder Ejecutivo Nacional y sin que existiera autorización judicial para hacerlo. De los antecedentes de la causa surge que el 04/05/2020, el magistrado de grado desestimó el pedido de habilitación de la feria extraordinaria solicitada por los coherederos Pedro Santiago y Juan Pablo Beraza para la realización de los inventarios provisorios, por considerar que la realización de esos trámites no constituía un caso de urgencia que no admitiera demora. En la mencionada providencia se lee: '...Respecto a los inventarios provisorios que pretenden llevarse a cabo, no me encuentro en condiciones de autorizar su realización, ya que no se conocía a ciencia cierta si en las fechas para llevar a cabo las diligencias, se mantendría el aislamiento obligatorio dispuesto por el DNU 297/2020 (...). Por lo demás hago saber que en la eventualidad de poder realizárselo, podrá notificarse al coheredero en forma extrajudicial...' Luego de la providencia mencionada *ut supra* los coherederos informaron un cambio de fecha de los inventarios y adjuntaron la notificación por carta documento al coheredero José María Beraza, dichas presentaciones fueron proveídas por el magistrado de grado, con una mera remisión a lo decidido el 04/05/2020 (ver despachos del 11 y 18/05/2020). En este supuesto en particular y dado las circunstancias extraordinarias de público conocimiento, solo ante el consentimiento expreso de todos los coherederos —previamente notificados— podría haberse llevado a cabo el inventario, en caso contrario ello no sería posible. En definitiva, los coherederos Juan Pablo y Pedro Beraza, decidieron unilateralmente llevar adelante el inventario durante la vigencia de la feria judicial extraordinaria y del período del aislamiento obligatorio y sin contar con la conformidad expresa del coheredero José María Beraza, que por las particularidades de la situación se requería. Como bien lo puso de manifiesto el magistrado de grado, el art. 2341 del Cód. Civ. y Com. dispone: '...El inventario debe hacerse con citación de los herederos, acreedores y legatarios cuyo domicilio sea conocido. El inventario debe ser realizado en un plazo de tres meses desde que los acreedores o legatarios hayan intimado judicialmente a los herederos a

su realización...' Las operaciones de inventario son de vital importancia pues tienden a la determinación precisa de la composición del patrimonio del causante, en su faz activa y en su faz pasiva, ya que tiene por finalidad detallar el cuerpo de bienes y derechos que constituyen la universalidad que el causante transmite a sus herederos, es decir los bienes indivisos que han quedado a su muerte. Uno de los requisitos de su validez es la citación previa de los herederos, acreedores y legatarios con domicilio conocido, por ello, y dadas las situaciones extraordinarias imperantes como consecuencia la pandemia (COVID-19) y el aislamiento obligatorio decretado en el DNU 297/2020, las notificaciones a las que hacen referencia los recurrentes carecen de virtualidad jurídica suficiente a los fines de otorgarle validez al inventario llevado a cabo, puesto que ante la imposibilidad cierta de poder concurrir al lugar, acorde con las normas vigentes de emergencia obligatoria, no se encontraba el coheredero José María Beraza en condiciones de ejercer el contralor de las diligencias efectuadas los días 03/06/2020 y 05/06/2020 en los inmuebles sitos en la calle... de CABA y calle..., localidad bonaerense de Del Viso. En consecuencia, el tribunal resuelve: Confirmar el decisorio apelado. Con costas (arts. 68 y 69 del Cód. Proc. Civ. y Com.). Regístrese. Notifíquese a las partes. Comuníquese al CIJ y oportunamente devuélvase. Liliana E. Abreut de Begher. — Claudio M. Kiper. — José B. Fajre".

II.4. Breve comentario

Resulta interesante el abordaje del caso, desde una doble perspectiva: a) por un lado, la imposibilidad de habilitar la feria extraordinaria para la realización del inventario; y b) por el otro, el cumplimiento de los requisitos para que el inventario sea válido.

Adviértase que, cuando no existe unanimidad de todos/as los/las herederos/as que les permita recurrir a la denuncia de bienes del art. 2342, Cód. Civ. y Com., deben cumplimentarse los requisitos que plantea el art. 2341, Cód. Civ. y Com., es decir, la citación de los herederos, acreedores y legatarios cuyo domicilio sea conocido, que es lo que determina el fallo.

Sin embargo, la situación que el precedente en análisis plantea nos induce a preguntarnos si resultaría factible o —más bien— válida la denuncia de bienes realizada durante el aislamiento social preventivo y obligatorio (ASPO).

Entendemos que, de contar con la unanimidad de los/las herederos/as, resulta perfectamente posible la realización de la denuncia de bienes durante el ASPO, la que luego debería ser presentada en el expediente sucesorio.

Diferente fue el planteo del fallo, en el que la unanimidad no existía, ni tampoco el cumplimiento de los requisitos del art. 2341, Cód. Civ. y Com.

III. Prueba del último domicilio del causante

III.1. Datos de localización del fallo **(1)**

CNCiv., sala H, 08/09/2020, "Krieger, Blanca s/ sucesión testamentaria", LL AR/JUR/36901/2020.

III.2. Síntesis de la problemática abordada

El fallo aborda la problemática relacionada no solo con el último domicilio del causante, sino además con su prueba.

III.3. Extractos del fallo

"...I. Las actuaciones fueron elevadas virtualmente a este tribunal en virtud del recurso de apelación concedido el día 22/07/2020 contra la resolución de fecha 30/06/2020, en la que el Sr. juez *a quo* se declaró incompetente para entender en estos obrados (...). II. La apelante, madre del causante, pretende que el proceso sucesorio tramite por ante los juzgados con jurisdicción en esta ciudad (ver memorial de fs. 58/62) y para ello invoca distintas constancias de las cuales surgiría que el último domicilio del Sr. Á. fue en esta ciudad. Refiere que lo decidido es arbitrario y no ajustado a derecho, pues el juez *a quo* tomó exclusivamente como prueba los informes de la Cámara Electoral Nacional (CNE) y RENAPER que llevan como fecha de expedición —de la toma de huellas digitales acompañadas— el 13/06/2012, es decir, siete años antes del fallecimiento del causante quien al momento de su deceso residía en la ciudad de Buenos Aires. III. El art. 2336 del Cód. Civ. y Com. prescribe

(1) *Ibidem*.

que será competente para conocer en la sucesión el juez del lugar del último domicilio del causante. Para la determinación del último domicilio real del difunto, se debe acudir en principio al dato asentado en la partida de defunción; y si bien se trata de una constancia que admite prueba en contrario por tratarse de una declaración que no hace fe, dicha prueba debe ser lo suficientemente relevante como para desvirtuar la constancia asentada en dicho documento. Examinadas las constancias obrantes en el sistema digital de consulta de causas, se observa que de la partida de defunción surge que el causante se domiciliaba en..., Loma Hermosa, provincia de Buenos Aires (ver escrito de inicio y su documentación obrante a fs. 2/10). De los informes de fs. 32 y 34 resulta que tanto la Cámara Nacional Electoral como el Registro Nacional de las Personas informaron que el causante tuvo su último domicilio registrado en... de la localidad de Loma Hermosa, Partido de Tres de Febrero, provincia de Buenos Aires; dato este que es coincidente con el que obra consignado en el título de propiedad del automotor acompañado con el escrito de inicio (fs. 2/10). Todos estos elementos remiten a un emplazamiento ubicado fuera de la jurisdicción correspondiente a este tribunal. Por cierto, que lo que aquí interesa no es determinar cualquier domicilio sino el último, esto es el que tenía el causante al momento de su fallecimiento. Ahora bien, no se comparte el fundamento dado en cuanto a que las restantes constancias acompañadas (recibos de sueldo, declaraciones testimoniales, certificado de estudios, etc.) solo indican que el causante desarrollaba actividades en esta ciudad, mas no acreditan que hubiera modificado su domicilio al de esta jurisdicción. Este colegiado no soslaya las razones de orden público en que se funda la regla del último domicilio del causante como elemento atributivo de competencia en materia sucesoria. Sin embargo, los elementos de juicio invocados por la recurrente para justificar apartarse tanto de lo que resulta de la información brindada por los distintos organismos señalados, como de la consignada en el certificado de defunción, según la cual el último domicilio del causante se encontraba en la provincia de Buenos Aires, persuaden de que el causante vivió sus últimos años en esta jurisdicción. Para ello se tiene en cuenta que el GCBA —EX-2020-07493817DGARHS Dirección General Técnica, Administrativa y Legal—, informó que, conforme surge de la primera parte del legajo personal de quien en vida fuera el oficial G. A. A. (DNI..., LP...), surge que ingresó a la Policía Federal Argentina como aspirante a agente el 18/07/2014. Asimismo, que según se desprende del Sistema Integrado de Recursos Humanos (SIRHU), el nombrado fue transferido en virtud del 'Convenio de transferencia progresiva a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de facultades y funciones de seguridad en todas las materias no federales ejercidas en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires', pasando a formar parte de esta institución a partir del 01/01/2017 (v. fs. 24/28 —23/04/2020—). Del acta de intervención 1766/2019 de fecha 03/12/2019, agregada en el sistema LEX100 el 05/06/2020, expedido por la Comisaría Vecinal 11B de la Policía de la Ciudad —donde trabajaba el causante— de lunes a viernes en el horario de 14.00 a 22.00, informa que en la noche del fallecimiento del causante se encontraba en el domicilio de sus abuelos ubicado en el provincia de Formosa, pues se encontraba gozando de licencia por vacaciones de la Policía de la Ciudad y que residía en la Ciudad de Buenos Aires. Además, ratifica lo anterior el certificado de estudios del causante en la Ciudad de Buenos Aires para ingresar a la Policía de la Ciudad de fecha 15/04/2016; la copia de la credencial de la Policía de la Ciudad de Buenos Aires del causante, agregada al inicio de la causa y el recibo de haberes por su desempeño en la Policía de la Ciudad de Buenos Aires de 2016, agregado al inicio de la causa. A ello debe añadirse la prueba testimonial agregada en fecha 14/06/2020. El testimonio de G. A. B. es elocuente porque relata que ella y el causante eran primos, pues sus respectivas madres son hermanas. Que de niño —el causante— vivió en la localidad llamada Pirané, ubicada en la provincia de Formosa. Que mantenían trato desde pequeños. Manifestó que aquel junto a su madre se mudaron primero a la calle... de la localidad de Loma Hermosa, provincia de Buenos Aires; que lo sabe porque su familia ayudó con la mudanza y que además vivieron en su casa; que luego se instalaron en la Ciudad Autónoma de Buenos para los estudios de G. A. Expresó que el causante ingresó a la 'Policía'. Que sabe todo ello por haberlos ayudado con la mudanza y porque en Loma Hermosa vivieron en su casa. Lo así declarado resulta coincidente a su

vez con lo manifestado por el testigo W. M. R., quien también fue primo del causante y describe cómo fue que el causante se trasladó a esta ciudad. Teniendo en cuenta todo lo anterior, dado que la prueba rendida arroja datos coincidentes y concordantes, considera este colegiado que en este particular caso, se ha logrado acreditar el desplazamiento de la competencia pues el último domicilio del causante se ubicaba en esta ciudad, por lo que corresponde modificar la decisión que ha sido objeto de recurso. En consecuencia, habiendo dictaminado el Sr. fiscal de Cámara, por lo hasta aquí apuntado, se resuelve: Admitir el recurso de apelación interpuesto a fs. 447, revocar la resolución del día 30/06/2020 y disponer que las actuaciones continúen su tramitación por ante esta jurisdicción. (…) — Paola M. Guisado. — Juan P. Rodríguez".

III.4. Breve comentario

Este fallo muestra las diferentes pruebas que pueden ofrecerse para justificar y demostrar cuál fue el último domicilio del causante.

Por lo demás, muchas veces también se generan conflictos en cuanto a la determinación de cuál es el último domicilio del causante, por ejemplo, en el supuesto de la persona que trabaja en una ciudad y regresa los fines de semana a su casa familiar, que se encuentra en otra. A tales efectos, la respuesta se encuentra en el art. 73 del Cód. Civ. y Com., que expresa: "*Domicilio real.* La persona humana tiene domicilio real en el lugar de su residencia habitual. Si ejerce actividad profesional o económica lo tiene en el lugar donde la desempeña para el cumplimiento de las obligaciones emergentes de dicha actividad".

IV. La relación de la acción de colación con la partición

IV.1. Datos de localización del fallo

CCiv. y Com. Azul, sala I, 21/07/2020, "M. C. L. c. M. M. C. s/ acción de colación", LL AR/JUR/25991/2020.

IV.2. Síntesis de la problemática abordada

El fallo aborda el impacto de la partición para el ejercicio de la acción de colación, incluyendo los temas de la carga de la prueba y la aplicación del título preliminar para resolver el tema que se debate.

IV.3. Extractos del fallo

"…1ª cuestión. — El Dr. *Louge Emiliozzi* dijo: I. a) El presente proceso es promovido por la Sra. C. L. M., quien deduce acción de colación contra su hermana unilateral Sra. M. C. M., pretendiendo colacione a la sucesión del causante Sr. O. J. M. —quien resulta padre de ambas—, la fracción de campo ubicada en la zona de Cacharí, Partido de Azul, matrícula…, parcela…, o en su defecto el valor de mercado de la misma, con más costos y costas. Al exponer los hechos en los que sustenta su reclamo afirma que el día 09/09/1982 la Sra. M. C. M. —que en ese entonces tenía 7 años de edad— procedió a la compra de la mentada fracción de campo, representada en ese acto por el padre de ambas, Sr. O. J. M., en detrimento de los derechos de la accionante, ya que se recurrió a tal modalidad con el objetivo de dejarla fuera de la herencia por resultar la actora hija extramatrimonial. Manifiesta que el Sr. M. falleció en la ciudad de Azul el 15/06/2015, tramitando su sucesión por ante el mismo Juzgado. b) Bilateralizada la demanda por el cauce del proceso sumario (fs. 51), la demandada se presenta a contestarla a fs. 72/74, solicitando su rechazo, con costas. Argumenta que el inmueble de autos fue comprado por su padre en su nombre y representación y que no hay donación de la fracción de campo señalada, atento a que nunca estuvo en el patrimonio de su progenitor. Afirma que en la escritura no se expresa el origen del dinero con el cual se adquirió la fracción de campo, por lo que no puede deducirse que ese capital fuese del padre, ya que también podría haber sido de la madre, de un abuelo o de un tercero. Agrega que de probarse que el origen del dinero hubiere sido del padre, tampoco correspondería colacionar a favor de la actora el 50% 'del valor del dinero', pues existe un testamento por acto público en el juicio sucesorio de O. J. M. en el cual la porción disponible del causante fue atribuido a la madre de la accionada. También argumenta que la demanda resulta 'intempestiva', dado que en el sucesorio de M. las herederas llegaron a un acuerdo de partición y adjudicación de bienes, el cual fue suscripto con posterioridad al inicio de esta

acción, en el que nada se dijo acerca del inmueble en cuestión ni se hizo reserva de acción alguna. Señala, en tal sentido, que con el convenio se entendió que se terminaba con la división de todos los bienes. II. Tras haberse transitado por la etapa probatoria (conf. apertura a prueba de fs. 79/80 y certificación de fs. 87), se arriba al dictado de la sentencia que viene apelada, en la que la Sra. juez de grado falla: '1º) Haciendo lugar a la demanda de acción de colación impetrada por C. L. M. contra M. C. M...'. III. El aludido decisorio fue apelado por la accionada (...). V. a) Me ocuparé en primer término de las dos cuestiones que introduce la apelante en el primer párrafo del apart. II del escrito de expresión de agravios. Allí dice, en primer lugar, que su parte 'se agravia por las manifestaciones vertidas por la accionante' respecto a que la compraventa efectuada por el Sr. M. en representación de su hija menor tuvo el propósito de dejarla fuera de la herencia por resultar hija extramatrimonial, ya que ello es simplemente una suposición de la parte actora, dado que al momento en que se efectuó dicha operación (09/09/1982), su padre desconocía la existencia de la accionante, quien inició el juicio de filiación en fecha 28/12/1994. Y, en segundo término —aunque en el mismo párrafo— agrega que tanto la jurisprudencia como la doctrina son contestes en cuanto a que la colación procede 'si el heredero forzoso es tal *al momento de la donación*'. Entiendo que estos dos planteos, aunque distintos entre sí, deben ser tratados en forma conjunta, no solo porque así los planteó la apelante, sino también —y fundamentalmente— porque tienen un común denominador desde el punto de vista procesal, y es que han sido planteados recién en esta instancia. Destaco tal circunstancia porque, como es sabido, la misma veda a esta Alzada la posibilidad de conocer en la cuestión. De otro modo, si se admitiera que en el Tribunal de Apelación pudieran articularse defensas no esgrimidas en primera instancia o fundadas en hechos no articulados en ella, o bien introducirse por primera vez pretensiones extrañas, novedosas o sorpresivas, ello importaría alterar los términos en que quedó trabada la litis, violando las disposiciones normativas que rigen la cuestión y menoscabando el derecho de defensa en ellas implícito (...). Tan claro resulta que esos planteos no fueron introducidos en primera instancia, que la apelante no se desconforma con el tratamiento que se les dispensó en la sentencia recurrida —donde naturalmente no fueron tratados—, sino que afirma que lo que le causan agravios son las 'manifestaciones vertidas por la accionante', lo cual es impropio de la lógica recursiva en general y del recurso de apelación en particular, donde lo que debe criticarse es la sentencia (art. 260 del Cód. Proc. Civ. y Com.). No paso por alto que el segundo de los argumentos planteados podría estar vinculado a la cuestión atinente a la legitimación activa, lo cual abre paso a un interrogante, ya que este tribunal ha abordado de oficio el tratamiento de cuestiones referentes a la legitimación cuando la norma a aplicar resultaba de orden público (causa 55.527, 'Hidalgo', del 28/10/2011) o bien cuando de otro modo no se podría resolver útilmente el litigio, lo que aquí no se constata. Así las cosas, nuestro Superior Tribunal provincial, respecto del examen oficioso de la legitimación, ha señalado que requiere un uso prudencial, particularmente cuando, entre otras circunstancias '...i) no es ostensible la inexistencia de caso, ii) la parte favorecida con esa declaración ha articulado defensas claramente diferentes y iii) si la definición del régimen jurídico material sobre la que se asienta el pronunciamiento que priva de aptitud para demandar, dista de ser un asunto pacífico y exhibe bastante complejidad...' (SCBA, A. 73.905, 'Merlo Ocampo', del 10/07/2019; sumario que corresponde al voto del Dr. Soria, citado por esta sala en causa 64.965, 'Arzia', del 21/04/2020, primer voto de nuestra estimada colega Dra. Yamila Carrasco). En el caso de autos, se presenta, al menos, la segunda de las causales enunciadas, es decir, la parte favorecida con la eventual falta de legitimación activa ha articulado defensas claramente diferentes a la que ahora introduce. Por lo expuesto, entiendo que estos primeros agravios no pueden ser considerados por esta Alzada. b) Cabe considerar ahora el agravio al que más desarrollo dedica la apelante, por el cual se desconforma con el decisorio en crisis en tanto consideró que la demanda no era 'intempestiva' pese a que con posterioridad a la misma las partes solicitaron en el sucesorio la

homologación de un acuerdo de partición, lo cual, a su entender, daba por finalizada la división de todos los bienes. Como vimos en la breve reseña inicial, este argumento sí fue introducido por la accionada al contestar demanda (ver especialmente fs. 72 vta./74). Allí la ahora apelante hace referencia a ciertos actos jurídicos —sobre los que luego volveré con mayor detalle— para sostener, básicamente, que la demanda resultó 'intempestiva' porque con posterioridad a su interposición las partes arribaron a un convenio de partición en el sucesorio, en el que la actora no hizo ninguna reserva acerca del bien que constituye el objeto de esta acción. Antes de seguir avanzando, ya es posible vislumbrar que ese planteo articulado por la accionada nos introduce en el tema de la relación entre la partición hereditaria y la colación. Se ha dicho, en tal sentido, que la colación es una acción directamente relacionada con la partición, que precisamente trata de ampliar la masa por dividir, mediante la suma de las donaciones, adjudicando más a algunos herederos y menos a otros porque estos últimos ya han recibido una parte en vida. De modo tal que puede considerarse la colación como una de las operaciones de la partición hereditaria, o como una institución distinta que más que elemento de la partición constituye un precedente necesario para la posterior distribución del haber hereditario (Iglesias, Mariana, en Iglesias — Krasnow, 'Derecho de las familias y las sucesiones', Ed. La Ley, p. 999, apart. 13.1.4: 'La igualdad como fundamento de la colación. Relación que existe entre la partición hereditaria y colación', con cita de Castán Tobeñas, José, 'Derecho civil español común...', ob. cit., t. I, p. 376). En la sentencia apelada se abordó esta defensa introducida por el accionado en términos que me permitiré transcribir para una mayor claridad: 'La demandada en el pto. 2.b) de su conteste argumenta como defensa que la demanda resulta intempestiva en virtud de que las coherederas formularon acuerdo particionario que fuera presentado en el sucesorio de O. J. M. solicitando su homologación con fecha 13/08/2018, es decir con posterioridad a esta acción de colación promovida el 11/06/2018. En cuanto a la oportunidad procesal en que puede entablarse la acción, reconocida doctrina ha dispuesto que la acción de colación es incidental de la partición, pero no con carácter previo sino separado e independiente. El heredero no donatario puede ejercer la acción antes de la realización de las operaciones de inventario y avalúo, y aun después de haber tenido lugar la partición hereditaria. El límite temporal de la acción será el de su prescripción, es decir, diez años a contar de la muerte de la causante (Pérez Lasala, José Luis — Medina, Graciela, *Acciones judiciales en el derecho sucesorio*, 2ª ed. ampl. y actual., Ed. Rubinzal-Culzoni, ps. 274, 282). O sea que el haber realizado un acuerdo particionario, no resulta óbice para haber iniciado la presente acción de colación, no existiendo mayor límite que el señalado por el autor citado. Por tanto, la acción iniciada no ha sido intempestiva tal como sostiene la demandada en su conteste, debiendo en consecuencia rechazar esta defensa'. Este pasaje de la sentencia amerita dos consideraciones preliminares de diversa índole que luego nos permitirán abordar los agravios con mayor claridad. La primera consiste en un breve comentario marginal que me permito introducir para que la doctrina sentada en el fallo apelado —que es correcta desde lo conceptual— no sea desinterpretada en futuras aplicaciones, para lo cual, a lo dicho en la instancia de origen, hay que sumar una precisión adicional. En efecto, tal como lo dijo la Sra. juez de grado, en la excelente obra de Pérez Lasala y Medina los autores afirman —en lo que aquí interesa— que el heredero o donatario puede ejercer la acción de colación '...aun después de haber tenido lugar la partición hereditaria' (autores citados, 'Acciones judiciales en el derecho sucesorio', 2ª ed. ampl. y actual., Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 282, 'Oportunidad del ejercicio de la acción'). Ahora bien, es dable observar que en esa misma obra el tema se aborda con mayor especificidad en la página anterior, bajo el título de 'La acción de colación iniciada con ulterioridad a la aprobación de las operaciones particionales'. Y lo que allí se dice es que '[p]uede suceder que todos los herederos no donatarios, o algunos de ellos, no hayan conocido la donación y hayan prestado acuerdo a las operaciones particionales. Enterados con ulterioridad de la donación, en la medida en que su acción no haya prescrito, podrán iniciar la acción de colación. En ese

caso los reclamantes podrán peticionar, junto con la acción de colación, la nulidad de la partición o un reajuste de ella...' (los destacados me pertenecen). Y los mismos autores vuelven sobre la cuestión en otro pasaje de la misma obra, en el cual explican que la acción de colación es renunciable, y afirman que la realización de las operaciones de inventario, avalúo y partición sin contar con la donación colacionable, no supone renuncia a la acción si se desconoce la donación, pero, *a contrario sensu*, si se conoce la donación y se consiente en las operaciones de partición, en las cuales no se ha incluido el valor colacionable, tal actitud debe ser entendida como renuncia de la colación (ob. cit., ps. 282/283; en el mismo sentido Iglesias, en Iglesias — Krasnow, 'Derecho...', ob. cit., p. 999). Las salvedades que hacen estos autores son de toda lógica, ya que si el progreso de la acción de colación posterior a la partición ha de provocar la nulidad o el reajuste de esta última, sería inconcebible que el heredero decidido a iniciar una acción de colación preste conformidad con una partición que sabe que a la postre resultaría nula o al menos reajustable, con todos los inconvenientes que ello implica. Es por ello que, como bien se aclara en la obra, el inicio de la acción de colación con posterioridad a la partición solo puede tener lugar cuando el heredero no donatario haya prestado acuerdo con la partición sin tener conocimiento de la donación y, por añadidura, se hayan enterado de la misma 'con ulterioridad'. En la misma senda, expresa Maffía que '...con invocación de la teoría de los actos propios parece que enfrenta la propia conducta anterior la solicitud de partición y posterior demanda de colación' (Maffía, 'Tratado de las sucesiones', 3ª ed., Ed. AbeledoPerrot, t. I, p. 704). La segunda observación que amerita ese pasaje del fallo es que, si bien el mismo es correcto desde lo conceptual —ya que, con la salvedad apuntada en el párrafo anterior, el heredero no donatario podría promover una acción de colación con posterioridad a la partición y con el único límite de la prescripción—, esa conclusión de derecho sobre la que se asienta el decisorio no es directamente aplicable al caso, ya que lo que la accionada alegó en la contestación de demanda es que el inicio de la acción de colación había sido anterior al acuerdo particionario, mientras que la argumentación contenida en la sentencia tiende a explicar que el inicio de la acción de colación puede ser posterior a la partición (con el único límite de la prescripción). No obstante, también es fácil observar que ese error lógico que contiene la sentencia estuvo generado por la propia terminología empleada por la accionada al contestar demanda, la cual dio lugar a esta confusa situación, ya que el afirmar que la demanda fue 'intempestiva' lleva a pensar que se alega que fue 'tardía'. Sin embargo, dado el tenor del planteo que introdujo la accionada, ningún sentido tenía hablar de la 'intempestividad' de la demanda. Lo que la accionada tendría que haber dicho, lisa y llanamente, es que el acuerdo particionario posterior a la demanda de colación implicó poner fin a esta acción, e inclusive lo más correcto hubiera sido canalizar la defensa a través de una excepción de transacción (art. 345, inc. 7º, del Cód. Proc. Civ. y Com.), o de renuncia. Pero la cuestión no termina aquí. Es que, para sumar mayor complejidad al caso, más abajo, cuando reseñemos los actos jurídicos y procesales realizados en la sucesión o vinculados a ella, de naturaleza particionaria, podremos observar que algunos fueron anteriores y otros posteriores al inicio de la acción de colación. De modo que, en el plano de las hipótesis, la accionada también hubiera podido alegar como defensa que la acción de colación no podía prosperar por ser posterior a la partición, en cuyo caso la palabra 'intempestiva' habría estado bien utilizada y habrían resultado pertinentes las consideraciones doctrinarias que se citan en el fallo. Sin embargo, este es un razonamiento contrafáctico, ya que no se condice con lo que efectivamente ocurrió en el proceso. Es que, como ya dijimos, lo que la accionada concretamente alegó como defensa es que la pretensión de colación no podía prosperar debido a que con posterioridad a su inicio las partes arribaron a un acuerdo particionario. Así las cosas, por más que se verifiquen actos particionarios anteriores y posteriores al inicio de la colación, el decisorio debe recaer sobre las pretensiones deducidas en juicio tal como fueron formuladas (arts. 34, inc. 4º, 163, inc. 6º, 354, inc. 2º, y ccds. del Cód. Proc. Civ. y Com.). Ubicados en este contexto tan singular, de una atenta lec-

tura de la expresión de agravios resulta que la apelante no advierte esa particularidad que contiene la sentencia —y que su propia parte contribuyó a generar— sino que reedita en gran medida los argumentos que había expuesto al oponer esta defensa en la contestación de demanda. Sin embargo, también añade algunos argumentos referidos a la buena fe y a la prohibición de volver contra los propios actos, los cuales —conforme vimos— son los principios generales que impiden al heredero no donatario que conocía la donación iniciar la acción de colación posterior a la partición (supuesto no planteado en autos), pero también —y precisamente por ser principios generales, aplicables a una multiplicidad de situaciones— dan sustento a la imposibilidad de avanzar en una acción de colación ya iniciada si la misma fue objeto de negociación en un acuerdo particionario posterior o si tácitamente se renunció a la colación (supuesto que sí se planteó en autos, a entender de la demandada). Por tanto, teniendo en cuenta la confusa situación que se ha generado, y pese a que la recurrente no resultó ajena a la misma, entiendo que la expresión de agravios, valorada con gran amplitud de criterio, satisface el umbral mínimo con el que debe evaluarse el cumplimiento de la carga procesal impuesta por el art. 260 del Cód. Proc. Civ. y Com., lo que impone entender en la cuestión. De lo antes dicho surge que lo que la apelante plantea es que el acuerdo particionario posterior al inicio de la demanda de colación implicó poner fin a la división de todos los bienes. En relación a este tema, con gran claridad se ha señalado que '...si bien lo más usual es que los herederos perjudicados en la igualdad, recurran a una acción judicial de colación, nada obsta a que dentro del propio proceso sucesorio estos, mediante una partición mixta o privada, acuerden que existen valores colacionables por lo que están habilitados a tenerlos en cuenta en la propia partición. Por ejemplo, podrían incluirse en un acuerdo particionario dentro del sucesorio, debiendo el juez atender a los valores colacionables denunciados unánimemente por los herederos. Claro está que si no están de acuerdo —aunque sea en algún aspecto— deberá recurrirse a la justicia. Lo mismo para el caso de la partición judicial. Si los herederos declaran por unanimidad valores colacionables y no existen conflictos en torno a ellos, el perito partidor debe tenerlos en cuenta sin ninguna necesidad de obligar a los herederos a recurrir a una acción judicial' (Iglesias, Mariana, en Iglesias — Krasnow, 'Derecho de las familias y las sucesiones', Ed. La Ley, p. 1004, apart. 13.1.7: 'Partición y colación acordada sin acción judicial en el marco de una partición mixta, privada o judicial'). Es casi innecesario aclarar que si bien la autora citada se refiere a la posibilidad de resolver la cuestión de la colación en el acuerdo particionario para así obviar el inicio de un proceso de colación, la partición también puede ser una excelente oportunidad para poner fin a una acción de colación ya iniciada, en cuyo caso hará las veces de una transacción (art. 308 del Cód. Proc. Civ. y Com.; arts. 1641 y ss. del Cód. Civ. y Com.). Es más, si existe una acción de colación ya iniciada, y los coherederos se proponen avanzar en la partición, es a todas luces conveniente que negocien en el mismo acto el conflicto derivado de la colación, ya que de lo contrario la partición a la que arriban podrá ser objeto de futuros planteos de nulidad o de reajuste (en la medida, claro está, en que la colación prospere). Sin embargo, también puede ocurrir que los coherederos no incluyan la cuestión atinente a la colación en el acuerdo particionario y dejen que la misma siga su curso; ello puede suceder, por ejemplo, si tienen visiones muy distintas sobre el eventual éxito o fracaso de la acción de donación, o si necesitan avanzar en la partición de los bienes que componen el acervo, o si el valor a colacionar que está en discusión es muy menor en comparación con los bienes objeto de la partición por lo que su eventual progreso no alterará sustancialmente la partición acordada, entre otras situaciones posibles. De modo que no toda partición posterior a una colación ya iniciada puede interpretarse sin más como abarcativa del planteo de colación. Para evaluar si ello ocurrió es necesario interpretar el convenio de partición, y en especial observar si en el mismo los coherederos han hecho referencia expresa a los 'valores colacionables', tal como lo explica Iglesias en los pasajes de la obra citada. De modo que el meollo a resolver en autos pasa por determinar si los actos particionarios realizados en el sucesorio del padre de las partes, Sr. O. J. M.,

fueron posteriores al inicio de esta acción de colación, y si los mismos tuvieron la virtualidad de poner fin a la misma, tal como lo sostiene la demandada en la contestación de demanda y lo reedita al expresar agravios. A esos fines es útil reseñar algunos de los hechos y actos jurídicos más relevantes que se han ido sucediendo, en orden cronológico. Así tenemos que: el día 16/10/2015 se dictó en el sucesorio una resolución —obrante a fs. 132— por la cual se declaraba válido en cuanto a sus formas el testamento original otorgado por el causante, poniéndose en posesión de la herencia a la legataria, es decir a su cónyuge supérstite Sra. C. R. I., y como únicos y universales herederos a quienes por ley serán llamados a recibir la herencia. Es dable aclarar que ese testamento obra a fs. 114/116, y de allí surge que el causante instituye como únicos y universales herederos a quienes por ley serán llamados a recibir la herencia, y lega su porción disponible a su esposa ya mencionada, y si esta no quisiera o no pudiera aceptarla, instituye en su lugar a su hija M. C. M. El día 30/03/2016 se dictó la declaratoria de herederos —fs. 336 del sucesorio—, declarándose que por el fallecimiento de O. J. M. le suceden en carácter de herederas sus hijas C. L. M. y P. (nacida 27/03/1958), M. C. M. e I. (nacida el 28/05/1975) y su esposa C. R. I. (con quien contrajo matrimonio el día 17/07/1990). El día 09/02/2017 se celebró una audiencia en el marco del sucesorio, obrante a fs. 577 del mismo, en la cual estuvieron presentes las coherederas M. C. y C. L. M. junto con sus respectivos letrados. Allí las herederas presentes manifestaron que los bienes inmuebles del acervo hereditario consistían en tres bienes propios y dos bienes gananciales ubicados en el Partido de Azul, que habían acordado que a C. L. se le adjudicaría una fracción de 168 hectáreas, y que el resto de los inmuebles quedaría para M. C. M. y C. R. I. de M. Es importante observar que en dicha audiencia no se asignaron valores a los distintos bienes adjudicados. También hicieron constar que la administradora practicaría un minucioso y único informe sobre los animales existentes en ese momento y las ventas realizadas desde el fallecimiento del causante, con sus correspondientes informes de ingresos y egresos. El día 15/05/2017 las coherederas M. C. M. y C. R. I. de M. (es decir, madre e hija) presentaron un escrito que fue conformado por la restante coheredera en el 'otrosí digo'. Este acuerdo es, claramente, un complemento de lo convenido en la audiencia, en especial por el tema que había quedado pendiente, es decir, el de los animales. Allí se acordó que el *stock* de animales (vacunos) existentes a la fecha era de 365 semovientes, de los cuales se adjudicaban 73 a cada una de las hijas y 269 a la cónyuge supérstite (incluyendo los gananciales y la mayor cantidad que le correspondía por testamento). También se aclaró que los animales se distribuirían proporcionalmente a cada categoría conforme se informa en la planilla anexa que es parte del acuerdo, y que '...a esta cifra se deberán agregar los nacimientos desde la firma del presente escrito hasta la fecha de la efectiva liquidación de la hacienda'. También se acordó que una parte de esos animales serían reservados para atender deudas dejadas por el causante y los gastos causídicos generados por el sucesorio, que a los efectos de finalizar con la indivisión hereditaria los 50 animales restantes (es decir, deducidos los reservados) que se adjudicaron a C. L. M. serían vendidos por ella o ubicados en las parcelas de campo que se le asignó, se rindieron cuentas de las ventas efectuadas con anterioridad y de los retiros de dinero, entre otras cuestiones. El día 30/06/2017, mediante resolución obrante a fs. 759 del sucesorio, se aprobó el cuerpo general de bienes obrante a fs. 737/740 —que incluía bienes propios y gananciales— y se regularon honorarios a los dos letrados intervinientes hasta ese momento. Es dable observar que ese cuerpo general de bienes estaba conformado, además de por animales vacunos, por varias fracciones de campo —tres propias y dos gananciales—, de distintas superficies, y los valores consignados eran los correspondientes a las valuaciones fiscales, los que se observan muy poco representativos del valor real que dichos bienes podían tener. El día 28/12/2017 se celebraron varios actos jurídicos instrumentados en la escritura pública 330 extendida por la notaria Florencia Squirru, obrante a fs. 58/63 de este proceso de colación (ya que no fue agregada al sucesorio). Al acto comparecieron las tres herederas y terceras personas. Allí se acordó, en primer lugar, llevar adelante la

partición de la comunidad hereditaria, y para ello, y en total consonancia con lo acordado en la audiencia celebrada en el sucesorio, se le adjudicaron a C. L. M. dos fracciones de campo que totalizan 168 hectáreas y fracción, y se convino —por las tres coherederas— que el resto de los bienes que integran la comunidad serán adjudicados oportunamente a las restantes dos herederas. Es dable observar que en este acto tampoco se consignó el valor que las coherederas asignaban a cada uno de los bienes. Seguidamente, en el mismo acto, la coheredera C. L. M. vendió la nuda propiedad y el usufructo de las dos fracciones de campo que con anterioridad se le habían adjudicado a distintas personas, lo que explica la concurrencia de terceros no herederos a ese mismo acto. El día 11/06/2018 la coheredera C. L. M. promovió este juicio de colación (fs. 11 vta.). Hasta aquí, resulta claro que este proceso fue iniciado con posterioridad a los acuerdos particionarios celebrados en el marco del sucesorio que reseñamos en los puntos anteriores. Pero, como ya dijimos, no es esta la circunstancia que la accionada alega como defensa al contestar demanda, ya que invoca los actos particionarios posteriores al inicio de la acción de colación, que son —naturalmente— los que mencionaremos a continuación. El día 10/07/2018 las coherederas M. C. M. y C. R. I. de M. (es decir, madre e hija) presentaron un escrito en el sucesorio que es el que la accionada invoca en sustento de su defensa. Abro un paréntesis para aclarar que la accionada menciona que este escrito está agregado a fs. 896/897 del sucesorio y es de fecha 13/08/2018 (véase fs. 72 vta./73 de este proceso), pero compulsado el mismo por la MEV —ya que no está agregado en soporte papel al expediente— surge que es de fecha 10/07/2018; sin embargo, esa diferencia en las fechas no es trascendente a los fines de su planteo, porque ambas fechas son posteriores al inicio de la colación. Dada la trascendencia que la demandada asigna a este escrito, me permitiré transcribir sus párrafos más salientes: 'Que venimos por el presente a manifestar a V.S. que conforme surge en las presentes actuaciones en la audiencia celebrada el 09/02/2017 las partes acordaron la adjudicación de inmuebles y a la Sra. C. L. M. se le adjudicó y esta aceptó una fracción de 168 ha —cuyos datos catastrales fueron informados oportunamente en el escrito presentado con fecha 13 de febrero del corriente año— y el resto de los inmuebles quedarán para la Sra. M. C. M. y C. R. I. de M. Asimismo conforme lo acordado en el acuerdo arribado por las partes en el escrito presentado el 15/05/2017, apart. II, las partes han acordado que el *stock* de animales existentes en la citada fecha es de 365 semovientes, de los cuales les corresponde y se les adjudicó a cada una de las hijas la cantidad de 73 animales y a la Sra. C. R. I. de M. le corresponden el 50% indiviso o sea 182,50 animales por ser de carácter ganancial y 36,50 animales por testamento que hacen un total de 219 animales. II. Que conforme lo manifestado precedentemente a la Sra. C. L. M. Y P. ya se le adjudicaron los bienes que le corresponden que integran el acervo hereditario, pero aún falta realizar la partición y adjudicación a las restantes herederas. Es por ello que de común acuerdo las partes han convenido en dividir el condominio existente con relación a las fracciones de campo y la hacienda que integran el acervo hereditario —teniendo en cuenta el testamento otorgado por el causante por escritura pública 54, pasada con fecha 28/04/1995 por ante el registro de la escribana N. Antonia Ferrarelo, notaria titular del Registro 7 del Partido de Azul. Inscripto el 08/05/1995 en el Registro de Testamento el Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, a favor de su cónyuge, de la siguiente manera: «...Que conforme lo manifestado precedentemente en el acuerdo arribado por las partes en el escrito presentado el 15/05/2017, apart. II, las partes han acordado que el *stock* de animales existentes en la citada fecha es de 365 semovientes (50% indiviso: 182,50 animales) y se adjudicaron los animales existentes según lo manifestado en Antecedentes, 2º párr.». III. Consecuentemente, (...) se proceda a homologar el presente acuerdo de partición y adjudicación'. Por su parte, la restante coheredera, en un 'otrosí digo', con patrocinio letrado, manifestó: 'Que vengo por el presente a prestar conformidad con partición y adjudicación formulada en el presente escrito como así también con el pedido de homologación del presente acuerdo de partición y adjudicación'. Este convenio de partición y adjudicación fue aprobado a fs. 930 del suce-

sorio. El día 23/04/2019 se notificó la demanda en este proceso de colación (fs. 52/53). Esta reseña de actos jurídicos y procesales que se fueron sucediendo en el marco de los dos procesos vinculados (el sucesorio y la presente acción de colación) y también en sede no judicial (partición y venta efectuada por escritura pública 330 del 28/12/2017), deja a las claras que todos los actos de naturaleza particionaria en los que la actora fue parte en sentido estricto, y por tanto sus efectos la alcanzaron de modo directo, fueron anteriores al inicio de la presente acción de colación. Como dije antes —y lo repito aun a riesgo de ser reiterativo, dada la trascendencia de la cuestión— en el plano de las hipótesis la demandada podría haber invocado esa circunstancia temporal para sostener la imposibilidad de iniciar una acción de colación posterior a la partición (a menos que la heredera no donataria no tuviera conocimiento de la liberalidad al momento de acordar la partición). Sin embargo, no fue esa la defensa articulada, ya que lo que la demandada sostuvo es que hubo un acuerdo particionario posterior al inicio de la colación en el que la actora no efectuó reserva alguna. Como ya lo anticipamos, ese acuerdo particionario que la accionada invoca es el de fecha 10/07/2018, obrante a fs. 896/897 de la sucesión (aunque el escrito no está agregado en soporte papel al expediente, pero sí se lo puede ver en la MEV, donde se le asignó tal foliatura). Sin embargo, por las distintas razones que iré enunciando, entiendo que no puede interpretarse que ese acuerdo particionario constituya también un acto jurídico de naturaleza transaccional o una renuncia en relación a la acción de colación (arts. 308 del Cód. Proc. Civ. y Com. y 944, 1641 y ccds. del Cód. Civ. y Com. —que resultan aplicables al caso por la fecha en que dicho acto tuvo lugar, conf. art. 7º del mismo Código—). En primer lugar, es imposible hacer un análisis económico de la totalidad de la situación, ya que, como lo he ido mencionando, en la mayoría de los actos jurídicos y procesales no se asignaron valores a los distintos bienes, y cuando se lo hizo —para la confección del cuerpo general de bienes— fueron valuaciones fiscales no representativas del valor real. Por lo demás, la parte demandada tampoco ha invocado argumentos de esta índole, es decir, no ha alegado que los valores de los bienes adjudicados a la actora permiten interpretar que fue compensada por la donación. En segundo lugar, la misma redacción del escrito de fs. 896/897 deja en claro que el mismo fue presentado por la accionada y su madre, quienes siempre actuaron con un mismo patrocinio letrado, y tenía por finalidad realizar la partición entre ellas, que es la única que había quedado pendiente, ya que a la restante coheredera ya se le habían adjudicado los bienes integrantes del acervo hereditario que le correspondían. De modo que la actora no era parte en esa nueva partición, sus efectos no la alcanzaban de modo directo. Desde luego que no paso por alto que lo que suma complejidad al tema es que la actora, en el 'otrosí digo' del mismo escrito, actuando con su propio letrado patrocinante, prestó su conformidad con esa partición. A primera vista podríamos decir que esa conformidad nada agregó, que era totalmente innecesaria, ya que se trataba de una segunda partición que resultaba ajena a quien la prestó. Sin embargo, tal como se dijo en un precedente muy interesante de la Excma. SCBA, en ocasiones existen manifestaciones de voluntad que son sobreabundantes, excusables, soslayables, neutras, pero sin perjuicio de todo ello 'están en el mundo', algún sentido han tenido, y pueden resultar reveladores de la verdadera voluntad de las partes (C. 116.714, 'Ocampo', del 06/04/2016, voto del Dr. De Lázzari, citado por esta sala, causa 63.948, 'Larroca', primer voto de la estimada colega Dra. Yamila Carrasco). Pero, sin desconocer esta valiosa pauta hermenéutica, entiendo que no puede asignarse tal trascendencia a lo manifestado por la coheredera C. L. M. en ese simple 'otrosí digo', y que el mismo tuvo por único objeto dejar aclarado al juez, para despejar toda duda, que los bienes que se distribuirían madre e hija en la nueva partición eran ajenos a los que le habían sido adjudicados a la restante coheredera. Adviértase, en tal sentido, que no fue ese el primer escrito del sucesorio en el cual se recurrió a la modalidad de la conformidad mediante un 'otrosí digo', ya que por ejemplo en el escrito presentado el 15/05/2017 relativo a los animales también se recurrió a tal modalidad, la cual resulta muy útil para el desarrollo del proceso pues se evitan sustanciaciones, máxi-

me cuando el mismo adquiere cierta complejidad, como ocurrió en el sucesorio en cuestión. En tercer lugar, entiendo que lo más gravitante es que en ese escrito no se hace ninguna referencia a la donación, ni se indican cuáles son los 'valores colacionables', ni se menciona el juicio de colación ya iniciado y, desde luego, no se alude de ningún modo a una transacción, en cuyo caso la misma estructura del escrito hubiera tenido que ser distinta, ya que la actora habría sido parte en esa transacción y por tanto no se explicaría su mera conformidad en un 'otrosí digo'. A todo ello se suma, naturalmente, que la transacción es de interpretación restrictiva, pauta que hoy está expresamente receptada en el art. 1642 del Cód. Civ. y Com., en virtud de la cual no deben presumirse las renuncias, los desistimientos o la pérdida de los derechos que forman su sustancia [Frustagli — Arias, en Lorenzetti (dir.), 'Código Civil y Comercial de la Nación comentado', Ed. Rubinzal-Culzoni, t. VIII, p. 89]. Y a una conclusión similar arribaríamos si entendiéramos que ese acuerdo posterior implicó una renuncia —ya que la demandada no calificó su defensa ni como transacción ni como renuncia— ya que la voluntad de renunciar no se presume y la interpretación de los actos que permiten inducirla es restrictiva (art. 948 del Cód. Civ. y Com.). En cuarto lugar, es llamativo que la accionada, tanto al contestar demanda como al expresar agravios, destaque que la actora tenía conocimiento de la donación al momento de haber conformado el escrito que estamos analizando —lo cual claramente es así porque con anterioridad había iniciado la acción de colación— y nada diga acerca de si la actora tenía o no conocimiento de la donación al momento de celebrar los actos particionarios en los que ella fue parte. Esto último lleva a inferir que no era así, porque de lo contrario era un argumento defensivo de mucho peso que la accionada no podría haber desaprovechado. Si bien todo lo hasta aquí dicho conduciría a rechazar el agravio, no podemos dejar de admitir que la cuestión es 'dudosa' (conf. terminología del art. 69 del Cód. Proc. Civ. y Com.), en especial por la complejidad que añade al caso la circunstancia de que la parte actora haya prestado su conformidad en el acuerdo particionario antes analizado, en el cual no revestía la condición de parte en sentido estricto, pero se hacía mención a los acuerdos anteriores en los que sí revistió tal carácter. Frente a tal circunstancia, entiendo que también cabe acudir a otras valiosas pautas hermenéuticas, como son las actualmente consagradas en el Título Preliminar del nuevo Código Civil y Comercial (arts. 1º, 2º y ccds.). No soslayo que, como bien se dijo en la sentencia apelada, al presente caso le es aplicable el Código Civil derogado, en virtud de lo dispuesto por el art. 3º de dicho Código y del art. 7º del nuevo ordenamiento, y atendiendo a la fecha del fallecimiento del causante. Sin embargo, ello no es obstáculo para la aplicación de dichas pautas, tal como se explicó en el precedente del Cimero Tribunal provincial antes citado (C. 116.714, 'Ocampo', del 06/04/2016, voto del Dr. De Lázzari), cuyos párrafos más pertinentes merecen ser transcriptos en honor a su claridad: 'La virtualidad del nuevo Código Civil y Comercial en relación a los conflictos existentes al tiempo de su dictado aparece como un terreno en el que hemos de avanzar cautelosamente porque, aunque muchas de las normas parezcan ser reproducción de la obra de Vélez, todas ellas (todo el Código, en definitiva) fluyen de un hontanar diferente y deben ser analizadas, comprendidas y aplicadas desde la perspectiva que traduce la influencia decisiva de los arts. 1º y 2º nuevos. Intento resumir estas ideas: mucho se discute sobre el derecho transitorio, el sentido del art. 7º del Cód. Civ. y Com., la doctrina francesa de Roubier y su reinterpretación por Borda, el significado y alcances posibles de la expresión «consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes», etc. Aclarar todo esto es, sin duda, de medular importancia para el tráfico diario y para la seguridad y fluidez de las transacciones jurídicas: se trata, ni más ni menos, que de reconocer las normas que han de regular —o no— hechos y conflictos que, ocurridos bajo la vigencia de otra ley, perviven o producen efectos durante el imperio de esta nueva, situación que genera dudas, controversias e incertezas. Tales incertidumbres, empero, no se trasladan —a mi entender— a la regla que emerge del art. 2º de la reciente codificación. Allí se indica cómo se ha de interpretar la ley (y las normas, en sentido amplio) 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. Ese mandato, más allá de otras posibilidades —posibles y atendibles, aunque excepcionales— tiene como naturales destinatarios a los jueces; a los jueces concretos y actuales, a los jueces a quienes toca resolver bajo el nuevo Código y que tienen la misión de definir la ruta que ha sido señalada (pero no definitivamente trazada) por el legislador. En otros términos: a los jueces, especiales receptores del cap. 1 del Título Preliminar del nuevo Código, no solo nos toca reconocer ciertas fuentes jurígenas, por el art. 1º, o cumplir inexcusablemente ciertos deberes, conforme el art. 3º, sino también interpretar el derecho y las leyes —cualesquiera sean: las que se consagran ahora o las del venerable legado de Vélez— a la luz de las pautas actuales: criterios gramaticales, teleológicos, analógicos, integrativos y sistemáticos han de convivir y enlazarse dialécticamente con el reconocimiento de los valores jurídicos y de los principios que (sin perjuicio de su alto grado de abstracción) los actualizan y concretan. En otras palabras, ese Título Preliminar es de aplicación inmediata al cumplir el rol de indicar la manera en que el juzgador debe llevar a cabo la tarea interpretativa. El nuevo ordenamiento ha tenido la virtud de consolidar conceptos que desde hace tiempo se venían imponiendo. La incansable labor de la doctrina y la jurisprudencia habían superado la concepción del juez como mero administrador de normas de derecho preestablecidas, de algún modo desentendidas de las realidades cotidianas de los justiciables y de las exigencias de la justicia. Antes bien, no era novedad la libertad de criterio para jerarquizar las normas según los valores y principios que el propio ordenamiento —comenzando por el constitucional y el trasnacional— privilegian. Hace rato que mutó el rol de ser la boca que pronuncia las palabras de la ley, con mentalidad reglamentaria y ritualista, por el de incansable buceador del sentido integrado del derecho. De allí que finalmente quedaran sin justificación aquellas decisiones judiciales que importaran renuncia consciente a la verdad, o que incurrieran en exceso ritual manifiesto, o que se basen en la mera voluntad de quien las dicta o que, por caso, se alojen en cualquiera de las numerosas causales de arbitrariedad larga y pacientemente elaboradas por la Corte Suprema, englobadas en la clásica fórmula de no constituir derivación razonada del derecho vigente con particular aplicación a las circunstancias de la causa. Pero con ser ello así, la instalación de estos conceptos en el centro del ordenamiento otorga un valor agregado de extraordinaria importancia'. Ubicados en tal perspectiva, no debemos olvidar que el fundamento de la acción de colación es mantener la igualdad entre los herederos [SCBA, C. 115.276, S 27/11/2013, juez Genoud (SD), 'Bentivegna', cit. por Iglesias, Mariana, en Iglesias — Krasnow, 'Derecho...', ob. cit., p. 999]. Ello, de por sí, ya importa evaluar la procedencia de la acción con un criterio amplio —en la medida, claro está, en que el heredero no donatario no haya actuado de mala fe, ni obrado en manifiesta contradicción con sus propios actos anteriores—, ya que la igualdad es un principio básico de nuestra organización republicana, plasmado en el medular art. 16 de la CN. A ello se suma que, en el caso de autos, todo permite inferir que esa igualdad pretendió ser alterada por la condición de hija extramatrimonial y no reconocida de la parte actora, quien —tal como lo señala su contraparte en los agravios— debió iniciar un juicio de filiación en el año 1994. Tal inferencia se robustece si tenemos en cuenta que el causante también otorgó testamento, por el cual legó su porción disponible a su esposa, y previó que si esta no quisiera o no pudiera aceptarla, tal beneficio se trasladaría a su hija M. C. M. Como es sabido, el derecho a la igualdad fue forjando distintas modificaciones al Código Civil derogado, el cual, acorde a las ideas de su época, establecía distintas 'categorías' de hijos. Si bien las primeras reformas fueron anteriores, un hito muy importante en esta materia estuvo dado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), del año 1969, cuyo art. 17, punto 5º, establece que 'La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo'. En el año 1984, la ley 23.054 ratificó su contenido y, en consecuencia, pasó a formar

parte de nuestro derecho interno, adquiriendo jerarquía constitucional con la reforma de la Constitución Nacional del año 1994. Con su vigencia, nuestro país asumió el compromiso de adaptar a sus principios el sistema vigente. Esta misión se concretó con la modificación que a través de la ley 23.264 (año 1985) se introdujo en el régimen de filiación contenido en el Código Civil, y así se terminó con un sistema de discriminación, basado en el nacimiento dentro o fuera de un matrimonio, trasladando el centro de interés a favor del hijo (Krasnow, Adriana, en Iglesias — Krasnow, ob. cit., p. 452). Entiendo que estas consideraciones adicionales vienen a reafirmar la solución que propongo al acuerdo, en favor de la procedencia de la acción de colación, ya que la misma es una de las herramientas con las que cuenta la parte actora para intentar paliar —en pequeña medida— la desigualdad de la que ha sido víctima por su condición familiar. Por todo lo expuesto, concluyo que el agravio no es de recibo. c) Pasando al siguiente agravio, también se desconforma la recurrente respecto a lo dicho en la sentencia en crisis en torno a la carga de la prueba del origen de los fondos con los que se adquirió la fracción de campo objeto de este proceso. Afirma, en sustento de su crítica, que quien afirma la existencia de un hecho controvertido debe cargar con la prueba, y que por lo tanto era la actora quien debía acreditar que esos fondos habían sido aportados por el progenitor común de las partes. Entiendo que el agravio no es de recibo. Es muy frecuente que a la acción de colación —como es la que aquí se dedujo— se le acumule la acción de simulación. Ello ocurre cuando el causante efectúa una liberalidad a favor de uno de sus herederos forzosos bajo la apariencia de un acto oneroso. En esos casos, el objeto principal del litigio es la obligación de colacionar, ya que la de simulación es el medio a que debe acudir el heredero forzoso para acreditar que el causante efectuó una liberalidad; así, la finalidad de la acción principal queda subordinada al éxito de esta última, donde debe quedar demostrada la liberalidad que ha sido encubierta por el acto fingido (SCBA, causa Ac. 76.373, 'Urbonas', 30/08/2000; esta sala, causas 56.359, 'Del Zotto', del 18/09/2012, primer voto de nuestra estimada colega Dra. Lucrecia Comparato y 62.783, 'Brun', del 21/06/2018, primer voto de mi autoría; CCiv. y Com. Junín, causa 43.855, 'Mascheroni', del 18/02/2010). En el caso de autos, si bien en el escrito de demanda no se aludió expresamente a la acción de simulación, sí se lo hizo en forma implícita, al poner de resalto que la accionada solo tenía 7 años al momento de efectuar la supuesta compra del campo, y que seguramente el Sr. M. o la madre de la demandada, o ambos, compraron el bien en nombre de su hija, por lo que no eran fondos propios sino de sus progenitores, todo ello con el propósito de dejarla fuera de la herencia (fs. 10 vta.). De modo que, haciendo uso del deber de calificar las pretensiones deducidas en juicio según correspondiere por ley (art. 163, inc. 6º, del Cód. Proc. Civ. y Com.), bien podemos afirmar que en autos, a la pretensión principal de colación, se añadió la pretensión accesoria de simulación. Este encuadre legal es dirimente porque en el marco de las acciones de simulación las cargas de alegación y prueba se trastocan notablemente, tal como lo señaló la Excma. SCBA en un pronunciamiento que con todo acierto se cita en la sentencia en crisis, ya que recayó en el marco de un proceso de colación (C. 117.312, 'Camuyrano, Mario y otra c. Camuyrano, Patricia y otros. Acción de colación', del 19/10/2016). Allí dijo el Cimero Tribunal provincial que '…si bien es cierto que en principio a quien aduce ciertos hechos —en este caso, la existencia de donaciones de dinero para adquirir los bienes señalados— le corresponde probar de forma asertiva, plena y convincente la existencia de los mismos (art. 375, Cód. Proc. Civ. y Com.; arg. análog. Ac. 46.940, sent. del 29/03/1994; entre otros), no lo es menos que en esta clase de procesos también deviene exigible a quien se encuentra en mejor situación de aportar los elementos tendientes a obtener la verdad objetiva, su colaboración (análogamente Ac. 82.684, sent. del 31/03/2004; L. 98.584, sent. del 25/11/2009; C. 101.224, sent. del 26/08/2009; C. 102.034, sent. del 16/09/2009; C. 111.814, sent. del 27/06/2012; C. 116.663, sent. del 04/09/2013; L. 116.857, sent. del 27/08/2014; entre otras). En efecto, a los demandados en estos procesos no les puede ser suficiente con negar la existencia de los hechos fundantes (sea la donación de dinero o su contracara, la alegada ausencia de capa-

cidad económica al tiempo de las trascendentes adquisiciones de inmuebles), sino que se les hace necesario colaborar con la justicia en el esclarecimiento de la verdad, debiendo dar cuenta del origen de los fondos oportunamente empleados en los actos jurídicos cuestionados [conf. art. 34, inc. 5º, apart. d), Cód. Proc. Civ. y Com.]. Pues es de toda razonabilidad pensar que es mucho más fácil para quien participó en aquellos actos lejanos y de considerable magnitud explicar su veracidad y el origen de los fondos utilizados, evitando que solo recaiga sobre la parte actora la tarea de producir lo que la doctrina ha llamado «prueba diabólica» (conf. Peyrano, Jorge, «Fuerza expansiva de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas», LA LEY 1996-B, 1027), en tanto dicha exclusiva exigencia podría importar tanto como vedarle toda posibilidad de controversia al respecto (en sentido análogo, Ac. 74.854, sent. del 08/11/2006), cuando los extremos son de muy difícil comprobación para el accionante (C. 117.760, sent. del 01/04/2015) y a la vez, algo sencillo para su contraparte, por resultarle un acto propio, íntimo y de recordable trascendencia. Extremos que justifican que el análisis de las medidas producidas se flexibilice, debiendo entenderse que no existen en tal tarea reglas absolutas ni preceptos rígidos, teniendo presente que si bien los principios clásicos atribuyen a quien alega un hecho o el incumplimiento de una obligación el deber de acreditar los extremos fundantes de su pretensión, lo cierto es que en tales supuestos debe otorgarse mayor relevancia a la prueba presuncional, por lo que en este tipo de procesos deviene esperable la intervención de los demandados en la acreditación del origen del dinero (que se denuncia como donado) para adquirir los inmuebles en cuestión, como una carga de colaboración en la producción de dicha prueba, exigible por aplicación del principio *favor probationes*, y de cuya inobservancia el juez podría extraer prueba indiciaria en contra, a partir de tal comportamiento procesal [conf. arts. 34, inc. 5º, apart. d), 163, inc. 5º, párr. 2º, 354, inc. 1º, y concs., Cód. Proc. Civ. y Com.]' (del voto del Dr. Pettigiani). Aplicando estos principios al caso de autos, se observa que la accionada no cumplió en modo alguno con la carga de colaboración que se esperaba de su parte respecto a la prueba, pero su incumplimiento fue aun anterior y más gravitante, ya que ni siquiera cumplió con la carga de alegación que también pesa sobre el demandado (art. 354, inc. 2º, del Cód. Proc. Civ. y Com.). En efecto, obsérvese que en la contestación de demanda la accionada manifiesta que '...la mencionada escritura no expresa el origen del dinero con el cual se adquirió la fracción de campo y de ello no puede deducirse que ese dinero fuese del padre porque también pudo haber sido de la madre, de un abuelo, o de un tercero. No hay certeza alguna, ni presunción razonable de que necesariamente el dinero empleado hubiese sido del padre'. De modo que la accionada ni siquiera explicó qué origen distinto tenía ese dinero, pese a que se encontraba en inmejorables condiciones para hacerlo, ya que, aunque lejano en el tiempo y realizado cuando ella era una niña, fue un acto jurídico de 'recordable trascendencia'. Como contrapartida, y como también se menciona con acierto en la sentencia apelada, en atención a las particularidades familiares la actora se encontraba en inferioridad de condiciones para alegar y probar tal extremo fáctico, ya que tuvo que iniciar una acción de filiación contra el Sr. O. J. M. d) Por último, la accionada apelante afirma que en la sentencia en crisis nada se dijo respecto al testamento otorgado por el causante a favor de su cónyuge, lo cual —señala— resultaría gravitante, porque en el hipotético caso de hacerse lugar a la demanda no correspondería colacionar el 50% del valor del bien a favor de la demandante, sino que se debería respetar tal testamento, teniendo en cuenta, además, que el bien a colacionar sería de carácter propio. Como punto de partida, asiste razón a la apelante al señalar que este aspecto fue omitido, ya que si bien en la contestación de demanda su parte aludió a la existencia de ese testamento (fs. 72 vta.), en la sentencia apelada no se hace ninguna referencia al mismo. En consecuencia, esa cuestión omitida debería ser considerada por esta Alzada pues así se solicita en la expresión de agravios (art. 273 del Cód. Proc. Civ. y Com.). Ahora bien, no obstante que es cierto, como acabamos de ver, que en la sentencia apelada no se abordó en forma expresa la cuestión atinente a la existencia de ese testamento, el decisorio tampoco contiene ningún pasaje que

permita apreciar que esa omisión trae aparejadas consecuencias prácticas desfavorables a la apelante. En efecto, puede apreciarse que en un párrafo contenido dentro de los considerandos la anterior magistrada señaló que la colación '[t]iene por fin asegurar, a la par de la inmunidad de la porción legítima, la igualdad entre quien resulta beneficiado y sus coherederos forzosos, a fin de que no se rompa el equilibrio que debe imperar entre todos. Si bien, el Código Civil no definía esta institución, se puede deducir el concepto de los arts. 3476 y 3477, párr. 1º. De la conexión entre ambas normas surge que la colación implica computar el valor de la donación efectuada al heredero forzoso en la masa, e imputar dicho valor en la porción hereditaria del donatario, puesto que la donación tiene el carácter de anticipo de su porción (Pérez Lasala, José Luis, *Curso de derecho sucesorio*, Ed. LexisNexis, 2ª ed. ampl. y actual., p. 319)'. También tuvimos oportunidad de referirnos a esta cuestión en la causa 62.783, 'Brun', del 21/06/2018. Allí dijimos que conforme explican Pérez Lasala y Medina (ob. cit., ps. 237/241), es frecuente distinguir dos formas de colacionar, que dan lugar a sistemas diferentes: el sistema de colación real, que es el que exige el aporte de los bienes donados *in natura*, y el sistema de colación de valores, que solo exige el aporte del valor de los bienes donados. Sin embargo, siguen diciendo estos autores que, con el fin de pretender mayor precisión, es conveniente distinguir tres tipos o sistemas fundamentales de colación: sistema de colación en especie o *in natura*, sistema de colación de carácter crediticio y sistema de colación por imputación, también llamada 'colación de valor'. Nuestro Código Civil había adoptado este último sistema (art. 3477). El mismo implica que la colación es efectuada trayendo a la masa hereditaria los valores de las cosas donadas, no las cosas en sí. Se imputa en la cuenta del colacionante el equivalente del valor de lo donado, tomando de menos el equivalente en bienes hereditarios. En esa misma línea, con claridad se ha dicho que 'La colación se efectúa en oportunidad de realizarse la partición, mediante dos pasos: computación del valor de la donación en la masa hereditaria, e imputación de ese valor a la hijuela del coheredero donatario' (CNCiv., sala C, 02/03/1977, 'Vieyra de Durañona, Susana c. Vieyra, Jaime', ED, 78-327, cit. por Lo Prete, 'Acciones..', ob. cit., p. 153). Así las cosas, si bien en la parte resolutiva de la sentencia se condenó '...a M. C. M. a ingresar en la sucesión de O. J. M., el valor del bien identificado catastralmente como circunscripción..., sección rural, parcela..., matrícula... del Partido de Azul, computándose tal valor al momento del fallecimiento de O. J. M. (arts. 3476, 3477, 3604 y ss., Cód. Civil; arts. 1º, 2º, 3º, 7º, y ss., Cód. Civ. y Com.)', una lectura integral del decisorio deja en claro que tal condena es dictada con los alcances antes aclarados. Ello conducirá a que, en definitiva, una vez que el presente decisorio adquiera firmeza, se deberá anular o reajustar la partición arribada en el sucesorio, con intervención de las tres coherederas, imputando el valor del bien donado en la hijuela de la demandada. Así lo voto. Las Dras. *Comparato* y *Carrasco* adhirieron por los mismos fundamentos al voto precedente. 2ª cuestión. — El Dr. *Louge Emiliozzi* dijo: Atento lo acordado al tratar la cuestión anterior, propongo al acuerdo confirmar —parcialmente por otros fundamentos— la sentencia del 27/12/2019. Con costas a la apelante (arts. 68 y ccds. del Cód. Proc. Civ. y Com.), difiriéndose la regulación de honorarios para la oportunidad del art. 31 de la ley 14.967. Así lo voto. Las Dras. *Comparato* y *Carrasco* adhirieron por los mismos fundamentos al voto precedente. Por lo expuesto, demás fundamentos del acuerdo y lo prescripto por los arts. 266 y 267 del Cód. Proc. Civ. y Com., se resuelve: Confirmar —parcialmente por otros fundamentos— la sentencia del 27/12/2019. Con costas a la apelante (art. 68 y ccds. del Cód. Proc. Civ. y Com.), difiriéndose la regulación de honorarios para la oportunidad del art. 31 de la ley 14.967. Notifíquese en forma electrónica [conf. SCBA, res. de Presidencia SP 10/2020; art. 3º, punto c), apart. 2º] y devuélvase. — Lucrecia I. Comparato. — Esteban Louge Emiliozzi. — Yamila Carrasco".

IV.4. Breve comentario

Se trata de un fallo impecable desde lo técnico y, además, muy interesante en cuanto a la problemática que las partes plantean.

V. Cesión de herencia y acreedores de la sucesión

V.1. Datos de localización del fallo

C2ªCiv. y Com. La Plata, sala I, 17/11/2020, "Bazán, Jorge Cristian y otros s/ sucesión *ab intestato*", Rubinzal Online RC J 7981/20.

V.2. Síntesis de la problemática abordada

El fallo aborda el impacto de la inscripción registral de un bien de la sucesión a favor del cesionario de derechos hereditarios, cuando el inmueble inscripto se encontraba vendido por el causante durante su vida, mediante boleto.

V.3. Extractos del fallo

"I. Antecedentes. 1.1. El juez *a quo* el 22/09/2020 rechazó la nulidad impetrada contra el auto del 01/08/2018 que ordena la inscripción del inmueble matrícula... (055), porque la nulidad peticionada excede los límites del sucesorio que ha finalizado con la inscripción del bien, de modo que los interesados deberán ocurrir por la vía pertinente, promoviendo las pretensiones procesales que estime apropiadas (2335 y ss., Cód. Civ. y Com.). Agregó que a esa fecha no se registraban gravámenes, restricciones, inhibiciones ni ninguna otra medida que afecte su disponibilidad. Rechazó también la anotación de litis peticionada, considerando que de la documentación acompañada no surgen elementos de juicio suficientes que acrediten los extremos fácticos invocados en sustento de la pretensión cautelar. 1.2. Contra esa decisión interpuso revocatoria con apelación en subsidio 27/09/2020, concedido el 29/09/2020. Se agravian los apelantes por considerar que su pretensión nulitiva no excede el ámbito del proceso sucesorio pues tiene como destino proteger sus derechos patrimoniales como adquirentes por boleto de compraventa, de buena fe y a título oneroso, del único bien del acervo hereditario, que les fue transmitido por los causantes mucho tiempo antes de que se dictara en autos la orden de inscripción o de que el heredero cediera sus derechos hereditarios, y corresponde que tal pretensión tramite ante el juez de la sucesión por el fuero de atracción. Considera que corresponde discutir ante el juez del sucesorio que el inmueble ya no estaba en el acervo hereditario al momento de realizar la cesión, por lo cual la orden de inscripción es inválida. Sostiene que la cesión de derechos no tenía contenido, es una cesión de derechos inexistentes (prevista en los arts. 1628 y 1629, Cód. Civ. y Com.), por lo que corresponde dejar sin efecto la inscripción a favor del cesionario. Finalmente se agravian por considerar que con la prueba acompañada y ofrecida corresponde que el juez dicte una cautelar que proteja sus derechos de la posible trasmisión. Solicita se anote la litis en el Registro de la Propiedad para anoticiar a los posibles subadquirentes. 1.3. Como antecedentes relevantes del presente caso, cabe destacar que el heredero legítimo realizó una cesión de los derechos hereditarios que pudieran corresponderle respecto de la sucesión de sus padres —causantes en el presente expediente— mediante escritura pública de fecha 06/07/2017 por la suma de pesos veinte mil, que fue incorporada en copia simple al expediente a fs. 199/200. El 01/08/2018 se ordenó la inscripción de la declaratoria de herederos dictada en autos a fs. 109, en forma conjunta con la cesión de acciones y derechos hereditarios obrante a fs. 169/174 y simultáneamente con la inscripción de la declaratoria de herederos ordenada a fs. 50 de los presentes, con relación al bien inmueble cuyo informe de dominio obra a fs. 182/184, título de propiedad a fs. 29/33, matrícula..., del Partido de La Plata (055). El 02/10/2018 se desglosó el título y se entregó a la Dra. Bof para inscribir el inmueble denunciado en autos. Los apelantes se presentan en fecha 17/09/2020 en carácter de acreedores de los causantes, acompañan boleto de compraventa, peticionan la nulidad del auto que ordenó la inscripción del inmueble a favor de la cesionaria de derechos y acciones hereditarios y solicitan se provea la prueba ofrecida y se ordene la inscripción a su favor. Acompañan el boleto de compraventa firmado en fecha 10/04/2011, señalan que abonaron el total del precio pactado y los trámites preescriturarios —acompañan recibo de pago del agrimensor—, pero la posesión sería trasmitida con la escritura. Agregan que la parte vendedora solicitó a fs. 47 de los presentes actuados (13/09/2011) la inscripción del inmueble denunciado y se ordenó la inscripción a fs. 54.

La escritura, a cargo del escribano Héctor R. Arrieta —acompañan borrador—, que se haría en octubre de 2011, tuvo que ser pospuesto debido a que el Sr. Roberto de Jesús Bazán sufrió un ACV, y la nueva fecha de escrituración en diciembre de 2011 tampoco pudo realizarse por problemas de salud de Adelina que luego falleció. Luego el heredero, Martin Bazán, les exigió una suma adicional para entregarles la posesión y mientras negociaban, tramitó la sucesión de sus padres, cedió los derechos hereditarios onerosamente a otra persona y logró la inscripción, pese a que se encuentra denunciada a fs. 55 que se realizaría la compraventa a su favor por tracto abreviado. Señalan que la cesión de derechos hereditarios no trasmitió el inmueble pues nadie cede un derecho mejor que el que tiene. II. Tratamiento de los agravios. II.1. El ámbito propio para que un tercero discuta la exclusión de un inmueble del acervo, es la sucesión (art. 760, Cód. Proc. Civ. y Com.). El *quid* de la cuestión es si el acreedor del derecho a escriturar puede en este estado procesal alegar y probar su derecho a la exclusión del bien, cuando ya fue inscripto. El juez implícitamente al señalar que ocurra por la vía que corresponda, entendió que su petición es extemporánea y debe iniciar su reclamo contra el heredero, por acción autónoma.

A pesar que es correcto que se denunció a fs. 55 que se realizaría la compraventa por tracto abreviado, no existe constancia en el expediente que ya se había celebrado el boleto de compraventa y quiénes serían los compradores, los apelantes no se habían presentado, por lo que el juez no podía saber, al momento de ordenar la inscripción, si el bien había salido del patrimonio. Por ende, no se aprecia algún vicio procesal que afecte a la orden de inscripción. II.2. La cesión de derechos tuvo por objeto los derechos y acciones hereditarias sobre una comunidad indivisa (art. 2302, Cód. Civ. y Com.), que hizo que el cesionario adquiera los mismos derechos que le correspondían al cedente en la herencia (art. 2304, Cód. Civ. y Com.), y, al ser onerosa, hace al cedente garante de su calidad de heredero y la parte indivisa que le corresponde en la herencia (art. 2305, Cód. Civ. y Com.), por lo que no importa el contenido patrimonial de la misma, el cual podrá variar, producto de los pagos de gastos, costas, deudas, etc. que pesan sobre la masa indivisa hereditaria. De allí que este contrato posee un *alea* natural de la cual el cesionario no puede escapar (arts. 2302 y 2305, Cód. Civ. y Com.). II.3. Sin embargo, para resolver los innumerables problemas relativos a la transmisión sucesiva del mismo inmueble, el art. 2302, inc. c), Cód. Civ. y Com., señala que la cesión de derechos hereditarios produce efectos 'respecto al deudor de un crédito de la herencia, desde que se le notifica la cesión'. Al respecto se ha sostenido que 'la cesión produce efectos desde que se le notifica la cesión de derechos hereditarios [art. 2302, inc. c), Cód. Civ. y Com.]'. Sobre este punto, debe tenerse en cuenta lo establecido por el art. 1620, Cód. Civ. y Com. —en general— que determina que 'la cesión de derechos tiene efectos respecto de terceros desde la notificación al cedido por instrumento público o privado de fecha cierta, sin perjuicio de las reglas especiales relativas a los bienes registrables'. La solución es clara y conforme a la tradición jurídica sobre la figura del deudor cedido (Herrera — Caramelo — Picasso, Código Civil y Comercial de la Nación comentado', SAIJ, t. IV). Es decir que los apelantes fueran acreedores del derecho a escriturar —lo cual debería ser objeto de conocimiento dándose traslado al heredero y abriéndose a prueba—, no surgió efectos a su respecto pues no fueron notificados, y pueden aun pedir la exclusión del bien inmueble que se le adeudaría, sin perjuicio de la oponibilidad a terceros del derecho de propiedad inscripto (sin olvidar que la inscripción posee efectos declarativos, no se transfiere un derecho mejor que el que se posee). Por ende, corresponde revocar la resolución recurrida, y ordenar formar un incidente de exclusión del inmueble, en el cual se dará oportunidad a los acreedores que alegan que no fueron notificados, de probar su mejor derecho, el cual podrá tramitar en el mismo expediente o por separado según el juez considere más útil y económico. III. Como consecuencia de lo expuesto, y atento que el subadquirente de buena fe no puede ser alcanzado en caso de triunfar los apelantes en su reclamo, existe *prima facie* verosimilitud del derecho y peligro en la demora para la anotación de litis en el registro, que solo persigue que terceros de

buena fe se anoticien que existe un reclamo sobre el inmueble, sin inmovilizarlo. En ese sentido la medida de anotación de la litis es procedente cuando la pretensión discutida en el proceso pudiera tener como consecuencia la modificación de una inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble (art. 229, Cód. Proc. Civ. y Com.). Por ello, se revoca la resolución apelada en cuanto considera que no puede tramitar en esta sucesión el reclamo de los apelantes, ordenándose formar un incidente de exclusión del inmueble del acervo (art. 760, Cód. Proc. Civ. y Com.), y se la revoca en cuanto rechaza la cautelar, ordenando la anotación de la litis en la matrícula... (055) del Registro de la Propiedad Inmueble (art. 229, Cód. Proc. Civ. y Com.), lo que se efectivizará en la instancia de origen. Costas por su orden por haber sido el agravio generado de oficio (art. 68 del Cód. Proc. Civ. y Com.). Reg. Notifíquese en los términos del art. 1º de la Ac. SCBA 3991 del 21/10/2020 al apelado luego de trabada la medida (art. 198 del Cód. Proc. Civ. y Com.). Sosa Aubone, Ricardo Daniel — López Muro, Jaime Oscar".

V.4. Breve comentario

No compartimos los fundamentos del fallo. Comenzamos por destacar que el adquirente por boleto de un bien hereditario vendido en vida por el causante es un acreedor de la sucesión, motivo por el cual no corresponde que se le notifique la cesión de herencia. La oponibilidad surge de la incorporación del instrumento de cesión al expediente sucesorio [art. 2302, inc. b)].

Asimismo, si voluntariamente el cesionario no pretendía otorgar la escritura pública, el comprador debía iniciar un juicio de escrituración, trabando medidas cautelares en el sucesorio con el fin de que el bien no fuera vendido.

Compartimos el criterio del *a quo* respecto de que no es posible que un acreedor plantee la exclusión del bien del inventario, que es un acto exclusivo de los herederos. Sí —como explicamos— puede iniciar las acciones y trabar las cautelares en el sucesorio como acreedor.

VI. Objeto de la cesión de herencia

VI.1. Datos de localización del fallo

C2ªCiv. y Com. La Plata, sala I, 29/09/2020, "Salas, Elba Dora s/ sucesión *ab intestato*", Rubinzal Online 127725, RC J 7435/20.

VI.2. Síntesis de la problemática abordada

Se realiza una cesión de herencia sobre un bien determinado, lo que desnaturaliza este contrato, que solo comprende el todo o parte de la universalidad llamada herencia.

VI.3. Extractos del fallo

"Que la Sra. juez *a quo* el 18/05/2020, digitalmente, resolvió no hacer lugar a la inscripción de la cesión de herencia instrumentada en escritura al considerar que el acto instrumentado no es una cesión de herencia en los términos del art. 2302 del Cód. Civ. y Com.; por lo tanto resulta indisponible para las partes, como así también por lo previsto en el art. 2309 del mismo cuerpo legal. Interpuesto por la cesionaria recurso de revocatoria con apelación en subsidio contra dicha decisión, la primera es rechazada por extemporánea el 03/06/2020 (art. 238, Cód. Proc. Civ. y Com.). Se agravia la recurrente por cuanto desconoce la universalidad de los bienes integrantes del acervo hereditario de la causante de autos; que solo existe un heredero declarado, su cedente; que siendo la cesión de autos onerosa y debiendo en consecuencia guiarse por las reglas de una compraventa (art. 2309, Cód. Civ. y Com.) sus efectos de una u otra manera estarán condicionados a que el inmueble cedido le sea atribuido al cedente en la partición; y que mantener lo decido implicaría seguir siendo cotitular registral de un inmueble, del que ya lo es en las 5/6avas partes, con el cedente —heredero de la titular causante de autos— por el 1/6 restante. II. Que no hay duda que puede inscribirse una declaratoria de herederos juntamente con la cesión de derechos hereditarios (arts. 1618 y 2302 y ss., Cód. Civ. y Com.). No obstante el motivo del rechazo por la Sra. juez *a quo* de la inscripción de la cesión es que el acuerdo instrumentado tiene un objeto diferente a la herencia o a una parte alícuota de ella al tratarse de un bien determinado. III. Que cabe señalar entonces que la cesión

de derechos hereditarios es el contrato por el cual un heredero, cedente, transmite a un coheredero o a un tercero, cesionario, la universalidad jurídica —herencia— o una cuota de ella, sin consideración especial de los elementos singulares que la componen (Maffía, Jorge O., 'Tratado de las sucesiones', 2ª ed., Ed. AbeledoPerrot, 2010, t. I, p. 422, citando a Azpiri, Jorge O., 'Derecho sucesorio', Ed. Universidad de Belgrano — Hammurabi, 2006, ps. 311/312). Siendo así acertado considerar que siendo que el cesionario se coloca en el mismo lugar del cedente, sucediendo en la posición jurídica de este, ejerciendo todos los derechos y acciones que le correspondían al transmitente en el proceso, es que se requiere con carácter previo, y de manera imprescindible que el cedente sea un heredero. Es que recién cuando el 'heredero' adquiere la herencia, se convierte en *dominus hereditatis* y por este motivo se encuentra legitimado para realizar actos de disposición del contenido del acervo hereditario acudiendo a cualquiera de los distintos tipos de negocios jurídicos mediante los cuales se admite la transmisión de un derecho a otra persona. Así el heredero puede transmitir la totalidad del contenido económico de la herencia gratuitamente y sin recibir nada a cambio o permutarla a cambio de otras cosas o derechos de carácter patrimonial, o cederla como contrapartida por las concesiones que recibe del adquirente en el ámbito de una determinada transacción. Ahora bien, el art. 2309 del Cód. Civ. y Com. dispone que no son aplicables a la cesión de derechos sobre bien determinado las disposiciones del título referidas a la cesión de herencia, sino las del contrato que le corresponda que sin dudas en el caso serían las de la compraventa (arts. 1123 y ss. del Cód. Civ. y Com.). En definitiva, la cesión de un bien determinado es un contrato que tiene la finalidad de trasmitir los derechos hereditarios sobre un determinado bien, no las cosas, y solo puede disponerlo quien es heredero. IV. Que en el caso en examen por el fallecimiento de la causante Elba Dora Salas se declaró heredero universal a su hijo Carlos Alberto Caponera el 03/09/2004, quien cedió sus derechos hereditarios sobre la parte indivisa del inmueble sito en la calle... nro.... de La Plata a la apelante mediante escritura pública pasada ante el notario Pablo A. Rivera Cano, titular del Registro 498 de La Plata el 23/12/2019, que acompaña a la presentación electrónica del 14/05/2020. Se advierte entonces de la documentación que la cesión recae sobre un bien concreto, y que además, es onerosa, habiéndose realizado con posterioridad a su declaración como único heredero. En casos como el que nos ocupa se ha sostenido que el acto notarial no participa de los caracteres de la cesión de derechos hereditarios —que recae sobre la universalidad de la herencia o sobre una parte alícuota de la misma— sino que consiste en un negocio jurídico que se rige por las reglas de la compraventa, y como tal, al tratarse de la transmisión de un derecho real sobre un inmueble determinado solo se juzga perfeccionada mediante la inscripción registral (CC0100 SN 13321 I 17/10/2019). Siendo esta inscripción precisamente la cuestión a resolver, sobre la base de todo lo expuesto se destaca de un lado que más allá de la calificación que las partes hayan dado al acto que técnicamente no es una cesión de herencia, siendo que aquella recayó sobre un bien determinado, se la regulará por las reglas de la compraventa. De otro lado, que produciendo tal acto efectos desde su celebración, legitima al cesionario para reclamar la entrega de la cosa o ser adjudicado. Y si bien ello lo será, luego de la partición y/o adjudicación a la que está sujeta (art. 2309 cit., *in fine*), toda vez que será recién allí que el cedente revista el carácter de titular del derecho real, la circunstancia de tratarse de un solo y único heredero el aquí cedente, conduce a dar, sin más, favorable acogida a la inscripción solicitada. Por ello, se revoca la resolución digital apelada del 18/05/2020 y se hace lugar a la inscripción de la cesión de acciones y derechos hereditarios realizada por Carlos Alberto Caponera en favor de Susana Beatriz del Franco sobre la parte indivisa (1/6avas partes) del inmueble sito en la calle... nro.... de La Plata, ordenándose su inscripción conjuntamente con la declaratoria de herederos. Costas de Alzada en el orden causado atento tratarse de agravios generados de oficio y resultado alcanzado (arts. 68, 69, Cód. Proc. Civ. y Com.). Reg. Not. Dev. Sosa Aubone, Ricardo Daniel — López Muro, Jaime Oscar".

VI.4. Breve comentario

El fallo resulta impecable. Puede agregarse que esta situación aparece regulada en el

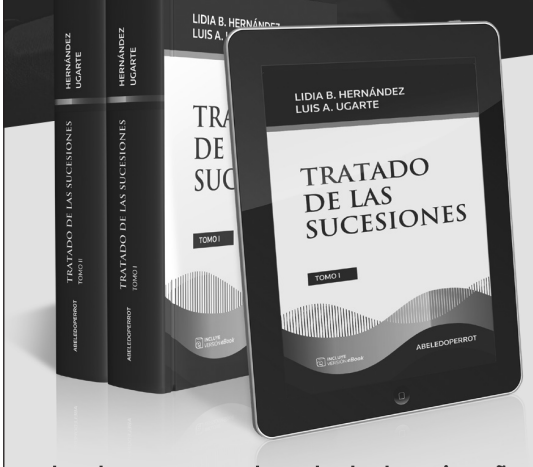
art. 2309 del Cód. Civ. y Com., que expresa: "*Cesión de bienes determinados.* La cesión de derechos sobre bienes determinados que forman parte de una herencia no se rige por las reglas de este Título, sino por las del contrato que corresponde, y su eficacia está sujeta a que el bien sea atribuido al cedente en la partición".

ABELEDOPERROT

Información confiable
que avala tus argumentos.

LANZAMIENTO

TRATADO DE LAS SUCESIONES



Lidia B. **Hernández**
Luis A. **Ugarte**

2 Tomos + e*Book*

La obra presenta el resultado de varios años de estudio en referencia a las inquietudes sobre la sanción del nuevo Código Civil y Comercial. Si bien no existen todavía líneas jurisprudenciales interpretativas del ordenamiento vigente desde el 2015, la publicación cita los fallos más importantes, así como la opinión de prestigiosos autores. También se ofrece una reseña de la doctrina desarrollada en los años de vigencia del Código de Vélez Sarsfield.

En algunos supuestos se abordan ejemplos y casos prácticos para aplicar los conceptos dados. La jurisprudencia consignada figura en el desarrollo de cada punto y también se citan las recomendaciones aprobadas en las principales reuniones académicas, como las Jornadas Nacionales de Derecho Civil.

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
LA LEY

Información confiable
que avala tus argumentos.

LANZAMIENTO
TRATADO DE LA RESPONSABILIDAD POR DAÑOS EN MATERIA DE FAMILIA

Directores: Gonzalo Javier **Gallo Quintian**, Marcela Virginia **Panatti**, María Soledad **Pennise Iantorno** y Gabriel Hernán **Quadri**

3 Tomos + *eBook*

Contiene códigos QR con material adicional.

Esta obra colectiva aborda las distintas situaciones que en lo cotidiano, dentro del ámbito familiar o afectivo, pueden generar algún tipo de daño que requiera una reparación ulterior o la activación de mecanismos de prevención. La publicación se enfoca en dos grandes ejes: el deber de reparar el daño causado y la preservación de los vínculos familiares, sobre todo cuando la víctima del daño producido sea un niño o un adolescente. Asimismo, ante el contexto actual, la obra también aborda en algunos de los capítulos los temas pertinentes a las consecuencias jurídicas relacionadas con el COVID-19 como lo son, por ejemplo, las cuestiones referidas a la situación actual familiar, la protección en materia de violencia familiar, la salud mental, los adultos mayores, el régimen de comunicación, de prescripción, de prueba, entre otros

ESCANEE EL CÓDIGO QR
y acceda al índice interactivo de la colección.
Comience a leer el primer capítulo.

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
LA LEY™

Información confiable
que avala sus argumentos.

TRATADO DEL DERECHO DE SUCESIÓN

5.ª edición actualizada y ampliada

Héctor Roberto Goyena Copello

2021

3 Tomos
Disponibles en
papel y *eBook*.

Esta obra es un clásico del Derecho Sucesorio, como así también su autor que, por su trayectoria y reconocimiento, es el especialista más destacado en el mercado en todo lo que refiere a sucesión. Sus obras han sido siempre un éxito. Hoy, a más de 5 años del nuevo Código Civil que modificara tan ampliamente todo lo referente al Derecho Sucesorio, presentamos esta quinta edición completamente actualizada, la cual incorpora la nueva doctrina con sus fundamentos.

Debido a los cambios que ha sufrido el Derecho Sucesorio, el autor desarrolla todos los institutos del mismo con análisis de conjunto y claridad en su interpretación para poder llevar soluciones a nuestros lectores. La obra que hoy presentamos trata integralmente el Derecho Sucesorio, citando además los fallos más importantes, desarrollando en forma exhaustiva y sistemática todas las instituciones de la materia.

Adquirí la obra llamando al
0810-266-4444 o ingresando en
www.tienda.thomsonreuters.com.ar

THOMSON REUTERS®

Seguí nuestra página
de **Linkedin** con contenido
específico para abogados.

ThomsonReutersLaLey
@TRLaLey
ThomsonReutersLatam
ThomsonReutersLatam