RDF

DERECHO DE FAMILIA

REVISTA INTERDISCIPLINARIA DE DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

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

Octubre | 2021-V

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 septiembre 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)

Vicedirectora
Ida Scherman

Secretarias de redacción
María Bacigalupo de Girard
Natalia de la Torre

Octubre | 2021-V

JURISPRUDENCIA

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

PROTECCIÓN DE PERSONAS EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD
Pensión no contributiva solicitada por una mujer transtrabajadora sexual que padece HIV. Realidad desesperanzada. Ponderación de la incapacidad social para acceder al mercado laboral formal. Necesidad de juzgar con perspectiva de género. Procedencia 3

Incapacidad social:¿un reconocimiento de derechoso una nueva forma de patologizarlas identidades disidentes?
Bruno E. Cassán 12

ABUSO SEXUAL INFANTIL
Importancia del relato de la víctima. Agravantes. Persona ascendente. Víctima menor de edad. Situación de convivencia 18

Testimonio de los menores víctimas de abuso sexual:cómo valorar la retractaciónde la denuncia inicial
Mariel V. Schneider 33

INTERRUPCION VOLUNTARIA DEL EMBARAZO
Cuestionamiento de la constitucionalidad de la ley 27.610. Proceso colectivo. Competencia territorial 43

Ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo y competencia federal
Andrés Gil Domínguez 50

IDENTIDAD DE GÉNERO
Persona con discapacidad. Enfermedad degenerativa. Restricción de la capacidad. Designación de apoyo. Internación 53

Vehiculización y ejercicio del derecho a la identidad en el marco de un proceso de determinación de capacidad
Sebastián Mastai 62

SUSPENSIÓN DEL JUICIO A PRUEBA
Imputado adolescente. Monto de la pena. Cumplimiento de las reglas de conductas. Incorporación 69

Un fallo inclusivo y a medida: sistema penal juvenil y derecho indígena
Edgardo Enrique Frutos - Elba Érika Delgado Solis 75

LENGUAJE ANDROCÉNTRICO EN ESCRITOS JUDICIALES
Alimentos a favor de los hijos. Contestación de demanda con discurso ofensivo y humillante hacia la mujer. Cultura patriarcal. Orden dada al demandado de respetar la dignidad de la actora en futuras presentaciones y a su abogado de realizar capacitaciones en cuestiones de género 81

Una vez más, la violencia simbólica en los procesos de alimentos. El rol del abogado y del juez en la deconstrucción de roles y estereotipos de género
María Eugenia Pérez Hortal - Verónica Carolina Velasco 91

VIOLENCIA INFANTIL
Interés superior del niño. Reintegro de los menores a su hogar..... 100

Sistema de protección integral de la niñez: control de legalidad. Rechazo de la prórroga de la medida excepcional de protección de derechos
Leticia Ayelén Menéndez 107

VIOLENCIA OBSTÉTRICA
Historia clínica con datos falsos. Violación al deber de información. Consentimiento informado. Derecho a un parto humanizado 114

Violencia obstétrica y poderes biomédicos: dúo dinámico
Soledad Deza 133

IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD
Adolescente que no quiere saber su origen biológico. Interés superior. Protección de la realidad familiar..... 147

Identidad, filiación e interés superior del niño
María A. Mora 155

ALIMENTOS
Familiares obligados. Tía paterna. Obligación subsidiaria a los parientes determinados por el Código Civil y Comercial. Valoración de la situación patrimonial del obligado..... 160

Alimentos entre parientes:¿deben los tíos alimentos a los sobrinos menores de edad?
Susana M. Squizzato..... 164

ADOPCIÓN
Mujer embarazada que manifestó su deseo de no maternar y que el niño no permanezca en el seno de la familiar de origen. Autonomía de la persona. Interés superior del niño 173

Aparentes tensiones entre la autonomía de las mujeres y el interés superior del niño, en un caso de adopción
Silvina Karakasis - María Marcela Pájaro..... 183

GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN
Pareja unida en unión convivencial. Autorización de la práctica. Efectos. Inscripción 193

Algunas tensiones en el derecho ante la doble gestación por sustitución llevada adelante por la misma gestante
Paola Dauria - Romina Tissera Costamagna..... 202

SANCIONES DISCIPLINARIAS
Nulidad. Sentencia arbitraria. Actuación de profesionales en relación con prácticas de abortos no punible 211

Diálogos, interrogantes y dudas a partir de un precedente jurisprudencial
Valeria Durán de Kaplan 217

IDENTIDAD DE GÉNERO
Rechazo de la acción de amparo por planteo conjetural. Rectificación de DNI por cambio de género 223

Actos de justicia y actos de género: la teoría (jurídica) sí importa
Emiliano Litardo 226

JURISPRUDENCIA ANOTADA EXTRANJERA

DERECHO A UNA MUERTE DIGNA
Mujer que padece polimiositis. Enfermedad autoinmune, incurable, degenerativa y progresiva. Inaplicación del art. 112 del Código Penal peruano. Homicidio piadoso. Principio del doble efecto. Excepción legítima de no punibilidad. Orden dada al Ministerio de Salud de respetar la decisión de la demandante de poner fin a su vida. Procedimiento técnico de la eutanasia 235

Capacidad, legitimación y derechos de niñez y adolescencia: jurisprudencia en materia de *habeas corpus* en El Salvador
Alex D. Marroquín Martínez 278

HABEAS CORPUS
Mujer privada de libertad. Prisión preventiva. Designación de juez para control de la decisión. Perspectiva de género. Estado de vulnerabilidad de la detenida. Responsabildad por dos hijos menores de edad. Medidas ejecutadas en la Pandemia. Legitimación activa de la hija menor de edad para iniciar la acción 286

Eutanasia: un debate complejoy necesario
María Eugenia Rodríguez Pería 290

ACTUALIDADES

Actualización en derecho sucesorio 2/2021
Mariana B. Iglesias 303

Síntesis de jurisprudencia de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires 2/2021
María Julia Navas Roggero - Leonardo R. Víttola 338

Región litoral
Silvia L. Esperanza 350

JURISPRUDENCIA ANOTADA

PROTECCIÓN DE PERSONAS EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD

Pensión no contributiva solicitada por una mujer transtrabajadora sexual que padece HIV. Realidad desesperanzada. Ponderación de la incapacidad social para acceder al mercado laboral formal. Necesidad de juzgar con perspectiva de género. Procedencia.

Con nota de Bruno E. Cassán

1. — Corresponde hacer lugar a la demanda interpuesta por una mujer trans trabajadora sexual que padece HIV y ordenar a la demandada que proceda a la concesión de la pensión no contributiva, pues aquella se encuentra en situación de vulnerabilidad social, excluida del mercado laboral formal, situación que se ha visto agravada debido al aislamiento preventivo social y obligatorio consecuencia de la pandemia por el virus COVID-19. No es posible ignorar que, sin la intervención estatal se pone en riesgo la vida y salud de la accionante por la carencia absoluta de medios para sustentarse.

2. — Más allá de los deseos y la voluntad de la actora de conseguir un empleo en el mercado laboral formal, su situación de marcada vulnerabilidad minimiza las posibilidades de acceso al mercado laboral al punto tal de resultar las mismas inexistentes en la realidad. Se encuentra acreditado en la causa que la actora debió ejercer la prostitución como modo de subsistencia siendo que esto la expuso a complejas situaciones de riesgo y violencia física y psicológica. Surge de manera palmaria la realidad desesperanzada en la cual se encuentra inmersa, producto de la precarización laboral y de la discriminación y el sesgo que sufre como consecuencia de su identidad sexual y de las patologías médicas que padece.

3. — El objeto del presente proceso —en el caso, destinado a obtener una pensión para una persona en situación de vulnerabilidad— excede los estándares establecidos por la normativa vigente, que condicionan el acceso a la tuición estatal, a un porcentaje de incapacidad biológica específico, ya que esto luce insuficiente para dar efectividad a la protección de la vida, la salud y la dignidad de grupos como los que integra la actora, claramente vulnerable y objeto de tutela por parte de todos los poderes del estado.

4. — La incapacidad laboral debe analizarse desde una óptica integral considerando la realidad de la persona que solicita la tutela del Estado como un todo, y dirimir si, frente a esta realidad, existe una posibilidad cierta de acceder al mercado laboral formal a los fines de obtener el propio sustento económico. Debe ponderarse no solo la incapacidad física de la persona sino también la incapacidad social, ya que, encontrándose inmersa en una sociedad que la excluye por su identidad de género y las condiciones médicas que la aquejan, difícilmente podrá acceder al mercado laboral que tanto ansía con independencia de su voluntad de hacerlo.

5. — El argumento expuesto tanto por la demandada como por el a quo referido a que la amparista no ha probado verse impedida de trabajar por no acreditar el porcentaje mínimo de incapacidad física del 76% exigido por la normativa vigente no resulta suficiente a los fines de dirimir acerca del rechazo de pedido destinado a obtener una pensión no contributiva por una mujer trans en situación de vulnerabilidad.

6. — Resulta inadmisible en el presente caso correr la mirada ante la probada dificultad de ingreso al mercado de trabajo, con la consecuente ausencia de medios para subsistir, y la precariedad habitacional y sanitaria en la que se encuentra la amparista —en el caso, una mujer trans en situación de vulnerabilidad que solicita una pensión no contributiva—, lo cual la coloca en una crítica situación de necesidad de asistencia que no debe ser desoída, ya que ello conllevaría juzgar de manera ciega y basada en estrictos rigores formales, situaciones que demandan de los sentenciantes una sensibilidad social de mayor envergadura.

7. — Juzgar con perspectiva de género no resulta una “opción” y mucho menos una “cuestión” que debe ser introducida o solicitada en la demanda. Juzgar con perspectiva de género es un imperativo moral y ético que ha sido instituido y reglamentado internacionalmente y al cual nuestro país ha adherido por resultar indispensable a los fines de alcanzar un parámetro de justicia que no se quede solo en la letra de la ley, sino que trascienda hacia los justiciables en concreto.

8. — La existencia de un derecho social como derecho pleno no depende únicamente de la conducta cumplida por el Estado, sino también de la existencia de un Poder Judicial al cual pueda acudir el titular del derecho en caso de incumplimiento de la obligación debida.

9. — La necesidad de abordar los casos con perspectiva de género que aparece en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se deriva de los compromisos internacionales asumidos por el Estado argentino relativos a las declaraciones sobre derechos humanos, a los estándares internacionales fijados por los respectivos órganos de aplicación y control, y a la normativa nacional existente, que les otorga carácter constitucional. No resulta la imposición de una ideología o una "cuestión" disponible sino de la consideración de un abordaje que permita aportar soluciones adecuadas a la conflictividad propia de cada caso. No es más que un criterio de justicia para el caso en concreto.

10. — El argumento sostenido por la demandada consistente en que la "cuestión de género" no fue introducida en la demanda —en el caso, ante un pedido de pensión por una mujer trans en situación de vulnerabilidad—, no puede tener asidero alguno en el presente caso.

11. — No debe soslayarse que la vulnerabilidad de la amparista y la necesidad de que el Estado procure la efectividad en la realización de los derechos humanos se ve exacerbada por la situación que se vive en el país y en el mundo como consecuencia de la pandemia causada por el virus COVID-19. En este caso puntual se encuentra plasmado con meridiana claridad la afectación concreta de la pandemia sobre las condiciones, de por sí ya desesperantes, de los grupos vulnerables.

12. — Atento las particularidades del caso, si bien no se ha acreditado el porcentaje de incapacidad física del 76% requerida por la norma para acceder al beneficio de la seguridad social solicitado, el análisis respecto de la imposibilidad de acceder al mercado laboral debe efectuarse integralmente, es decir, ponderando la situación social, económica, familiar, de salud, entre otras, expuestas por la amparista (del voto del Dr. Sánchez Torres).

CFed. Córdoba, sala B, 12/04/2021. - O., B. N. c. Estado Nacional – Agencia Nac. de Discapac. s/ amparo ley 16.986.

[Cita on line: AR/JUR/7444/2021]

Expte. N° FCB 38979/2019/CA2

1ª Instancia.- Córdoba, abril 12 de 2021.

La doctora *Navarro* dijo:

I. De una breve reseña de la causa, tenemos que, la señora B. N. O., con el patrocinio letrado de la Defensoría Oficial, inicia formal acción de amparo en contra del Estado Nacional - Agencia Nacional de Discapacidad, con el fin de que el tribunal ordene a dicha entidad y/o la repartición, razón social, agencia o persona jurídica estatal que la sustituya o resulte responsable, liquide y efectivice la pensión no contributiva que por derecho le corresponde, de forma retroactiva al inicio del trámite administrativo en dicha repartición (ver fs. 8 /16 vta.).

Refiere que es una persona trans que padece HIV y que es trabajadora sexual porque no ha tenido posibilidad de acceder al mercado laboral formal. Entiende que, como consecuencia de lo expuesto, resulta ser una persona objetivamente vulnerable en los términos de la Reglas de Brasilia y con desventaja considerable para integrarse social y laboralmente a la comunidad.

Relata que solicitó en la repartición correspondiente, se le asignara una pensión no contributiva que fue rechazada por no reunir los requisitos del Decreto 432/1997. Expone acerca de los derechos constitucionales que considera vulnerados con esta denegatoria citando, a tal fin, normativa y jurisprudencia atinente al caso. Ofrece pruebas y hace reserva del caso federal.

Asimismo, solicita medida cautelar a fin de que se ordene la inclusión en las nóminas y/o programas correspondientes para poder percibir de inmediato alguna clase de beneficio social.

Presentado por la parte demandada el informe previsto por el art. 4 de la ley 26.854, se rechaza la medida cautelar peticionada por falta de verosimilitud del derecho invocado (fs. 36). Dicho rechazo es confirmado por esta Alzada con fecha 03/06/2020.

Luego de tramitada la causa, con fecha 14/12/2020, se emite sentencia de fondo rechazando el amparo iniciado, lo cual es apelado por la amparista con fecha 16/12/2020. Contestados los agravios por la parte demandada con fecha 21/12/2020, se eleva la causa por ante esta Alzada y contestada la vista corrida al Ministerio Público Fiscal, se dicta, con fecha 30/12/2020, el decreto de autos que deja la causa en condiciones de ser resuelta.

II. Los agravios de la recurrente pueden ser sintetizados de la siguiente manera: en primer lugar, se agravia por cuanto considera que la decisión apelada constituye una clara denegación de justicia, que afecta un conjunto extenso de derechos constitucionales, convencionales y legales que la asisten, tildando al decisorio de esencialmente injusto y carente de argumentación y fundamentación lógica y legal. Alude a la vulneración de los principios de igualdad y no discriminación, apartamiento de los principios de legalidad y razonabilidad y afectación del debido proceso adjetivo y sustantivo por cuanto considera

que en la sentencia se efectuó un análisis de estricto rigor formal sobre la normativa aplicable sin tener en cuenta las particulares circunstancias en las que se encuentra. Asimismo, denuncia violación a la tutela judicial efectiva, al derecho de defensa y el debido proceso motivados en la falta de valoración adecuada de las probanzas aportadas que daban cuenta de los condicionantes sociales de su salud a más de la mera apreciación biológica de la incapacidad laborativa. Por último, se agravia por entender que no se juzgó el presente caso con perspectiva de género y que, por el contrario, se utilizaron expresiones y argumentos en el sentido opuesto y teñidos de un sesgo discriminatorio y contrario a la más reciente jurisprudencia aplicable en la materia. Cita normativa nacional e internacional que considera relevante como así también la jurisprudencia que entiende aplicable. Hace reserva del caso federal.

Por su parte, la demandada solicita el rechazo de los agravios manifestados por entender que no logran conmover lo expresado en la sentencia de grado. Reitera que la actora no ha cumplido ni acreditado el último requisito del art. 9 de la ley 13.478: la imposibilidad de trabajar. Agrega que el hecho de encontrarse infectada con HIV no necesariamente acarrea una incapacidad total y permanente. Por último plantea que la cuestión de género no fue invocada en la demanda y que es introducida en esta instancia con el fin de refutar la sentencia desviando la cuestión tratada en el expediente administrativo que es el grado de imposibilidad para trabajar.

III. Que, efectuada la reseña de los agravios y su contestación cabe ingresar al tratamiento de la cuestión debatida que se circunscribe a analizar la procedencia o improcedencia de otorgamiento a la accionante de la pensión no contributiva solicitada.

A los fines de dirimir su rechazo, el Juez *a quo* tomó basamento en la circunstancia de no encontrarse probado en autos el porcentaje de incapacidad laboral del 76% que prevé la normativa aplicable a los fines de acceder a este tipo de beneficios de la seguridad social.

La Ley 13.478 establece, en su artículo 9°, lo siguiente: "Facultase al Poder Ejecutivo a otorgar en las condiciones que fije la reglamentación una pensión inembargable a toda persona sin suficientes recursos propios, no amparada por un régimen de previsión, de setenta o más años de edad o imposibilitada para trabajar".

Luego, el Decreto 432/1997, reglamentario del art. 9 de la ley citada, impone, en su artículo 1° y en lo que aquí interesa, lo siguiente: "Podrán acceder a las prestaciones instituidas por el Artículo 9° de la Ley 13.478 modificado por las Leyes Nros. 15.705, 16.472, 18.910,20.267 y 24.241, las personas que cumplan los siguientes requisitos: (...) b) Encontrarse incapacitado en forma total y permanente, en el caso de pensión por invalidez. Se presume que la incapacidad es total cuando la Invalidez produzca en la capacidad laborativa una disminución del setenta y seis (76 %) o más. Este requisito se probará mediante certificación expedida por servicio médico de establecimiento sanitario oficial, en el que deberá indicarse la clase y grado de incapacidad. Dicha certificación podrá ser revisada y/o actualizada toda vez que la autoridad de aplicación lo crea conveniente...".

De esta manera, nos encontramos ante la situación de una persona que no posee el certificado de incapacidad que requiere la reglamentación pertinente.

Ahora bien, existen diversas cuestiones a considerar en virtud de las particularidades que rodean el presente caso.

IV. Que, en primer lugar, no debe soslayarse que existen, además, diversas normas de rango constitucional y supraconstitucional que amparan, o deberían amparar si fueran aplicadas en el caso concreto, la situación por la que atraviesa la aquí accionante.

Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos establece en su artículo 25.1 que: "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; 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".

Por su parte, el artículo XI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre expresa que: "Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad".

A su vez, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales prevé en su artículo 9 que: "Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social".

Así, al fijar los contenidos mínimos del referido artículo 9, en la Observación General N° 4, de fecha 13 de diciembre de 1991, se señaló que "El derecho a la seguridad social es de importancia fundamental para garantizar a todas las personas su dignidad humana

cuando hacen frente a circunstancias que les privan de su capacidad para ejercer plenamente los derechos reconocidos en el Pacto. El derecho a la seguridad social incluye el derecho a obtener y mantener prestaciones sociales, ya sea en efectivo o en especie, sin discriminación (...). La seguridad social, debido a su carácter redistributivo, desempeña un papel importante para reducir y mitigar la pobreza, prevenir la exclusión social y promover la inclusión social. De conformidad con el párrafo 1 del artículo 2 del Pacto, 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 artículo 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". Luego, dentro del elenco de medidas que enumera de manera ejemplificativa, describe la siguiente: "Los planes no contributivos, como los planes universales (que en principio ofrecen la prestación correspondiente a toda persona expuesta a un riesgo o situación imprevista particular) o los planes de asistencia social destinados a determinados beneficiarios (en que reciben las prestaciones las personas necesitadas). En casi todos los Estados habrá necesidad de planes no contributivos, ya que es poco probable que pueda proporcionarse la protección necesaria a todas las personas mediante un sistema basado en un seguro" (Observación General 19, párrafos 1° a 4°).

Por su parte, el párrafo 16 de la Observación prevé que: "...los Estados Partes deben tratar de ofrecer prestaciones para sufragar la pérdida o falta de ingresos debida a la incapacidad de obtener o mantener un empleo adecuado".

Y el párrafo 31 agrega 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...".

Por último, el párrafo 50 impone a los Estados Partes la obligación de hacer efectivo el derecho a la seguridad social en los casos de personas o grupos que no estén en condiciones, por motivos que se consideren razonablemente ajenos a su voluntad, de ejercerlo por sí mismos dentro del sistema de seguridad social existente con los medios a su disposición. Expone que se deberán adoptar planes no contributivos u otras medidas de asistencia social para prestar apoyo a las personas y los grupos que no puedan hacer suficientes cotizaciones para su propia protección y que se debe velar especialmente porque el sistema de seguridad social pueda responder en las situaciones de emergencia.

A más de ello, el párrafo segundo del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece que: "Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, 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".

Y la Observación General N° 20 especifica, en su párrafo 8 ° lo siguiente: "Para eliminar la discriminación en la práctica se debe prestar suficiente atención a los grupos o individuos que sufren injusticias históricas o son víctimas de prejuicios persistentes en lugar de limitarse a comparar el trato formal que reciben las personas en situaciones similares".

El párrafo 27° explicita que: "El carácter de la discriminación varía según el contexto y evoluciona con el tiempo. Por lo tanto, la discriminación basada en "otra condición social" exige un planteamiento flexible que incluya otras formas de trato diferencial que no puedan justificarse de forma razonable y objetiva y tengan un carácter comparable a los motivos expresos reconocidos en el artículo 2.2. Estos motivos adicionales se reconocen generalmente cuando reflejan la experiencia de grupos sociales vulnerables que han sido marginados en el pasado o que lo son en la actualidad"

Por último, el párrafo 32° se explaya de la siguiente manera: "En "cualquier otra condición social", tal y como se recoge en el artículo 2.2 del Pacto, se incluye la orientación sexual. Los Estados partes deben cerciorarse de que las preferencias sexuales de una persona no constituyan un obstáculo para hacer realidad los derechos que reconoce el Pacto, por ejemplo, a los efectos de acceder a la pensión de viudedad. La identidad de género también se reconoce como motivo prohibido de discriminación. Por ejemplo, los transgénero, los transexuales o los intersexo son víctimas frecuentes de graves violaciones de los derechos humanos, como el acoso en las escuelas o en el lugar de trabajo".

Esta normativa constituye, a mi entender, el marco básico en el cual corresponde encuadrar la petición concreta de la amparista por resultar plenamente aplicable y pertinente a los fines de resolver la cuestión traída a estudio.

V. Que, establecido el marco normativo y efectuando el estudio concreto de la causa, es dable afirmar,

en primer lugar, que no se encuentra controvertido en la presente causa que B.N.O. es una persona trans, que es portadora de HIV desde el año 2015, y que, además, ha sido diagnosticada por hepatitis A, sífilis y toxoplasmosis, a más de las infecciones de partes blandas que posee en su cuerpo asociadas a la silicona. Todo ello surge del certificado emitido con fecha 16/10/2019 por el Dr. Luis R. Allende, Médico Infectólogo, que se encuentra glosado en la causa, como así también, la historia clínica aportada por Medicina Preventiva de la Municipalidad de Córdoba.

Luego, en el Informe del Servicio de Infectología del Hospital de Clínicas se describe que: "En referencia a la paciente y en función de los datos que se me suministraron puedo inferir que la paciente tiene diagnóstico de infección por VIH desde el mes de mayo de 2015, siendo en ese momento su recuento de CD4 de 1144/mm 3-25%. Ha recibido TARV desde el año 2017 y aparentemente lo reinicia en julio de 2019. La fecha de los análisis presentados es hasta abril de 2019.

En ese período (2015-2019) se objetiva que, si bien sus niveles absolutos y porcentaje de CD4 han disminuido, no se encuentran por debajo de los 200 cel/mm 3. También se evidencia en los resultados otra infección de transmisión sexual, sífilis; como así también infección por Toxoplasmosis (anticuerpos IgG positivos), haber padecido hepatitis A en algún momento de su vida y estar inmunizada para hepatitis B".

Por otro lado surge, del informe del Equipo Interdisciplinario del Ministerio de la Defensa efectuado con fecha 28 /04/2020 por el Dr. Sandro Rodríguez, la Lic. en Trabajo Social Silvina Fajreldines y la Lic. en Psicología Sara Malek, que B.N.O. es una mujer trans de 30 años de edad que, desde su infancia atravesó situaciones de carencia económica y contención emocional en su ámbito familiar. Que ejerce, desde su adolescencia, trabajo sexual en la vía pública producto de las situaciones de exclusión social a las cuales ha estado expuesta desde temprana edad, y que resulta su único medio de subsistencia posible. Que este tipo de actividad laboral ha sido el causante de las patologías físicas que la aquejan. Que en la actualidad convive con una amiga en una vivienda precaria compuesta de un ambiente multifuncional sin puertas divisorias ni instalaciones sanitarias y que los escasos ingresos económicos que obtenía con anterioridad a la pandemia, luego de decretado el aislamiento obligatorio, han cesado por completo por la imposibilidad de ejercer su actividad, lo cual la ha llevado a vender objetos personales y solicitar "fiado" en el mercado del barrio a los fines de alimentarse, refiriendo, por último: "ya no tenemos ni para vivir". Asimismo, da cuenta de la situación económica de su familia, constituida por su madre enferma y cinco hermanos, la cual es idéntica a la de ella. Declara que, si bien tiene afecto por ellos, no los frecuenta debido a su trabajo y a los sentimientos de culpa por no poder ayudarlos económicamente y por ocultarles que padece HIV. Concluyen los profesionales que, a más de las patologías físicas diagnosticadas, posee sintomatología compatible con estados depresivos y de distrés crónico por sus necesidades básicas insatisfechas, que se combinan y agudizan en la actualidad por la presencia de agitación psicomotriz y mayor angustia.

De esta manera se observa a las claras que el objeto del presente proceso excede los estándares establecidos por la normativa citada, que condicionan el acceso a la tuición estatal, a un porcentaje de incapacidad biológica específico, ya que esto luce insuficiente para dar efectividad a la protección de la vida, la salud y la dignidad de grupos como los que integra la actora, claramente vulnerable y objeto de tutela por parte de todos los poderes del estado.

En concordancia con esto, se señaló que: "las personas transgénero afrontan diversos obstáculos para ejercer derechos: en el ámbito laboral, de la vivienda, al momento de adquirir obligaciones, gozar de prestaciones estatales, o cuando viajan al extranjero como consecuencia de la falta de reconocimiento legal de su género auto - percibido" (Cfr. Naciones Unidas, Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género, 17 de noviembre de 2011, A/HRc./19/41, párr. 71).

Y es que no es posible sustraerse de considerar que, más allá de los deseos y la voluntad de la actora de conseguir un empleo en el mercado laboral formal, su situación de marcada vulnerabilidad minimiza las posibilidades de acceso a dicho mercado laboral al punto tal de resultar las mismas inexistentes en la realidad. En concordancia con lo expuesto, se encuentra acreditado en la causa que la actora debió ejercer la prostitución como modo de subsistencia siendo que, como ella misma relata, esto la expuso a complejas situaciones de riesgo y violencia física y psicológica. Del contexto descripto, surge de manera palmaria la realidad desesperanzada en la cual se encuentra inmersa la actora producto de la precarización laboral y de la discriminación y el sesgo que sufre como consecuencia de su identidad sexual y de las patologías médicas que padece.

Esta constituye una realidad generalizada para el grupo al cual pertenece la actora. Así, pueden citarse los resultados obtenidos en la "Primera Encuesta sobre Población Trans 2012" que reveló que el 72,2% del colectivo involucrado se encontraba en la búsqueda de fuentes de trabajo y el 82,1% había tropezado con dificultades en dicha búsqueda a raíz de su iden-

tidad trans (Instituto Nacional de Estadística y Censos, Primera Encuesta sobre Población Trans 2012, http://www.trabajo.gov.ar/downloads/diversidad-sexual/Argentina_Primera_Encuesta_sobre_Poblacion_Trans_2012.pdf.).

Al respecto también se ha expedido nuestro Tribunal Supremo en el siguiente sentido: "Como resultado de los prejuicios y la discriminación que les priva de fuentes de trabajo, tales personas se encuentran prácticamente condenadas a condiciones de marginación, que se agravan en los numerosos casos de pertenencia a los sectores más desfavorecidos de la población, con consecuencias nefastas para su calidad de vida y su salud, registrando altas tasas de mortalidad, todo lo cual se encuentra verificado en investigaciones de campo" (CSJN, Fallos: 329:5266; "Asociación Lucha por la Identidad Travesti - Transexual c. Inspección General de Justicia", Sent. del 21/11/2006).

De todo lo expuesto y las probanzas aportadas a la causa se colige, como ya se expuso, que los obstáculos a los que se enfrenta la actora a los fines de conseguir un puesto de trabajo en el mercado laboral formal resultan difíciles de esquivar al menos en el corto plazo.

VI. Que, de lo antedicho se extrae que la incapacidad laboral debe, en ciertos casos, analizarse desde una óptica integral considerando la realidad de la persona que solicita la tutela del Estado como un todo, y dirimir si, frente a esta realidad existe una posibilidad cierta de acceder al mercado laboral formal a los fines de obtener el propio sustento económico. En este marco, debe ponderarse no solo la incapacidad física de la persona sino también la incapacidad social ya que, encontrándose inmersa en una sociedad que la excluye por su identidad de género y las condiciones médicas que la aquejan, difícilmente podrá acceder al mercado laboral que tanto ansía con independencia de su voluntad de hacerlo.

Dicho esto, considero que el argumento expuesto, tanto por la demandada como por el A quo, referido a que la amparista no ha probado verse impedida de trabajar por no acreditar el porcentaje mínimo de incapacidad física, no resulta suficiente a los fines de dirimir acerca del rechazo de su pedido.

En idéntico sentido se ha expedido en su informe de fecha 05/06/2020, la Cátedra de Medicina Antropológica de la UNC suscripto por la Dra. Maira C. Ávila Médica, Especialista en Medicina Familiar y la Dra. Silvina M. Trucchia, Especialista en Ciencias de Salud y Lic. en Psicología, en el que explican que: "Se define la salud integral como un completo estado de bienestar físico, mental y social y no meramente la ausencia de enfermedad. La salud individual y colectiva se define, entonces, a través de complejas interacciones entre procesos biológicos, ecológicos, culturales, económicos, políticos y sociales, por lo que el acceso a la educación, al trabajo y a la inclusión social y ciudadana aparece como un aspecto básico de una vida saludable. Los determinantes sociales de la salud son las condiciones en las que las personas nacen, crecen, viven, trabajan, envejecen y las influencias de la sociedad en estas condiciones. Los determinantes sociales de la salud son las principales influencias en la calidad de vida, incluida la buena salud, y la extensión de la esperanza de vida sin discapacidad. El enfoque de los determinantes sociales aborda las causas de las causas y, en particular, como contribuyen a las desigualdades sociales en salud".

En lo que atañe a las patologías físicas que padece la accionante, indicaron que: "Las infecciones de Transmisión sexual (ITS) son un conjunto de enfermedades infecciosas agrupadas por tener en común la misma vía de transmisión: de persona a persona a través de un contacto sexual. Son un serio problema de salud pública en todo el mundo, representando una causa importante de enfermedad aguda, infertilidad, discapacidad a largo plazo y muerte. Muchas veces estas infecciones se asocian y coexisten en una misma persona (...) El VIH debilita el sistema inmunitario a tal grado que al cuerpo se le dificulta combatir las infecciones oportunistas, llamadas así debido a que se aprovechan de dicho debilitamiento para manifestarse. Se considera que alguien tiene SIDA cuando presenta una o más infecciones y un número de células CD4 menor a 200".

Asimismo, señalaron que "Otro concepto a considerar es lo que Meyer (2019) define como "estrés de las minorías sexuales y de género", es un estrés crónico que sufren personas de la población LGBTIQ+ basándose en la premisa de que en una sociedad heterosexista, las minorías sexuales están sujetas a un estrés crónico debido a su estigmatización. El estigma percibido supone vivir con el miedo de que otras personas te puedan hacer daño por tu condición, cosa que puede ser cierta. Provoca inseguridad y una hipervigilancia agotadora, un aprendizaje sobre cómo y cuándo "esconderse" y un escrutinio constante sobre lo que se dice, lo que se viste o lo que se hace. Las experiencias de prejuicio, discriminación y violencia, propias o ajenas, son las que sustentan este estrés. Estos eventos repercuten en la salud física y mental de las personas...".

Analizaron que: "...se entiende que la Srta. (...) pertenece a la población de más alto riesgo de padecer estigmatización y discriminación social según la OMS, por ser una mujer trans, trabajadora sexual portadora de VIH e ITS. Su salud no solo está afectada por su patología de base sino por la cantidad de deter-

minantes sociales de la salud ausentes que causan la insatisfacción de sus necesidades básicas vitales".

Finalmente concluyeron que: "El estrés crónico y prolongado que generan todas estas situaciones de estigma y discriminación debido a su infección por VIH y Sífilis, a ser trabajadora sexual, a ser una mujer trans, sumado a las condiciones socioeconómicas deficientes que impiden llegar a cubrir las necesidades básicas como el alimento, imprescindible para soportar el tratamiento farmacológico y hacer frente a su enfermedad, hacen que la Srta. (...) se encuentre en una situación de altísima vulnerabilidad bio-psico-social en la cual se encuentra comprometida su supervivencia, su salud psicofísica y su derecho a una vida digna, por lo requiere protección".

Por su parte, el Informe del Servicio de Infectología del Hospital de Clínicas describe lo siguiente: "La infección VIH/SIDA es un problema de salud que no se puede separar de los comportamientos individuales y colectivos, influenciados por diferentes componentes sociales y culturales, lo que aumenta la vulnerabilidad de las personas. Este contexto tampoco favorece la inclusión en los ámbitos laborales que en el caso de las personas trans puede verse obstaculizado por la falta de un documento de identidad acorde a la identidad de género autopercibida o la existencia de prejuicios en los lugares de trabajo".

Todas estas probanzas han sido aportadas a la causa y producidas en el caso concreto y especial de B.N.O. y, tal como lo manifestara en sus agravios la Sra. Defensora Oficial, no han sido tenidos en cuenta a la hora de resolver el *a quo* acerca de la solicitud de tutela económica estatal.

Respecto de la protección de las personas LGBTI contra la pobreza, la CIDH resalta que los Principios de Yogyakarta +10 establecen que, "toda la persona tiene derecho a la protección contra todas formas de pobreza y exclusión social asociadas con la orientación sexual, identidad de género, expresión de género y características sexuales. La pobreza es incompatible con el respeto a la dignidad y la igualdad de las personas, y puede ser agravada por la discriminación por motivos de orientación sexual, identidad de género, expresión de género y características sexuales" ("Principios y obligaciones estatales adicionales sobre la aplicación de legislación internacional de los derechos humanos en relación a la orientación sexual, la identidad de género, la expresión de género y las características", 2017, Principio 34: Derecho de protección contra la pobreza).

A esta idea responde también el reciente informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la "Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América", aprobado el 12 de noviembre de 2015. En el mismo, se señala que la violencia, los prejuicios sociales y la discriminación prevalentes en la sociedad en general y en el interior de la familia, disminuyen las posibilidades de las mujeres trans de acceder a educación, servicios de salud, albergues seguros y al mercado laboral formal, lo que vuelve a dichas personas más susceptibles de ser sometidas a diversas formas de violencia. De este modo se subraya la importancia de que los Estados adopten medidas para erradicar el estigma y los estereotipos negativos contra las personas LGBTI, los cuales refuerzan la discriminación y violencia en su contra. (http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/ViolenciaPersonasLGBTI.pdf).

De esta manera, considero relevante aquí destacar que resulta inadmisible en el presente caso correr la mirada ante la probada dificultad de ingreso al mercado de trabajo, con la consecuente ausencia de medios para subsistir, y la precariedad habitacional y sanitaria en la que se encuentra la amparista, lo cual la coloca en una crítica situación de necesidad de asistencia que no debe ser desoída, ya que ello conllevaría juzgar de manera ciega y basada en estrictos rigores formales, situaciones que demandan de los sentenciantes una sensibilidad social de mayor envergadura.

VII. Que, en lo que respecta al argumento de la demandada referido a que la cuestión de género no ha sido incluida en la demanda y que se introduce al apelar la sentencia para refutarla desviando la cuestión tratada excluyentemente en el expediente administrativo que fue la incapacidad para trabajar, debo efectuar ciertas consideraciones al respecto.

En primer lugar, debo enfatizar que, conforme se desprende de la normativa y jurisprudencia analizada supra, juzgar con perspectiva de género no resulta una "opción" y mucho menos una "cuestión" que debe ser introducida o solicitada en la demanda. Juzgar con perspectiva de género es un imperativo moral y ético que ha sido instituido y reglamentado internacionalmente y al cual nuestro país ha adherido por resultar indispensable a los fines de alcanzar un parámetro de justicia que no se quede solo en la letra de la ley sino que trascienda hacia los justiciables en concreto.

Y es que, la existencia de un derecho social como derecho pleno no depende únicamente de la conducta cumplida por el Estado, sino también de la existencia de un Poder Judicial al cual pueda acudir el titular del derecho en caso de incumplimiento de la obligación debida.

Asimismo, no debe perderse de vista que la necesidad de abordar los casos con perspectiva de género que aparece en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se deriva de los compromisos internacionales asumidos por el Estado argentino relativos a las declaraciones sobre derechos humanos, a los estándares internacionales fijados por los respectivos órganos de aplicación y control, y a la normativa nacional existente, que les otorga carácter constitucional. No resulta la imposición de una ideología o una "cuestión" disponible sino de la consideración de un abordaje que permita aportar soluciones adecuadas a la conflictividad propia de cada caso. En definitiva, no es más que un criterio de justicia para el caso en concreto.

Es por ello que, el argumento sostenido por la demandada consistente en que la "cuestión de género" no fue introducida en la demanda, no puede tener asidero alguno en el presente caso.

VIII. Que, por último, no debe soslayarse que la vulnerabilidad descripta supra y la necesidad de que el Estado procure la efectividad en la realización de los derechos humanos de la amparista, se ve exacerbada por la situación que se vive en el país y en el mundo como consecuencia de la pandemia causada por el virus Covid-19. En este caso puntual se encuentra plasmado con meridiana claridad la afectación concreta de la pandemia sobre las condiciones, de por sí ya desesperantes, de los grupos vulnerables.

A tal fin, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que "al momento de emitir medidas de emergencia y contención frente a la pandemia del Covid-19, los Estados de la región deben brindar y aplicar perspectivas interseccionales y prestar especial atención a las necesidades y al impacto diferenciado de dichas medidas en los derechos humanos de los grupos históricamente excluidos o en especial riesgo, tales como: personas mayores y personas de cualquier edad que tienen afecciones médicas preexistentes, personas privadas de libertad, mujeres, pueblos indígenas, personas en situación de movilidad humana, niñas, niños adolescentes, personas LGBTI, personas afrodescendientes, personas con discapacidad, personas trabajadoras, y personas que viven en pobreza y pobreza extrema, especialmente personas trabajadoras informales y personas en situación de calle; así como en las defensoras y defensores de derechos humanos, líderes sociales, profesionales de la salud y periodistas" (CIDH, resolución N° 1/2020 "Pandemia y Derechos Humanos en las Américas", adoptada el 10 de abril de 2020, disponible en: www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf).

IX. Que, efectuado el análisis del marco normativo que rodea a la presente, y analizada la prueba arrimada a la causa, cabe concluir que la Sra. B.N.O. se encuentra en situación de vulnerabilidad social, excluida del mercado laboral formal, situación que se ha visto agravada debido al aislamiento preventivo social y obligatorio consecuencia de la pandemia por el virus Covid-19. Como se dijo, no es posible ignorar que, sin la intervención estatal se pone en riesgo la vida y salud de la accionante por la carencia absoluta de medios para sustentarse.

En consecuencia, teniendo en cuenta la precaria situación socioeconómica de la amparista, concluyo que corresponde hacer lugar al recurso de apelación interpuesto, revocando la sentencia emitida por el Juzgado Federal N° 2 de Córdoba con fecha 14/12/2020 en todo cuanto dispone y ha sido materia de agravio.

Asimismo, corresponde hacer lugar a la demanda interpuesta por B.N.O. y ordenar a la demandada que, en el plazo de 10 días hábiles desde la fecha del presente, proceda a la concesión de la pensión no contributiva solicitada con el consecuente pago de la misma de manera mensual.

X. Por último, corresponde dejar sin efecto la imposición de costas de primera instancia las cuales deberán imponerse, junto con las de Alzada, a la demandada perdidosa (conf. art. 68, 1ª parte, del CPCN), debiendo regularse a la Sra. Defensora Pública Oficial, los honorarios correspondientes a su actuación en primera instancia, difiriéndose las regulaciones de honorarios de esta instancia para su oportunidad. Así voto.

El doctor *Sánchez Torres* dijo:

I. Que luego de un análisis de las constancias de autos y la cuestión sometida a consideración, adhiero a lo resuelto por la colega preopinante, aunque deseo efectuar algunas consideraciones.

II. Que el juez *a quo* dispuso el rechazo de la acción en tanto no entendió acreditado el cumplimiento del requisito establecido en el Decreto 432/1997 para acceder a la pensión solicitada, esto es, encontrarse incapacitado para trabajar en forma total y permanente.

Considero que atento las particularidades del caso, si bien no se ha acreditado el porcentaje de incapacidad física requerida por la norma, el análisis respecto de la imposibilidad de acceder al mercado laboral debe efectuarse integralmente, es decir, ponderando la situación social, económica, familiar, de salud, entre otras, expuestas por la amparista.

Solo a los fines del análisis respecto de la requerida por la norma imposibilidad para trabajar, remito a los Considerandos del Decreto 721/2020 (BO 04/09/2020) respecto "Que, particularmente, sobre la situación en Argentina, el Experto Independiente sobre Orientación Sexual e Identidad de Género de las Naciones Unidas, en el año 2017, recomendó que "...En el ámbito de los programas y prácticas, las autoridades, en colaboración con otros agentes, debería: (...) b) Adoptar una serie de medidas intersectoriales para aplicar la Ley de Identidad de Género y mejorar el acceso a la educación, la atención de la salud, el empleo, la vivienda, el crédito, las becas y otras oportunidades, incluidas modalidades alternativas de trabajo y empleo para las mujeres transgénero'."

"Que aún con los avances normativos en la materia, las personas travestis, transexuales y transgénero continúan teniendo dificultades para disfrutar del efectivo ejercicio del derecho a la salud, a la educación, a una vivienda digna, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo, así como también a la protección frente al desempleo, sin discriminación alguna."

"Que, en especial, la igualdad real de derechos y oportunidades, la no discriminación, el trabajo digno y productivo, la educación, la seguridad social, el respeto por su dignidad, la privacidad, intimidad y libertad de pensamiento deben asegurarse para garantizar políticas de inclusión en el mercado laboral."

"Que, atento a que el ejercicio de los derechos de las personas travestis, transexuales y transgénero se ve obstaculizado por un patrón sistemático de desigualdad que afecta particularmente a este colectivo, la cadena de exclusiones y discriminación que sufren desde la niñez incide directamente en su capacidad de gozar plenamente de los derechos humanos que poseen, por lo que resulta necesario impulsar medidas que busquen la reducción de la desigualdad que provoca esta situación hasta lograr, en un futuro, su total eliminación."

III. En función de lo expuesto, considerando la situación de pandemia por el virus Covid-19 que de por sí genera limitaciones en el acceso al mercado laboral, el estado de salud de la amparista conforme los informes médicos acompañados (fs. 46/52) y el estado de vulnerabilidad acreditado en el informe interdisciplinario de fs. 55/58 vta., coincido con la colega en que corresponde revocar la resolución de fecha 14/12/2020 dictada por el juez *a quo*, adhiriendo en lo demás que decide. Así voto.

La presente resolución se emite por los señores jueces que la suscriben de conformidad a lo dispuesto por el art. 109 de Reglamento para la Justicia Nacional y 4° del Reglamento Interno del Tribunal, por encontrarse en uso de licencia el señor Juez de Cámara, doctor Luis Roberto Rueda.

Por el resultado del Acuerdo que antecede se resuelve: I. Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte actora, y en consecuencia, revocar la sentencia emitida por el Juzgado Federal N° 2 de Córdoba con fecha 14/12/2020 en todo cuanto dispone y ha sido materia de agravio, haciendo lugar a la demanda interpuesta, por los fundamentos aquí dados. II. Ordenar a la demandada que, en el plazo de 10 días hábiles desde la fecha del presente, proceda a la concesión de la pensión no contributiva solicitada con el consecuente pago de la misma de manera mensual. III. Dejar sin efecto las costas de primera instancia, las que deberán imponerse, junto con las de Alzada a la parte demandada perdidosa (conf. art. 68, 1ª parte, del CPCN), debiendo regularse a la Sra. Defensora Pública Oficial, los honorarios correspondientes a su actuación en primera instancia, difiriéndose las regulaciones de honorarios de esta instancia para su oportunidad. IV. Protocolícese y hágase saber. Cumplido, publíquese y bajen. — *Abel G. Sánchez Torres. — Liliana Navarro.*

Incapacidad social: ¿un reconocimiento de derechos o una nueva forma de patologizar las identidades disidentes?

Bruno E. Cassán (*)

Sumario: I. Introducción.— II. El caso.— III. Análisis del fallo y su implicancia en el colectivo LGBTTIQ+.

I. Introducción

En el presente artículo, se analizará el fallo de la Cámara Federal de Apelaciones, sala B, de la Cuarta Circunscripción Judicial de la provincia de Córdoba, recurso de apelación deducido por B., N. O. en la causa "B., N. O. c. Estado Nacional - Agencia Nacional de Discapacidad s/ amparo ley 16.986", que data de fecha 12/04/2021.

En pos de realizar una interpretación y análisis de las aristas que se desprenden del texto jurisprudencial y de las lecturas que devienen de ella, se hará una breve descripción de los hechos del caso para luego efectuar un análisis del holding de este.

II. El caso

B., N. O. interpone recurso de apelación en contra de la sentencia dictada el día 14 de diciembre de 2020 por el juez federal Nº 2 de la provincia de Córdoba, quien resolvió rechazar la acción de amparo iniciada por B., N. O. en contra del Estado Nacional - Agencia Nacional de Discapacidad.

El amparo estaba motivado por el hecho de que la Agencia Nacional de Discapacidad le negó acceder a una prestación no contributiva por incapacidad en los términos de la ley 13.478 y sus decretos reglamentarios. El juez federal rechaza el recurso de amparo por considerar que la amparista no reunía los requisitos del dec. 432/1997, reglamentario de la mencionada ley, particularmente del inc. b) **(1)**. En virtud de aquel rechazo, decide apelar la decisión del *a quo* llegando de este modo a la Cámara Federal de Apelaciones.

B., N. O. se agravia al considerar que la decisión apelada constituye una clara denegación de justicia ya que, el juez de primer instancia efectuó un análisis de estricto rigor formal sobre la normativa aplicable sin tener en cuenta las particulares circunstancias en las que ella se

(*) Abogado (UNRC); diplomado en Género y Movimientos Feministas (UBA); jefe de Área de Consejerías para Familias, Infancias y Adolescencias con Sexualidades Disidentes de la Secretaría de Estado de la Mujer, Diversidad e Igualdad de la provincia de San Luis.

(1) Dec. 432/1997, cap. 1. Beneficiarios - Requisitos. 1º "Podrán acceder a las prestaciones instituidas por el art. 9º de la ley 13.478 modificado por las leyes 15.705, 16.472, 18.910, 20.267 y 24.241, las personas que cumplan los siguientes requisitos: (...) b) Encontrarse incapacitado en forma total y permanente, en el caso de pensión por invalidez. Se presume que la incapacidad es total cuando la Invalidez produzca en la capacidad laborativa una disminución del setenta y seis (76%) o más.

"Este requisito se probará mediante certificación expedida por servicio médico de establecimiento sanitario oficial, en el que deberá indicarse la clase y grado de incapacidad. Dicha certificación podrá ser revisada y/o actualizada toda vez que la autoridad de aplicación lo crea conveniente".

encuentra, las cuales había acompañado como prueba en la presentación del amparo, ya que su incapacidad laboral debe ser analizada desde una lectura de derechos humanos, con perspectiva de género, y no desde un mero reduccionismo biologicista.

B., N. O. manifiesta ser una persona trans, que vive con VIH **(2)** y ejerce trabajo sexual debido a que no ha podido acceder al mercado laboral formal. Por lo que, en virtud de lo expuesto, entiende ser una persona objetivamente vulnerable en los términos de la Reglas de Brasilia **(3)** y con desventaja considerable para integrarse social y laboralmente a la comunidad.

Por su parte, la demandada, solicita el rechazo del recurso por considerar que ella no se encontraría imposibilitada para trabajar y que la "cuestión de género" introducida en la demanda tiene como objetivo "desviar la cuestión tratada" en el expediente.

Una vez que las partes cumplieron sus deberes procesales, la camarista inicia el tratamiento de la cuestión debatida: la procedencia o no de la pensión no contributiva para la accionante. Para ello, inicia estableciendo el marco normativo aplicable a tales efectos, ya que, existen diversas normas de rango constitucional que amparan la situación en la que se encuentra la accionante, considerando principalmente que los Estados tienen la obligación de proteger y velar por el principio de igualdad y no discriminación. Cita diversa normativa internacional que aplica al caso concreto en relación con el derecho a obtener un beneficio de la seguridad social por la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra B., N. O.

Sentado el marco normativo, pasa a analizar la realidad de la recurrente, su identidad de género (mujer trans), y su estado de salud (vive con VIH, sífilis y toxoplasmosis, a más de las infecciones en diferentes partes de su cuerpo asociadas a la silicona y, además, ha padecido hepatitis A) aspectos que, señala, no han sido controvertidos por el *a quo* y se encuentran respaldados por certificados médicos.

A su vez, en la causa se presentó un informe del equipo interdisciplinario del Ministerio de la Defensa, donde queda de manifiesto la extrema vulnerabilidad en la que se encuentra B., N. O.

Asimismo, señala que la perspectiva de género con la que deben abordarse los casos "deriva de los compromisos internacionales asumidos por el Estado argentino relativos a las declaraciones sobre derechos humanos, a los estándares internacionales fijados por los respectivos órganos de aplicación y control, y a la normativa nacional existente, que les otorga carácter constitucional" **(4)**. Por lo que no es facultativo de lxs jueces aplicarla, es un imperativo que deben seguir para poder justiciar en cada caso concreto.

Por todo ello, la *ad quem* considera que es claro que el objeto del proceso excede los estándares establecidos por la normativa, expresando que aquellos criterios lucen insuficiente para dar efectividad a la protección de la vida, la salud y la dignidad de grupos como los que integra la actora, claramente vulnerable y objeto de tutela por parte de todos los poderes del estado.

La jueza expone datos y estadísticas respecto de la situación actual de las personas travestis-trans y manifiesta que B., N. O. se encuentra realizando este pedido, ya que, del contexto y de su relato surge de manera palmaria la realidad desesperanzada en la que se encuentra no solo en el plano laboral, sino también a nivel social, la discriminación y el sesgo que sufre como con-

(2) Virus de la Inmunodeficiencia Humana.

(3) Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas, o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad. La concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico (Concepto de las personas en situación de vulnerabilidad dispuesto en la secc. 2ª, "Beneficiarios", de las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justica de las Personas en Condición de Vulnerabilidad).

(4) "B., N. O. c. Estado Nacional - Agencia Nacional de Discapacidad s/ amparo ley 16.986".

secuencia de su identidad de género y de las patologías médicas que padece.

Por todo lo expuesto, considera que los obstáculos a los que se enfrenta la actora a los fines de conseguir trabajo en el mercado laboral formal resultan difíciles de esquivar en corto plazo. Sostiene que la incapacidad laboral debe analizarse desde una mirada integral, considerando a la persona como un todo y no desde una mirada puramente biológica. Plantea que "en este marco, debe ponderarse no solo la incapacidad física de la persona, sino también la incapacidad social, ya que, encontrándose inmersa en una sociedad que la excluye por su identidad de género y las condiciones médicas que la aquejan, difícilmente podrá acceder al mercado laboral que tanto ansía con independencia de su voluntad de hacerlo" **(5)**. En virtud de ello, asegura que el hecho de no haber probado con certificado médico el porcentaje de incapacidad física requerido por el dec. 432/1997 no es motivo suficiente a los fines de determinar el rechazo del pedido.

Por último, pone en consideración el hecho de que la situación de vulnerabilidad de B., N. O. se ve exacerbada en virtud de la pandemia causada por el virus COVID-19 que, si bien su impacto ha sido a nivel global, exacerbó las desigualdades respecto de los grupos históricamente excluidos.

Es por todas estas razones que resuelve hacer lugar al recurso de apelación interpuesto, revocando la sentencia emitida por el Juzgado Federal Nº 2 de Córdoba en todo cuanto dispone y ha sido materia de agravio.

III. Análisis del fallo y su implicancia en el colectivo LGBTTIQ+

La realidad laboral en la que se encuentra B., N. O. es compartida por muchas personas travesti-trans **(6)**, por lo que podríamos pensar que todxs ellxs podrían acceder a la pensión no contributiva en los mismos términos que ella y con los mismos argumentos (ya que, las identidades y las formas de vivirla varían, pero la situación de vulnerabilidad es compartida).

La decisión de la Cámara, de otorgar la pensión no contributiva es asertiva. B., N. O. solicitó dicha pensión por encontrarse en un estado de desesperanza, manifestando que ella hubiera deseado acceder al mercado laboral formal y no a tener que recibir un beneficio de la seguridad social **(7)**.

Las personas del colectivo travesti-trans constituyen un grupo vulnerable, y por ello, son merecedoras de una tutela especial por parte del Estado. Así lo ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión consultiva 24/2017 **(8)** al manifestar que tanto la identidad de género, la orientación sexual y la expresión de género son categorías protegidas por la Convención Americana de Derechos Humanos **(9)** y, por ende, merecedoras de una tutela especial por parte del Estado. Pero lo que debemos profundizar es: ¿cómo se desempeña y cómo se desempañará dicha tutela? ¿Qué medidas de protección, qué políticas públicas, qué legislaciones que promuevan la inclusión real y la no discriminación se tomarán? ¿Están las necesidades de las disidencias **(10)**, particularmente de las personas travesti-trans y personas viven con VIH debidamente reconocidas? ¿Qué lugar tienen en la agenda pública? ¿Es prioridad? ¿Qué mecanismos se están diseñando y desde qué lugar? Y, particularmente la pregunta que quiero responder aquí es: ¿es esta la respuesta que el colectivo travesti-trans y que las personas que viven con VIH pretenden del Estado?

(5) *Ibid.*

(6) *http://www.trabajo.gov.ar/downloads/diversidad-sexual/Argentina_Primera_Encuesta_sobre_Poblacion_Trans_2012.pdf.*

(7) "B., N. O. c. Estado Nacional - Agencia Nacional de Discapacidad s/ amparo ley 16.986".

(8) Corte IDH, opinión consultiva OC-24/17 del 24/11/2017, solicitada por la República de Costa Rica. Identidad de Género, e Igualdad y No Discriminación a parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los arts. 1.1, 3º, 7º, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el art. 1º de la CADH).

(9) OC-24/17, apart. 78.

(10) La disidencia consiste en que hay sujetos que no aceptan las normas de la heterosexualidad compulsiva de la identidad hegemónica, o del coito vaginal para la procreación como única sexualidad legítima; sujetos que van a discutir la norma, sujetos disidentes, aun cuando sean heterosexuales (MAFFIA, Diana, Dra. en Filosofía, "Sexo, Género, Diversidades y Disidencias Sexuales", disponible en *https://www.narrativas.com.ar/424-2*).

El fallo resuelve la demanda de B., N. O. pese a que su deseo era incorporarse al mercado laboral formal y que su estado de salud sea abordado de manera integral.

En el año 2012 se promulgó la ley nacional 26.743 (Ley de Identidad de Género), la cual reconoce el Derecho a la Identidad de Género de todas las personas **(11)**. Fue una ley pionera a nivel mundial, colocando a Argentina en la vanguardia respecto del reconocimiento de derechos del colectivo LGBTTIQNB+. Pese al reconocimiento de derechos para el colectivo, la realidad es que aún no se ha logrado una inclusión real en la sociedad. Al día de la fecha se siguen vulnerando sus derechos a la educación, salud, vivienda, trabajo, etc., como consecuencia de la violencia estructural y sistemática que les impide vivir en dignidad. Se necesitan políticas públicas integrales, que comprendan las necesidades que tiene hoy el colectivo travesti-trans y que se les garantice el acceso a los derechos que hoy se encuentran vulnerados.

La ampliación de derechos para este colectivo se materializa a través de las diversas legislaciones que son resultado de años de lucha y resistencia. El 24 de junio del corriente año, se aprobó en el Congreso de la Nación la Ley de Promoción del Acceso al Empleo Formal para Personas Travestis, Transexuales y Transgénero "Diana Sacayan - Lohana Berkins", ley 27.636 que, a través de medidas de discriminación positiva **(12)**, el Estado da un paso más hacia la igualdad de oportunidades, asumiendo la responsabilidad de llevar a cabo políticas públicas que reconozcan las necesidades de los grupos vulnerables y de arbitrar las medidas necesarias para que todxs podamos acceder a los mismos derechos, reconociendo la diversidad y la dignidad humana. Si bien los resultados de la ley no serán mediatos, es un gran avance que busca poner fin a la violencia estructural que imposibilita el acceso al empleo formal.

Los tiempos han cambiado, los paradigmas han cambiado, ya no es aceptable (si es que alguna vez lo fue) que unx juezx resuelva conforme a un reduccionismo biologicista sin contemplar a la salud de manera integral, como un todo (biológico, social, económico, etc.). Pero tampoco es aceptable que se vuelva a patologizar a las disidencias (específicamente a las personas travesti-trans y seropositivas).

Sin lugar a dudas, es importante que el paradigma de salud actual cambie que, de una perspectiva biomédica, se pase a una de géneros y derechos humanos. Para llevar a cabo ese cambio que se propone, es necesario que se revise nuestro ordenamiento jurídico, nuestras normas y costumbres. Respecto del VIH **(13)**, tenemos vigente una ley que se sancionó en el año 1990 **(14)** y, tras 30 años de su sanción, ha quedado obsoleta. La realidad de las personas que viven con VIH no es la misma que la de aquel momento. Pese a que el VIH es una infección crónica y que a 40 años de la aparición del virus aún no se ha encontrado la cura, existen tratamientos para este que garantizan una calidad de vida similar a la de una persona que vive sin él. Incluso, realizando el tratamiento de manera adecuada, las personas que viven con VIH pueden llegar a un estado de "indetectabilidad" y como consecuencia de ello, no transmi-

(11) Art. 1º, ley 26.743: "Derecho a la identidad de género. Toda persona tiene derecho:

"a) Al reconocimiento de su identidad de género;

"b) Al libre desarrollo de su persona conforme a su identidad de género;

"c) A ser tratada de acuerdo con su identidad de género y, en particular, a ser identificada de ese modo en los instrumentos que acreditan su identidad respecto de el/los nombre/s de pila, imagen y sexo con los que allí es registrada".

(12) Entre las principales disposiciones de la ley, se encuentra el establecimiento de un cupo del 1% del personal de la Administración Pública para personas del colectivo travestis-transexuales-transgénero. Ese porcentaje se establece para los tres poderes del Estado, entes públicos no estatales, organismos descentralizados o autárquicos y empresas y sociedades del Estado, en todas las modalidades de contratación regular vigentes; beneficios para el sector privado que contrate a personas de este colectivo, entre otras.

(13) El VIH (o HIV, por su sigla en inglés) es un virus que afecta el sistema de defensas del organismo, llamado sistema inmunológico. Una vez debilitado por el VIH, el sistema de defensas permite la aparición de enfermedades. Esta etapa avanzada de la infección por VIH es la que se denomina síndrome de inmunodeficiencia adquirida (sida). Esto quiere decir que el sida es un conjunto de síntomas (síndrome) que aparece por una insuficiencia del sistema inmune (inmunodeficiencia) causada por un virus que se transmite de persona a persona (adquirida). Información disponible en *https://www.huesped.org.ar/informacion/vih/que-es-y-como-se-detecta/*.

(14) Ley nacional 23.798 de Sida.

ten el virus por vía sexual **(15)**. No obstante, las personas que viven con VIH ven vulnerados sus derechos a diario por la gran estigmatización y discriminación que se circunscribe al virus **(16)**. Como dijo el Dr. Pedro Cahn, director científico de Fundación Huésped, "celebramos los avances y las conquistas sin perder de vista que aún buscamos la cura: la del VIH y la del estigma. Porque ni el más fuerte de los sistemas inmunológicos resiste la discriminación" **(17)**.

En el año 2016 y 2018 se han presentado proyectos de ley para adecuar la legislación relativa al VIH. Ambos proyectos, dada la falta de tratamiento en sesiones, perdieron estado parlamentario. Por lo que hay un gran optimismo por las más de 40 organizaciones que han elaborado el proyecto **(18)**, en que esta vez sea tratado en el Congreso de la Nación y se apruebe. El proyecto de ley se adecua al paradigma mencionado y a la realidad de las personas que viven con el virus, ya que, como se expresa en los fundamentos del proyecto de ley, "la epidemia de VIH no puede ser abordada, ni tratada solamente como una problemática de salud, requiriendo intervenciones interdisciplinarias" **(19)**.

La jueza de la Cámara acertadamente dijo que, a corto plazo, no veía otra salida. Que la estructura de la exclusión y la discriminación no cambiará de un día a otro. El cambio debe ser estructural e integral, pero la realidad es que mientras el colectivo travesti-trans lucha por el reconocimiento y la inclusión, por habitar los espacios que les pertenecen, hay personas en situaciones críticas, que no pueden acceder a derechos esenciales porque la estructura socioeconómica no se los permite. Sus identidades son sistemáticamente vulneradas, violentadas, tal como relata B., N. O. pero ¿podemos leer el fallo como un avance?

Sin lugar a dudas es un reconocimiento de la situación de vulnerabilidad que habitan las personas del colectivo travesti-trans y quienes viven con VIH, pero —insisto— se necesitan políticas públicas que respondan a sus necesidades, que les incluya, que les permita acceder a derechos históricamente vulnerados en todos los planos (social, económico, laboral, habitacional, salud, etc.) y se necesitan leyes que así lo hagan, porque tampoco se puede dejar el abordaje de la situación al arbitrio de lxs jueces y, mucho menos, de los gobiernos de turno.

Como expresó la camarista, es una obligación que el acto de impartir justicia sea realizado con perspectiva de género, ya que, no es una opción, sino que es un "imperativo moral y ético que ha sido instituido y reglamentado internacionalmente y al cual nuestro país ha adherido por resultar indispensable a los fines de alcanzar un parámetro de justicia que no se quede solo en la letra de la ley, sino que trascienda hacia los justiciables en concreto", pero también surge del mismo modo el imperativo de juzgar con perspectiva de interseccionalidad, ya que, no es lo mismo justiciar para un varón cis-heterosexual, que para una mujer, trans, trabajadora sexual, que vive con VIH y padeció otras ITS, ya que, de lo contrario, si no se tiene en cuenta la dinámica y la interrelación de las diferentes estructuras identitarias que constituyen a las personas, se tendrá como consecuencia una decisión sin criterio de equidad, entendiendo la equidad como la justicia en el caso concreto **(20)**.

(15) SAMJI, H. – CESCON, A. – HOGG, R. S. – MODUR, S. P. – ALTHOFF, K. N. – BUCHACZ, K. *et al.*, "Closing the Gap: Increases in Life Expectancy among Treated HIV-Positive Individuals in the United States and Canada", PLOS ONE, 8[12]: e81355, 2013 dic.

(16) Entre las tantas situaciones de discriminación y estigmatización, encontramos la situación de aquellxs que no acceden al trabajo formal por el hecho de que al momento de hacerse el examen pre ocupacional se le requiere hacer el test de VIH, siendo que la res. min. 270/2015 prohíbe la realización de estudios de laboratorio para detectar si lx potencial trabajadorx vive o no con el virus.

(17) *https://www.huesped.org.ar/noticias/a-40-anos-del-vih/*.

(18)*https://ciclopositivo.org/wp-content/uploads/2020/10/Nuevo-Proyecto-de-Ley-5040-D-2020.pdf*.

(19) *Ibid*.

(20) La interseccionalidad trata de explorar la diversidad y dispersión de la trayectoria en el entrecruzamiento de las diferentes modalidades de opresión, dominación, y discriminación, a partir la investigación sobre el origen y la puesta en práctica de las relaciones de fuerza en las categorías de raza, género y clase. En su marco teórico, la perspectiva interseccional estudia cómo las categorías, biológicas, sociales y culturales compuestas por tópicos como: el género, la clase, la discapacidad, la orientación sexual, la religión, la casta, la nacionalidad, entre otros, se relacionan en distintos niveles. Lo que intenta demostrar

Respecto de la pandemia del COVID-19, es cierto que exacerbó la situación de vulnerabilidad social respecto del colectivo travesti-trans, comprendiendo que el acceso al mercado formal por parte de este colectivo, como manifiesta B., N. O. es limitado, debiendo dedicarse al trabajo sexual, por lo que el aislamiento les imposibilitó obtener ingresos suficientes como para hacer frente a sus necesidades. Como surge del 1º Informe de la RedLacTrans sobre la situación del colectivo travesti-trans frente a la pandemia de COVID-19, "La inmensa mayoría de las mujeres Trans en América Latina y el Caribe tiene como principal medio de subsistencia el trabajo sexual, aproximadamente el 95% de las compañeras trans ejerce el trabajo sexual que, debido a las restricciones para la circulación por la pandemia de COVID-19, quedan fuera de las economías formales. Ello ocurre en un clima de criminalización de las trabajadoras sexuales, de origen estatal y social, en que el estigma y la discriminación frecuentemente devienen en situaciones de violencia y persecución, las que se agravan aún más cuando a la condición de trabajadora sexual se suma la de ser una mujer trans" **(21)**.

Otorgar una prestación no contributiva por "incapacidad social", como se dijo, es una respuesta a corto plazo. Es una salida fácil frente a un reclamo que no lo es en lo más mínimo. No es la respuesta que el colectivo travesti-trans y personas que viven con VIH vienen exigiendo. Prestación no contributiva por "incapacidad social". ¿Qué implica pertenecer a esta categoría? ¿Acaso significa que las identidades que no encuadran en la estructura cis-hetero-patriarcal no sirven? ¿No pueden producir?

Con esta lectura se sigue manteniendo el discurso de la exclusión a través de la consideración de que, en términos de Judith Butler **(22)**, "esta matriz excluyente mediante la cual se forman los sujetos requiere pues la producción simultánea de una esfera de seres abyectos, de aquellos que no son 'sujetos', pero que forman el exterior constitutivo del campo de los sujetos. Lo abyecto designa aquí precisamente aquellas zonas 'invisibles', 'inhabitables' de la vida social que, sin embargo, están densamente pobladas por quienes no gozan de la jerarquía de los sujetos, pero cuya condición de vivir bajo el signo de lo 'invivible' es necesaria para circunscribir la esfera de los sujetos. (...) en este sentido, pues, el sujeto se constituye a través de la fuerza de la exclusión y la abyección, una fuerza que produce un exterior constitutivo del sujeto, un exterior abyecto que después de todo, es 'interior' al sujeto como su propio repudio fundacional.

"La formación de un sujeto exige una identificación con el fantasma normativo del 'sexo' y esta identificación se da a través de un repudio que produce un campo de abyección, un repudio sin el cual el sujeto no puede emerger. Este es un repudio que crea la valencia de la 'abyección' y su condición de espectro amenazador para el sujeto (...).

"[E]s posible que tanto la política feminista como la política *queer* se movilicen precisamente a través de prácticas que destaquen la desidentificación con aquellas normas reguladoras mediante las cuales se materializa la diferencia sexual. Tales desindentificaciones colectivas pueden facilitar una reconceptualización de cuáles son los cuerpos que importan y qué cuerpos habrán de surgir aún como materia crítica de interés".

A lo que refiere Butler es a que la construcción de lxs sujetxs se da a través de la limitación y, por ende, de la exclusión de aquellas identidades con las que no se identifican. Que siempre va a haber sujetxs excluidxs, pero lo que plantea es la necesidad de reconfigurar o repensar desde dónde se lee a las identidades excluidas, para volver habitables los escenarios que históricamente fueron considerados inhabitables. Desde dónde se debe construir, con qué políticas se construirán las nuevas normas que reconfiguren a las disidencias como cuerpos que también importan. Estas políticas deben ser construidas desde, para y por las disidencias, ya que, de lo contrario, no se logrará una inclusión real que contemple efectivamente las realidades que transitan.

esta teoría es que la injusticia y la desigualdad social se componen por elementos que conforman la identidad (*https://afrofeminas.com/2020/08/25/la-perspectiva-interseccional-en-el-feminismo/*).

(21) "Las vidas trans en tiempos de pandemia", Primer Informe sobre las violaciones a Derechos Humanos de las Personas Trans durante la pandemia de COVID-19, realizado por RedLacTrans.

(22) BUTLER, J., "Cuerpos que importan", Ed. Paidós, Buenos Aires, 2018, ps. 19-21.

ABUSO SEXUAL INFANTIL

Importancia del relato de la víctima. Agravantes. Persona ascendente. Víctima menor de edad. Situación de convivencia.

Con nota de Mariel V. Schneider

1. — En los casos de abuso sexual infantil, los jueces deben adoptar las medidas que resulten adecuadas para moderar los efectos negativos del delito y también deben procurar que el daño sufrido no se vea incrementado como consecuencia de su contacto con el sistema de justicia; en todas las fases del procedimiento penal, deben proteger su integridad física y psicológica.

2. — Si bien las declaraciones de la víctima pueden tener imprecisiones, ello puede obedecer a exámenes y entrevistas efectuadas con diferentes objetivos, en diferentes momentos y con diferentes metodologías.

3. — No se puede desconocer los instrumentos internacionales referentes a delitos contra la violencia de género, la violencia sexual y cometidos contra menores de edad; en especial, respecto de los grupos de mayor vulnerabilidad. Se trata de la consideración de axiomas para desterrar prejuicios y de mecanismos apoyados por el progresivo conocimiento de buenas prácticas científicas, para lograr que este tipo de delitos sean debidamente conocidos, investigados y sancionados.

4. — La detección del abuso sexual infantil es muy diferente de la detección del maltrato físico y de la negligencia. El reconocimiento del abuso sexual, en todas sus variantes, depende de escuchar lo que el niño, niña o adolescente tiene para decir y menos frecuentemente en los hallazgos del examen físico. Esto cobra particular relevancia en la justicia, donde la obtención y análisis del relato de la víctima, bajo normas de buenas prácticas, es de la mayor importancia; y la entrevista con el niño es de crucial relevancia para saber qué pasó.

5. — La retractación de la víctima resultó una acomodación al agresor, síndrome que ha sido descripto como mecanismo de supervivencia. Los niños aprenden a acomodar su conducta a los sucesos dañinos que experimentan como medio para sobrevivir, especialmente cuando el agresor y el niño conviven.

6. — Desde la perspectiva de la imputación subjetiva, el acusado conocía perfectamente las características de la agresión sexual que ejecutaba sobre su hija, sabía la edad de la menor y la coacción y sometimiento que esto le producía.

TOral Crim. Corr. Nro. 18, 24/03/2021. - Causa N° 33595/2017.

[Cita on line: AR/JUR/5942/2021]

N° 33595/2017

Buenos Aires, marzo 24 de 2021.

Resulta:

A. Luego de celebradas las audiencias de debate oral y reservado, las partes se expidieron en la oportunidad prevista por el artículo 393 del CPPN.

En primer lugar, la fiscalía expresó que se adhería a la descripción que surgía del requerimiento de elevación a juicio, a excepción de las referencias vinculadas con la configuración del delito de corrupción, que no dio por comprobado.

Respecto de los delitos de abuso sexual, (hecho uno), así como el abuso con acceso carnal, (hecho dos) analizó todas las oportunidades donde la niña repitió con más o menos detalles los abusos que venía sufriendo por parte de su padre. Así, la declaración en la cámara Gesell; ante la brigada del 137; ante las maestras de la escuela donde concurría A.; la versión recogida en el Hospital Fernández, y ante la guardia del Consejo del Menor de Niñas Niños y Adolescentes.

También valoró la declaración de los policías que se dirigieron a la escuela al momento de activarse el protocolo y que ratificaron los dichos de las maestras.

Ponderó las conclusiones de los profesionales que llevaron a cabo la cámara Gesell, adonde la niña ratificó sus dichos; y a las conclusiones, a la luz de la psicología del testimonio.

Evaluó, seguidamente, el informe multidisciplinario del cuerpo médico forense, donde se analizó la "retractación" de la menor de edad junto a las conclusiones de los expertos, en cuanto a que ese arrepentimiento encuadraba en un síndrome de acomodación, producto de las presiones que recibió la menor de edad para levantar la denuncia contra su padre.

Citó doctrina nacional e internacional, vinculada a los delitos contra la integridad sexual sufrida por las mujeres, la violencia de género y remarcó los tratados que protegen a las personas menores de edad. Tam-

bién citó jurisprudencia nacional vinculada a cómo deben llevarse a cabo la ponderación de la prueba los operadores judiciales en este tipo de delitos.

Consideró, respecto del hecho 1°, que encuadraban en el art. 119 párrafo primero, del CP, agravado por la ser cometido por un ascendiente y por la situación de convivencia previa. Respecto del hecho 2°, consideró que aquellos encuadraban en el artículo 119, párrafo tercero del CP, por tratarse de un abuso sexual con acceso carnal, agravado por ser el autor un ascendiente, y por tratarse de una persona menor de edad con la que convivía. Consideró que este hecho había sido cometido en tres oportunidades (citó los artículos 119 párrafo primero y cuarto y tercero e inciso b) y f). Finalmente sostuvo que los delitos concurrían materialmente entre sí.

Por todo lo expuesto, solicitó la pena de trece años de prisión, accesorias legales y costas.

B. Por su parte, la defensa del imputado —a cargo de la Dra. María Florencia Lago— solicitó la absolución de su asistido respecto de la totalidad de los hechos que se le imputaron. Respecto del hecho uno, solicitó la absolución por considerar que la acusación, en este punto resultaba confusa, imprecisa, pues los hechos carecían de datos concretos respecto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar. Agregó que tal imprecisión afectaba el derecho de defensa de su asistido.

Respecto de los hechos 2), consideró que también su pupilo debía ser absuelto, en este caso por el beneficio de la duda, habida cuenta que la prueba resultaba débil e incompleta para arribar a una condena. En tal sentido ponderó que la relación de X. con su hija siempre había sido conflictiva, pues el padre insistía que cumpliera con sus deberes escolares y con determinadas reglas de la casa, que aquella se resistía cumplir; y que, además, A. había iniciado una relación sentimental con un joven mayor, a la que su padre se oponía. Toda esa situación había generado un enfrentamiento constante en el seno de la familia entre padre e hija.

Respecto de este hecho consideró que las declaraciones o relatos de la niña respecto a cómo habían sido los abusos sexuales resultaban ambiguos, no pudiendo precisarse en qué contexto había sido penetrada, pues no expuso acciones concretas. Del mismo modo la menor de edad aludió a que sus amigas no iban a su casa por las cosas que le decía su padre, pero nunca ella habló que las expresiones de su padre hacia aquellas fueran de contenido sexual. Habló de "acoso" pero esta palabra tiene diferentes acepciones y ninguna sexual. En definitiva, tales declaraciones reforzaban la hipótesis que su padre le ponía límites y eso le molestaba. También remarcó la falta de emoción e incluso de risa de la niña cuando hablaba de su padre.

En sentido coincidente expresó que la declaración prestada ante el Consejo del Menor y la Familia surgía claramente el deseo de la niña de irse a convivir con su novio; y su enojo y frustración de que ello no fuera así. Y remarcó que la declaración allí se había caracterizado por la discordancia entre lo gestual y lo narrado.

Expresó que las declaraciones de las maestras fueron débiles, pues la que supuestamente recibió la información de abuso sexual, la Licenciada F., nunca prestó declaración en el proceso. Tampoco la directora de la escuela pudo ser clara sobre si la maestra F. le había dicho que la denuncia de A. aludía a cuestiones sexuales o solo referidas a violencia física.

Alegó la defensa que el testimonio de la niña estaba contaminado.

Consideró que la acusación fiscal minimizaba la "retractación", cuando en realidad ella respondía a que —luego de que se fuera a vivir a la casa de la madre de su novio y lograra su objetivo— había tomado conciencia de lo que había hecho. Agregó que la culpa a la que aludió el equipo interdisciplinario, en realidad, respondía a la culpa por las consecuencias negativas de su denuncia, no por su contenido.

En cuanto al relato prestado por la niña ante la Brigada del 137, expresó que ese equipo no estaba preparado para recibir ese tipo de declaraciones, sino que su función es acompañar a transitar ese momento a la menor de edad.

También la defensa dijo que no estaba probado la violencia de X. sobre su hijo K.; ni que, cuando A. faltaba, también lo hacía simultáneamente su padre. Tampoco se acreditaron para la parte las circunstancias de ahorcamiento de la hermana mayor de A. Tampoco que las cartas que esta recibió, fueran enviadas por su padre.

Señaló además que por la condición humilde y vulnerable del imputado, no debería ser etiquetado como un delincuente abusador.

Por todo ello consideró que X. debía ser absuelto bajo el beneficio de la duda y puesto en libertad, para que pudiera volver con su familia.

Agregó que para el supuesto de que el tribunal arribara a una condena, la pena debía ser la mínima prevista legalmente; y que nunca podría recaer sobre el delito de corrupción pues al respecto no había existido acusación fiscal.

Indagatoria:

Al momento de ser indagado en el debate, F. A. X. refirió que toda la denuncia tenía origen en la rebeldía de A., quien constantemente se resistía con cumplir con sus tareas escolares; que en distintas ocasiones tomó conocimiento que no asistía a la escuela. Su hija prefería estar con sus amigas del barrio. No colaboraba en los quehaceres de la casa y ello motivaba enfrentamientos constantes. Los problemas con la escuela hizo que la cambiara en varias oportunidades de institución, en una ocasión para reducir el horario escolar; otra para ir al turno de adultos.

Que en el último tiempo había tomado conocimiento que se había puesto de novia y que desaparecía de la casa todo el tiempo. Mientras, él estaba obligado a sostener el hogar y a realizar las tareas domésticas.

Relató que su trabajo era muy duro porque desde muy temprano salía con su carro a "cirujear" y que volvía tarde. Que él poseía varios carros. Que su hijo E. era colaborativo. Que él siempre debía llevar a su hijo menor a la guardería. Mientras, constantemente, tenía enfrentamientos con su hija por el desorden, por la falta de colaboración en la casa, y porque estaba todo el tiempo en la calle y no cumplía con sus obligaciones escolares.

Respecto de la denuncia negó terminantemente los hechos, aclaró que siempre fue una persona honesta con muchas responsabilidades, en especial, desde la muerte de su esposa. Que luego de la denuncia su hija quiso tener contacto con él y le dijo que iba a levantar la denuncia.

Aclaró incluso que A. estuvo viviendo nuevamente en la casa.

Insistió reiteradamente sobre su inocencia, que jamás había hecho aquello de lo que lo estaban acusando y que quería ser puesto en libertad para volver a su casa con sus hijos, y seguir trabajando como siempre.

Pidió disculpas a las maestras, a las que en algún momento increpó.

Considerando:

I. Hechos Comprobados:

Luego de celebrado el debate oral y reservado, por la prueba ventilada en este proceso a la cual nos referiremos puntualmente en el acápite siguiente, es que tenemos por acreditado que F. A. X. abusó sexualmente de su hija menor de edad, D. A. X., al efectuarle tocamientos en sus partes íntimas y genitales, cuando aquella se encontraba en el baño, acostada durmiendo en su habitación, en el interior de la vivienda que compartían, sita en ..., de la Villa 31 de esta ciudad. La conducta antedicha, se llevó a cabo en, al menos, dos oportunidades (Hecho 1).

Asimismo, tenemos acreditado que X. accedió carnalmente, con su miembro viril, a su hija en tres oportunidades, a los doce, trece y catorce años de edad, mientras aquella dormía en su habitación, ubicada en el inmueble antedicho. En relación al último episodio, es decir cuando la menor de edad tenía 14 años, la amenazó con quitarle la vida si contaba lo sucedido (Hecho 2).

II. Elementos de Prueba.

Contamos con las declaraciones testimoniales brindadas en el debate de la oficial mayor E. C. S., quien llegó a la escuela luego de activarse el protocolo por parte de las docentes de la institución donde asistía la menor de edad; y de las docentes A. de los Á. N. —directora de establecimiento—, y de C. B. E. —maestra de la niña—.

También declararon en el debate la Dra. María Graciela Contreras y el Licenciado Carlos Gatti, quienes realizaron un informe multidisciplinario, especialmente en relación a la "retractación" de A.

Se han incorporado las declaraciones, en los términos del art. 391 tercer párrafo del CPPN, de O. A. C., quien arribó a la escuela, luego de que las maestras tomaron noticia del relato de la niña; y la declaración de E. X., hermano de la menor de edad, e hijo de la persona imputada.

Además, contamos para valorar la siguiente prueba documental que fue incorporada al debate: causa N° 39.XXX/18 caratulada "X., A. s/ control de legalidad —ley 26.061—"; las copias de la historia clínica respecto de la damnificada D. A. X. de fs. 15/16 pertenecientes al Hospital Fernández; el informe de colaboración efectuado por el Programa Las Víctimas contra la Violencia de fs. 18/22; el informe del Consejo de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes de GCBA de fs. 34/43; las copias certificadas de la causa N° MPF00202633 caratulada "X, F. A. s/ art. 184, inciso 5°" de fs. 58/185; el informe elaborado por personal del Organismo Descentralizado del Consejo de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes de esta ciudad de fs. 187/188; la nota actuarial obrante a fs. 221; el acta de implantación de cobertura de fs. 243/244; el informe obrante a fs. 285/288 elaborado por personal del Departamento de Intervenciones Especiales del Consejo de Niñas, Niños y Adolescentes; la entrevista psicológica de D. A. X., en los términos del art. 250 bis, llevada a cabo por el licenciado Leandro Legaspi (fs. 296/298); la transcripción efectuada por la División Apoyo Tecnológico Judicial de la PFA de fs. 307/312; el

informe de intervención del Equipo de Querellas del Consejo de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes del GCBA de fs. 361/368; el informe de elaborado por el Equipo Interdisciplinario de la Defensoría General de la Nación, llevado a cabo por la Dra. María Graciela Contreras y el licenciado Carlos Gatti (fs. 373/374); las actuaciones relativas a la detención del imputado de fs. 413/438; el informe de los DVD´s reservados en Secretaría a fs. 606 y el informe social de la persona imputada obrante a fs. 7/8 del legajo de personalidad.

A su vez, como prueba pericial se incorporaron los informes realizados por del Cuerpo Médico Forense de fs. 498/501 y 514/515.

Finalmente, como prueba instrumental se han incorporado al debate el Cd que contiene la cámara Gesell llevada a cabo con respecto a la persona damnificada y los demás soportes ópticos, efectos recibidos y reservados en secretaria a fs. 1504.

III. Valoración de la prueba:

Cabe tener presente que el Estado argentino se ha comprometido a eliminar este tipo de violencia contra la mujer, a partir de la ratificación de la Convención sobre la Eliminación de todas formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y su inclusión en el art. 75, inc. 22, del magno texto con jerarquía constitucional.

El artículo 2° de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "convención de belem do para" sostiene 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".

De este modo el Estado argentino, al ratificar la convención mencionada y sancionar la ley N° 26.485, debe facilitar el acceso a la justicia y evitar la re-victimización. Por ello se debe cumplir con las obligaciones de prevenir, investigar y sancionar la violencia contra las mujeres (art. 7. b. de la Convención Belém do Pará)" (CFCP Nadal, Guillermo F. s/ rec. del 05/09/2013, voto de los jueces David, Slokar y Ledesma).

En el presente caso nos encontramos con que la víctima es una persona de menor de edad, protegida por la Convención del Niño, en la que se ha consagrado el meta-principio axiológico de "superior interior del niño" (Art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional).

Por su parte, las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de Vulnerabilidad, que se elaboraron en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana que se celebró en Brasil del 4 al 6 de marzo de 2008, permiten considerar en condición de vulnerabilidad a aquella víctima del delito que tenga una relevante limitación para evitar o mitigar los daños y perjuicios derivados de la infracción penal o de su contacto con el sistema de justicia o para afrontar los riesgos de sufrir una nueva victimización. La vulnerabilidad puede proceder de sus propias características personales o bien de las circunstancias de la infracción penal. Se destacan, entre otras víctimas, las menores de edad y las que padecieron delitos sexuales, condiciones presentes en la damnificada A. X.

Los jueces debemos adoptar en estos casos —según recomiendan las reglas— las medidas que resulten adecuadas para moderar los efectos negativos del delito (victimización primaria) y también debemos procurar que el daño sufrido no se vea incrementado como consecuencia de su contacto con el sistema de justicia (victimización secundaria); en todas las fases del procedimiento penal, debemos proteger su integridad física y psicológica (en este sentido ver considerando 4to. del voto de la Dra. Highton, Fallos: 334:725).

Como preludio, también corresponde poner de relieve que los procesos por abuso sexual, se caracterizan por la orfandad probatoria; en otras palabras, comúnmente se basan en la declaración o testimonio de la persona agredida. Dificultad que se amplifica cuando la persona agredida es un menor de edad.

Frente a ello se han establecido pautas de interpretación para que, aun así, este tipo de acciones puedan ser sancionadas, para que el delito comprobado no rinda resultados, abogando por la importancia preeminente en el testimonio de la víctima (in re: "Gallo López" CSJN).

El presente encuadra claramente en los principios mencionados. Se trata de un delito cometido contra la integridad sexual, en un contexto intrafamiliar; la persona damnificada es una menor de edad, en un contexto de alto grado de vulnerabilidad.

A. X. relató los hechos de abuso en deferentes oportunidades. Así ante las docentes de su escuela; ante los profesionales del Hospital Fernández cuando fue derivada allí; ante la Brigada de colaboración del 137; ante el Consejo de Niños, Niñas y Adolescentes; ante el licenciado Legaspi del Cuerpo Médico Forense, profesional que llevó a cabo la entrevista en la cámara Gesell, en los términos el artículo 250 bis del CPPN. Luego, volvió a declarar ante el equipo interdisciplinario del Cuerpo Médico Forense integrado por la

Dra. María Graciela Contreras y el licenciado Carlos Gatti.

Expondremos a continuación, en orden cronológico, todas las declaraciones que debió realizar A. D. X. hasta llegar a esta instancia.

La develación de los abusos que venía padeciendo, tiene origen en un mensaje que por WhatsApp que A. envió a su maestra C. B. E. Esta última, al declarar en el debate, expresó que un sábado a la noche, casi domingo, A. le envió un mensaje diciéndole que necesitaba hablar con ella por un problema que tenía con el padre; y que ella, en un primer momento, pensó que se trataba de un caso de violencia física. Luego de recibir el mensaje, E. le avisó a las demás docentes que A. se había comunicado con ella, el fin de semana y que el lunes pretendía hablar con ella.

Cuando —el lunes— A. arribó a la escuela, lo hizo en compañía de su papá, F. A. X. Otra maestra, de apellido P., se le acercó a la menor de edad y le dijo que su maestra iba hablar con ella; frente a ello el padre se quedó en la puerta del aula de A., tratando de saber qué era lo que tenía que hablar su hija.

Como el padre merodeaba insistentemente, la maestra C. F., en un momento en el que A. se dirigió hacia el baño, la siguió con la intención de poder hablar a solas.

E. relató que, incluso, el padre no fue al aula como le correspondía —él estudiaba también en la escuela— sino que se quedó en todo momento viendo lo que hacían y qué decía la menor de edad a las docentes; incluso, las siguió hasta la dirección del establecimiento.

Luego de que la docente C. F. lograra hablar con la niña A., le dijo que la alumna le había relatado que había sufrido abuso sexual. Ante ello los docentes decidieron dar inicio al protocolo para tales situaciones.

La directora llamó al equipo de abogados del Consejo, también se llamó al SAME y, finalmente, A. fue trasladada al hospital Fernández.

E. señaló que F. A. X. quería ir con la hija en la ambulancia, pero que los médicos del SAME le dijeron que iba ir acompañada por la directora de la escuela. Por su parte, ella fue con el padre en un taxi hasta el Hospital.

E. no pudo aportar precisiones respecto a lo que le había revelado A. a C. F. Lo que sí recordó es que aquella le había dicho que a la niña le había pasado algo de contenido sexual, o sea, no se trataba simplemente de un caso de violencia de género o violencia física.

En el viaje en el taxi que hizo con X., a este se lo veía nervioso y preguntaba qué pasaba. Ella también estaba muy nerviosa.

A A., después del incidente, la volvió a ver en el hospital; en esta oportunidad aquella estaba acompañada por una señora, que luego se enteró que era la madre de su novio.

Detalló que A. era muy buena alumna, pero que tenía una asistencia irregular. Incluso, por esto los docentes habían tenido una reunión en la escuela, porque ella y su padre faltaban mucho. Agregó que era una chica muy inteligente y que se sentía a gusto en la escuela.

En cuanto a las inasistencias de ambos, no pudo precisar si eran coincidentes.

Recordó además que A. le había relatado que a su mamá la había atropellado un tren y había muerto. Ella vivía con un hermano mayor y otros, más chicos. Al parecer A. era la que se encargaba de varias cosas de la casa. El padre pretendía que a su hija la cambiaran de turno para que pudiera cuidar a su hermanito.

A preguntas en la audiencia aclaró que el aula donde debía ir F. X. era la primera de un hall; y que la de A. quedaba por un pasillo a la izquierda, en la planta baja.

En su declaración en la audiencia la testigo expresó que en el viaje en el taxi hacia el hospital, X. se quejaba porque su hija quería salir con el novio.

X, en el aula, había comentado sus antecedentes de enfrentamientos.

También aclaró que cuando A. se dirigió al baño, y la docente C. F. la siguió, llevándola a un aula al primer piso para hablar, en ese momento se les apareció X. y que ellas se asustaron.

Aclaró que cuando fue a verla a A., esta le comentó que estaba siendo amenazada por su hermano y por otros familiares por WhatsApp.

En sentido coincidente se manifestó A. de los Á. N.; relató que se desempañaba como directora del establecimiento escolar donde iba A.

Expresó que el incidente había sido en el año 2018 y un día lunes. Previamente a ese día, la niña le había mandado un mensaje a su maestra diciéndole que quería hablar con ella. Por ello, el lunes, se encontró con la maestra en la escuela y ahí A. relató situación de abuso que estaba viviendo. Ante ello llamaron a la policía, al SAME y a la guardia de abogados.

Recordó que ese día, el padre estaba muy "pegoteado" a su hija, no quería darle espacio de intimidad a la niña con la maestra; entonces una profesora —F.— se la llevó a un aula de arriba y ahí escuchó a la niña. Pese a eso el padre insistía en estar encima de ella. Por ejemplo no se retiraba del aula donde estaba su hija.

Luego del relato revelador de la niña decidieron llevarla al Hospital Fernández. Los del hospital fueron advertidos de la situación y ahí le hicieron exámenes de rigor. En esa oportunidad, la niña le hizo varios comentarios sobre situaciones feas que había estado viviendo con su padre.

Luego, ya tarde, ella se retiró del hospital; eran alrededor de la una de la madrugada. Mientras tanto, afuera del hospital estaba el padre, quien le preguntó a ella que pasó y le dijo "que me hiciste".

La testigo declaró que ella tuvo conocimiento de que A. le había escrito a su maestra C. E., el sábado a la madrugada, diciéndole que quería hablar con ella; luego esta profesora le reenvió ese mensaje a ella.

A. le relató a ella situaciones en las que amanecía desnuda y su padre encima de ella, mientras dormía. Le precisó que la madre de su hermano menor, en una oportunidad, había visto a X. encima de ella y que lo había recriminado por lo que estaba haciendo.

La niña también le dijo que había decidido contar lo que le estaba pasando en su casa, para evitar que se repitiera lo mismo a su hermanita, que estaba creciendo.

El día del incidente A. lucía asustada y verborrágica.

En cuanto a la actitud cotidiana de la niña en la escuela, relató que no tenía problemas, que era una niña "apichonada" frente a su padre y que era tranquila. Expresó que si el padre no venía a la escuela, ella tampoco lo hacía. Respecto a esto último, precisó que podían pasar hasta diez días seguidos de inasistencia.

A. también le relató situaciones de golpes por parte de su padre. Le "Contó situaciones de abuso y de golpes".

La niña, después del incidente, volvió a la escuela en el mes septiembre. Previamente a ello, había estado ubicada en un refugio y le refirió que no quería seguir allí; y como era un lugar a puertas abiertas, finalmente, se fue del lugar. Luego apareció en la escuela con la madre del novio con quien estaba viviendo. L. muy contenta por el reencuentro, se percibía en ella un cambio de actitud lindo, otra forma de vestirse, de expresarse, otro semblante.

Antes de este incidente en la escuela, no había sucedido nada parecido, pero por comentarios de las maestras, les parecía raro que el padre quería estar en el mismo nivel educativo que la hija. Agregó que A. había venido de otra escuela, por problemas de inasistencia.

No pudo recordar, específicamente, si el último abuso se lo contó también con los restantes.

A. le comentó que estaba de novia, que su papá no quería la relación porque el muchacho era mayor de edad, y que ello había generado discusiones.

Cuando llegó el SAME a la puerta de la escuela, las maestras les comentaron a los médicos lo que sucedía y que el padre no se despegaba de la hija; por ello decidieron mentirle, diciéndole que la niña estaba con dolor el estómago.

El señor X. había comentado en clase que en alguna oportunidad había matado a alguien; por esta circunstancia no quisieron confrontarlo con la verdad: que su hija lo había acusado por abuso.

Expresó que el día miércoles, posterior al incidente, apareció X. en la escuela y la increpó violentamente, diciéndoles: "me hiciste una denuncia por violín"; recordó que estaba muy agresivo, que hubo que sacarlo a la fuerza y que aquel rompió el vidrio de la puerta.

Resulta corroborante de los dichos de las docentes, la declaración prestada en la audiencia por la oficial mayor E. C. S. Esta mencionó que mientras se encontraba en la comisaría fue desplazada a un colegio y que, ya en el lugar, se entrevistó con la directora y la secretaria; también había una persona menor de edad.

Por dichos de la directora, tomó conocimiento que una alumna que cursaba en el turno de la tarde, habría sido abusada por el padre; y que aquella no quería retirarse del establecimiento. El padre estaba en la escuela y se quería llevar a la hija, pero la escuela había activado el protocolo.

Llamaron al SAME, que trasladó a la menor de edad a un hospital. La niña se fue en ambulancia. El padre se trasladó también al hospital con otro directivo de la escuela. La niña fue trasladada al departamento de servicio social.

En todo momento el padre quería ingresar para hablar con la hija, quería saber qué decía ella, estaba ofuscado.

Luego la declarante puso en conocimiento de lo sucedido a la fiscalía; Consejo de Niños y Adolescentes iba indicar con quien se quedaría la menor de edad.

Remarcó nuevamente que el padre estaba muy exaltado, quería saber porqué quería hablar la hija con la maestra. Tomó conocimiento en la escuela que la menor de edad, días antes, le había escrito un mensaje por teléfono a la maestra, diciéndole que quería contarle algo.

El móvil policial se retiró para que no levantaran sospechas con el padre.

El padre quería ir en la ambulancia con la hija y no se lo permitieron, conforme le había indicado el equipo de abogados a la directora.

La menor de edad estaba con las maestras y la observó callada cabizbaja.

Por su parte, el oficial primero, O. A. C., se expidió en términos similares.

La próxima secuencia de lo acontecido ese día fue cuando la niña arribó al Hospital Fernández; allí fue recibida por los profesionales del nosocomio.

La infectóloga Dra. Claudia Frola, que atendió a la menor de edad, plasmó en la historia clínica que la niña refirió que vivía con su padre, un hermano mayor y tres menores de edad. Que otra hermana se había suicidado y que su madre había fallecido, hacía seis años.

Le manifestó que cuando tenía doce años sufrió abusos sexuales, en varias oportunidades, por parte de su padre biológico, al igual de lo que le había pasado con su hermana fallecida. Refirió que en las últimas veces se trató de contacto sexual pero sin penetración. El último habría sido semanas atrás, hecho que la motivó a contárselo a su hermano, y, finalmente, a las maestras de su escuela.

En el Hospital Fernández A. fue acompañada por la brigada 137. A tales profesionales la menor de edad les volvió a relatar la situación que había estado viviendo.

Señaló que vivía con el padre, A. y sus hermanos. Comentó que su madre había fallecido hacía seis años, que partir de ese momento quedó a cargo de su padre. Expresó que el día viernes le pidió hablar a su maestra, enviándole un mensaje de texto por el teléfono celular y que el día lunes pudo concretar esa conversación.

La joven relató que había sido violada por su padre en tres ocasiones, siendo la primera cuando tenía doce años, mientras ella estaba durmiendo; de repente sintió dolor, tenía sangre en la bombacha y vio que su padre estaba arriba de ella desnudo.

Agregó que un año después, aproximadamente, sucedió un hecho similar, en el cual intervino la ex pareja del padre, quien le había dicho a él "sos un asqueroso", al encontrarlo penetrándola a ella. Esa mujer era la madre de su hermano K.

Luego refirió otro episodio de violación, hacía un año, y que —para someterla en este caso— la había amenazado de muerte si contaba algo.

Relató que otra vez, mientras dormía, su padre se encontraba al lado de ella, en bóxer, manoseándole sus genitales; y que cuando ella se despertó, abruptamente, pudo salir corriendo de la habitación. Esto se lo comentó a su hermano E. quien le sugirió denunciarlo en el colegio.

También relató espontáneamente que tenía una hermana que se había suicidado a los doce años de edad por ahorcamiento, quien le había relatado episodios de violación por parte del padre.

Manifestó, además, preocupación por su hermanita de diez años en particular; y por el resto de sus hermanos en general, porque temía que X. pudiera abusar de ellos.

Añadió que le tenía miedo a su padre porque una vez había matado a un policía y estuvo preso en varias oportunidades. Comentó que le había sacado las llaves del domicilio y que la dejaba encerrada. Mencionó también que aquel concurría a su misma escuela, cursando estudios primarios y que "no se le despegaba".

Señaló que hacía unos meses se había puesto de novia con un joven mayor y que X. la amenazó de muerte en varias oportunidades.

Expresó que no quería regresar a su hogar y que tampoco quería que sus hermanos siguieran viviendo con su padre.

Por su parte, la Guardia Jurídica Permanente del Consejo de los Derechos del Niño, Niñas y Adolescentes, realizó entrevistas a A., quien relató que —desde los doce años— el padre, en tres oportunidades distintas y en el lapso de tres años, abusó de ella, aunque al intentar hablar sobre lo sucedido, no logró dar cuenta de los detalles. Se podría inferir algún mecanismo de represión como funcionamiento defensivo de aquella violencia traumática. Asimismo, expresó que durante el último año, progresivamente, se acentuaron las situaciones de violencia por parte de su padre.

Relató que su hermana, unos años después de haber sido abusada, se ahorcó; y agregó que se madre falleció en un accidente de tren.

Refirió que a su hermano mayor le había contado lo sucedido y que este la incentivó a que denunciara al padre, pero, posteriormente se enojó por su denuncia. En este sentido, se mostró molesta con él y refirió que estuvieron discutiendo por mensajes de texto.

Aclaró que deseaba ver a todos sus hermanos, que los extrañaba. Expresó que sus amigas no la visitaban porque se sintieron incómodas con la presencia y comentarios de su padre.

Relató que estaba de novia y que la madre de su pareja había sido muy maternal con ella. La joven se mostró contundente sobre su deseo de no continuar vínculo con su padre, regresar a su casa o convivir con otros familiares.

En el informe se señaló que su relato por momento resultaba discordante entre lo que decía y la gestualidad, pero que luego fue variando en el estado de ánimo, mostrando inquietud al momento de hablar de su familia su novio y la imposibilidad de convivencia con él o con alguien de su grupo familiar.

El mismo equipo del Consejo de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, en otro informe, hizo saber que el señor X. se había presentado en el centro donde había sido alojada la niña y se había comunicado varias veces. Asimismo, que le había dejado cartas a su hija, intentando que la joven dejara sin efecto la denuncia.

También pusieron en conocimiento que, cuando A. se alojó en la casa de la señora P., madre de su pareja, aquel se presentó en reiteradas ocasiones a fin de amedrentarla a ella y a la joven.

También del informe surge que la niña volvió a relatar las situaciones de abuso, recordando con naturalidad situaciones muy graves, sin entender la dimensión de lo ocurrido.

También contamos con la declaración de E. X, hermano de A. —incorporadas por lectura—. Señaló que en una oportunidad su hermana le había relatado que tenía intenciones de realizar una denuncia en contra de su padre, ya que había sido abusada por él. Al respecto, él le pidió que no lo involucre por cuestiones personales. Relató que en general no tenía mucho contacto con su hermana, que hacía poco su hermana había iniciado una relación sentimental con N. y que ella frecuentemente se tiraba en la cama y lloraba; decía que estaba cansada de vivir y que, desde chica —sin precisarle la edad— vivía episodios de abuso.

También expresó que él tenía otra hermana que se llamaba A., la cual se había quitado la vida, creía que por ahorcamiento.

Respecto de la declaración de A. D. X., llevada a cabo en los términos previstos del artículo 250 bis del CPPN, por parte del licenciado del Cuerpo Médico Forense Leandro Legaspi, la menor de edad expresó que su padre hacía lo que quería con ella. La amenazaba con que la iba a matar si contaba algo. Que no podía estar con sus amigas porque las acosaba, les decía que a él le venía bien una chica de su edad. Que siempre tenía que quedarse encerrada en la casa. Que cinco meses atrás le había pegado fuertemente y la había dejado noqueada.

Declaró que la última vez que su padre la tocó decidió hablar y contar todo en la escuela; intentó hablar con sus maestras y contó todo, que su padre la amenazaba y que había abusado de ella.

Remarcó que a él no le había gustado nada que ella hablara con la maestra y que tuvieron que llevarla al Hospital y llamaron a la policía.

Que siempre su padre le pegó mucho y que abusaba de ella desde los doce años; que cada vez que dormía el hacía lo que quería con ella; que no podía dormir; que cuando ella se bañaba él también se metía. Aprovechaba cuando no estaba nadie en la casa, la agarraba y se metía como si nada. Le tocaba sus partes íntimas. Siempre le tuvo miedo Que no contó nada antes porque estaba amenazada, siempre la amenazaba que la iba a matar. Cuando dormía sentía que la estaban tocando y que sentía dolores cuando la penetraba. Estaban todas las luces apagadas prendía su teléfono celular y lo veía a su padre.

Que en una oportunidad salió corriendo directamente a la habitación y se encerró. En esa ocasión estaban solos él y ella. Lo único que pudo hacer, cuando se encerró, fue hablar con su hermano y decirle la verdad de todo, lo que estaba pasando, pidiéndole ayuda. Le contó que su padre la abusaba desde los doce años y que por eso le pegaba y la amenazaba.

Su hermano le contestó que no podía ayudarla porque él estaba conviviendo en la casa. No encontró la ayuda de su hermano, pero sí en otro lado, en el colegio, fue en el único lugar en donde la ayudaron.

Respecto a la penetración recordó que, antes, su casa era más chica y ella dormía con su hermanita; que un día ella terminó arriba, en la cama de su hermano y ahí se quedó dormida y cuando fue al baño sentía dolores y en su ropa interior había sangre, razón por la que se asustó mucho. Una vez su hermanito lo encontró a su padre arriba de ella.

No entendía cómo tan chica, recuperándose de la muerte de su madre, su padre hacía lo que quería con ella.

En otra oportunidad una pareja de su padre, que era la madre de su hermano menor K., llegó de trabajar de noche, y lo vio a él encima de ella y a ambos con la ropa baja. Ella le gritó.

La madre de K. falleció, ella había conservado su teléfono pensando en llamarla en algún momento, para que pudiera salir de testigo de lo que había visto; luego se enteró que de que ella había muerto.

Los manoseos eran casi siempre cuando se iba a bañar o cuando se estaba cambiando.

Después que le contó a su hermano, le envió un mensaje a la profesora, un domingo a la noche, diciéndole si podía hablar al día siguiente en el colegio.

También relató que su hermana fallecida le había dicho que tuviera cuidado con su padre, porque podría hacerle muchas cosas, como se lo había hecho a ella.

En su informe, el licenciado Legaspi concluyó que A. aportó un discurso inestructurado, resultando coherente, con estructuras lógicas, aportando detalles. Advirtió un incremento de la ansiedad que afectó la posibilidad de narrar los sucesos de modo ordenado y de aportar precisiones. Logró ubicar los eventos en un lugar y en un tiempo, de modo contextualizado. Dio cuenta de estados subjetivos de terceros y propios. Identificó a personas, y específicamente a quien señalaba como la persona protagonista de los sucesos, aportando nombre y apellido.

El experto concluyó que la repercusión emocional resultaba compatible con los eventos narrados. Particularmente advirtió angustia, temor y desvalimiento. Da cuenta del modo en que los eventos habrían salido a la luz, señalando a quienes se los habría confiado.

De todo lo hasta aquí analizado arribamos a un cuadro probatorio contundente; todos sus elementos se corroboran entre sí, pues existen esenciales coincidencias, respecto de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos materia de imputación, que nos ha permitido tener por comprobado lo siguientes:

Que A. es una persona menor de edad de extrema vulnerabilidad conforme a su historial de vida. No solo por las razones económicas, pues toda la familia pertenece a estratos donde existían serias dificultades económicas, sino también porque desde muy chica perdió a su madre, y a su hermana mayor, en circunstancias trágicas.

También, por el bajo nivel de instrucción e la familia, el de su padre y el de ella. Se trata de una familia donde se imponía violencia física y por ello se advierte una gran asimetría de poder.

Resultan significativas las conclusiones del licenciado Legaspi; así como el informe multidisciplinario del Cuerpo Médico Forense y los dichos de la docente E., respecto a cómo A. debió asumir la función parental, haciéndose cargo de los niños; pese a ser una persona en desarrollo debió cumplir función de adultos.

En cuanto a la fecha de inicio de los abusos, ha quedado determinado que comenzaron cuando A. contaba con doce años de edad, y se extendieron hasta los catorce años. Se pudo identificar al menos tres abusos con penetración, uno a los doce, otro a los trece y otro a los catorce años de edad.

Estos últimos sucedieron siempre en su casa, más precisamente en la cama mientras la menor de edad se aprestaba a dormir, o cuando ya estaba dormida. También para llevar a cabo tales actos el imputado la amenazaba, especialmente para disuadirla de que no contara nada.

A. dio detalles al respecto; así, que uno de los hechos fue visto por la madre de su hermano K., quien lo insultó al verlo encima de su hija y a ambos desnudos. A. se refirió, también, a la sangre en su bombacha así como al dolor provocado por la penetración

También ha quedado probado que los sucesos de tocamiento en sus partes íntimas se dieron en innumerables ocasiones, también en el domicilio, especialmente cuando los demás integrantes de la familia no estaban. En lugares tales como su cama, en el baño (cuando ingresaba a bañarse), o cuando se cambiaba o vestía.

Si bien no se ha podido determinar cuántas veces sucedió este tipo de tocamientos, pues en este punto la menor de edad no fue precisa, sí sabemos que fueron una pluralidad de hechos. El último de los abusos, sin penetración, ella logró salir corriendo a la habitación y este hecho provocó que ella se lo contara a la maestras y a su hermano.

Es por ello que podemos decir —in favor rei— que estos abusos, sin penetración, sucedieron al menos dos veces, que es el mínimo del plural.

Otra circunstancia que ha quedado acreditada, es el ambiente de extremo control que llevaba X. sobre A. En este punto ella relató insistentemente que él solo quería que estuviera en la casa, que la buscaba por todas partes; que en la escuela no se le despegaba.

Esto incluso ha sido corroborado por los dichos de las maestras, a quienes les resultaba extraño que él,

incluso, quisiera ir al mismo curso que su hija, pese a encontrarse en un nivel educativo distinto a A.

Tampoco podemos perder de vista una secuencia fundamental de este caso y es el momento en que A. tomó la decisión de revelar los abusos.

En efecto, el primer signo al respecto, fue cuando envió mensajes a la docente E., diciéndole que el lunes quería hablar con ella, para contarle algo.

Ese episodio, al parecer advertido por X, como lo dedujo E. en la audiencia, encendió las alarmas de aquel, pues a partir de ahí, fue su decisión evitar que su hija se comunicara con sus maestras.

Esta actitud se contradice con sus dichos al prestar declaración indagatoria, donde repitió hasta el cansancio que su hija no le interesaba la escuela ¿entonces, porqué le parecería malo, o desatinado, o peligroso que su hija hablara con la maestra? La respuesta es que él advirtió, presintió, que su hija contaría algo que lo perjudicaría.

Basta poner de relieve la férrea oposición de X. a despegarse de su hija el día que había acordado hablar con la maestras. Más que férrea, todos los testigos, así las maestras E., N., y los preventores S. y C. remarcaron su enojo, malestar y lo nervioso que se encontraba, ante cada intento de las docentes de tratar de hablar a solas con A.

Él se metía en el aula de su hija; sorprendió a A. y a C. F., cuando trataron de aislarse en el primer piso para finalmente hablar; las siguió, incluso, a la dirección del establecimiento.

No hay dudas que semejante ansiedad, curiosidad y enojo fue porque percibió que su hija iba a develar los abusos sexuales cometidos por él.

En efecto, descartamos que esa preocupación o ansiedad, se debiera a que estaba pendiente de la salud de su hija, pues la excusa que pusieron las maestras de que A. se sentía mal fue con posterioridad y, como respuesta a la insistencia de su padre de no dejar a solas a la menor con las maestras.

Por otra parte, la forma sorpresiva en que todas las docentes se enteraron del abuso, nos permite descartar de plano que hayan inducido a la menor de edad, de algún modo, para perjudicar a padre, pues todos ignoraban la situación hasta ese momento.

Para descartar que los dichos de A. hayan sido producto de su imaginación, fabulaciones o faltado a la verdad, tomamos en consideración su pertinaz declaración sostenida en tantas entrevistas junto a las conclusiones del licenciado Legaspi.

Este profesional concluyó que A. proporcionó un discurso coherente, con estructuras lógicas, aportando detalles. Aunque advirtió un incremento de la ansiedad que afectó la posibilidad de narrar los sucesos de modo ordenado y de aportar precisiones, logró ubicar los eventos en un lugar y en un tiempo, de modo contextualizado. Concluyó que la repercusión emocional resultaba compatible con los eventos narrados.

En sentido coincidente el equipo interdisciplinario integrado por Contreras y Gatti concluyó que la declaración testimonial ha sido sumamente específica en sus dichos.

Sobre este punto, cabe aclarar que si bien E. X. se mantuvo distante a la denuncia hecha por su hermana contra su padre, lo cierto es que no la desmintió en su declaración y admitió que su hermana le relató los abusos que supuestamente padecía.

Finalmente cabe poner de relieve que si bien las declaraciones de A. pueden tener imprecisiones, "cierto grado de disparidad en los diferentes informes a las presuntas víctimas se presenta con relativa frecuencia en estos casos. Ello puede obedecer a exámenes y entrevistas efectuadas con diferentes objetivos, en diferentes momentos y con diferentes metodologías". (Berlinerblau, Virginia Un fallo que contempla la función clínica reparadora del derecho RDF-2014-III-14).

En el presente caso no encontramos contradicciones fundamentales en los relatos y los restantes indicadores.

Corresponde ahora responder algunas alegaciones de la defensa en la que se sostiene su pedido de absolución; pero que, como veremos, no conmueve en absoluto el irreversible cuadro imputativo respecto a F. X.

En orden al denominado hecho 1 —abusos sin penetración— solicitó la absolución por considerar que la imputación carecía de contexto temporo-espacial. Contrariamente a lo sostenido por la defensora, consideramos que allí sí se mencionan circunstancias; concretamente, que tales abusos se daban en la habitación de su casa, así como en el baño. Esas circunstancias fueron, además, reiteradas en innumerables declaraciones prestadas desde un comienzo de la causa.

Tampoco compartimos que no se haya podido precisar en qué contexto X. la penetraba. La menor de edad ha mencionado que ocurría en su cama, de noche, que la penetración le ocasionaba dolor y sangrado, que estaba dormida. También describió una de las ocasiones donde fueron sorprendidos por la madre

de K. quien por ello insultó a X. En otra de las ocasiones, ella aclaró que la amenazó de muerte.

Se agravió también la defensa respecto a que la menor de edad dijo que el imputado "acosaba" a sus amigas, pero lo cierto era que ese término resultaba ambiguo y carecía de connotación unívoca.

A esta aseveración cabe señalar que la defensa descontextualiza ese comentario incidental, pues A. expresó que su padre acosaba a sus amigas y que les decía que le gustaba las chicas de su edad. También la defensa expresó que el testimonio de la menor de edad estaba contaminado, pero no desarrolló este agravio.

La defensa también alegó que no se debía construir un doble estándar para juzgar este tipo de delitos, ni dejar todo librado el caso a la psicología y psiquiatría.

Cabe poner de relieve que no se puede desconocer los instrumentos internacionales referentes a delitos contra la violencia de género, la violencia sexual y cometidos contra menores de edad; en especial, respecto de los grupos de mayor vulnerabilidad. Se trata de la consideración de axiomas para desterrar prejuicios y de mecanismos apoyados por el progresivo conocimiento de buenas prácticas científicas, para lograr que este tipo de delitos sean debidamente conocidos, investigados y sancionados.

Al respecto cabe destacar que la detección del ASI (abuso sexual infantil) es muy diferente de la detección del maltrato físico y de la negligencia: el reconocimiento del abuso sexual, en todas sus variantes, depende de escuchar lo que el niño, niña o adolescente tiene para decir y menos frecuentemente en los hallazgos del examen físico. Esto cobra particular relevancia en la justicia, donde la obtención y análisis del relato de la víctima, bajo normas de buenas prácticas, es de la mayor importancia; y la entrevista con el niño es de crucial relevancia para saber qué pasó (Berlinerblau, Virginia Un fallo que contempla la función clínica reparadora del derecho RDF-2014-III-14).

Por ello la defensa no puede desconocer, como lo pretende, que la obtención y análisis del relato de la víctima bajo normas de buenas prácticas es de la mayor importancia; y que la entrevista con el niño es de crucial relevancia para saber qué pasó. Los investigadores efectuaron esfuerzos considerables para entender cómo el testimonio infantil puede resultar lo más completo, útil y confiable posible, usando técnicas de entrevistas adecuadas.

También se queja la defensa de que el relato prestado ante el Consejo del menor es discordante entre los dichos y las emociones, pero omite señalar que el mismo informe señala a renglón seguido que la menor de edad "...luego fue variando su estado de ánimo, mostrando inquietud al hablar de su familia".

Después la defensa puso énfasis en cuestiones incidentales tales como que las maestras no habían podido precisar si, con F., la menor había hablado de abuso sexual o de maltrato físico. Esta apreciación resulta baladí pues la niña inmediatamente después de hablar con F., volvió a relatar a la directora del establecimiento, a los profesionales del Hospital Fernández y muchas veces más, donde fue muy clara al referirse a los abusos sexuales.

La defensora se agravia que se permita recibir declaración a determinados profesionales, como el acompañamiento del 137, cuando no están preparados para ello. Al respecto cabe señalar que se ha reconocido el valor probatorio de los dichos iniciales de las niñas frente a profesionales de la salud, a pesar de que "no fueron judicializadas", ni "efectuadas bajo las condiciones exigidas protocolarmente". Ello tiene asidero razonable, ya que el rol forense es radicalmente distinto del rol del clínico. Por otra parte, los hospitales cuentan con protocolos propios de los profesionales de la salud centrados en la asistencia de la presunta víctima (Berlinerblau op.cit).

También expresó que, por la condición de humilde y vulnerable del imputado, no debería etiquetárselo como un delincuente abusador. A respecto cabe señalar que la víctima, en el presente caso, se encuentra en paridad o peor situación de vulnerabilidad que aquel. Por otra parte, el tribunal no desconoce que no existe un perfil de abusador predeterminado, sino que este abarca un universo incontable.

También dijo la Dra. Lago que no se investigó bien si la hermana de A. se había suicidado o si se había ahorcado accidentalmente; que tampoco estaba comprobado si K. —hermano de A.— ha sido víctima de maltrato físico o no; que tampoco estaba debidamente corroborado que las cartas enviadas —supuestamente— por el imputado a A., hayan sido enviadas por este.

Se agravió de que no se haya hecho lugar a las declaraciones de la menor de edad en otra sede, referida a la paternidad del embarazo que curso, finalmente infructuosamente. Al respecto cabe reafirmar que ello no hacía al objeto de este proceso y máxime, cuando la menor A. jamás acusó a su padre, de ser el autor del embarazo.

Del mismo modo no resultaban aceptables la intención de incorporar el legajo de exclusión de hogar de quien en vida fue la madre de K. Pues al respecto

cabe recordar que los abusos abarcaron un período extremadamente largo, desde los doce a catorce años.

Todos estos agravios, carecen de eficacia para desmentir el episodio central relatado por la niña; se limitan a demostrar el carácter equívoco de cada indicio o cada prueba colectada.

Cabe recordar que nuestro máximo tribunal tiene dicho "...Si la confrontación crítica de todos los indicios resultaba inexcusable para poder descartarlos, el argumento de la supuesta ambivalencia individual de cada uno de ellos constituye un fundamento solo aparente" (T. 311, P. 948). La arbitrariedad se configura cuando se han ponderado testimonios en forma fragmentaria y aisladamente, incurriéndose en omisiones y falencias respecto de la verificación de hechos conducentes para la decisión del litigio, en especial, cuando se ha prescindido de una visión en conjunto y de la necesaria correlación de los testimonios entre sí, y de ellos con otros elementos indiciarios (Fallos: 311:621).

La "eficacia de la prueba de indicios depende de la valoración conjunta que se haga de ellos teniendo en cuenta su diversidad, correlación y concordancia, pero no su tratamiento particular, pues, por su misma naturaleza, cada uno de ellos no puede fundar aisladamente ningún juicio convictivo, sino que este deriva frecuentemente de su pluralidad." (Fallos: 300:928 y 314:346).

Por ello a falta de valoración integral de los indicios no se compadece con la invocación del artículo 3 del CPPN el estado de duda debe derivarse de la racional y objetiva evaluación de las constancias del proceso.

A la luz de estas premisas entendemos que, en el caso de autos, la absolución invocada se apoya en una valoración aislada y fragmentaria de los elementos arrimados al proceso.

Ahora corresponde adentrarnos en la retractación que hizo de su denuncia A., tiempo después ante los especialistas del Cuerpo Médico Forense.

Allí "al serle consultado por el motivo de la concurrencia miró hacia abajo y luego de un prolongado silencio, dijo no poder hablar por estar nerviosa y tener muchas cosas en la cabeza, observándose que se angustia, y se llenan los ojos de lágrimas "porque en el momento el me dijo que ya iba a terminar todo, y continuando con la vista hacia abajo dice mi ex me había amenazado, quería que me vaya a vivir con él y como mi papá no quería me dijo que dijera eso en la escuela para irme a vivir con él. Una banda de gente me amenazó de Virreyes, mi ex decía que dijera contra mi papá, yo no quería, me quería quedar con mi papá, él tenía veintiséis años, no me acuerdo el nombre, yo tenía quince. Ahora no salgo de mi casa porque tengo miedo".

Los especialistas luego de recoger esa retractación y analizar su declaración anterior incriminatoria arribaron a la conclusión de que la "joven en su declaración testimonial ha sido sumamente específica en sus dichos de los cuales se ha retractado, por lo tanto, se reitera la entidad potencial de afectar el normal desarrollo, del cual, de acuerdo a lo observado, ha impactado en un doble plano, en el momento de la afirmación de lo denunciado y en el actual con la retractación, circunstancia que se potencia por el hecho de cursar un embarazo que implica la vulnerabilidad psicoemocional de cualquier persona...".

De lo expuesto surge con claridad que los especialistas han considerado como valioso la declaración original de la menor de edad incriminatoria, considerando la "retractación" posterior como efectos deletéreos del abuso.

El Licenciado Gatti y la Dra. Contreras, quienes suscribieron ese peritaje, declararon en la audiencia de debate. Gatti señaló que en la entrevista con la menor de edad, ella tenía angustia, se la veía ambivalente, presionada, como sobrepasada por la situación. Preguntaba ansiosamente cuando iba a salir su padre. Que los hermanos estaban enojados con ella, que la hermanita la culpaba que por ella no estaba el papá. Había una presión ambiental. La presión era interna como ambiental. Presentaba conflicto de lealtades e intenso apego a la figura de su hermano.

Tras el análisis clínico del caso concluyeron que la niña presentaba síndrome de "acomodación" y que en ese contexto debía entenderse su retractación.

Explicaron en su informe en qué consistía el síndrome de acomodación, citando diversos autores. Se integraba en cinco etapas, el silencio, donde mantener el secreto los hace sentir culpables porque no poder salir de la situación. La segunda, la desprotección, derivada de la subordinación básica dentro de un vínculo anómalo con una figura de autoridad, ahí hay llanto inmotivado, trastorno alimenticio, desgano irritación, regresiones, miedos, problemas en la escuela, etc. La tercera etapa, vinculada a la disociación, el niño mantiene su experiencia traumática separada de su resto de vida. Entonces se ve en la necesidad de acomodar ese trauma a su vida. Cuarta etapa, el develamiento, ahí se da un quiebre defensivo, pudiendo ser accidental o intencional. Finalmente, la retractación, que consta de dos partes, la primera reconoce y niega el abuso al mismo tiempo y, en la segunda, el conflicto entre aceptación y negación se resuelve negando.

Junto a la "rabia" subyace la culpa por denunciar a un familiar cercano, muchas veces seres queridos y por no poder mantener unida a la familia.

Los expertos Gatti y Contreras concluyeron que tales apreciaciones teóricas podrían aplicarse al caso que nos ocupa.

Ello no significa que ella hubiera mentido, sino que la retractación le permite eliminar la culpa y volver a unir a la familia, saltando al sistema judicial.

O sea, volver al equilibrio anterior aunque fuera disfuncional. Un equilibrio inestable. En el caso dijeron que A. se sentía culpable que la familia se derrumbara porque los hermanos estaban solos y su padre detenido.

Finalmente, refirieron que el embarazo de A. era una forma de lograr una salida de la situación que estaba viviendo. El embarazo era un llamado de atención a alguien, un "acting". El embarazo no era casual. Incluso ella dijo que no se cuidaba.

La chica presentaba todo el proceso de signos y síntomas de síndrome de acomodación, por eso lo postulamos.

Las conclusiones de los expertos resultan en consonancia con determinadas circunstancias comprobadas en la causa. Así ha quedado demostrado la falta de apoyo por parte de la familia a la denuncia de A. contra su padre. En tal sentido, si bien E. reconoció que su hermana se los había contado, prefirió no comprometerse con ello porque el convivía en la misma casa.

Contamos con diversos elementos referidos a las presiones que recibió A. para que retirara la denuncia; así las veces que X. se dirigió al lugar donde fue alojada la niña por disposición del Consejo de Niños, Niñas y Adolescentes. Los dichos de los funcionarios de este organismo, acerca de los intentos del imputado para influir sobre la hija. El mismo temperamento asumió el padre cuando la niña se alojó en la casa de la señora P.; allí aquel se dirigió, pese a la orden de restricción de acercamiento en su contra. Por su parte, las maestras relataron que A. les comentó que ya en el hospital, el hermano y el padre trataron de influirla por la denuncia.

En cuanto a las supuestas coacciones que habría recibido para denunciar a su padre y dejar su hogar, cabe tener presente que de las distintas actuaciones, en especial de las declaraciones de A., surge claramente su deseo indiscutido de no volver a su casa luego de la denuncia. Ello se lo hizo saber a las maestras también.

Finalmente no podemos obviar la posición preeminente que poseía F. A. X. en su familia. La desmesurada asimetría de poder entre los hijos y su padre, ya sea por su rígida autoridad y por sostén económico para toda la familia, lo que claramente ha influido en la conducta de sus hijos, incluso en A.

En definitiva, consideramos que la retractación de A. resultó una acomodación al agresor, síndrome que ha sido descripto como mecanismo de supervivencia: los niños aprenden a acomodar su conducta a los sucesos dañinos que experimentan como medio para sobrevivir, especialmente cuando el agresor y el niño conviven (Berlinerblau, op.cit).

Al respecto, finalmente, cabe señalar lo que surge de la resolución de la Cámara Nacional de Casación Penal en la causa N° 9580 - Sala IV Mansilla, Martín G. s/ recurso de casación, en cuanto a que varios han sido los intentos por minimizar la credibilidad del testimonio infantil. Así, en Estados Unidos comenzó a desarrollarse el "Síndrome de la Falsa Memoria", basado en modelos tomados de la psicología cognitiva y de las investigaciones sobre la estructuración de la memoria —"La personalité de l"abuseur sexuel" de Van Gijseghem—, mediante el cual se minimiza la dimensión y realidad de los abusos sexuales, reactivándose la añeja teoría de la fabulación y fantasía, que coadyuvan a acusar a las víctimas y mantener la impunidad de los adultos. De esta forma, "...el gran despliegue de investigaciones destinadas a encontrar métodos para descubrir, a través del análisis del contenido de relatos de los niños, las "falsas alegaciones", es una nueva demostración de la desconfianza de nuestro mundo adultista hacia las capacidades del niño de decir la verdad" (Barudy Labrin, Jorge; "El dolor invisible de la infancia. Una lectura ecosistémica del maltrato infantil", Paidós, p. 167/168). Por ello, también es sumamente importante tener en cuenta las etapas evolutivas que ya hace tiempo han sido remarcadas por el psiquiatra infantil e investigador norteamericano Roland Summit, quien señaló que los niños abusados pasaban por cinco etapas diferentes, conformantes del Síndrome de Acomodación al Abuso Sexual, a saber, secretismo; indefensión, atrapamiento y acomodación; revelaciones retrasadas y escasamente convincentes y, por último, retractación posterior al abuso revelado (confr. C. Recondo Figuero y M. R. Ortiz Otero; "El abuso sexual infantil"; Boletín de la Sociedad de Pediatría de Asturias, Cantabria, Castilla y León; 2005, 45, p. 6). Respecto de la última etapa, Summit apunta que "Esa sencilla mentira [la retractación] resulta mucho más creíble que las denuncias explícitas de acercamientos incestuosos. Confirma las expectativas adultas de que las niñas [o niños] no son de fiar. Restablece el precario equilibrio familiar. Las niñas aprenden a no quejarse. Los adultos, a no escuchar. Y las autoridades, a

no creer en las jóvenes rebeldes que utilizan su poder sexual para destruir a los padres bien intencionados" ("Comentarios sobre el Síndrome de Acomodación al Abuso Sexual Infantil descripto por el Dr. Cámara Nacional de Casación Penal Matías Sebastián Kallis Secretario de Cámara Causa N° 9580 - Sala IV Mansilla, Martín G. s/ recurso de casación —25— Roland C. Summit" en Temas de Maltrato Infantil, Familias del Nuevo Siglo, Año I, Número I, 1997).

En consecuencia, y por todas las razones expuestas precedentemente, el plexo probatorio —colectado y valorado de acuerdo con las reglas que gobiernan el pensamiento humano, la lógica y la experiencia común— tiene la contundencia que se requiere para dictar una sentencia condenatoria, razón por la cual arribamos, sin hesitación alguna a la demostración de los hechos en cuestión, tal como han sido descriptos al inicio de este fallo y a la responsabilidad penal del acusado, en orden a la calificación legal y al modo de atribución de la conducta que se describirá en el apartado que continúa.

IV. Calificación legal:

Las conductas desplegadas por X. encuadran en el delito de abuso sexual agravado por haber sido perpetrado por una persona ascendente y por tratarse la víctima de una menor de dieciocho años de edad y aprovechando la situación de convivencia preexistente, cometido en al menos dos oportunidades, en concurso real entre sí y con el delito de abuso sexual con acceso carnal, agravado por haber sido perpetrado por una persona ascendente y por tratarse de la víctima una menor de dieciocho años de edad y aprovechando la situación de convivencia preexistente, reiterado en tres oportunidades que concursal materialmente.

En cuanto a la cantidad de hechos constitutivos de abuso con penetración, hemos podido determinar claramente que fueron tres, realizados cuando la niña tenía 12, 13 y 14 años.

Las mencionadas acciones concurren de manera real entre sí, ya que se tratan de episodios distintos e independientes fáctica y jurídicamente entre sí (artículo 55 del CP).

También hemos tenido por comprobado al menos dos —mínimo del plural— abusos simples, agravados por el vínculo y la convivencia preexistente.

Desde la perspectiva de la imputación subjetiva, X. conocía perfectamente las características de la agresión sexual que ejecutaba sobre su hija, sabía la edad de la menor y la coacción y sometimiento que esto le producía.

Por otra parte, consideramos que X. debe responder en calidad de autor respecto de los delitos que aquí se le reprochan pues ha tenido dominio absoluto en todos los hechos, los ejerció de propia mano y se descarta la participación de otro sujeto activo (artículo 45 del CP).

Finalmente, también desestimamos en el presente caso la configuración del delito de corrupción, por el que la fiscalía no mantuvo la acusación. El fallo no contendrá un pronunciamiento sobre este punto, para evitar desdoblar un único episodio, teniendo en cuenta que, inicialmente, se lo concursó de manera ideal con la agresión sexual.

Carlos Creus ha sostenido que la corrupción debe ser entendida como "el estado en que se ha deformado el sentido naturalmente sano de la sexualidad (con respecto a la edad de la víctima), sea porque el sujeto pasivo llega a aceptar como normal —para su propia conducta— la depravación de la actividad sexual" (Creus, C "Derecho Penal-parte especial" T. I, 2ª edición, Astrea, Bs. As., 1988 p.215).

No tenemos por comprobado que los actos abusivos sexuales del imputado estuvieron orientados a la alteración antinatural de las condiciones en que el acto sexual se realiza en sí mismo.

Por lo demás corresponde descartar que X. haya obrado amparado en alguna causa de justificación o de inculpabilidad. Cabe recordar que los peritajes realizados han determinado que las facultades mentales de X. encuadran dentro de los parámetros de normalidad, desde la perspectiva médico legal.

V. Graduación de la pena:

Ahora bien, sentados los hechos y el encuadre típico de aquellos, resta determinar la pena a imponer a X.

Por aplicación de las disposiciones de los artículos 40 y 41 del Cód. Penal, habrá de merituarse las agravantes y las atenuantes a partir de la intensidad del injusto y el grado de responsabilidad del sujeto. Así por un lado se cuenta con las circunstancias de naturaleza objetiva del hecho, que son las que permiten una graduación sobre la intensidad del injusto inc. b) de dicha norma. En síntesis, injusto y culpabilidad son los parámetros de mensuración de la pena a imponer.

En lo que hace a los aspectos objetivos y a la naturaleza de la acción, en el caso tenemos, cómo agravantes, la reiteración de hechos cometidos; ponderamos negativamente que los abusos por parte del imputado abarcaron gran parte de la pre-adolescencia de

la menor de edad damnificada —12, 13 y 14 años de edad—.

Como extensión del daño advertimos que A., con motivo del hecho del que fue víctima, padece la fractura de la familia.

Como atenuante ponderamos que se trata de una persona que carece de educación, que pertenece a un grupo social bajo, con recursos limitados y alta vulnerabilidad; y la carencia de antecedentes condenatorios.

Por todo ello atendiendo a la escala prevista para los mencionados delitos consideramos adecuado imponerle la pena de diez años de prisión, accesoria legales y costas.

VI. Computo de pena:

Considerando que X. se encuentra detenido en forma ininterrumpida para las presentes actuaciones desde el día ... (Cfr. fs.) corresponde determinar que la pena impuesta vencerá el día nueve de octubre del año dos mil veintinueve —09/10/2029— a las 24:00 horas debiendo hacerse efectiva su libertad a las 12:00 horas del mentado día de no haberla recuperado con antelación y que la caducidad operará el día 09/10/2039 (artículos 51 inciso 2º y 77 del CP y 493 del CPPN.

VII. Otras cuestiones:

Atento al resultado del debate, corresponde imponerle a X. las costas del proceso de conformidad con los artículos 530, 531 y 533 del CPPN además de intimarlo para que dentro del quinto día de notificado satisfaga la suma de sesenta y nueve pesos con sesenta y siete centavos ($69,67) en concepto de tasa de justicia, bajo apercibimiento de aplicarle una multa equivalente al cincuenta por ciento del citado monto.

A su vez, deberá oficiarse al Juzgado Civil que por turno corresponda a fin de que intervenga en la curatela del condenado.

Por otra parte, en atención a lo previsto en el artículo 12 de la ley N° 27.372 —protección a las víctimas—, deberá notificarse a la menor damnificada.

Finalmente, conforme al artículo 2 de la ley 26.879, dándose en el caso el supuesto de inclusión, una vez firme la sentencia corresponderá oficiar para disponer la toma de muestras biológicas (ADN) para su incorporación al perfil genético en la base de datos del Registro Nacional de Datos Genéticos.

Por todo ello, de conformidad con las citas legales, los artículos 393, 396, 400 y cc. del CPPN, el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional N° 18, en integración colegiada resuelve: I. Condenar a F. A. X, de las demás condiciones personales obrantes en autos, por resultar autor material y penalmente responsable del delito de abuso sexual agravado por haber sido perpetrado por una persona ascendiente y por tratarse la víctima de una menor de 18 de edad y aprovechando la situación de convivencia preexistente, reiterado en cuanto menos dos oportunidades —que concurren materialmente entre sí— en concurso real con abuso sexual habiendo mediado acceso carnal agravado por haber sido perpetrado por una persona ascendiente y por tratarse la víctima de una menor de 18 de edad y aprovechando la situación de convivencia preexistente, reiterado en tres oportunidades —que concurren materialmente entre sí— a la pena de diez años de prisión, accesorias legales y costas (artículos 12, 29 inciso 3°, 40, 41, 45, 55, 119 —párrafos primero, tercero, cuarto incisos b) y f) y quinto—, del CP y 396, 403, 530 y ccs. del CPPN). II. Declarar que la pena de diez años de prisión impuesta a X. vencerá el día nueve de octubre del año dos mil veintinueve —09/10/2029— (artículo 77 del CP y artículo 493 del CPPN). La caducidad registral operará el día 09/10/2039 (artículo 51 inciso 2° del CP). III. Intimar al condenado a que, dentro del quinto día de adquirir firmeza de la presente, abone la suma de $69,67 (pesos sesenta y nueve con sesenta y siete centavos) en concepto de reposición de tasa de justicia, bajo apercibimiento de aplicársele el 50% de multa en caso de no hacerlo. IV. Firme que sea, dándose en el caso el criterio de inclusión previsto en el artículo 2 de la ley 26.879, líbrese oficio para disponer la toma de muestras biológicas (ADN) para la incorporación del perfil genético de X. en la base de datos del Registro Nacional de Datos Genéticos. V. Notificar a la víctima D. A. X. y a la Defensoría Pública de Menores e Incapaces N° 2 del fuero, a tenor del art. 12 de la ley 27.372. Una vez firme, ejecútese y comuníquese el resultado de la presente a los registros y organismos que correspondan, Fecho, archívese la causa. — *Luis O. Márquez. — Darío M. Medina. — Domingo L. Altieri.*

Testimonio de los menores víctimas de abuso sexual: cómo valorar la retractación de la denuncia inicial

Mariel V. Schneider (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Hechos.— III. Retractación de la menor.— IV. Factores que conducían a una retractación anunciada de la niña: su extrema vulnerabilidad.— V. Validez y credibilidad del relato conforme a las reglas procesales de la sana crítica, cuando la sentencia se basa en prueba indiciaria, conforme a los fallos de la Corte Suprema.— VI. Normativa aplicable respecto de la protección de NNA.— VII. Protocolos.— VIII. Breves aspectos a tener en consideración en las entrevistas judiciales a NNA.— IX. Conclusión.

I. Introducción

En el fallo que he de comentar se condenó al progenitor que abusó sexualmente de su hija menor en reiteradas ocasiones, incluso con acceso carnal. En el proceso penal, la defensa del agresor cuestionó la validez de las diversas declaraciones que prestó la menor, tanto previas a la iniciación de la causa (relato a su maestra, a profesionales médicos, etc.) como también las brindadas en sede judicial, tildándolas de vagas y equívocas. Por ello, resulta importante analizar en este trabajo cómo se debe evaluar el testimonio de los niños, niñas y adolescentes (NNA) en sede judicial y, sobre todo, cuando son víctimas de delitos sexuales en el ámbito intrafamiliar.

Sin embargo, lo más relevante de la sentencia bajo análisis es el hecho de que la menor —con posterioridad a la denuncia— se retractó ante el cuerpo médico forense, diciendo que todo lo que había manifestado no era cierto. En función de ello, toma gran relevancia determinar las pautas que los jueces deben considerar y sopesar al momento de evaluar la retractación de los NNA que se encuentran en la situación de vulnerabilidad que conlleva denunciar a su progenitor y las consecuencias que ello provoca en el seno familiar, el entorno social y, por supuesto, la repercusión en la psiquis y bienestar de la propia víctima.

Sin duda, toda decisión judicial se debe basar en la opinión de expertos en el campo de la psicología y psiquiatría infantil que, en el fallo comentado, no solo avalan los dichos primeramente prestados por la niña —que señalaban los abusos sexuales de su padre—, sino que delinean las pautas que deben ser tomadas en cuenta para entender la fragilidad y vulnerabilidad de los NNA víctimas de abuso sexual infantil (ASI) que —en muchos casos— los lleva a manifestar un desistimiento de la denuncia inicial y a intentar desincriminar a sus victimarios. En tal sentido, los especialistas señalaron que la retractación de la niña consistió en un síndrome

(*) Abogada; especialista en Derecho de Familia (UBA); adjunta regular de Familia y Sucesiones (UBA); actualmente dicta la materia del CPO "Relaciones entre Derecho de las Familias y Derecho Penal"; autora y coautora de tratados, artículos de doctrina y comentarios a fallos en revistas especializadas, abordando y analizando temas que interrelacionan el Derecho Penal y el Derecho de las Familias.

de "acomodación", mecanismo defensivo que se da en cinco fases, cuya descripción resulta de innegable utilidad como herramienta para la evaluación de los NNA que padecieron un ataque contra su integridad y libertad sexual en el seno familiar y a quienes se les deben respetar el derecho de acceso a la justicia y a ser oído.

Resultará importante tener en cuenta —por supuesto— la obligatoriedad de la aplicación de los compromisos internacionales asumidos por nuestro país en relación con la protección de los NNA, la eliminación de toda forma de discriminación contra las mujeres y la erradicación de la violencia de género, así como la legislación interna en tal sentido, los cuales deben ser el ineludible sustento legal de sus fallos.

Asimismo, se hará referencia a la necesidad de elaborar y aplicar protocolos para el abordaje de casos como estos, documentos que no son de aplicación automática, sino que ayudan a sentar las bases de las llamadas "buenas prácticas", las que no servirán de nada sin el compromiso de todos los que intervienen en el abordaje de supuestos de ASI y que ellos "faciliten" el protagonismo de los menores consistente en que develen vivencias y/o circunstancias abusivas, teniendo en cuenta su vulnerabilidad.

II. Hechos

En el marco del proceso penal llevado adelante por el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional Nº 18 de la Capital Federal se condenó como autor al padre de una menor de aproximadamente 15 años **(1)** por el delito de abuso sexual simple (primer párrafo del art. 119, Cód. Penal), reiterado en dos oportunidades, en concurso real con el de abuso sexual con acceso carnal agravado reiterado en tres oportunidades (a los 12, a los 13 y a los 14 años de la menor), todos hechos delictivos agravados por haber sido perpetrados por una persona ascendiente y por tratarse la víctima de una menor de 18 de edad y aprovechando la situación de convivencia preexistente.

Como se ha adelantado, ante los argumentos defensistas que se basaban en que la declaración de la víctima resultaba confusa, imprecisa y que su relato carecía de datos concretos respecto de las circunstancias de tiempo, modo y lugar y que tal imprecisión afectaba el derecho de defensa del imputado, el tribunal debió expedirse acerca de la validez del testimonio de la menor. Sin duda, este es el artilugio más utilizado para hacer caer las acusaciones de ASI, por el que se pretende echar por tierra las manifestaciones de alguien que quedó en una situación de absoluta fragilidad psíquica, psicológica y emocional.

La niña, posteriormente a efectuar un relato reiterado acerca de los abusos de su padre ante distintas personas que la asistieron y los profesionales que la entrevistaron, se desdijo ante los especialistas del cuerpo médico forense, manifestando que los ataques sexuales nunca habían existido.

Los magistrados, haciéndose eco de los postulados de la psicología y psiquiatría infantil en casos de ASI intrafamiliar, desecharon la retractación como modo de desincriminar al padre y, efectivamente, lo condenaron a la pena de 10 años de prisión.

El tribunal destacó que la niña repitió con más o menos detalles los abusos que venía sufriendo por parte de su padre: a las maestras de la escuela donde concurría, a los agentes de la brigada del 137 que acudieron a la escuela; a la profesional que la atendió en el Hospital Fernández; en cámara Gesell; ante la guardia del Consejo del Menor de Niñas Niños y Adolescentes y, por supuesto, ante los profesionales del Cuerpo Médico Forense.

Lo que la niña manifestó fue que sufrió agresiones sexuales con acceso carnal, en varias oportunidades, por parte de su padre biológico, al igual de lo que le había sucedido a una hermana fallecida. Refirió que en las últimas veces se trató de contacto sexual sin penetración.

Lo que —en concreto— refirió la víctima fue que —desde los doce años— el padre, en tres oportunidades distintas y en el lapso de tres años, abusó de ella, y que las situaciones de violencia por parte de su padre durante el último año se habían incrementado. También sostuvo que en el último episodio de violación, para so-

(1) Dato que no surge con exactitud de la sentencia, pero que puede inferirse de su lectura.

meterla, la había amenazado de muerte si contaba algo.

En cuanto a los abusos sexuales simples, relató que su padre le manoseaba sus genitales estando acostada y que también lo hacía cuando ella se bañaba.

La joven también dijo que había decidido contar lo que le estaba sucediendo, para evitar que se repitiera lo mismo a su hermanita **(2)**.

Cabe aclarar que dijo que todo esto se lo contó a su hermano mayor y que este le sugirió denunciarlo en el colegio, pero le dijo que no podía ayudarla porque él estaba conviviendo en la casa, lo que quedó probado en juicio.

III. Retractación de la menor

Tal como se adelantó, tiempo después de pedir ayuda ante los abusos sexuales de su progenitor, es decir, de su denuncia, la niña se desdijo ante los especialistas del cuerpo médico forense. En tal sentido, aseveró que había mentido porque su expareja (11 años mayor que ella) la había presionado para que se fuera a vivir con él y que, como su padre se oponía a ello, la impulsó a realizar la denuncia.

Los especialistas, analizando la retractación y sus declaraciones anteriores, en que la menor acusaba a su padre de los abusos sufridos, manifestaron que la "joven en su declaración testimonial ha sido sumamente específica en sus dichos de los cuales se ha retractado, por lo tanto, se reitera la entidad potencial de afectar el normal desarrollo, del cual, de acuerdo a lo observado, ha impactado en un doble plano, en el momento de la afirmación de lo denunciado y en el actual con la retractación, circunstancia que se potencia por el hecho de cursar un embarazo que implica la vulnerabilidad psicoemocional de cualquier persona".

Por lo tanto, los profesionales le dieron valor a la declaración inicial —la incriminatoria—, entendiendo que la retractación era un efecto propio o una secuela del abuso. Así lo hicieron, destacando la angustia de la adolescente y que —además— se la veía ambivalente, presionada y sobrepasada por la situación, puesto que la menor hizo mención de que los hermanos estaban enojados con ella. En tal sentido, afirmaron que se daba el usual conflicto de lealtades.

Los especialistas que escucharon a la niña concluyeron que ella presentaba síndrome de "acomodación" **(3)** y que en ese contexto debía entenderse su retractación.

En el caso, según la explicación que hicieron los peritos, el síndrome de acomodación está dado por cinco etapas, a saber: 1) el *silencio*: mantienen el secreto, pero eso los hace sentir culpables porque no pueden salir de la situación de abuso; 2) la *desprotección*: la que deriva de la subordinación básica dentro de un vínculo anómalo con una figura de autoridad,

(2) Cabe señalar que —muchas veces— este es uno de los grandes motores que impulsan a las víctimas de estos delitos a revelar su situación.

(3) El síndrome de acomodación al abuso sexual infantil (SAASI) fue descrito por Ronald Summitt en 1983 ("The child sexual abuse acomodation syndrome", *Child Abuse & Neglect*, vol. 7). De ese modo, intentó que se comprendieran las reacciones típicas de los niños víctimas de un abuso sexual continuado y se lograra dar credibilidad a sus versiones y, de tal forma, romper con los mitos y prejuicios existentes en torno al fenómeno delictivo. Como consecuencia de sus investigaciones, Summit observó en casos de abuso sexual crónico cometido en el ámbito intrafamiliar o por personas allegadas a la víctima una secuencia característica. El SAASI fue descripto por Ronald Summitt para explicar dos situaciones traumáticas en torno al ASI. La primera de ellas incluye tres etapas y corresponde al ASI propiamente dicho, incluyendo las dos etapas siguientes, es decir, la segunda situación traumática, en que se da la crisis de develamiento que, en definitiva, es el llamado SAASI. Consta entonces —en sus palabras— de cinco instancias: 1) el secreto, 2) el desamparo, 3) el entrampamiento y acomodación, 4) la revelación tardía y no convincente, y 5) la retractación, que denominó síndrome de acomodación al abuso sexual infantil. Por otra parte, también se dice que existe una fase de reafirmación, que es aquella en que tras una distancia temporal, el menor vuelve a sostener la afirmación anterior acerca del abuso experimentado (Soresen y Snow, 1991, cit. por Echeburúa y Guerricaechevarría, 2000, p. 19), conformea la mención que efectúan ARÁNZAZU, S. B. y GUERRERO SOLANO, J. A. M., "Factores psicológicos y sociales de presuntas víctimas de actos sexuales abusivos que se han retractado en juicio oral", Universidad Santo Tomás - Facultad de Psicología - Maestría en Psicología Jurídica, Bogotá, mayo de 2015. Ver *https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/434/factores%20psicologicos%20y%20sociales%20de%20presuntas%20victimas%20de%20actos%20sexuales%20abusivos%20que%20han%20retractado%20en%20juicio%20oral.pdf?sequence=1&isAllowed=y.*

en que suele haber llanto inmotivado, trastorno alimenticio, desgano, irritación, regresiones, miedos, problemas en la escuela, etc.; 3) la *disociación*: etapa en que el niño mantiene su experiencia traumática separada del resto de su vida, necesitando acomodar ese trauma a su vida; 4) el *develamiento*: en este momento se da un quiebre defensivo, pudiendo ser accidental o intencional y 5) la *retractación*, la que consta —a su vez— de dos partes: en la *primera* reconoce y niega el abuso al mismo tiempo y, en la *segunda*, el conflicto entre aceptación y negación se resuelve negando. Se trata de mecanismo de supervivencia en que los niños aprenden a acomodar su conducta a los abusos que experimentan como medio para sobrevivir, especialmente cuando el agresor y el niño conviven **(4)**.

En tales supuestos, ello no quiere decir que el menor haya mentido, sino que la retractación le permite eliminar la culpa, volver a unir a la familia y regresar al equilibrio anterior, aunque fuera disfuncional. Cabe reiterar que se trata de un mecanismo de supervivencia.

Por ello, los profesionales manifestaron que influía en la niña —fundamentalmente, y sin perjuicio de otras circunstancias que luego se verán— que se sentía culpable porque los hermanos estaban solos y su padre detenido. En definitiva, afirmaron que ella presentaba todos los signos y síntomas de síndrome de acomodación, propios de las etapas o fases descriptas.

IV. Factores que conducían a una retractación anunciada de la niña: su extrema vulnerabilidad

Al momento de la retractación, la menor estaba embarazada, fruto de una relación con un novio mucho mayor que ella, la cual ya había finalizado.

La familia tenía un muy bajo nivel económico **(5)**, así como de instrucción. Según lo resaltado por los jueces, se trataba de una familia donde se imponía violencia física y, por ello, se podía advertir una gran asimetría de poder.

La niña vivía —además de con su padre— con un hermano mayor y otros más chicos y, al parecer, ella era la que se encargaba de varias tareas de la casa, asumiendo la función parental al hacerse cargo de los niños. Pese a ser una persona en desarrollo, debió cumplir funciones de adultos.

Su mamá había muerto atropellada por un tren. Otra hermana se había suicidado por ahorcamiento a los doce años y, según manifestó la víctima, también había sufrido los mismos abusos por parte de su progenitor.

Durante el proceso penal, la niña fue temporalmente ubicada en un refugio y refirió que no quería seguir allí.

La menor le comentó a su maestra que —con posterioridad a la denuncia— estaba siendo amenazada por su hermano. En tal sentido, también refirió que a su hermano mayor le había contado lo sucedido y que este la incentivó a que denunciara al padre, pero que —ya iniciado el proceso penal— se enojó por su denuncia. También señaló que extrañaba a todos sus hermanos.

El equipo del Consejo de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes informó que el padre de la menor se había presentado en el centro donde había sido alojada la niña, se había comunicado varias veces y le había dejado cartas a su hija, intentando que la joven dejara sin efecto la denuncia. Incluso, cuando la niña se alojó en la casa de la madre de su expareja, el padre se presentó allí violando la orden de restricción de acercamiento que le habían impuesto.

V. Validez y credibilidad del relato conforme a las reglas procesales de la sana crítica, cuando la sentencia se basa en prueba indiciaria, conforme a los fallos de la Corte Suprema

El Tribunal Oral, para descartar los argumentos de la defensora del acusado, citó dos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación referidos a la prueba indiciaria, que —en supuestos como este— es la determinante en cuanto a la credibilidad del testimonio de menores. En el ASI, así como en todo delito sexual y cualquiera sea la víctima, se debe estar en materia probatoria —principalmente— al relato del suceso

(4) Conforme a la cita de BERLINERBLAU, V., "Un fallo que contempla la función clínica reparadora del derecho", RDF 2014-III-14.

(5) El acusado era cartonero y único sostén del hogar.

criminal brindado por el o la damnificada, dado que habitualmente —y como es sabido— el autor no comete el delito frente a testigos. Así, las declaraciones prestadas para probar la existencia de hechos que ocurrieron en esas circunstancias son dotadas de un valor probatorio privilegiado.

La coherencia y la sostenibilidad de los dichos prestados son los elementos fundamentales a tener en cuenta para dictar una sentencia condenatoria. De tal modo, en la sentencia comentada se citó como jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal aquella que dejó sentado que "La arbitrariedad se configura cuando se han ponderado testimonios en forma fragmentaria y aisladamente, incurriéndose en omisiones y falencias respecto de la verificación de hechos conducentes para la decisión del litigio, en especial, cuando se ha prescindido de una visión en conjunto y de la necesaria correlación de los testimonios entre sí, y de ellos con otros elementos indiciarios" (Fallos 311:621). También invocó el precedente que señaló que la "eficacia de la prueba de indicios depende de la valoración conjunta que se haga de ellos teniendo en cuenta su diversidad, correlación y concordancia, pero no su tratamiento particular, pues, por su misma naturaleza, cada uno de ellos no puede fundar aisladamente ningún juicio convictivo, sino que este deriva frecuentemente de su pluralidad" (Fallos 300:928 y 314:346) **(6)**.

Más allá de la jurisprudencia invocada por nuestro Supremo Tribunal, cabe hacer mención a lo dicho por la Corte Interamericana de Derechos Humanos: "Dada la naturaleza de estas formas 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. Asimismo, al analizar dichas declaraciones se debe tomar en cuenta que las agresiones sexuales corresponden a un tipo de delito que la víctima no suele denunciar, por el estigma que dicha denuncia conlleva usualmente. La Corte, igualmente, ha tenido en cuenta que las declaraciones brindadas por las víctimas de violencia sexual se refieren a un momento traumático de ellas, cuyo impacto puede derivar en determinadas imprecisiones al recordarlos. Por ello, la Corte ha advertido que las imprecisiones en declaraciones relacionadas a violencia sexual o la mención de algunos de los hechos alegados solamente en algunas de estas no significa que sean falsas o que los hechos relatados carezcan de veracidad" **(7)**.

VI. Normativa aplicable respecto de la protección de NNA

La Convención de los Derechos del Niño (CDN) —como es sabido— incluye principios que deben ser respetados en todos los ámbitos institucionales.

Estos son: el ver al niño como sujeto de derechos; el de no discriminación (art. 2º); el de considerar el interés superior del niño en las acciones y decisiones que lo afecten (art. 3º); el derecho a la vida y al máximo desarrollo (art. 6º); el de ser escuchado y de que su opinión sea respetada (art. 12).

Estos artículos, que adquieren categoría de principios por su carácter de afirmaciones generales, básicas y fundamentales, no necesitan de demostración, por ser acuerdos universales. Solo necesitan ser aplicados por todos los involucrados que intervienen en un proceso judicial. Los señalados hasta aquí son los principios rectores, que se deben integrar con el resto de la normativa.El art. 3º dispone: 1. "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".

(6) En igual sentido, la CS ha señalado en otros precedentes que "un único testimonio, sobre todo en delitos cometidos en la intimidad buscada de agresor y víctima, si está correctamente valorado y motivada su credibilidad, tiene virtualidad procesal para debilitar la presunción de inocencia del imputado", agregando que "tiene dicho esta Corte que la prueba indiciaria debe valorarse en forma conjunta y no aisladamente, pues cada indicio considerado por separado puede dejar margen para la incertidumbre, lo que no sucede si se lo evalúa de modo general, a través de un análisis conjunto" (CS, P. 121.046, sent. del 13/06/2018). Además, entre muchos otros, pueden citarse, Fallos 312:1953; 316:1205; 317:1155; 322:963.

(7) CIDH, 20/11/2014, "Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas", párr. 150.

Por su parte, el art. 12 expresa: "1. Los Estados Parte garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

"2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional".

Además, debe ponerse atención en el art. 39, el cual señala: "Los Estados parte adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de: cualquier forma de abandono, explotación o abuso; tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes; o conflictos armados.

Esa recuperación y reintegración se llevarán a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño".

Se destaca "la importancia de enmarcar toda práctica desde el interés superior del niño, así como de posicionar el vínculo adulto—infancia desde la perspectiva del Derecho, con especial énfasis en el derecho de los NNA a expresar sus opiniones. Asimismo, se alude en reiteradas oportunidades a la responsabilidad de adecuar los procedimientos institucionales y/o administrativos de los Estados para la consecución de estos fines, para lo cual no solo se debe conocer normas, reglamentos y/o estatutos de funcionamiento, sino que será imprescindible conocer y entender al actor beneficiario de esa política de protección integral, es decir, al NNA (...). Al desconocer elementos que hacen a la complejidad de los actores beneficiarios de políticas de protección en niñez y adolescencia, ante una disputa entre un adulto/agresor y un NNA/víctima de maltrato, crece la probabilidad de que la justicia falle omitiendo el principio del interés superior del niño, pues sopesará de igual forma comportamientos que merecen disímil formas de entendimiento" **(8)**.

Como se desprende de todo esto, se debe efectuar una correcta escucha de lo que los NNA manifiestan y tomar en consideración que, en los casos en que investiga un ASI, es probable que ellos se retracten y ello responda a un síndrome de acomodación, como un recurso de supervivencia.

También resulta de estricta aplicación la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención de Belém do Pará"—, la cual define 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" (art. 4º).

Nuestro país, luego de ratificar dicha Convención, sancionó la ley 26.485, la cual reproduce los preceptos de la Convención de Belém do Pará, por lo que también se realza el deber de facilitar el acceso a la justicia y evitar la revictimización, instando la obligación del Estado de prevenir, investigar y sancionar la violencia contra las mujeres (art. 7.b).

Por otra parte, la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes tiene por objeto resguardar integralmente sus derechos, garantizándoles el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de tales derechos, reconocidos en el ordenamiento nacional y en los tratados internacionales de los que la Nación sea parte (art. 1º). Asimismo, esta ley establece que los derechos protegidos se caracterizan por su "máxima exigibilidad" siendo de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles. En especial, se destaca la "prioridad" que se atribuye

(8) Instituto Interamericano del Niño, Niña y Adolescentes - Organismo especializado de la Organización de Estados Americanos, "La retractación de niños, niñas y adolescentes víctimas de maltrato, en el marco de un procedimiento judicial. Sensibilizar instituciones para no revictimizar", *http://www.iin.oea.org/boletines/especial-violencia/pdfs/Articulo-sobre-retractacion.pdf.*

por mandato legal a la invocación y satisfacción de los derechos de los NNA. Está sustentada en el paradigma del interés superior del niño, definido en el art. 3 como "la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos". Esa norma se refiere a la condición de sujeto/a de derecho de todo NNA, el derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida en consideración, el pleno desarrollo personal de sus derechos en el medio familiar, social y cultural, su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales, reconociendo el equilibrio entre sus derechos y garantías y las exigencias del bien común.

También resultan de aplicación los arts. 4º y 8º de la ley 24.417 de Protección contra la Violencia Familiar.

VII. Protocolos

La autora Hilda Marchiori destaca que "en el relato del delito cabe diferenciar quién recibe el relato de la situación traumática delictiva: un familiar, conocido, personal policial, personal de la Administración de Justicia, un profesional con objetivos asistenciales o terapéuticos; según los objetivos, esta recepción del relato adquiere connotaciones de ayuda a la víctima o, por el contrario, significa una nueva victimización". Además, señala que "Romper el silencio de su victimización representa para la víctima una nueva conmoción y *stress*; por ello se requiere una cuidadosa atención y respeto a su situación, ya que debe relatarles las circunstancias del delito a personas extrañas. La Policía y la Administración de Justicia necesitan preparar técnicas modernas en la atención del relato de los niños víctimas" **(9)**.

Para el caso analizado, toda vez que la retractación consiste en un abrupto cambio de versión brindado por un NNA, en aras de lograr "buenas prácticas" en su evaluación, sobre todo tratándose de la investigación de un posible ASI, se ha señalado la necesidad de que se formulen protocolos de actuación y —efectivamente— se han elaborado, con la finalidad de que el Estado brinde un mejor acceso a la justicia a los más vulnerables. De tal manera, también se busca desterrar la violencia institucional en situaciones en que —precisamente— se indaga sobre la violencia ejercida por parte de al menos un individuo que —de acuerdo con lo dicho— proviene del entorno familiar sobre un ser vulnerable. Por lo tanto, se pretende evitar la violencia sobre el ya violentado.

Un protocolo es una norma que se limita a prescribir determinadas conductas que se consideran correctas para afrontar situaciones urgentes con un elevado criterio. Se lo implementa para evitar que, en esas apremiantes circunstancias, cada uno de los operadores de las instituciones cumpla su función de modo expeditivo y coordinado con el resto de los actores intervinientes. Con tales instrumentos se pretende minimizar consecuencias nocivas para el sujeto que requiere atención.

Sin embargo, los protocolos no implican necesariamente una norma que establezca sanciones para aquel que no los observe, lo que puede verse como una debilidad de su vigencia. Por el contrario, el protocolo constituye una condensación de prácticas que, por su probada eficacia, admiten ser calificadas como "buenas" o "adecuadas" y que, en definitiva, derivan de la experiencia y el conocimiento en casos de idéntica o análoga naturaleza al de aquellos respecto de los cuales se pretende implementarlo. Por esta razón, las disposiciones del protocolo emanan de fuentes no solo jurídicas sino también sociales, culturales, éticas, sanitarias, educativas, de seguridad, psicológicas, entre otras, legitimadas por su íntimo contacto con el fenómeno cuyo tratamiento se pretende institucionalizar como lo es el de la victimología infantil.

La fuerza del protocolo reside, entonces, no en que esté dotado de normas sancionatorias en caso de que se incumpla, sino en el compromiso social de los operadores involucrados.

Se entiende que a esto obedeció —entre otros instrumentos— la res. PGN 35/2012 de la Procuración General de la Nación, por la cual se aprobó la "Guía de buenas prácticas para la investigación de delitos contra la integridad sexual

(9) MARCHIORI, H., "Victimas vulnerables: Niños víctimas de abuso sexual", *http://www.ilanud.or.cr/A119.pdf.*

que afecten a niñas, niños y adolescentes" **(10)**. Sus objetivos son los de: Crear un marco orientador de actuación del Ministerio Público Fiscal respecto de delitos contra la integridad sexual cometidos contra NNA y mejorar y perfeccionar la eficiencia de la persecución penal, a través de un mecanismo que garantice la protección especial hacia los miembros de este grupo que se hallan en una situación de especial vulnerabilidad, para evitar o disminuir los efectos de una eventual revictimización en un proceso judicial.

Por otra parte, puede señalarse que la defensora de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes de la Nación, Marisa Graham, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 55, inc. c), de la ley 26.061, mediante las "Recomendaciones generales ante denuncias de abuso sexual contra niñas, niños y adolescentes o revinculaciones forzadas" **(11)**, exhorta a los operadores judiciales de los fueros penal, civil y de familia, a los operadores del Ministerio Público (fiscalías, defensorías y asesorías), a los operadores de los órganos de protección de derechos en todos sus niveles, conforme a la ley 26.061, y en particular, a los Tribunales Superiores de Justicia, en tanto autoridad máxima de los distintos poderes judiciales del país, a "Aplicar los protocolos existentes, las guías de buenas prácticas elaboradas por UNICEF, entre otras nacionales y provinciales disponibles, respetuosas de los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes".

Ahora bien, se señala que las evaluaciones psicosociales en denuncias por ASI y maltrato infantil pueden ser entendidas como un "proceso sistemático de recopilación de información y formación de una opinión profesional acerca de la fuente y significado de las declaraciones, el comportamiento, pensamiento y emociones y otras pruebas que son la base de la preocupación por un posible abuso sexual a un niño/a" **(12)**.

No hay una práctica única ni estandarizada, aunque recientes estudios sostienen las ventajas de usar para las entrevistas en la investigación de víctimas de presunto abuso sexual el protocolo del NICHD **(13)**. Conforme a la bibliografía, se trata de una entrevista estructurada al NNA presunta víctima, cuya metodología se basa en un enfoque gradual, siendo clave la creación de una relación de confianza entre la entrevistadora forense y el NNA. En un entorno físico y un clima que facilite la comodidad del NNA, se propiciará a través de una serie de comentarios y preguntas de final abierto, que el NNA describa en sus propias palabras exactamente lo que le ha sucedido. Esto solo puede darse en el contexto de la construcción de una relación de confianza, de un vínculo de empatía entre el NNA y la entrevistadora. Requiere de habilidad, paciencia y tiempo. Los NNA necesitan confiar antes de contar experiencias sensibles. Cuando la fase de relato libre ha concluido, el entrevistador/a puede realizar preguntas aclaratorias —focalizadas y específicas— para expandir y clarificar detalles, permitirle efectuar preguntas, plantear dudas y lograr aclaraciones y luego pasar a tópicos más livianos. Ello facilita la transición a la salida del NNA que puede haber sido intensamente movilizada psíquicamente por la evocación de los hechos que se investigan y las emociones y sentimientos que los acompañan.

Si la entrevista de declaración testimonial no arrojó ningún resultado y persiste la preocupación por posibilidad de abuso sexual, debería preguntársele directamente al NNA acerca de la posibilidad de abuso sexual para responder a la pregunta legal y evaluar riesgo de revictimización, particularmente si el imputado es conviviente. Las preguntas coercitivas o intimidantes nunca están justificadas. Se debe cumplir con todas las pautas legales y reconocerse que las entrevistas forenses son parte y no sinónimo de la investigación judicial. El profesional forense debe estar específica y formalmente capacitado,

(10) Ver *https://www.mpf.gov.ar/resoluciones/PGN/2012/PGN-0035-2012-001.pdf*.

(11) *https://defensoraderechosnnya.gob.ar/informacion-util/recomendaciones-de-la-defe*.

(12) MYERS, J. E. B., "Legal Issues in Child and Abuse and Neglect Practice", Sage, 1998.

(13) LAMB, M. E. – ORBACH, Y. – HERSHKOWITZ, I. – LAMB, M. E. – ESPLIN, P. W. – HOROWITZ, D., "Structured forensic interview protocols improves the quality and informativeness of investigative interviews with children: A review of research using the NICHD Investigative Interview Protocol", *Child Abuse & Neglect Journal*, vol. 31, Issues 11-12, Nov-Dec 2007, 1201-1231.

tener experiencia en realizar evaluaciones forenses y en proveer testimonio experto. En caso contrario la supervisión es esencial. Los entrevistadores expertos no nacen, se hacen.

Se dice que el evaluador/a debe abordar la evaluación con una mentalidad abierta, teniendo en cuenta que todas las fuentes de información tienen limitaciones y pueden contener imprecisiones. Debe considerar hipótesis alternativas plausibles, la posibilidad de denuncias falsas (inventos deliberados), erróneas (equivocadas aunque de buena fe), o insustanciadas (aquellas en las que el nivel de la evidencia fue considerada insuficiente, lo que depende del criterio de quien juzga el caso y pueden a veces sustanciarse con el seguimiento del caso). El tipo de entrevista forense y la información recabada del NNA influirán en las decisiones acerca de la verosimilitud de la denuncia. También debe tenerse en cuenta —obviamente— que una entrevista forense inadecuada puede dañar al NNA, a la familia, o al imputado.

VIII. Breves aspectos a tener en consideración en las entrevistas judiciales a NNA

En atención a que entrevistar NNA en el ámbito forense siempre implican decisiones que afectan de por vida tanto al NNA como al imputado, se señala que es fundamental la formación cuidadosa del entrevistador/a forense cuente con antecedentes sobre capacitación **(14)** acerca de:

a) La revisión de la literatura sobre el desarrollo emocional, cognitivo y lingüístico de los NNA.

b) Un entrenamiento para asesorar la competencia legal y lingüística, y para obtener declaraciones de los NNA usando preguntas no dirigidas.

c) Tener antecedentes de formación sobre la dinámica del abuso de menores y su impacto en los niños.

d) La educación continua bajo la forma de consultas a colegas, la actualización de la literatura y de cuestiones legales.

Se debe comparar los síntomas y las conductas del NNA con el contenido de la entrevista. También, tener en cuenta si hay descripción de circunstancias de amenaza, presión, seducción, coerción.

Una vez que se obtiene el relato, se lo debe valorar teniendo en cuenta las hipótesis alternativas. Hay que evitar encarar el proceso de diagnóstico, pensando que solamente existe una posibilidad —que el NNA haya sido abusado— y no otra, porque se puede incurrir en errores de valoración de terribles consecuencias.

En definitiva, algunas de las acciones imprescindibles a implementar son: conocer al NNA; escuchar y creer en sus palabras, validar dibujos, gestos, síntomas y/o silencios como prueba de parte en el marco de un proceso cuidado de diagnóstico; adecuar y acercar entornos y discursos a sus desarrollos progresivos; entender la complejidad de la problemática y sus efectos posibles (entre ellos la retractación); fortalecer el carácter de prueba fundamental del primer relato realizado por el NNA (el cual debe alcanzar para fundamentar las primeras acciones de protección); reflexionar sobre toda práctica institucional a los efectos de minimizar acciones revictimizantes que solo consigan alejar a NNA del acceso a la justicia.

(14) Puede resaltarse lo dicho por la CIDH: "La Corte anteriormente ha señalado que, de conformidad con el artículo 19 de la Convención Americana, el Estado debe asumir una posición especial de garante con mayor cuidado y responsabilidad, y debe tomar medidas o cuidados especiales orientados en el principio del interés superior del niño (...). La obligación de proteger el interés superior de los niños y niñas durante cualquier procedimiento en el cual estén involucrados puede implicar, *inter alia*, lo siguiente: i) suministrar la información e implementar los procedimientos adecuados adaptándolos a sus necesidades particulares, garantizando que cuenten con asistencia letrada y de otra índole en todo momento, de acuerdo con sus necesidades; ii) asegurar especialmente en casos en los cuales niños o niñas hayan sido víctimas de delitos como abusos sexuales u otras formas de maltrato, su derecho a ser escuchados se ejerza garantizando su plena protección, vigilando que el personal esté capacitado para atenderlos y que las salas de entrevistas representen un entorno seguro y no intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado, y iii) procurar que los niños y niñas no sean interrogados en más ocasiones que las necesarias para evitar, en la medida de lo posible, la revictimización o un impacto traumático en el niño" (Corte IDH, 31/08/2010, "Caso Rosendo Cantú vs. México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas", párr. 201).

Una correcta formación en lenguaje corporal o lenguaje no verbal deviene muy adecuado a estos efectos.

IX. Conclusión

El fallo comentado ha sido impecable en cuanto a la decisión arribada, dado que respetó lo señalado por los profesionales que intervinieron para evaluar el relato de la niña abusada en las distintas instancias en que lo brindó y, de tal modo, entendió que la retractación de la denuncia obedece a un síndrome de acomodación y a un mecanismo de supervivencia de la menor a la situación de abuso y a las consecuencias que la acusación provoca, respetando —de tal modo— la legislación que protege a los NNA. De tal modo, se dio plena virtualidad a la normativa que protege a la niñez y a la adolescencia.

Por otra parte, para que todos los que intervienen en la atención de situaciones de maltrato y ASI puedan lograr que los menores presten declaraciones libres de contaminación y espontáneas, resulta adecuado contar con protocolos de actuación. Sin embargo, esos documentos cobran vida y se ajustan a la realidad y necesidad del NNA evaluado, a partir de la versatilidad del entrevistador, fruto del conocimiento, de la experiencia y —también y por qué no— de la calidez humana y el amor puesto en su labor que se vean reflejados en el trato con el menor.

Sin embargo, no solo debe pensarse en lo valioso de la evaluación del NNA y su interpretación judicial que determina la condena del abusador. Cualquier fallo judicial por más contundente que sea en la letra, pierde peso como acción protectora si no hay un seguimiento de las consecuencias de la resolución adoptada, es decir, del futuro —en este caso— de la niña privada de un entorno de contención, embarazada y que seguramente alcanzará su mayoría de edad en un lugar de acogida. Lo que hay que esperar es que, luego de salir del engranaje judicial, se le sigan prestando la atención y los cuidados para poder superar lo traumático. Hay que erradicar el pensamiento de que el objetivo primordial de un proceso judicial es el fallo o la condena del agresor, en vez de la prioritaria acción de protección integral de la víctima.

INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO

Cuestionamiento de la constitucionalidad de la ley 27.610. Proceso colectivo. Competencia territorial.

Con nota de Andrés Gil Domínguez

1. — El pedido de inconstitucionalidad de la ley 27.610 sobre Interrupción Voluntaria del Embarazo suscita intereses federales y en consecuencia determina la competencia de excepción en razón de la materia y de las personas conforme el art. 116.

2. — En relación con el asunto en debate —ley de IVE— no existe disposición legal que fije expresamente la competencia de este fuero contencioso administrativo federal para conocer y decidir sobre su constitucionalidad.

3. — La ley de IVE no tiene una asignación concreta de competencia en razón del lugar. Además, la controversia se plantea como un proceso colectivo y por tanto los efectos erga omnes de la sentencia necesariamente traspasarán el ámbito de jurisdicción territorial asignado al Juzgado Federal de Salta, pero también el del juzgado contencioso administrativo.

4. — Resulta inatendible el argumento invocado en el escrito de inicio referido al domicilio del emisor del acto impugnado, es decir, el Congreso Nacional. Un criterio de esa latitud vaciaría de contenido a la jurisdicción de los tribunales federales con asiento en las provincias, conspirando contra los fines constitucionales que informan la existencia y organización de la justicia federal y, del otro lado, obligaría irrazonablemente a todo demandante que proponga un debate constitucional sobre una ley federal a litigar de manera exclusiva en la jurisdicción territorial de los tribunales con asiento en la Ciudad de Buenos Aires, por la mera circunstancia de que las máximas autoridades de la Nación están radicadas en dicha locación.

JNFed. Contenciosoadministrativo Nro. 3, 03/03/2021. - F. V., M. C. y otros c/ Ministerio de Salud de la Nación s/acción meramente declarativa de inconstitucionalidad

[Cita on line: AR/JUR/111291/2021]

Causa N° 276/2021

1ª Instancia.- Buenos Aires, marzo 03 de 2021.

Considerando:

I.1. El Estado Nacional, por intermedio del Ministerio Salud de la Nación, requiere que se declare la competencia del fuero Contencioso Administrativo Federal para entender en la causa N° 4290/2020 "F. V., M. C. y otros c. Ministerio de Salud de la Nación s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad" en trámite por ante el Juzgado Federal N° 2 de Salta y, consecuentemente, se exhorte a ese juzgado a inhibirse de seguir entendiendo en el trámite y remitir las actuaciones a estos estrados (art. 7, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación y 20, ley 26.854).

Explica que, según pudo saber por la difusión de la prensa —pues no ha sido aún notificada de la demanda— en esa causa se cuestiona la constitucionalidad de la ley 27.610 de interrupción voluntaria del embarazo (IVE) y entabla la presente inhibitoria "en pos de garantizar la seguridad jurídica, el Estado de derecho y evitar que se propaguen actos de gravedad institucional que puedan generar responsabilidad internacional del Estado Argentino ante organismos de protección de los Derechos Humanos" (v. punto II, escrito del 02/02/2021).

Asegura no haber consentido de ningún modo la competencia del juez interviniente, tal como exige la norma ritual, y que cuenta con legitimación para articular este planteo en tanto demandado en la mentada causa y por ser la cartera responsable de la política sanitaria nacional (art. 23, ley 22.520) y autoridad de aplicación de la ley 27.610 (arts. 1-12; y 20).

Advierte sobre el peligro de que otras jurisdicciones suspendan la vigencia de la ley de IVE, vulnerando el reparto de competencias definido en el texto constitucional. Reclama, por ello, "la intervención de V.S. por resultar competente para entender en la referida causa, y en las que se inicien a futuro relativas a la constitucionalidad de la ley 27.610".

I.2. Recuerda que compete a la justicia federal el conocimiento de las causas que versen sobre puntos regidos por leyes de la Nación, con excepción de aquellas regladas por los códigos de fondo (art. 75, inc. 12). Y destaca que la ley 27.610 contiene materia estrictamente federal, al menos en los arts. 1 a 12, 20 y 21; a lo que debe sumarse —aduce— que en el caso mencionado se ha puesto en juego la interpretación de tratados internacionales en los que la Nación es parte, así como la supremacía de la Constitución Nacional.

Añade que también en razón de la persona demandada el caso suscita la competencia federal (arg. art. 116, CN y 2, incs. 6 y 12, ley 48).

Y afirma que cualquier conclusión diferente, importaría tanto como detraer la causa (o las demás que en el futuro se inicien) a su juez natural, en franca transgresión al debido proceso (arg. art. 18, CN).

Recuerda que según la Corte Federal "[l]a materia y las personas constituyen dos categorías distintas de casos cuyo conocimiento atribuye la Constitución a la justicia federal. En el primer supuesto lleva el propósito de afirmar atribuciones del gobierno federal en las causas relacionadas con la Constitución, los tratados y las leyes nacionales, así como lo concerniente a almirantazgo y jurisdicción marítima y en el segundo, procura asegurar —entre otros aspectos— la imparcialidad de la decisión y la armonía nacional, en las causas en que la Nación o una entidad nacional sea parte".

I.3. Funda la competencia de este fuero "[...] en toda la normativa federal que, desde la misma Constitución Nacional y siguiendo por leyes federales, entienden que es de competencia federal, el conocimiento y decisión cuando así corresponda en función de la materia, el territorio, o los sujetos involucrados. Asimismo, la norma cuya constitucionalidad se cuestiona, resulta ser un acto de un órgano del Estado Nacional con asiento en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, motivo por el cual, debe ser cuestionado ante la Justicia Nacional en lo Contencioso Administrativo de la Capital Federal" (ibid., p. 6). El acto atacado —agrega— resulta ser una ley formal —de orden público (art. 21) dictada por el Congreso Nacional, cuya aplicación —obligatoria en todo el territorio nacional (ibid.)— se ha encargado principalmente al Ejecutivo Nacional (art. 20).

El hecho de que para la resolución del caso resulten necesarios el análisis y la aplicación de normas de derecho público provoca —a su juicio— la competencia del fuero contencioso administrativo con asiento en la Capital Federal. Recuerda jurisprudencia de la Corte Suprema en la que se delinean los presupuestos para la intervención de este fuero y agrega que también en virtud del principio de especialidad, al que cabe atender para la atribución de competencia, corresponde a este juzgado conocer en la causa (y las demás similares que en el futuro se inicien).

Indica que el desplazamiento de la causa a este fuero no puede considerarse lesivo de la garantía de tutela judicial efectiva de los demandantes, pues las decisiones que recaen en procesos colectivos, como el de marras, proyectan sus efectos urbi et orbi en el territorio nacional, con prescindencia del lugar de residencia de los accionantes.

La competencia de la justicia contencioso administrativa federal también encuentra basamento —agrega— en el asiento que tienen las dos ramas del gobierno federal involucradas en la causa, esto es, el Poder Ejecutivo Nacional, como demandado, y el Congreso Nacional, cuyo acto se impugna. Cita precedentes de la Corte Suprema y de la Excma. Cámara del fuero en sustento de su pretensión.

Además, agrega que tramitan en el fuero causas relativas a los antiguos protocolos de (IVE), lo cual —a su entender— abona igualmente su argumento.

Recuerda la primacía del derecho federal (art. 31, CN) y, en especial, del bloque de constitucionalidad, sobre todo acto de las jurisdicciones provinciales. Y pone de resalto la conveniencia de una interpretación uniforme de la ley federal en todo el territorio de la Nación.

Añade que la ley atacada en el caso debe considerarse sancionada en cumplimiento de obligaciones asumidas por el Estado en la arena internacional, pues responde a recomendaciones realizadas por los órganos de aplicación de algunos de los tratados que ostentan jerarquía constitucional "en las condiciones de su vigencia" o, según nuestra Corte, de acuerdo a la interpretación y aplicación que de ellos hagan los tribunales y órganos competentes.

Advierte especialmente que con la ley sancionada se ha buscado reparar la histórica desigualdad en el goce de los derechos humanos de las mujeres, niñas y otras personas gestantes. La desaplicación de la ley en ciertos departamentos judiciales, que podría derivar de la atomización de procesos de este tipo, traería aparejado precisamente —dice— un escenario tan discriminatorio como el que se buscó superar con su sanción. Además de comprometer, por ese mismo hecho, la responsabilidad internacional del Estado.

Expresa que el riesgo de la posible intervención de magistrados de distintos órdenes —inclusive de la justicia ordinaria de las provincias— y la posible desaplicación de la ley en ciertas jurisdicciones, así como el eventual dictado de sentencias contradictorias, configura en el caso la gravedad institucional que la Corte Suprema ha delineado para asumir el conocimiento de causas aún en ausencia de algunos de los presupuestos clásicos para su intervención extraordinaria y que obliga, en la especie, a desplazar la competencia de la justicia federal provincial y concentrar en este fuero todos los procesos de similar objeto.

Recuerda que, como han señalado la Corte Suprema y la Corte IDH, recae en el gobierno federal la responsabilidad primaria de garantizar el efectivo cumplimiento de las obligaciones asumidas en el plano internacional.

II. En la pieza del 04/02/2021 el Estado Nacional amplió su petición original con relación a otros procesos —iniciados en distintas jurisdicciones del país y ante tribunales federales y locales— con identidad de objeto, de los que dijo haber tomado conocimiento con posterioridad a la interposición de la inhibitoria.

III. Acompañada por el Estado Nacional una copia de la demanda entablada en la causa N° 4290/2020 y su ampliación, y luego de que el Juzgado Federal N° 2 de Salta enviara mediante DEO la reproducción de las actuaciones cumplidas en ella, se confirió vista al Ministerio Público Fiscal a fin de que se expidiera sobre la cuestión de competencia planteada.

El Sr. Fiscal Federal emitió su dictamen "entendiendo que es el fuero Contencioso Administrativo Federal el competente para resolver la cuestión de competencia planteada por el Estado Nacional a través del Ministerio de Salud"; sin expedirse concretamente sobre la procedencia de la inhibitoria que se plantea.

IV. De las actuaciones remitidas por el Juzgado Federal de Salta se desprende que:

(i) En el escrito inaugural de la causa "F. V." un grupo de ciudadanos salteños entabló acción declarativa de certeza —en los términos del artículo 322 del Cód. Procesal— a fin de obtener el reconocimiento de la inconstitucionalidad de la resolución 1/2019 del Ministerio de Salud de la Nación (aprobatoria del "Protocolo para la Atención Integral de las Personas con Derecho a la Interrupción Legal del Embarazo").

(ii) El 21/12/2020 dictaminó el Sr. Fiscal Federal interviniente, expidiéndose en favor de la competencia material y territorial del Juzgado Federal de Salta (conf. arts. 108 y 116, CN y 2, incs. 6 y 12, ley 48).

(iii) Con fecha 18/01/2021 los accionantes ampliaron el objeto de la causa, exigiendo que se declare la inconstitucionalidad de la ley 27.610, promulgada con posterioridad a la presentación de la demanda original. A su entender, los conceptos de aborto provocado o voluntario y de interrupción legal o voluntaria del embarazo implican la eliminación intencional de la vida de un niño por nacer, de manera que la ley conculca un derecho consagrado en la Constitución Nacional y en la Convención de los Derechos del Niño. Solicitaron, además, que el proceso tramitara como causa colectiva (por entender afectada por un mismo hecho una pluralidad de intereses individuales homogéneos) declarando haber verificado previamente la inexistencia de procesos con identidad de objeto.

Desistieron, por otra parte, de los planteos formulados en el libelo original únicamente con relación al derecho de objeción de conciencia de los profesionales y entidades de la medicina.

Finalmente, pidieron al tribunal que suspendiese provisoriamente y *erga omnes* la vigencia del primer supuesto del art. 4° de la ley 27.610 y limitase los de los inc. a) y b) del segundo apartado y del art. 16, primer párrafo (art. 86, primer párr., CP) de la ley en cuanto fuere aplicable al referido supuesto; ordenándose al Ministerio de Salud nacional que disponga seguir determinadas pautas y plazos para la práctica de la interrupción del embarazo.

(iv) Luego de que la Sala II de la Cámara Federal de Salta dejara sin efecto un pronunciamiento dictado durante la feria judicial sobre la medida cautelar solicitada por los actores, el juez de la causa resolvió con fecha 12/02/2021:

- que la causa tramite según las normas del proceso ordinario; corriendo traslado de la demanda al Poder Ejecutivo Nacional - Ministerio de Salud;

- diferir la decisión sobre la legitimación de los accionantes para el momento de cumplirse con lo prescripto por el art. 4° de la ley 26.854 y, en su caso, de encontrarse debidamente integrada la litis;

- diferir la decisión del carácter colectivo del proceso para la oportunidad en que los actores cumplan de modo razonable con la carga de precisar el grupo relevante de ciudadanos que resultan afectados por la normativa impugnada;

- requerir a la autoridad pública demandada la producción del informe previsto en el art. 4 de la ley 26.854.

V. Para la determinación de la competencia en cada caso en particular, corresponde atender de modo principal a la exposición de los hechos que se desprenden de los términos de la demanda (CSJN, Fallos: 321:1860; 322:1387; 327:4865; 330:628, entre otros) examinando el origen de la acción, así como la relación de derecho existente entre las partes (CSJN, Fallos: 328:2479; 328:2811; 330:811).

VI. Constituye el objeto actual de la acción meramente declarativa en análisis el debate sobre la constitucionalidad de la ley 27.610; norma calificable como "mixta" pues regula materia de derecho común (art. 75, inc. 12, CN) en lo referente al reconocimiento de derechos individuales de mujeres y personas con otras identidades de género con capacidad de gestar (arts. 1 a 9) y a las modificaciones al Código Penal de la Nación (arts. 14 a 18); de modo conjunto con disposiciones de carácter federal, que incluyen nuevos contenidos en la regulación del Sistema Nacional de

Salud (Programa Nacional de Garantía de Calidad de la Atención Médica y PMO) así como en el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable (ley 25.673) y la ley 26.150 de Educación Sexual Integral (arts. 5 a 13) y delega en el PEN la determinación de la autoridad de aplicación.

Siendo ello así, tal como postula aquí el Ministerio de Salud de la Nación —en forma coincidente con lo dictaminado por el Ministerio Público Fiscal en sus distintas intervenciones ante la justicia federal de Salta y este Tribunal— la cuestión debatida suscita intereses federales y en consecuencia determina esta competencia de excepción en razón de la materia y de las personas (conf. art. 116, CN; leyes 27 y 48).

De tal modo, encontrándose la causa de referencia radicada por ante la justicia federal de Salta, incumbe determinar en autos la jurisdicción territorial competente para llevar adelante el pleito.

VII. Adelanto que la inhibitoria promovida no puede prosperar. Veamos.

VII.1. Inicialmente, en relación con el asunto en debate (ley de IVE) no existe disposición legal que fije expresamente la competencia de este fuero contencioso administrativo federal para conocer y decidir sobre su constitucionalidad.

VII.2. Pero sí el art. 20 de la ley 27 confiere a los juzgados federales del interior del país competencia para conocer "...en primera instancia, de todas las causas que se expresan en el artículo 100 [actual 116] de la Constitución... de las contenciosas administrativas y demás que interesen al Fisco Nacional...", en análogos términos a los que emplea el art. 45, inc. a) de la ley 13.998 respecto de este Tribunal, sin exhibir componente normativo alguno que permita absorber toda la competencia contencioso administrativa en este fuero, con exclusión de los juzgados federales del interior del país.

De modo que en esta materia —la contencioso administrativa— en principio todos los juzgados federales "multifuero" —lo que excluye aquellos con competencia penal exclusiva (v.gr. La Plata, San Martín y Mendoza)— resultan competentes, debiendo deslindarse entonces su intervención de acuerdo a la asignación de jurisdicción en el mapa judicial de la República Argentina, resultante del ejercicio de la facultad que el art. 75, inc. 20 de la Constitución Nacional confiere al Congreso.

Ello encuentra su razón de ser en el propio sistema político de descentralización del poder, dada nuestra forma federal de Estado (ampliar en Haro, Ricardo, La competencia federal, Buenos Aires, Depalma, 1989, pp. 16, 329 y ss.).

VII.2. Con todo, este postulado general no impide que diversas leyes especiales estipulen la intervención exclusiva de los juzgados contencioso administrativo federales, o bien indistintamente de los juzgados federales del interior del país, dependiendo del lugar en que se suscite la controversia. O, en su caso, con iguales alternativas, de la Cámara Nacional de Apelaciones de este fuero o de las cámaras federales con asiento en las provincias (ampliar en Luqui, Roberto E., "Revisión judicial de la actividad administrativa", T. 1, Buenos Aires, Astrea, 2005, ps. 123-125).

VIII. Puestos frente a este escenario —en el que la ley de IVE no tiene una asignación concreta de competencia en razón del lugar— además debe puntualizarse que, tratándose del debate sobre la validez constitucional de una ley dictada por el Congreso, con invocación del precedente "Halabi" (Fallos: 332:111 y su zaga) la controversia se plantea como un proceso colectivo y por tanto los efectos *erga omnes* de la sentencia necesariamente traspasarán el ámbito de jurisdicción territorial asignado al Juzgado Federal de Salta; pero también el de este Tribunal.

Siendo ello así es pertinente repasar ciertos principios y normas que, en términos generales, abordan el tópico debatido; así como algunas soluciones jurisprudenciales a casos concretos.

VIII.1. Desde una primera aproximación, se ha dicho que "la competencia en razón del territorio obedece a la proximidad del órgano judicial con el lugar en que se encuentra situado alguno de los elementos de la pretensión o petición que es el objeto del proceso (Palacio, Lino, Derecho Procesal Civil, 1994, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, Tomo Al respecto, ps. 379-380). En tales condiciones, un principio central que anima la distribución de la competencia territorial es la inmediación con el órgano judicial llamado a decidir el asunto, ya que ello hace al resguardo del debido proceso y la tutela judicial efectiva garantizada en el artículo 18 de la Constitución Nacional" (CNCAF, Sala I, *in re:* "Telecom Argentina SA c. EN - ENACOM y otros s/ medida cautelar (autónoma)", del 08/11/2016).

Siguiendo estos postulados axiológicos, el art. 4 de la ley 16.986, en el marco de la acción de amparo, dispone que "[s]erá competente para conocer de la acción de amparo el juez de Primera Instancia con jurisdicción en el lugar en que el acto se exteriorice o tuviere o pudiere tener efecto".

Del mismo modo, las reglas generales de competencia que se fijan en los arts. 5 y 6 del Cód. Proc. Civ.

y Com. de la Nación —supletoriamente aplicables a los procesos contencioso-administrativos en el orden federal— delimitan la intervención de los tribunales atendiendo a la "naturaleza de las pretensiones deducidas en la demanda".

VIII.2. Por ejemplo, en materia de tarifas de servicios públicos, existe una profusa jurisprudencia acerca de la competencia territorial de la justicia federal, elaborada con sustento en los preceptos indicados en el parágrafo anterior.

VIII.2.a. En el marco de acciones individuales deducidas por usuarios, la Cámara del fuero se ha expedido a favor de la competencia de la justicia federal con jurisdicción en el domicilio donde el servicio es prestado (Sala I, *in re:* "EN - M Energía y Minería de la Nación c. Rojas, Marta Beatriz s/ inhibitoria", del 17/05/2018; Sala II, causa N° 53.931/18 "Beghelini, Luís D. c. Estado Nacional s/ ley de defensa del consumidor", del 08/10/2019; Sala IV, 25.564/2019 "EN - Secretaría de Gobierno de Energía c. Rodríguez, Marcela P. y otros", del 24/09/2019; Sala V, causa N° 87.726/2018 "EN-M de Energía y Minería c. Escobedo, Liliana E. s/ inhibitoria", del 03/12/2019).

VIII.2.b. Empero, en acciones de carácter colectivo, la mayoría de las Salas se han inclinado por la competencia de este fuero en lo contencioso administrativo federal en aquellas causas donde se impugnan actos emanados de una autoridad pública con sede en la Capital Federal y cuyos efectos no se circunscriben a una única jurisdicción, sino que se producen en la totalidad del territorio nacional (CNCAF, Sala III, *in re:* "EN - Ministerio Energía y Minería c. CEPIS s/ inhibitoria", del 09/08/2018; Sala IV, *in re:* "Asociación de Consumidores y Usuarios y otros c. Ministerio de Energía y Minería de la Nación y otro s/ exhorto", del 01/11/2018; y Sala V, *in re:* "Municipalidad de San Martín y otros c. Poder Ejecutivo Nacional (Ministerio de Energía y Minería - ENARGAS - Gas Natural Ban SA) y otros s/ amparo ley 16.986" (Expte. 46.667/2016), del 31/10/2017).

En sentido contrario al indicado, resolvió con fecha 21/02/2019 la Sala I del fuero (causa N° 578/2018 "Estado Nacional - Ministerio de Energía y Minería s/ inhibitoria") al declarar la competencia del Juzgado Federal de Junín para entender en una causa colectiva donde también se hallaban controvertidos actos administrativos de una autoridad regulatoria nacional referidos a tarifas de servicios públicos.

VIII.3. De su lado, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho —en precedentes circunscriptos a pretensiones impugnativas de carácter individual— que "...lo atiente a la revisión en sede contenciosa de actos administrativos adoptados por autoridades nacionales, debe tramitar ante los tribunales del lugar de la autoridad de la que emanan" (cfr. Fallos: 315:1738, por remisión al dictamen del Procurador General, con cita de "Unión Obrera Metalúrgica de la Rep. Arg. s/ interposición de recurso jerárquico c. Res. MT N° 448/85" del 19/11/1987).

VIII.4. Pero también, más recientemente y frente a la propagación de procesos colectivos —como el aquí incoado— ha resuelto con abstracción del criterio reseñado en el apartado anterior, haciendo prevalecer el principio de prevención y la preferencia temporal, en aras de "aventar el peligro de que se dicten sentencias disímiles o contradictorias sobre idénticos puntos (Fallos: 332:111, considerando 20 *in fine*) con el fin de evitar que, por dicha vía, un grupo de personas incluidas en el colectivo obtengan el beneficio de ciertas pretensiones y otras resulten excluidas contrariando uno de los fundamentos que, precisamente, le da razón de ser a la acción colectiva" (cfr. Fallos: 337:1024; causa que diera lugar al dictado de las Acordadas 32/2014 y 12/2016).

En este precedente —que involucraba el debate sobre la legitimidad de actos administrativos de autoridades federales en materia de servicios audiovisuales— descalificó y dejó sin efecto una decisión de la Cámara Federal de La Plata, dando intervención a la justicia federal de Mar del Plata que había prevenido.

IX.1. Pues bien, con lo dicho hasta aquí, entiendo que aquel debate en torno a la competencia para juzgar la legitimidad de la reglamentación de las tarifas de servicios públicos, no zanja definitivamente la cuestión planteada.

De un lado, debido a que los razonamientos allí empleados se estructuran pivoteando sobre el art. 4 de la ley 16.986 aplicable a los procesos de amparo; y aquí se trata de una acción meramente declarativa cuyo ámbito de aplicación está regido por el art. 322 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación. Del otro, aquel contrapunto también hace pie en lo dispuesto por el art. 5, inc. 3), del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación en cuanto a que "cuando se ejerciten acciones personales [será competente el juez] del lugar en que deba cumplirse la obligación expresa o implícitamente establecido conforme a los elementos aportados en el juicio y, en su defecto, a elección del actor, el del domicilio del demandado o el del lugar del contrato, siempre que el demandado se encuentre en él, aunque sea accidentalmente, en el momento de la notificación"; precepto inaplicable a la pretensión deducida en autos, ajena a una relación obligacional o crediticia .

IX.2. Tampoco lo decidido por la Corte Suprema en Fallos: 315:1738 puede tomarse aquí en términos literales. La lectura atenta de aquel dictamen al que remitió la Corte demuestra que, en rigor, en ese caso —donde se cuestionaba un acto de alcance particular que dejaba sin efecto beneficios impositivos y tanto la autoridad pública demandada como el destinatario de la decisión tenían domicilio en la Capital Federal— más allá de aquel obiter, se resolvió por estricta aplicación del art. 4 de la ley 16.986 —pues era un amparo— concluyendo el Procurador General "que el acto cuestionado ha sido exteriorizado en forma inmediata y produce efectos directos en esta Ciudad [Buenos Aires]" .

Por lo demás, es evidente que la aplicación irreflexiva de una fórmula semejante lleva al desconocimiento de las disposiciones contenidas en las leyes 27, 48, 4055 y la propia 13.998. Aunque ello no obsta para que —llegado el caso— ese criterio pueda adoptarse como un complemento a la idea exteriorizada por el Congreso de la Nación en diversas leyes (v. supra notas al pie 1 y 3) en las que, en razón de las singulares características de la materia debatida o simplemente por una cuestión de conveniencia en el diseño de la política judicial en el orden federal, se entiende conveniente la intervención de un fuero especializado como lo es el contencioso administrativo federal, condensando determinada litigiosidad sectorial en la sede el Gobierno Federal .

Más, como ya se expuso, esta no puede ser la solución ante todo planteo de inconstitucionalidad de una ley federal.

IX.3. Por similares razones a las apuntadas precedentemente, resulta inatendible el argumento invocado en el escrito de inicio referido al domicilio del emisor del acto impugnado, es decir, el Congreso Nacional.

Un criterio de esa latitud vaciaría de contenido a la jurisdicción de los tribunales federales con asiento en las provincias, conspirando contra los fines constitucionales que informan la existencia y organización de la justicia federal (arts. 108 y 116, CN) y, de otro lado, obligaría irrazonablemente a todo demandante que proponga un debate constitucional sobre una ley federal a litigar de manera exclusiva en la jurisdicción territorial de los tribunales con asiento en la Ciudad de Buenos Aires, por la mera circunstancia de que las máximas autoridades de la Nación están radicadas en dicha locación.

En suma, no se ha logrado demostrar aquí que la justicia federal de Salta no sea, en términos constitucionales, el juez natural de la causa.

X. Sobre tales bases, en virtud de lo dispuesto por el art. 20 de la ley 27, de consuno con el principio de prevención y la preferencia temporal, no se advierte que exista fundamento legal que justifique la declaración de competencia —en razón del territorio— de este fuero en lo contencioso administrativo federal, por lo que inhibitoria planteada debe ser desestimada.

XI. En punto a las restantes causas que integran la ampliación del planteo inhibitorio, estimo aplicables —en lo pertinente— las normas, principios y fundamentos desarrollados en la presente; siendo, en todo caso, de aplicación la regla de prevención contemplada en el punto VII, del Reglamento aprobado por Acordada CSJN N° 12/2016, cuya actuación corresponde al juez natural de la causa.

Por lo expuesto, resuelvo: desestimar la inhibitoria planteada en autos. Regístrese, notifíquese y comuníquese mediante DEO al Juzgado Federal N° 2 de Salta. — *Santiago R. Carrillo.*

En el régimen de control de drogas y productos utilizados en medicina humana (decr.-ley 6823/1963), las sanciones son apelables ante el juez nacional de primera instancia en lo contencioso administrativo; igualmente, la impugnación de las sanciones relativas al ejercicio de la medicina, odontología y actividades auxiliares (ley 17.132), de la enfermería (ley 24.301) y de los especialistas en kinesiología (ley 24.317), según lo prescripto en el artículo 135 de la ley 17.132; o las incidencias a las que hace referencia la ley 27.078 (conf. art. 4).

V.gr. la impugnación de sanciones impuestas en virtud de la ley de armas 20.429; la de las multas que trae aparejado el incumplimiento de la ley 9127; las del decr.-ley 6765/1963 o la ley de sangre humana 22.990; o los recursos contra las expulsiones o las demás sanciones previstas en la ley de Migraciones 25.871. El caso de la ley 27.078 es interesante pues dispone "lo atinente a la atribución de competencia en razón de la materia, asignando las causas que versen sobre la aplicación de dicha ley a los jueces federales que cuenten con especialidad en derecho administrativo, más ese precepto no incluye disposición alguna que determine ante qué ámbito territorial ellas deben tramitar" (dictamen del Fiscal General de la CNCAF del 15/10/2016 al que remitió la Sala I en la causa "Telecom Argentina SA c. EN - ENACOM y otros s/ medida cautelar (autónoma)", sent. de 08/11/2016).

Así los recursos contra las resoluciones del Tribunal Administrativo de la Navegación (ley 18.870); los que caben contra las sanciones relativas al régimen cambiario (18.924); contra las resoluciones del CPACF (ley 23.187); para impugnar resoluciones del ENRE

(ley 24.065); contra las sanciones del Registro Nacional de Firmas Consultoras (ley 22.460); las relativas a las leyes reparatorias 24.043, 24.411 y 25.192; los que interponga el personal de los organismos nacionales de previsión (ley 16.506) o contra las sanciones del Colegio de Ciencias Económicas (ley 20.476); las resoluciones que impongan la liquidación de entidades financieras, y la denegatoria de la aprobación de contratos de transferencia de tecnología (ley 22.426); los recursos contra sanciones a prestadores del servicio público de transporte automotor (ley 21.844).

Ej. El recurso contra las sanciones de la ley 25.164 de empleo público; o los previstos en la ley de defensa del consumidor (24.240), en el estatuto profesional de los sociólogos (ley 23.553); en el régimen de estupefacientes (ley 17.818) y en la de creación del programa nacional de lucha contra la fiebre aftosa (ley 24.305); de igual manera, los recursos de la ley de educación superior (24.521) según la sede principal de la casa de estudios; o los de la ley de protección de comunidades aborígenes (ley 23.302); del estatuto profesional de los licenciados en economía, contador público, licenciado en administración, actuación y equivalentes (ley 20.488); de parques nacionales, reservas nacionales y monumentos naturales (ley 22.351) y de la ley de protección y conservación de la fauna silvestre (22.421); o el de la ley de gas 24.076 (conf. art. 66, texto según ley 27.444).

Es cierto que visiones modernas del derecho procesal se inclinan por extender la solución adjetiva descripta en el texto a casos vinculados con derechos personalísimos (v.gr. vida, honor, libertad) ante la ausencia de norma expresa. Mas la propia estructura del caso colectivo, que encausa una pretensión meramente declarativa y con ello agota el interés de quien la propone, dificulta también la compatibilidad de la integración normativa en ese sentido.

En sentido análogo, v. CNCAF, Sala V, causa N° 46.667/2016 "Municipalidad de San Martín y otros c. Poder Ejecutivo Nacional (Ministerio de Energía y Minería —ENARGAS— Gas Natural Ban SA) y otros s/ amparo ley 16.986", del 31/10/2017, voto del juez Alemany.

Sobre el punto es interesante ver como el art. 110 de la ley 27.444 modificó la jurisdicción interviniente en materia de revisión de decisiones materialmente jurisdiccionales del ENARGAS que, en el texto original del art. 66 de la ley 24.076, se concentraba en la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal.

Si bien el precedente "Unión Obrera Metalúrgica de la Rep. Arg. s/ interposición de recurso jerárquico c. Res. MT N° 448/85" del 19/11/1987 (sumario en Fallos: 310:2335) se refiere a materia laboral y por tanto allí se determina la competencia de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo de la Capital Federal, adviértase que la Corte se refiere a la necesidad de integrar el "insuficiente" art. 200 LCT (t.o. dec. 390/1976) para dirimir la competencia territorial en la impugnación judicial de un acto administrativo cuyos efecto se produjeron en la Provincia de Buenos Aires.— *Santiago R. Carrillo.*

Ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo y competencia federal

Andrés Gil Domínguez

Sumario: I. Introducción.— II. La ley IVE y la competencia federal.— III. Un proceso, una sentencia.— IV. A modo de conclusión.

I. Introducción

Tal como anunciaron quienes se oponían a la sanción de ley 27.610 durante el debate parlamentario, una vez publicada la norma, se promovieron distintas acciones judiciales en todo el país cuestionando su validez constitucional y convencional.

La primera cuestión para despejar se vincula con la competencia de la justicia interviniente en torno a la naturaleza de la ley 27.610.

El segundo aspecto suscitado se relaciona con la tramitación procesal de pretensiones que solo pueden adquirir un carácter colectivo lo cual conlleva un solo proceso judicial y una sola sentencia.

En la causa "Ministerio de Salud de la Nación s/ inhibitoria" **(1)** tanto el Juzgado Contencioso Administrativo Federal Nº 3 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires como la Sala III del mismo fuero establecieron importantes parámetros sobre las cuestiones expuestas al desestimar la inhibitoria promovida por el Ministerio de Salud de la Nación respecto de la competencia del fuero Contencioso Administrativo Federal de la Ciudad de Buenos Aires para entender en la causa "F. V., M. C. y otros c. Ministerio de Salud de la Nación s/ acción meramente declarativa", en trámite ante el Juzgado Federal Nº 2 de la provincia de Salta.

(1) La causa tramitó mediante el expte. 276/2021. La sentencia de primera instancia fue dictada el 03/03/2021. La sentencia de segunda instancia fue dictada el 26/05/2021.

El objeto del presente artículo es analizar los efectos prácticos de la decisión jurisdiccional adoptada en relación con las causas en trámite.

II. La ley IVE y la competencia federal

La pretensión oportunamente promovida por el Ministerio de Salud consistió en solicitar la inhibitoria de la justicia federal de la provincia de Salta a favor de la justicia en lo contencioso administrativo federal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, debido a que la estructura de la ley 27.610 es de naturaleza federal y que tanto el Poder Ejecutivo como el Poder Legislativo tienen asiento en la ciudad de Buenos Aires.

Ambas instancia descartaron con acierto que la competencia del fuero contencioso administrativo federal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires puede fundarse en el domicilio de los poderes constituidos por cuanto esto produciría un automático vaciamiento de la justicia federal del interior del país y la negación de la jurisdicción federal a los habitantes de las provincias. Pero, a la vez, establecieron que la ley 27.610 es una norma calificable como mixta donde convive la materia de derecho común en lo referente al reconocimiento de derechos subjetivos de mujeres y personas con otras identidades de género con capacidad para gestar (arts. 1º a 9º) y las modificaciones realizadas al Código Penal de la Nación (arts. 14 a 18) de modo conjunto con disposiciones de carácter federal, en virtud de lo cual la competencia en razón de la materia y de las personas (tal como surge del art. 116 de la CN y de las leyes 27 y 48) corresponde a la justicia federal.

En dicho punto, si bien coincido en la estructura mixta de la ley 27.610 y en la competencia

de la justicia federal, tengo algunas diferencias sobre qué normas regulan materia federal y el derecho común **(2)**.

La ley 27.610 tiene normas de carácter federal y normas de derecho común. Del art. 1º al 13 contiene normas de carácter federal en atención a la autoridad de aplicación que será establecida por el Poder Ejecutivo Nacional conforme lo establece el art. 20. Del art. 14 al 18, la ley contiene normas de derecho común al modificar los contenidos del Código Penal. En virtud de su naturaleza las normas de derecho federal serán aplicadas por los jueces federales y las normas de derecho común por los jueces locales. Ahora bien, la aplicación de los arts. 14 al 18 por jueces locales depende de que exista un caso o controversia concreta respecto de los nuevos tipos penales, puesto que si la ley 27.610 es interpelada en cuanto a su validez o invalidez constituvencional mediante una acción declarativa o una acción de amparo colectivo de forma general o abstracta (más allá de la procedencia formal de la acción), el sujeto pasivo es el emisor de la ley 27.610, debido al carácter mixto de la ley. En ningún caso y bajo ningún supuesto los arts. 1º al 13 pueden ser aplicados por los jueces locales, en tanto que los arts. 14 al 18 solo pueden ser aplicados por los jueces locales en casos concretos, pero si se trata de planteos judiciales donde el sujeto pasivo en el Congreso como emisor de la norma, son los jueces federales los competentes para entender en dicha causa. El art. 20 establece que la autoridad de aplicación será establecida por el Poder Ejecutivo nacional, con lo cual, quien se encargará de ejecutar los presupuestos de la ley 27.610, velar por el efecto útil y garantizar la efectiva satisfacción de los derechos que se regulan de forma primaria es el Estado federal.

Quizá lo más importante en este punto es que la competencia federal inhibe a los jueces y las juezas locales para tramitar causas en relación con la ley 27.610 donde el sujeto pasivo sea el Estado, por más que se invoque erróneamente un Estado provincial en tal carácter, puesto que no revisten competencia alguna para resolver cuestiones donde por razón del sujeto y de la materia principal es la justicia federal quien detenta la competencia.

III. Un proceso, una sentencia

Otro de los aspectos medulares analizados en las decisiones jurisdiccionales fue el efecto de las contingencias procesales que podían suscitarse en torno a la multiplicación de procesos judiciales con el mismo objeto y como evitar la dispersión de sentencias contradictorias aún en el ámbito de la justicia federal.

El mecanismo de prevención para evitar una coyuntura jurisdiccional dispersa y contradictoria consiste en la inscripción del o de los procesos colectivos en el Registro Público de Procesos Colectivos creado por la Corte Suprema de Justicia a través del dictado de la acord. 32/2014 y posteriormente reglamentado mediante el dictado de la acord. 12/2016 “Reglamento de actuación en procesos colectivos” la cual establece específicamente en los arts. VI y VII que una vez registrado un proceso colectivo no podrá registrarse otro que presente una sustancial semejanza en la afectación de los derechos de incidencia colectiva y que dicha inscripción produce la remisión a dicho tribunal de todos los procesos cuya pretensión presente una sustancial semejanza en la afectación de los derechos de incidencia colectiva.

Al 31 de mayo de 2021 no se registró ningún proceso colectivo que tenga por objeto la declaración de inconstitucionalidad e inconvencionalidad de la ley 27.610 y como grupo o clase protegida a las personas por nacer, embrión, feto o vida humana en formación.

En los términos expuestos, solo puede existir un proceso colectivo en donde se cuestione la validez de la ley 27.610 y una sola sentencia donde se resuelva la pretensión colectiva esgrimida.

IV. A modo de conclusión

Las sentencias dictadas en el ámbito del fuero Contencioso Administrativo Federal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires establecieron

(2) HERRERA, Marisa – GIL DOMÍNGUEZ, Andrés – HOPP, Cecilia – DE LA TORRE, Natalia (coord.), "Acceso a la interrupción voluntaria del embarazo - ley 27.610. Atención y cuidado integral de la salud durante el embarazo y la primera infancia-ley 27.611", Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2021, ps. 605 y ss.

dos estándares precisos en términos formales respecto de los procesos judiciales que se promuevan con el objeto de impugnar la validez constitucional y convencional de la ley 27.610.

El primero establece que la ley 27.610 por su estructura mixta determina la competencia de la justicia federal. Esto implica que la tramitación de causas judiciales con el mismo objeto en la justicia provincial queda inmersa en la nulidad

El segundo determina que en torno al cuestionamiento de la ley 27.610 solo podrá tramitarse un solo proceso colectivo y dictarse una sola sentencia definitiva (y eventualmente una dictarse o rechazarse una medida cautelar) con efectos *erga omnes*. Esto implica que la multiplicación de causas en sede provincial se encuadra en un típico abuso de derecho jurisdiccional que colisiona con el régimen de procesos colectivos instituido por la Corte Suprema de Justicia con el objeto de prevenir escandalosas multiplicaciones de procesos judiciales y sentencias contradictorias.

El camino formal de la ley 27.610 comienza lentamente a despejarse.

IDENTIDAD DE GÉNERO

Persona con discapacidad. Enfermedad degenerativa. Restricción de la capacidad. Designación de apoyo. Internación.

Con nota de Sebastián Mastai

1. — No corresponde restringir el derecho al reconocimiento de la identidad de género como tampoco otorgar autorización judicial alguna, respecto de la persona que a sus 30 años de edad, y encontrándose en clara situación de vulnerabilidad debido al avance de la enfermedad que adolece, peticiona este derecho; sino que corresponde sea garantizado.

2. — Dado que se ha acreditado debidamente que la causante padece "enfermedad de Huntington" evidenciada en la pubertad, enfermedad hereditaria, crónica y con pronóstico malo, en el que presenta en el interesado un cuadro de anormalidades de la marcha y de la movilidad; trastornos de los hábitos y de los impulsos, lo que hace que sea dependiente total en todas las actividades de su vida diaria (no puede tomar decisiones responsables y necesita supervisión permanente, apoyos y asistencia para sus cuidados personales básicos, pues ya no dispone de los niveles de autonomía), debe continuar viviendo en el Hogar con Centro de Día como pupila permanente, designándose como apoyo a la directora de la institución.

3. — De conformidad con lo dispuesto por el art. 75 incs. 22 y 23 de la CN —con el bloque de constitucionalidad que aportan los tratados internacionales incorporados a la Carta Magna (inc. 22) y con la promoción del goce efectivo de las normas por aquéllos contenidas (inc. 23)—, se otorga preeminencia al "principio del interés superior" en el respeto de los derechos humanos; en particular, respecto de las personas que se encuentran en situaciones de vulnerabilidad en el ejercicio de sus derechos: entre ellos las personas afectadas por discapacidades.

JFamilia Nro. 4, San Martín, 17/02/2021. - C., H. D. s/ determinación de la capacidad jurídica.

[Cita on line: AR/JUR/111292/2021]

COSTAS

Serán soportadas por el causante.

Expte. N° 72551

Expte. RGE N° SM-37981-2019

1ª Instancia.- General San Martín, febrero 17 de 2021.

Resulta: 1) Que llegan los presentes obrados en virtud a la incompetencia que fuera planteada por el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 56, conforme surge de las constancias incorporadas digitalmente a la historia informática de la causa el día 20 del mes de noviembre de 2020, habida cuenta que el domicilio de residencia del interesado resulta ser "Hogar San Francisco de la Virgen de la Merced SA", sito en la calle ..., de la Localidad de Caseros, Partido Tres de Febrero.

Que corresponde entonces luego de la detenida lectura de todo lo obrado en aquella sede judicial mencionar que:

A) En principio (cargo de fecha 05/10/2017); se presenta la señora A. C. Ley 26.743 (H. D. C.) con patrocinio letrado del Dr. Carlos Alberto Villar, T. 112, F. 566, CPACF, solicitando se declare la incapacidad de su persona, designándosele un curador provisional.

En el relato de los hechos informa que ha vivido en situación de calle y fue sometida a situaciones de explotación sexual. En razón de ello ha tomado intervención el Programa Andares dependiente de la Dirección General de Niñez y Adolescencia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Asimismo denuncia que en los dispositivos en los cuales ha estado alojada no se ha tenido su situación de género.

Relata luego circunstancias familiares en virtud de las cuales ha sido víctima de abusos y violencia, como asimismo que ha existido negación por parte de su madre respecto a su identidad de género.

Padece enfermedad de Corea de Huntington, fue atendida por la Dra. Tomoko en el servicio de Neurología del Hospital Ramos Mejía (HC ...). Refiere que su padre y su hermano fallecieron ambos en virtud a esa enfermedad, siendo la misma hereditaria genéticamente. Debido a esta enfermedad, presenta movimientos involuntarios que le dificultan la movilidad, asimismo debido al deterioro progresivo resulta muy dificultoso comunicarse de manera verbal. Desde el año 2010 asiste al Centro Educativo Isauro Arancibia dependiente de la Dirección de Educación del Adulto y el Adolescente del Ministerio de Educación de la Ciudad de Buenos Aires.

Solicita designación y curador provisional, y luego definitivo, y el dictado de medidas cautelares necesarias para formalizar su ingreso a un Hogar que contemple las necesidades descriptas. Fundamenta su pedido en los arts. 1386 y 1397 del Cód. Civ. y Comercial y art. 34 y 35 del mismo código.

B) Posteriormente ya alojada la señora A. C. en el Hogar San Francisco de la Virgen de la Merced, se presenta el Dr. Enrique Alberto Gamerro en su carácter de apoderado del Hogar que alberga la y manifiesta que en razón a que el causante carece de todo tipo de contacto con sus familiares solicita y propone la designación de un nuevo sistema de apoyo o curador para el mismo; proponiéndose para detentar ese cargo a la Directora del Hogar San Francisco de la Virgen de la Merced, Dra. Griselda Mabel Rossitto, DNI N° ..., Médica especialista en Psiquiatría.

Se infiere de la información digitalizada que el interesado padece la enfermedad de "Corea de Huntington" y que se identifica como mujer y se hace llamar A.

2) Que con la presentación electrónica de fecha 11 de febrero de 2020 la Sra. Asesora de Incapaces, Dra. Viviana N. Ramírez se interiorizó de la pretensión y tomó intervención por el interesado.

3) Que conforme auto del 13 de marzo de 2020 en virtud a la carencia de bienes de la interesada, tal como lo autoriza los arts. 31 inc. e), 32 y 36 del Cód. Civ. y Com. de la Nación y 622 del Código de Rito se designó al Sr. Defensor Oficial, Dr. Diego Néstor Dagorret, Defensor Oficial a cargo por Disposición Superior de la Unidad de Defensa Civil de Casos de Fondo N° 6, Departamental para representar y brindar asistencia letrada a la interesada, quien tomó intervención y aceptó el cargo en la presentación electrónica de fecha 10 de junio de 2020.

4) Que abierto el juicio a prueba (13/03/2020), se requirió un informe multidisciplinario de conformidad con lo establecido con los arts. 32 y 37 del Código de Fondo.

5) Que con fecha 08 de junio de 2020 se efectuó informe multidisciplinario firmado por los peritos integrantes del Hogar San Francisco de la Virgen de la Merced conforme art. 37 del Cód. Civ. y Com. de la Nación.

6) Que, de la Planilla de Juicios Universales firmada electrónicamente con fecha 22 de noviembre de 2020 consta que no existen actuaciones iniciadas por el mismo objeto respecto del Sr. H. D. C., nombre con el cual figura inscripta la señora A. a esta fecha.

7) Que por el auto de fecha 08 de junio de 2020 se dispuso el traslado previsto por el art. 626 del Cód. Proc. Civ. y Comercial del informe multidisciplinario; providencia ésta que a la fecha se encuentra firme.

8) Que conforme presentación electrónica del 24 de junio de 2020, la Sra. Asesora de Incapaces interviniente, dictaminó respecto al dictado de sentencia.

9) Por último, previos dictámenes del Sr. Defensor Oficial y de la Sra. Fiscal mediante presentaciones electrónicas del 25/11/2020 y 01/12/2020, respectivamente, se llamaron con fecha 09 de diciembre de 2020 estos autos para dictar sentencia.

10) Venidos estos autos para el dictado de sentencia y de la lectura detenida del informe multidisciplinario se resolvió, con fecha 02/02/2021:....se desprende que la señora C., se auto percibe con el género femenino, se viste como mujer y se hace llamar A. o A., sin tener cambio de nombre ni de DNI.

Atento ello, y venidos a despachar respecto al régimen de protección de sus derechos, en el marco de este proceso, entiendo que corresponde ampliar el informe presentado respecto al punto. Esto es si el/la justiciable ha manifestado deseo de cambio de genero, época desde la cual mantiene su autopercepción con el genero femenino, si en virtud a su patología ha podido manifestar y exteriorizar su deseo de cambio de genero. Y todo dato de interés al respecto que permita ampliar la sentencia pedida incluyendo la recepción del cambio de género, o si resulta indiferente su consideración a los intereses personales. Esto a los fines de dictar las medidas tenientes a hacer efectivo sus derechos.

11) Presentada la ampliación de la Pericia encomendada, (ver presentación electrónica de fecha 03/02/2021) se reanudo el llamado de autos para sentencia y; y advirtiendo luego de la detenida lectura la Suscripta, que existía un tema pendiente respecto al enfoque total de, providencia que se encuentra consentida y luego de las vistas del referido informe, vienen a dictar sentencia.

Considerando: I. Las normas del Cód. Civ. y Comercial hoy vigente que establece en su artículo 32 que el juez "puede restringir la capacidad para determinados actos de una persona mayor de trece años que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada de suficiente gravedad siempre que estime que el ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes". Ello así dado que, toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en el Cód. Civ. y Comercial (conf. art. 23 Cód. Civ. y Comercial), por tanto: la capacidad

jurídica de las personas es la regla y debe presumirse, incluso cuando la persona se encuentre internada en un establecimiento asistencial (art. 31 inc. a) Cód. Civ. y Comercial). "La presunción de capacidad desde una perspectiva de derechos humanos se traduce así en una garantía mediante la cual se prioriza que la persona pueda ejercer sus derechos por encima de cualquier otra circunstancia que no sean las expresas y precisas condiciones legales que el Código habilita para la restricción de la capacidad (cfr. art. 32). Consecuentemente, ante la duda, se debe estar siempre por el reconocimiento de la capacidad de la persona" (conf. Kraut, Alfredo Jorge y Agustina Palacios en Lorenzetti, Ricardo Luis - "Código Civil y Comercial de la Nación, Comentado", T. I, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe 2014, p. 128).

A su vez, la capacidad jurídica sólo puede ser restringida en carácter de excepción (art. 31, inc. b). Las excepciones se encuentran exhaustivamente determinadas en el Código y sujetas a una serie de garantías (cfr. arts. 32, 36, 43 y 48). La restricción a la capacidad, sin perjuicio de su justificación, puede importar una afectación al ejercicio de derechos fundamentales de la persona, y como tal, debe administrarse bajo un estricto contralor jurisdiccional y desde un criterio de excepcionalidad (conf. Kraut y Palacios..., ob. cit., p. 128). Explican estos autores que "El Código establece expresamente que la restricción a la capacidad jurídica sólo puede ser en beneficio de la persona (art. 31, inc. b).

II. Respecto de la curatela, hoy se ha incorporado el concepto legal de apoyos. - El término "beneficio de la persona" significa que la restricción de la capacidad jurídica no puede tener otro fin que el respeto y la promoción de su autonomía y la protección de sus derechos. Esto se deriva claramente del artículo 43 del Código, al establecerse que la función del apoyo es la de "promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos". El beneficio de la persona va de la mano del respeto del principio de autonomía, mediante el cual la persona deja de ser un sujeto pasivo de la relación para convertirse en activa protagonista de sus decisiones..." (conf. Kraut y Palacios..., ob. cit., p. 131). A su vez, siendo la incapacidad lo excepcional reservado para casos en que la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad, se ha regulado un sistema de apoyo que facilite a la persona que lo necesita la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general.

III. Asimismo cabe poner de resalto que el nuevo contexto normativo aplicable a la materia recepta los principios ya consagrados en el derecho internacional de derechos humanos en materia de capacidad que merecieron una nueva lectura en el orden jurídico nacional a partir de la reforma constitucional de 1994 y particularmente a partir de la promulgación de las leyes 25.280 de Aprobación de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad y 26.378 de Aprobación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Protocolo Facultativo como asimismo de la Nueva Ley de Salud Mental - N° 26.657.

En efecto, de conformidad con lo dispuesto por el art. 75 incs. 22 y 23 de nuestra Ley Fundamental —con el bloque de constitucionalidad que aportan los tratados internacionales incorporados a nuestra Carta Magna (inc. 22) y con la promoción del goce efectivo de las normas por aquéllos contenidas (inc. 23)—, se otorga preeminencia al "principio del interés superior" en el respeto de los derechos humanos; en particular, respecto de las personas que se encuentran en situaciones de vulnerabilidad en el ejercicio de sus derechos: entre ellos las personas afectadas por discapacidades.

Debe destacarse que, en el caso especial de la persona con discapacidad, la Convención —ley 26.378— establece en su art. 12 el igual reconocimiento como persona ante la ley. Asimismo, en el punto 1 los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.

2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. 3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. 4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el Derecho Internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona (...) Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas. (...)"

Es decir que, el principio rector de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad es la igualdad. En igual dirección el preámbulo en su apartado n) expresa que Los Estados Parte al conve-

nir los puntos que trata la Convención lo hacen "reconociendo la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones".

IV. Por otra parte, el art. 3 de la Nueva ley de Salud Mental establece que se debe partir de la presunción de la capacidad de las personas en tanto en el art. 5 se fija el principio consistente en que "la existencia de diagnóstico en el campo de la salud mental no autoriza en ningún caso a presumir riesgo de daño o incapacidad, lo que sólo puede deducirse a partir de una evaluación interdisciplinaria de cada situación particular en un momento determinado".

A su vez, la citada Convención reconoce que algunas personas con discapacidad necesitan ayuda para ejercer su capacidad jurídica, por lo cual los Estados deben hacer lo posible para prestar apoyo a esas personas..." (Manual para parlamentarios sobre la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, N° 14/2007 De la exclusión a la igualdad hacia el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad. Capítulo 6: De las disposiciones a la práctica: aplicación de la Convención pp 96-99 ONU).

V. En este contexto legal, consecuentemente, ha de valorarse la prueba rendida en autos, a los fines de constatar la resolución del pedido de determinación de la capacidad de la señora A. C. como asimismo resolver las medidas necesarias para efectivizar cuanto antes su voluntad de registrar legalmente su identidad de género.

Informe multidisciplinarios agregados:

De acuerdo a la normativa vigente corresponde abordar, por un lado, el aspecto psiquiátrico, a los fines de acreditar el estado actual de las facultades mentales del interesado, debiendo expedirse los profesionales intervinientes sobre los puntos enumerados por el art. 32, y 37 de la normativa de fondo y el art. 625 del ordenamiento procesal. A su vez, en dicho informe los expertos deben también profundizar en la faz psicológica del interesado como asimismo en su entorno socio familiar.

Que de los informes interdisciplinarios remitidos con fecha 08 de junio de 2020 por el Equipo Profesional del Hogar San Francisco de la Virgen de la Merced, tras la entrevista realizada con H. D. C., (A.) DNI N° ..., argentino, aclaran previamente que el interesado se considera y viste como mujer, se hace llamar A., pero aún no se ha modificado su DNI.

a) En el citado informe los expertos dejaron sentado que la interesada es dependiente total en todas las actividades de su vida diaria: no puede vivir sola; no puede cumplir las indicaciones terapéuticas, requiere apoyo; no puede prestar consentimiento para el suministro de medicación y/o realización de tratamiento psicológico, psiquiátricos, y/o médicos que le propongan; tampoco puede contraer matrimonio; no tiene hijos y tampoco debido a su enfermedad los puede tener; no puede trasladarse solo por la vía pública; no conoce el valor del dinero; requiere supervisión y apoyo para su vida cotidiana; no puede realizar una actividad laboral remunerada; no puede cobrar y administrar un salario o percibir y administrar un beneficio previsional solo o con apoyo; no puede efectuar compras o ventas que resulten necesarias para satisfacer sus necesidades básicas de subsistencia solo o con apoyo; debido a su patología no puede interactuar con su entorno y expresar su voluntad y deseos, problemas relacionados con la necesidad de supervisión continua.

b) Asimismo formularon diagnóstico de "Enfermedad de Huntington" evidenciada en la pubertad, enfermedad hereditaria, crónica y con pronóstico malo, en el que presenta en el interesado un cuadro de anormalidades de la marcha y de la movilidad; trastornos de los hábitos y de los impulsos.

c) En lo atinente a su contención familiar y red social se consignó que "el interesado no tiene familia continente, sin apoyo familiar, no posee recursos personales y en lo referente a los recursos sociales no existen pues es dependiente total en las actividades de la vida diaria."

Por otra parte en la ampliación de la Pericia solicitada a la Perito Médico Psiquiatra del Equipo Técnico de este Juzgado, Dra. Ibolja Pinter se desprende que:

Estado actual: Ya no puede deambular por sus propios medios, precisando silla de ruedas "especial" para que pueda sostener la posición de sentando, con almohadón antiescaras y demás protecciones en apoyabrazos y pies. Usa pañales, también colchón antiescaras específico. Ya se lo tiene que alimentar por sonda nasogástrica por la pérdida de la deglución. En cuanto al habla fue perdiendo progresivamente la posibilidad de hacerlo, presentando ya trastornos en esa área cuando fue evaluada por la Dra. Tomoko Arakiki, años atrás. Reconoce a todas las personas con las que se encuentra en contacto, y tiene conciencia de situación y del deterioro que tiene, conoce su enfermedad, si bien ya también hay deterioro en las funciones cognitivas.

Diagnóstico: Trastorno psicoorgánico: Deterioro Neurocognitivo por Enfermedad de Huntington.

Esta enfermedad es hereditaria —de transmisión genética— en la que se produce una degradación progresiva de las neuronas primero en los Ganglios Basales del Cerebro que intervienen en la regulación del músculo estriado —(los que intervienen en los movimientos voluntarios)— y, en su inexorable evolución se van degradando todas las neuronas del Sistema Nervioso Central, produciendo progresivo deterioro de todas las funciones orgánicas y mentales. El diagnóstico de A. ha sido corroborado también por la realización de estudios genéticos, además de por las ya evidentes alteraciones de sus movimientos, patognomónicos, cuando la enfermedad ya se encuentra avanzada, cuando fue a las consultas al Consultorio de Trastornos del Movimiento, de la División Neurología del Hospital J. M. Ramos Mejía de CABA, certificado sobre el diagnóstico y estado de A., emitido por la Dra. Tomoko Arakiki, especialista de referencia en lo relacionado al estudio y tratamiento de movimientos anómalos, (está agregado en los inicios del expte.) cuando recomendó que fuese incluida en una institución donde pudiese vivir y recibir los tratamientos necesarios, a través del área de Trabajo Social.

Fecha aproximada en que la situación se manifestó: a los 17 años de edad comenzó a tener alteración de los movimientos y hace 5 años aproximadamente la afectación de las funciones neurocognitivas.

Tratamiento actual: Recibe los cuidados que precisa para el mantenimiento de su vida del mejor modo posible, ante el avance del deterioro generalizado, seguimiento médico estrecho de varias especialidades, con tratamiento farmacológico para morigerar los graves alteraciones sensorio motrices (Risperidona, Haloperidol, clonazepam en dosis indicadas para la enfermedad específica en dosis que se van adecuando según el estado que presenta) y para mantener en las mejores condiciones posibles sus funciones orgánicas vitales. Desde su ingreso al Hogar está teniendo también atención psicopedagógica, psicológica, talleres recreativos sociales, de terapia ocupacional, musicoterapia, evaluación y tratamientos por fisiatría y kinesiología.

Las salidas recreativas con Acompañamiento Terapéutico han quedado suspendidas oportunamente, por las limitaciones devenidas por la Emergencia Sanitaria debido a la circulación del virus SARS Cov2, que aún persiste.

Pronóstico: sombrío.

Necesidad de internación: no en institución para tratamiento de descompensaciones en trastornos mentales.

Capacidad para dirigir su persona: En la actualidad no puede tomar decisiones responsables y necesita supervisión permanente, apoyos y asistencia para sus cuidados personales básicos, en resumidas cuentas para toda actividad, pues ya no dispone ni de los niveles de autonomía que tenía cuando llegó al Hogar.

Capacidad para administrar sus bienes: carece pues está perdiendo las habilidades que tenía para la lectoescritura y para la realización de cálculos numéricos, tampoco reconoce ya adecuadamente el valor del dinero.

Contención familiar y red social: Está dada por el personal y los residentes del Hogar. Antes de su ingreso también fueron Lic. En Trabajo Social quiénes se ocuparon de su persona, sobre todo los pertenecientes al grupo del Programa Andares, quiénes lo hicieron desde su niñez hasta para gestionar su traslado desde Rosario (Pcia. de Santa Fe) hacia la Ciudad de Bs. As. en el año 2017; realizando gestiones siempre para que no viva en la calle, para su inclusión escolar, para que lleve a cabo las consultas adecuadas por su salud, etc.

De hecho han ido a visitarla al Hogar para su cumpleaños (anterior a la emergencia sanitaria por circulación del virus SarsCov2) y también la ha visitado allí personal del Área de Género del Ministerio Público Tutelar del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires, con quienes habló de la posibilidad de los cambios en su Documento de Identidad, alegrándose mucho cuando se le planteó que ello era posible (ver informe de la Lic. en Trabajo Social Mariana Pisano del 22/10/2018, donde figura también el número del Expediente que se iniciara ante Incluir Salud PROFE y el número de afiliado que le han asignado).

Tiene Certificado Unico de Discapacidad emitido en el año 2016 que es válido hasta el año 2026.

La madre se ha contactado en solo una oportunidad, en muchos años, para plantear que ella quería cobrar la pensión que se le asignara, sin expresar ningún otro ofrecimiento o interés por retomar algún tipo de contacto con A.

Régimen aconsejado:

- que se lleve a cabo el cambio de nombre y género en la Documentación de Identidad, lo que resulta de suma importancia para A., para beneficio de su estado emocional el que se concrete su anhelo vital de ser reconocida como mujer con el nombre A., más aún en las presentes circunstancias en las que tiene conciencia y mucho sufrimiento por el agravamiento del deterioro generalizado que tiene;

- que continúe viviendo en el Hogar con Centro de Día como pupila permanente, (en el que se encuentra), ya que allí recibe los cuidados que necesita, además de todos los tratamientos específicos, donde con afecto se le respetan los gustos y preferencias, dedicados a que tenga la mejor calidad de vida posible;

- que los tratamientos y los elementos que resultan necesarios para llevarlos a cabo, no se modifiquen por motivos ajenos a indicaciones terapéuticas específicas de los profesionales tratantes;

- que continúe teniendo los apoyos y la asistencia que precisa para sus cuidados básicos personales, para el mantenimiento de su vida;

- que tenga apoyo por representación para la toma de decisiones, sobre todo las responsables, como las relacionadas a dar consentimientos informados válidos, las consultas por su salud, las gestiones y trámites relacionados a todo ello, a la obtención de la pensión que le corresponde por las múltiples discapacidades físicas y mentales. Así como también requiere de apoyo por representación para percibir, administrar, disponer de dinero/bienes.

VII. Identidad de Género:

La identidad es un derecho humano personalísimo que tutela la "mismidad de la persona, su "coincidencia con su "verdad histórica", y encuentra fundamento axiológico en la dignidad del ser humano.

La ley 26.743, de identidad de género, sancionada el día 9 de mayo del año 2012, garantiza en el art. 1 que toda persona tiene derecho al reconocimiento de su identidad de género, al libre desarrollo de su vida conforme a su identidad, a ser tratada de acuerdo a su identidad de género a ser identificada de ese modo en los instrumentos que acreditan su identidad.

De la lectura de la causa se colige que tanto en sede judicial en jurisdicción de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como en los informes médicos agregados, o bien en las comunicaciones cursadas a PROFE se ha identificado a la señora A. C. como mujer; pero hasta hoy no se ha reconocido en lo formal, es decir registralmente y en su documentación la realidad de su identidad de género.

Que la exteriorización de su elección vital en cuanto al género femenino, viene con ella desde alrededor a sus 8 años de edad; y desde esa corta edad, se ha reconocido ella, como mujer y ha elegido el nombre de A. Ha sufrido por ello, discriminaciones, y violaciones reiteradas a sus derechos en razón de su elección de vida.

Que esta discriminación incluso ha sido vivenciada por ella en el ámbito de su familia, quien se ha desentendido de su situación, primero social (vivió en situación de calle), y luego de salud, a más de la falta total de asistencia material, emocional y amorosa hacia su persona.

El interrogante principal a resolver: Llegados a este estado del análisis cabe preguntarse y luego resolver, si hoy a sus 30 años de edad, y encontrándose en clara situación de vulnerabilidad debido al avance de la enfermedad que adolece, corresponde restringir en función a los informes Multidisciplinarios agregados su derecho a peticionar ante la Autoridad Administrativa por si, en los términos del art. 3 de la ley 26.743 su derecho al reconocimiento de su identidad de género.

Adelanto opinión en el sentido de que rotundamente la respuesta es que no corresponde restringir ese derecho, como tampoco otorgar autorización judicial alguna; sino que muy por el contrario corresponde sea garantizado su derecho a "preservar sus anhelos vitales" (conforme tan gráficamente lo apunto la Perito Medica Psiquiatra, Dra. Pinter en su informe)

VII.- Fundamentaciones de ello:

A) Principio de igualdad y no discriminación: En la Opinión consultiva nro. 24/12 2017 "(solicitada por la Republica de Costa Rica) la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuyo tema fue (Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos); ha se señalado que: la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación. Los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto (61).

La jurisprudencia de la Corte también ha indicado que en la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del ius cogens. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del

orden público nacional e internacional y permea todo el ordenamiento jurídico.

En este sentido, la Corte ha establecido que el artículo 1.1 de la Convención es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, y dispone la obligación de los Estados Parte de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos sin discriminación alguna. Es decir, cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es, per se, incompatible con la misma.

Y el incumplimiento por el Estado de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, mediante cualquier trato diferente que pueda resultar discriminatorio, es decir, que no persiga finalidades legítimas, sea innecesario y/o desproporcionado, le genera responsabilidad internacional (1). Es por ello que existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación.

B) Por otra parte, mientras que la obligación general del artículo 1.1 se refiere al deber del Estado de respetar y garantizar sin discriminación los derechos contenidos en la Convención Americana, el artículo 24 protege el derecho a igual protección de la ley. Es decir, el artículo 24 de la Convención Americana prohíbe la discriminación de derecho, no sólo en cuanto a los derechos contenidos en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación. (64):

En resumen, no cabe efectuar discriminación alguna siendo un derecho humano básico a ser garantizado el derecho al reconocimiento de la autopercepción de género. Tratándose de un derecho personalísimo que hace a la identidad personal, define la mismidad del sujeto, y con ello a la dignidad de la persona, el Estado debe dictar medidas efectivas para asegurar estos derechos.

Específicamente para este caso, y a diferencia de la Convención Americana de derechos Humanos, el artículo I.2.a) de la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad define que es discriminación: estipula que el término discriminación contra las personas con discapacidad significa toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales.

Consecuentemente corresponde librar oficio al Registro Nacional de las Personas a los fines de que envíe al Hogar San Francisco de la Merced (sito en la calle ..., de la localidad de Caseros, Provincia de Buenos Aires); en el plazo de cinco días personal habilitado y con los recursos administrativos necesarios, (valija con material identificatorio) a los fines de formalizar en los términos del art. 3 de la ley 26.743, el cambio de nombre y de genero de la señora A. C. (Identificada en su partida de nacimiento como H. D. C., DNI N° ...).

VIII. Determinación de la Capacidad:

Respecto del régimen aconsejado para la protección, asistencia y promoción del joven para lograr mayor autonomía posible se estima la modalidad: Hogar con Cet jornada doble Pupilo Permanente con Dependencia, requiere supervisión continua. En cuanto al Art. 32 del Cód. Civ. y Com. de la Nación estiman que el causante padece una alteración permanente grave que permite que del ejercicio de la plena capacidad puede provocar un daño a sí mismo o sus bienes, pues carece de coeficiente intelectual que le permita reconocer el valor del mismo, siendo el C.I. de 30. Además refieren que no puede realizar actos y/o actividades por sí solo, requiere ayuda de otras personas, concluyendo que en consecuencia el interesado requiere se le designe un curador en función a las anormalidades que padece.

IX Que, llegados a este punto, ponderando el informe interdisciplinario y no hallando mérito para apartarme de las conclusiones a la que se arriba (arts. 375, 384 y 474 del Cód. Proc. Civ. y Comercial), cabe merituar la situación de la señora A. C. (H. D.).

X. A la luz de los principios esbozados precedentemente aplicados en el caso particular y contando entonces con la totalidad de los instrumentos en virtud de los cuales puede la Suscripta evaluar las condiciones en las que la interesada vive y se desarrolla, como así también el encuadre legal dado por la Perito Psiquiatra al que otorgo plena fuerza probatoria y habiéndose establecidos los parámetros de capacidad de A. C. (Inscripto como H. D. C.) en este especial supuesto corresponde restringir su capacidad para determinados aspectos de su vida, disponiendo un sistema de apoyos que integren o complementen la autonomía de la voluntad de la interesada, procurando desde luego la menor injerencia posible, pero facilitando la comunicación, comprensión y manifestación de la voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos.

VIII. Por lo tanto, encuentro que se ha acreditado debidamente que la señora A. C. padece "Enfermedad de Huntington" evidenciada en la pubertad, enfermedad hereditaria, crónica y con pronóstico malo, en el que presenta en el interesado un cuadro de anormalidades de la marcha y de la movilidad; trastornos de los hábitos y de los impulsos, lo que hace que sea dependiente total en todas las actividades de su vida diaria.

En la actualidad no puede tomar decisiones responsables y necesita supervisión permanente, apoyos y asistencia para sus cuidados personales básicos, en resumidas cuentas para toda actividad, pues ya no dispone ni de los niveles de autonomía que tenía cuando llegó al Hogar.

Carece pues está perdiendo las habilidades que tenía para la lectoescritura y para la realización de cálculos numéricos, tampoco reconoce ya adecuadamente el valor del dinero.

Régimen aconsejado: - que se lleve a cabo el cambio de nombre y género en la Documentación de Identidad, lo que resulta de suma importancia para A., para beneficio de su estado emocional el que se concrete su anhelo vital de ser reconocida como mujer con el nombre A., más aún en las presentes circunstancias en las que tiene conciencia y mucho sufrimiento por el agravamiento del deterioro generalizado que tiene.

En cuanto a su vida diaria: debe continuar viviendo en el Hogar con Centro de Día como pupila permanente, (en el que se encuentra), donde recibe los cuidados que necesita, además de todos los tratamientos específicos, donde con afecto se le respetan los gustos y preferencias, dedicados a que tenga la mejor calidad de vida posible.

Requiere apoyos y asistencia para sus cuidados básicos personales, para el mantenimiento de su vida.

En cuanto a la toma de decisiones responsables requiere apoyos por representación, como las relacionadas a dar consentimientos informados válidos, las consultas por su salud, las gestiones y trámites relacionados a todo ello, a la obtención de la pensión que le corresponde por las múltiples discapacidades físicas y mentales. Así como también requiere de apoyo por representación para percibir, administrar, disponer de dinero/bienes.

Asimismo, cabe dejar sentado que, de acuerdo a las previsiones del art. 40 del Cód. Civ. y Comercial "la sentencia debe ser revisada por el juez en un plazo no superior a tres años sobre la base de nuevos dictámenes multidisciplinarios.". En la misma dirección ya lo establecía el art. 152 ter del Cód. Civil incorporado por la Ley de Salud Mental que a su vez incorpora los lineamientos esbozados en el art. 12 inc. 4 de la Convención aprobada por la ley N° 26.378 consagrando la necesidad que las medidas que se adopten en salvaguarda de los derechos de las personas con discapacidad "...se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial" y el Principio 1.6 parte de los Principios de las Naciones Unidas para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental aprobados en el año 1991 que reza "...las decisiones sobre la capacidad y la necesidad de un representante personal, se revisarán en los intervalos razonables previstos en la legislación nacional"; la declaración de incapacidad —pretensión sub examine y que en el particular corresponde hacerle lugar— deberá revisarse en el plazo de tres años. En igual dirección el art. 7 inc. n de la citada Ley de Salud Mental establece entre los derechos de las personas con padecimientos mentales que dicho estado no sea considerado inmodificable. Respecto a los actos jurídicos relativos a la administración y a la disposición de sus bienes (como vender, donar, ceder bienes, cobrar, gastar o gestionar dinero) considero que la interesada no puede realizarlos por si misma sino a través de la persona de Apoyo designada, quien ejercería un apoyo con representación, mas allá de la intervención legal que para esos actos disponga por parte de la Asesoría de Menores e Incapaces en la esfera de su función".

IX. Designación de apoyos: Analizando la procedencia de la petición, y los informes multidisciplinarios y no hallando mérito para apartarme de las conclusiones arribadas (arts. 100, 101, 138, 139, 375, 384 y 474 del Cód. Proc. Civ. y Comercial), se desprende, en lo esencial que la Sra. Griselda Mabel Rossitto, DNI N° ..., directora de la institución que aloja al interesado, es quien se encuentra en condiciones de asumir legalmente la figura de apoyo de la señora A. C. (DNI ...).

XI. Que en razón de lo antes desarrollado y lo dispuesto por el art. 628 del Cód. Procesal, las costas del juicio serán soportadas por el causante.

Así las cosas, en virtud de las consideraciones efectuadas y normas legales citadas, resuelvo: 1°) Ordenar al Registro Nacional de las Personas a formalizar con carácter urgente despacho en los términos del art. 3 de la ley 26.743, el cambio de nombre y de genero de la señora A. C. (Identificada en su partida de nacimiento como H. D. C., DNI N° ...). A esos efectos se solicita se envíe al Hogar San Francisco de la Merced (sito en la calle ..., de la localidad de Caseros, Provincia de Buenos Aires); personal habilitado y con los recursos administrativos necesarios, (valija con material identificatorio) dado que la ciudadana inte-

resada, se encuentra imposibilitada de concurrir por sus propios medios a la dependencia Administrativa. 2°) Hacer lugar a la demanda de determinación de la capacidad jurídica de H. D. C., quien procederá a ser inscripta (art. 3 de la ley 26.743) como A. C. (DNI N° ...). Estableciendo que: a) se encuentra en condiciones de solicitar a la Autoridad Administrativa su decisión de cambio de nombre y sexo en los términos del art. 3 de la ley 26.743, b) se hace entender por gestos cuando quiere comunicar algo, c) tiene conciencia y sufrimiento por el estado de agravamiento de su enfermedad; d) requiere apoyo en todas las actividades de su vida diaria; trasladarse sola por la vía pública y cumplir las indicaciones terapéuticas, no puede vivir sola,;e) requiere apoyo por representación para la toma de decisiones, sobre todo las responsables, como las relacionadas a dar consentimientos informados válidos, las consultas por su salud, las gestiones y trámites relacionados a todo ello, a la obtención de la pensión que le corresponde por las múltiples discapacidades físicas y mentales. Así como también requiere de apoyo por representación para percibir, administrar, disponer de dinero/bienes. f) No puede realizar actividad laboral remunerada, cobrar y administrar un salario o percibir y administrar un beneficio previsional sola, requiriendo para ello apoyo por representación. (arts. 23, 24, 31, 32, 33, 34, 38, 261 y concordantes del Cód. Civil; 627 y concordantes del Cód. Proc. Civ. y Comercial). 3°) Nombrar como personas de apoyo de la señora A. C., DNI N° ..., a la directora del Hogar San Francisco de la Virgen de la Merced, Dra. Griselda Mabel Rossitto, DNI N° ... (arts. 31, 32 tercer párrafo, 43 y 44, en concordancia con art. 390 del Cód. Civ. y Com. de la Nación) quien deberá promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de A. C. 4°) Haciendo saber que la presente sentencia deberá ser revisada en un plazo no mayor a los tres años sin perjuicio de hacer constar que dicho plazo es referencial pudiéndose rever la situación del causante en cualquier momento a petición de parte. (Art. 40 del Cód. Civ. y Com. de la Nación en concordancia con lo establecida con el art. 629 Cód. Proc. Civ. y Comercial). 5°) Solicitar, en aras del Derecho de Identidad de Genero a Dra. Griselda Mabel Rossitto, DNI N° ..., y al personal profesional del Hogar y al Señor Defensor Oficial, quien ejerce la asistencia técnica legal de la señora C.; a instrumentar, asistir y facilitar el trámite administrativo respectivo de rectificación de sexo y cambio de nombre de pila de la partida de nacimiento del interesado y la expedición del nuevo DNI con los datos actuales del mismo, de conformidad con el art. 6 y cctes. de la Ley 26.743. (arts. 1, 2, 4, 6, 7, 12 y concordantes Ley 26.743). Consentida o ejecutoriada la presente y cumplido que sea con lo dispuesto por los arts. 21 y 22 de la Ley 6716 t.o. Ley 10.268, comuníquese la presente mediante instrumento de estilo respectivo al Registro de Incapaces y al Registro de las Personas (arts. 627 del Cód. Proc. Civ. y Comercial y 80, 88 y concordantes. Ley 26.413). Fecho, líbrese testimonio para la parte. Regístrese. Notifíquese al Ministerio Pupilar, a la Sra. Fiscal y al Sr. Defensor Oficial en la sala de sus públicos despachos (art. 135 incs. 12 y 14 del Cód. Proc. Civ. y Comercial). — *María S. D'Amico.*

Vehiculización y ejercicio del derecho a la identidad en el marco de un proceso de determinación de capacidad

Sebastián Mastai (*)

Sumario: I. Palabras previas.— II. Los hechos.— III. Proceso de determinación de capacidad.— IV. Igualdad e identidad de género: la intervención jurisdiccional como garante de su efectivo reconocimiento.— V. Conclusión.

I. Palabras previas

He sido convocado por las autoridades de esta reconocida publicación para comentar el fallo *supra* reseñado, labor y desafío que importa un honor para todos aquellos que, de una forma u otra, nos relacionamos con esta rama del derecho.

En el marco de la tarea encomendada, me he adentrado a la pausada lectura de la resolución en cuestión, advirtiendo una avanzada aplicación de pautas convencionales. El fallo bajo análisis aporta cuestiones de índole prácticas en relación con las particularidades del trámite de limitación de capacidad y otorga la posibilidad de analizar la cuestión de género en perspectiva e interrelación con tópicos atinentes a la capacidad. Por su parte, teniendo como norte el principio de plena capacidad y reconocimiento de derechos, nos permite pensar si lo resuelto es conteste con los principios fundamentales que hoy rigen la materia.

II. Los hechos

La Sra. A. C. insta su propia demanda de determinación de la capacidad por padecer corea de Huntington, enfermedad en virtud de la cual presenta movimientos involuntarios que le dificultan la movilidad. A raíz de su avance progresivo le resulta dificultoso comunicarse de manera verbal. Informa que su padre y su hermano fallecieron a raíz de esta enfermedad y que carece de contención familiar, toda vez que su madre es una figura ausente. Relata que ha vivido en situación de calle, que ha sido sometida a situaciones de explotación sexual y que en ninguno de los dispositivos en los cuales ha estado alojada se ha tenido en cuenta su situación de género, siendo víctima de abuso y violencia.

En el marco de la acción impetrada, requiere la designación de curador provisional, luego definitivo, y que se dicten las medidas cautelares necesarias a fin de promover su ingreso en un hogar acorde con sus necesidades.

Una vez producido su ingreso en el mentado hogar se presenta el Dr. E. A. G., apoderado de la institución, quien —en razón de la particular situación familiar— propone la conformación de un sistema de apoyo o curador; cargo que sería detentado por la directora del hogar donde se encuentra alojada en cuanto no existe alternativa familiar propuesto para asumir dicho cargo. Ello así, en cuanto su padre y hermano han fallecido a causa de la misma enfermedad.

En la faz procesal, se dispuso la intervención de la asesora de incapaces en los términos del

(*) Asesor letrado de familia, Poder judicial de Córdoba.

art. 103 del Cód. Civ. y Com. y se designó defensor para brindar asistencia letrada a la Sra. A. C.

Avanzado el iter procesal —en oportunidad de encontrarse los autos para resolver— advierte el tribunal que la Sra. C., se autopercibe con el género femenino, se viste como mujer y se hace llamar A. o A., sin tener cambio de nombre ni de DNI. Ello determina la ampliación del informe interdisciplinario en aras a determinar si la requirente ha manifestado deseo de cambio de género con el objeto de ampliar la sentencia en relación con el tópico en cuestión. La causa se resuelve incluyendo la determinación de la capacidad de la Sra. A. C., con más la rectificación de nombre y género conforme a su identidad autopercibida.

Conforme con lo reseñado, advierto que estamos frente a una resolución cuyo interés medular radica en el férreo reconocimiento de derechos con un plus particular: el pleno respeto de tres cuestiones medulares en el ejercicio de derechos personalísimos, a saber: a) autonomía; b) autopercepción; c) autodeterminación; elementos vitales que no pueden escapar de la mirada del tribunal al momento de resolver con perspectiva de vulnerabilidad y derechos humanos.

III. Proceso de determinación de capacidad

III.1. Evolución desde una perspectiva de derechos humanos: de la sustitución al apoyo

Como referí, el fallo objeto de comentario nos adentra en un reconocimiento de derechos de amplio espectro. Para los noveles juristas o quienes comienzan a transitar el camino del derecho, puede no importar mayor novedad, toda vez que hoy —afortunadamente— vemos cómo el reconocimiento de derechos individuales a través de instrumentos tanto internacionales como de raigambre local es parte de la labor diaria. Sin embargo, para quienes ya venimos —desde distintas esferas— siendo testigos de cabales modificaciones que importan visibilizar realidades con la consecuente respuesta jurisdiccional a medida de la petición y circunstancia, es novedoso y alentador.

Sabido es que, por diversos motivos, existen diferentes grupos vulnerables. Así, debido a la edad, hay dos grupos conformados por niños o adultos mayores. En razón de una condición diversa y teniendo en cuenta la naturaleza de tal condición existe el grupo de personas con capacidades especiales o que eligen el tránsito de su vida conforme a su identidad autopercibida; situación esta que —aún hoy— los ubica en una situación de vulnerabilidad social.

Todos estos grupos se encuentran caracterizados por un factor común: la eterna dificultad para que su voz, intención y garantía de derechos esenciales les sea reconocido.

En el fallo en cuestión, vemos que la Sra. A. C. se encuentra incluida en dos grupos vulnerables, esto es, por razón de su discapacidad y por razón de su identidad autopercibida; toda vez que tal como surge de la resolución su historia vital ha sido sistemáticamente negada por su grupo familiar primario y por el medio social donde se desarrolló.

Sobre el primer tópico, entiendo que la sanción de la Convención de los Derechos de las Personas con discapacidad marcó un antes y un después en la mirada legal y jurisdiccional respecto de las personas con discapacidad, en cuanto establece premisas básicas, claras y contundentes. Como nota característica, es dable recordar que su sanción se hizo con la participación de aquellas personas en cuyo beneficio se estaba gestando, lo cual fue vital al efecto de poder modificar el modelo de discapacidad imperante partiendo de una premisa fundamental: la plena capacidad de las personas (art. 12) y la necesidad de reconocer y fomentar su autonomía, implementando los mecanismos necesarios de apoyo para tal fin.

De tal manera, comenzó un importante y largo camino que importó el comprender que la persona con discapacidad no necesita una sustitución de su voluntad, un régimen paternalista que “interprete” sus deseos. Por el contrario, necesita un sistema que le permita ejercer esos derechos de la forma en que estime conveniente, pero siempre partiendo de la premisa de que la sustitución de voluntad debe ser reemplazada por la colaboración en la expresión de su propia voluntad. Dicho en otras palabras: la discapacidad de un familiar, de un ser querido o de cualquier ser humano no nos autoriza a pensar y decidir por él sino que, por el contrario, nos obliga a interiorizarnos de los medios y las formas a utilizar para —de ser necesario conforme al grado de discapacidad— propender a la plena

satisfacción de su voluntad en el ejercicio de los derechos humanos y patrimoniales de los que fuere titular.

En dicha línea, en el orden interno, entiendo que el punto de inflexión —más allá de labor que en el marco convencional ya veníamos desarrollando los operadores judiciales— fue la sanción del Cód. Civ. y Com. que importó modificaciones sustanciales con relación al trámite de determinación de la capacidad, muchas de las cuales se ven reflejadas en la resolución que hoy nos ocupa.

De este modo, más allá de la adopción de un nuevo modelo de discapacidad, se implementaron acciones positivas en relación con la terminología, desterrando palabras estigmatizantes que nos remiten a la consideración de la persona como un objeto incapaz de determinar y autodeterminar —*per se* o a través de los medios establecidos a tal fin— el diagrama de su vida.

Por otro lado, estimo de cabal importancia que los operadores judiciales —tal como en el caso de marras— podamos circunscribir a la realidad diaria las pautas convencionales. El reconocimiento efectivo de derechos solo procede en aquellos casos en los cuales los instrumentos legales de cualquier origen pasan a formar parte de la cotidianeidad procesal y judicial. En otras palabras, de nada nos sirve contar con convenciones, con opiniones consultativas, con comité de análisis y demás herramientas jurídicas si no las aplicamos en la labor diaria, esto es, a través de su inclusión de manera clara y sencilla en las resoluciones judiciales de los tribunales y en los dictámenes de los integrantes de los ministerios públicos pupilar y fiscal, en cuanto es misión primordial que la sociedad toda pueda conocerla y exigir su aplicación.

Dicho esto, creo que el fallo objeto de análisis supera con creces este test de reconocimiento de derechos.

III.2. Modificaciones procesales con perspectiva de derechos humanos

III.2.a. Legitimación activa. La instancia del propio interesado

En primer término, entiendo provechoso destacar como novedosa la cuestión que hace a la legitimación activa para iniciar la acción; la cual importa una modificación entre el Cód. Civ. y Com. y el código velezano. En efecto, en una mirada que reconoce derechos, con acierto, técnica legislativa, incorporación de normas de carácter procesal y conforme a los lineamientos convencionales, el Cód. Civ. y Com. otorga en forma primordial legitimación al propio interesado para instar el trámite referente a la determinación de su capacidad (art. 33); situación que se refleja en autos y que importa el ejercicio del más cabal de los derechos humanos: la autodeterminación en cuestiones atinentes a derechos personalísimos, marcando de tal manera una senda en la posibilidad de seguir sumando prerrogativas en tal sentido toda vez que, si en el marco de nuestro libre determinación y albedrío podemos tomar y decidir cuestiones básicas que hacen al diario vivir (contratar, casarnos, estudiar, tener hijos, someternos a intervenciones quirúrgicas, etc.), era contradictorio el hecho de que la instancia de determinación de nuestra propia capacidad estuviera en manos de terceros o, en el mejor de los casos, en el Ministerio Público.

Hoy, somos nosotros mismos quienes —frente a una eventualidad como es una enfermedad degenerativa y haciendo casi un uso paralelo a la facultad de anticipar voluntariamente— podamos autodeterminar nuestra capacidad en miras a procurar nuestro propio cuidado y atención, tal como ha ocurrido con la Sra. A. C., quien frente al sombrío panorama médico optó por promover su propia demanda de determinación de capacidad en aras de anticipar voluntariamente y así poder obtener atención médica y la contención que a nivel familiar le falta; no siendo —conforme a esta importante incorporación— necesario esperar a que sea un tercero o un representante del Ministerio Público quien inste la acción.

III.2.b. El informe interdisciplinario

Sabido es que en el modelo médico de discapacidad —tal como su nombre lo indica— la importancia y la contundencia del diagnóstico en virtud del cual se limitaba la capacidad de una persona estaban dadas por el dictamen de los médicos, esto es, profesionales de la salud, sin inclusión de ninguna otra disciplina en dicha evaluación.

Afortunadamente, la adecuación de la normativa interna conforme a los lineamientos dados

por la Convención y el protagonismo de la visión de la determinación de la capacidad desde una perspectiva de derechos humanos determinaron la modificación de articulado del Código velezano (art. 152), favoreciendo la inclusión de otras ramas de la ciencia al momento de evaluar la capacidad de las personas, operando como premisa la necesidad de la interdisciplina en orden a establecer —de ser necesario— la menor limitación de la capacidad cuestionada a través de la inclusión de un sistema de apoyo y, como *ultima ratio*, la declaración de limitación de la capacidad. Hoy, la multidisciplina se encuentra específicamente receptada en el Cód. Civ. y Com. en cuanto establece la necesidad de contar con el dictamen de un equipo interdisciplinario tanto para el dictado de sentencia (art. 37) como para la obligada revisión trienal (art. 40).

No es novedad que tal modificación ha sido un gran acierto, lo cual se verifica en la valoración que la jueza formula respecto del informe incorporado. En efecto, la interdisciplina —requerida hoy de manera legal— ofrece un vasto panorama de la situación de la Sra. A. C. Tan es así que —a partir del informe— la jueza decide extender la tutela judicial a cuestiones que, *ab initio*, no fueron objeto de reclamo en demanda, pero cuya inmediata atención implican otorgar a la Sra. A. C. una solución que contemple el resguardo de derechos que, hasta ese entonces, había visto sistemáticamente vulnerados.

Ello permite concluir que hoy el contenido, el alcance, las conclusiones, las sugerencias y demás elementos que configuran el informe interdisciplinario cobran una virtualidad que se traduce en una importancia mayúscula, toda vez que de la pericia, la sapiencia y la experiencia de los profesionales que conforman los equipos dependerá, en mayor o menor medida, la determinación de la capacidad de aquella persona en cuyo interés se promueve el trámite y el alcance del sistema de apoyos que en su beneficio se establezca.

III.2.c. El establecimiento del sistema de apoyos

La resolución también aporta una visión novedosa en relación con el establecimiento del sistema de apoyos en cuanto, a falta de un grupo familiar continente que asuma la responsabilidad, logra determinar un sistema integrado por personas que conforman el núcleo íntimo de la Sra. A. C., haciendo uso de nuevas formas relacionales hoy reconocidas —miembros de la comunidad ampliada— llamados al desempeño del cargo en virtud de la relación y la cotidianeidad que los une con la Sra. A. C., amén de su responsabilidad como referentes institucionales.

La solución propiciada, que excluye al núcleo familiar primario, revaloriza las relaciones comunitarias, equiparándolas o estableciéndolas en un nivel superior cuando la opción familiar no reconoce un verdadero lazo de afecto o, lo que es peor, reconoce intereses meramente patrimoniales o económicos. Tal hipótesis se configuró en este caso, en el cual la progenitora de la Sra. A. C. —amén de ser una figura ausente durante el transcurso de su vida y no haberla acompañado como referente afectivo primario en la cuestión atinente a su identidad autopercibida— solo da señales de interés en relación con el posible cobro de un beneficio económico.

Lamentablemente, más allá del reconocimiento de derechos y de la imperante regla de la plena capacidad sustentada por los instrumentos convencionales que rigen en la materia y por nuestro ordenamiento interno, muchas veces la realidad es otra; realidad que no debe ser negada a fin de que los operadores judiciales y la comunidad toda podamos poner énfasis en el respeto de los derechos inherentes a la dignidad humana. Aun hoy, es notable cómo a través de la intervención en los distintos expedientes —sobre todo en aquellos en los cuales hay bienes respecto de los cuales se pretende disponer— nos encontramos con situaciones en los cuales aquellas personas que requieren —tanto de su familia como de la comunidad— de un especial apoyo en aras de la posibilidad de ejercer sus derechos *per se*, son reducidos a una sustitución de voluntad; entendiendo tales familiares o efectores que su propia decisión es lo que es conteste con el beneficio del interesado, sin reconocer que muchas veces anteponen su propio interés.

Tales actitudes, mediante las cuales se cristalizan acciones de desapoderamiento de bienes o de reducción a condiciones de habitabilidad infrahumanas, son y deben ser inmediatamente erradicadas por las autoridades judiciales y puestas en inmediato conocimiento del fuero penal, en tanto y en cuanto, implican conductas que tipifican figuras delictivas. De esta forma,

nos aseguramos de que los derechos enunciados en los instrumentos internacionales se vean reconocidos y custodiados con efectividad.

Por ello, la sustracción de la persona de todas las situaciones que puedan vulnerar sus derechos o someterlo a una situación de riesgo que no pueda repeler en virtud de su discapacidad es el norte que el operador judicial debe tener cuando el grupo familiar primario no es continente; de forma tal de proveer a la atención y cuidado necesario que la situación amerita, tal como ha ocurrido en la resolución objeto de comentario. Ello así, en cuanto la Sra. A. C. ha encontrado un ámbito que la ha acogido brindándole los cuidados y atención necesarias de las cuales se ha visto privada a lo largo de su vida por quienes, por ley, estaban obligados a procurárselas.

Tal línea, es la que la jueza ha propiciado previa valoración de las conclusiones contenidas en el informe interdisciplinario —con fundamento en la batería convencional y legal que conforman el derecho aplicable— en virtud de los cuales la sentencia se impregna de una mirada consecuente con el derecho llamado a tutelar, esto es, la dignidad humana en el marco de garantías cuya tutela no admite dilación.

III.2.d. La revisión de la sentencia

El cambio radical del paradigma sobre capacidad y de los modelos de discapacidad implicó modificaciones sustanciales en las normas de fondo y procesales que regían en relación con el trámite de determinación de la capacidad. Tan es así, que en forma previa a la sanción del Cód. Civ. y Com. se habían incorporado por ley reformas en tal sentido que determinaban la revisión de la sentencia de determinación de la capacidad. Hoy, dicha revisión reconoce diversas formas, a saber: a) de oficio; b) a petición de parte interesada, y c) a instancias del Ministerio Público.

Brevemente podemos conceptualizar esta revisión como la necesidad de mantener un contacto directo, personal y permanente con la persona cuya capacidad se ha limitado con el objeto de verificar su situación y si, en definitiva, dicho resolutorio cumple la función para el cual fue dictado. Ello así en cuanto, siendo la regla imperante la capacidad, la resolución que determina su limitación debe ser siempre ajustada a la situación personal del interesado, en aras del cumplimiento de su función y al resguardo de los derechos que le son propios.

Así las cosas, podemos ver el efecto práctico de tal manda analizado de cara al caso concreto. Tal como surge de la resolución objeto de comentario, la enfermedad que padece la Sra. A. C. produce una degradación progresiva de las neuronas, razón por la cual su pronóstico es reservado, sin posibilidades de reversión y con una afectación creciente de funciones vitales. En tal estado, es dable pensar que la resolución dictada puede requerir a futuro una revisión en cuanto a su propio alcance, pudiendo inclusive darse la posibilidad que se deba mutar el sistema tuitivo al establecido en el último párrafo del art. 32 del Cód. Civ. y Com., razón por la cual la mentada revisión aparece como insoslayable.

De igual manera, podría darse un caso inverso en el cual la causa de una limitación de capacidad disminuya o desaparezca, frente a lo cual también aparece absolutamente necesaria la revisión en virtud de la cual se limitó la capacidad del interesado.

A modo de conclusión, debo decir que existe una discusión doctrinaria sobre la base de la necesidad o no de revisión de sentencia en aquellos casos en los cuales la causa aparece irreversible, toda vez que se entiende como un desgaste o dispendio jurisdiccional frente a un diagnóstico fundado en evidencia científica. No acuerdo con esta posición, en tanto la inmediación y el hecho de que —en la actualidad— la evaluación tenga carácter interdisciplinario nos permiten conocer en relación con posibles avances en otros campos que no sean el estrictamente médico; avances que pueden implicar algún tipo de modificación en la sentencia, siendo la revisión el medio para que dichos cambios o avances queden plasmados, a sus efectos.

IV. Igualdad e identidad de género: la intervención jurisdiccional como garante de su efectivo reconocimiento

Del relato que contiene la resolución surge la historia vital de la Sra. A. C. Una historia que, tal como he referido *supra*, aparece atravesada por un contexto de vulnerabilidad múltiple. En efecto, a más de la enfermedad que transita —determinante en relación con la acción

interpuesta—, su vida aparece signada por la exclusión familiar y social en virtud de sus elecciones vitales; lo cual surge de su propio relato y del informe interdisciplinario que informa que C. se viste como mujer, se hace llamar A., pero aún no ha modificado su DNI.

En nuestro país rige desde el mes de mayo de 2012 la Ley de Identidad de Género (ley 26.743), en virtud de la cual se reconoce el derecho fundamental de toda persona a ser tratada conforme a dicha identidad y a ser identificada de tal manera en toda la documentación o instrumentos que acreditan tal identidad. Asimismo, el instrumento normativo otorga fundamental importancia a la vivencia interna de cada ser humano como determinante de la construcción de su propia identidad.

En tal estado, en autos se plantea una plataforma fáctica interesante y merecedora de un análisis medular ya que —en el marco de la demanda de determinación de la capacidad— la jueza toma razón y conocimiento de una cuestión subyacente cuyo tratamiento no puede ser evitado toda vez que hace a la consecución y resguardo de un derecho fundamental reconocido en las distintas esferas normativas: el derecho a la identidad. En relación con este derecho, la Sra. A. C. no tiene ningún tipo de duda, planteo e interrogante pero —por diversas circunstancias ajenas a su voluntad— su identidad no se ve al día de la fecha reflejada en los registros correspondientes ni en su documentación personal.

Así las cosas, el planteo puede dar lugar a múltiples interrogantes, a saber: ¿del relato se debe inferir la voluntad de readecuar su identidad a su identidad autopercibida? ¿Se puede hacer la readecuación en el marco del proceso determinación de capacidad? ¿Cómo se instrumenta si es distinta a la petición original? ¿Hay una autorización judicial para el cambio de nombre y género conforme a la identidad autopercibida de la Sra. A. C.?

Todos estos interrogantes, que afortunadamente surgen cuando una resolución novedosa pone en movimiento nuestra mente, tienen su respuesta en la claridad de la propia resolución y en destacado razonamiento que llevó a la jueza a resolver en tal sentido. Veamos:

Del propio relato y constancias de la causa, surge indubitable que la Sra. A. C. se autopercibe mujer y que, desafortunadamente, al tratar de vivir su vida en aras del reconocimiento tanto familiar como social de dicha identidad autopercibida, solo encontró rechazo y discriminación, tanto en el ámbito familiar como social. Tal realidad se reflejó en una vida signada por la violencia en cuanto ha pasado gran parte de su vida en situación de calle, ha sido víctima de explotación sexual y —en oportunidad de ser ingresada en diferentes dispositivos— no encontró contención necesaria.

Todas estas circunstancias absolutamente desfavorables han sido determinantes a la hora de poder viabilizar la adecuación de su identidad autopercibida en tanto y en cuanto la Sra. A. C. ha pasado la mayor parte de su vida tratando de sobrevivir a un ámbito familiar y social de permanente exclusión. En esto, hemos de ser claros, porque solo la claridad permite saber que, si bien el colectivo LGTBI+ ha avanzado con creces en visibilizar derechos, lo real es que el reconocimiento de tales derechos debería surgir *per se*, en el marco de una sociedad en la cual la empatía respecto de todos los miembros de la sociedad dejasen de lado la exclusión. En este estado cabe preguntarnos: si la situación de la Sra. A. C. hubiera sido otra, si hubiera contado con contención familiar, comunitaria, si no hubiera sido explotada sexualmente o maltratada en los diferentes dispositivos que no reconocían su identidad autopercibida, ¿la situación no hubiera sido otra? Entiendo que sí y que seguramente hubiera podido adecuar registralmente sus instrumentos identificatorios en el marco de la facultad conferida por ley.

Con esto quiero resaltar algo que no es nuevo pero que es real: si bien el ordenamiento jurídico nacional le reconoció a la Sra. A. C. el derecho a su identidad autopercibida, faltó en otras esferas o niveles de actuación la acción necesaria para que pudiera, *per se*, ejercer dicho derecho. Afortunadamente, la jueza advierte tal situación y arbitra los medios necesarios para garantizar la efectiva consumación de ese derecho, facilitando. Opera como un vehículo entre la intención de la Sra. A. C. —plasmada en su escrito inicial y corroborada a través de distintos medios probatorios— y la consumación de tal derecho.

Es necesario destacar que, tal como está plasmado en la resolución, la intervención de la jueza en modo alguno importa otorgar una autorización judicial, toda vez que rige hoy una ley de aplicación específica a la hipótesis concreta y que en ningún momento exige la intervención judicial a tal fin. Hoy, el derecho a la identidad es un derecho de ejercicio personal y la adecuación de los instrumentos identificatorios de una persona un trámite personal que excluye la intervención jurisdiccional. En este caso, se ha limitado a encauzar un anhelo en el camino del reconocimiento y ejercicio de un derecho, operando la jueza como un virtual "sistema de apoyo" de la Sra. A. C., en cuanto de sobrantes elementos de manifestación de voluntad, direcciona la petición conforme a tal concreto deseo, dejando expresa constancia en la resolución que la Sra. A. C. se encuentra en condiciones de solicitar a la autoridad administrativa su decisión en los términos del art. 3º de la ley 26.743, pero disponiendo que tal autoridad establezca los medios necesarios para constituirse en su lugar de residencia y proceder a realizar el trámite respectivo.

V. Conclusión

El comentario de la resolución me ha permitido enfocar la atención en dos cuestiones distintas —determinación de capacidad y derecho a la identidad— pero que han tenido un punto de encuentro en el marco de la historia vital de la Sra. A. C.

Por un lado, tornó posible hacer un análisis del paradigma vigente en materia de capacidad con la aplicación al caso concreto de opciones posibles en cuanto a legitimación activa e implementación de sistemas de apoyos comunitarios. Opino que estas alternativas extrapolan el marco tradicional de las demandas de determinación o limitación de la capacidad que usualmente son iniciadas por miembros de la familia y sobre quienes, en definitiva, recae el cargo de apoyo o curador definitivo. En tal sentido, el caso de la Sra. A. C. resulta interesante porque nos muestra alternativas posibles para hipótesis disruptivas permitiendo de la tal manera llegar a la alentadora conclusión de que —en el actual contexto— hay soluciones posibles para casos distintos.

En otro orden, ahonda en los medios arbitrados a fin de hacer efectiva el derecho a la identidad de la Sra. A. C., derecho cuya real efectivización se verifica a través de la acertada intervención de la magistrada.

A modo de cierre entiendo oportuno reflexionar sobre la situación planteada en orden a verificar que, más allá de contar nuestro país con una ley que es modelo en cuestión de identidad de género —garantizando de manera efectiva el derecho al reconocimiento de la identidad de género y al libre desarrollo de la persona— en ocasiones tal contundente elemento legislativo encuentra escollos en nuestra propia sociedad a fin de poder ser prontamente efectivizado.

Es notable que, encontrándose plenamente vigente una ley que reconoce un derecho, la Sra. A. C. haya necesitado de una intervención judicial en el marco de otra acción, para ver satisfecho su derecho de visibilizar su identidad de género registralmente y, de tal manera, poder cerrar una cuestión personal vital. Recordemos que —sin que importe autorización judicial alguna sobre un derecho que no la requiere— fue necesaria la intervención jurisdiccional en orden a ver consumado un derecho que, *ab initio*, no la requiere.

En tal línea es dable tener presente que la adecuación registral de los instrumentos que acreditan la identidad de la Sra. A. C. llega tarde —en un momento en el cual su vida se encuentra en una etapa final— y que tal circunstancia inevitablemente tiene que importar un llamado de atención a todos los miembros de la sociedad y, especialmente, a aquellos efectores dependientes del estado a cargo de los diversos dispositivos en los cuales se vio incluida la Sra. A. C. que no realizaron medidas de acción positiva para la concreción de dicha readecuación registral. Ello así, porque de nada sirve contar con leyes que garanticen derechos si como sociedad o referentes sociales a cargo de dispositivos cuya misión es velar por el resguardo de personas en situación de vulnerabilidad, no se arbitran certeras e inmediatas medidas para su realización.

SUSPENSIÓN DEL JUICIO A PRUEBA

Imputado adolescente. Monto de la pena. Cumplimiento de las reglas de conductas. Incorporación.

Con nota de Edgardo Enrique Frutos y Elba Érika Delgado Solis

1. — Negar la aplicación del instituto de la suspensión de juicio a prueba a adolescentes, básicamente constituiría una afrenta la igualdad ante la ley, y al deber de adoptar medidas especiales de protección de los NNA **[1]**.

2. — Toda vez que el joven imputado de ser hallado responsable por el delito de tenencia simple de estupefacientes que se le atribuye se encuentra reprimido con una pena de uno a seis años, a la luz de los principios penales juveniles podría ser condenado a la pena equivalente a la del delito tentado, cálculo del pronóstico punitivo de cuatro meses a tres años, se tienen por cumplidos los requisitos de forma, requeridos en la norma penal para tener por admitida la suspensión del juicio a prueba.

3. — De conformidad con la reseña del expediente, los informes interdisciplinarios y el compromiso que ha asumido el imputado, cabe concluir en que la imposición de reglas de conductas que permitan visualizar su conducta esperable con función constructiva en la sociedad está entera y sobradamente cumplida.

JNiñez, Adol. y Familia, Juan José Castelli, 12/03/2021. - C. C. S. s/ juicio.

[Cita on line: AR/JUR/6039/2021]

JURISPRUDENCIA VINCULADA

[1] En "L., L. A.", 18/12/2007, Fallos: 330:5294, AR/JUR/9591/2007 sostuvo que un sistema de justicia de menores, además de reconocer iguales garantías y derechos que a un adulto, debe contemplar otros derechos que hacen a su condición de individuo en desarrollo, lo que establece una situación de igualdad entre las personas, ya que se violaría el principio de equidad, si se colocara en igualdad de condiciones a un adulto, cuya personalidad ya se encuentra madura y asentada, con la de un joven cuya personalidad no se encuentra aún definitivamente consolidada.

Expte. N° 23/20

Juan José Castelli, marzo 12 de 2021.

Resulta: Que, se inician las presentes con las actuaciones remitidas a este Tribunal por la Fiscalía de Investigación Antidrogas N° 1 de Resistencia Chaco.

Que, a fs. 01/148 obra expediente remitido por la Fiscalía Antidrogas N° 1, la que en fojas 145/147 de fecha 25 de noviembre de 2019, obra requerimiento de Elevación a Juicio respecto al joven C. C. S., por infracción a la ley 23.737, en el cual se tuvo por acreditado el siguiente Hecho: "El día 7 de mayo de 2016 a horas 14:20 aproximadamente en circunstancias en que personal de la División Operaciones Drogas Interior Juan José Castelli tomó conocimiento por interpósita persona que dos ciudadanos del pueblo originario, uno vestido con campera azul con negro y gorra roja, y otro con buzo negro y pantalón corto, estaban ofreciendo drogas por cercanías del Hospital Bicentenario de la Ciudad de J. J. Castelli, se procedió a montar operativo cercando la zona logrando identificar al joven C. S. C., quien al notar la presencia policial se da a la fuga a pie, siendo interceptado en cercanías de Av. General Güemes intersección con calle Dr. Esteban Maradona de esa localidad. Solicitándole la exhibición de sus pertenencias, se constata que C. C. tenía en el bolsillo izquierdo de su campera una sustancia vegetal compactada, rectangular, de color verde amarronada con aroma característico a marihuana. Que luego de realizarse la prueba de campo con reactivos químicos apropiados sobre la sustancia se obtuvo como resultado un peso total de doscientos diecinueve (219) gramos con orientación cromática positiva a Cannabis Sativa (Marihuana). Hecho que encuadraría provisoriamente en el delito de Tenencia Simple De Estupefacientes —Art. 14, 1° Párrafo de la Ley N° 23.737—."

Que, a fs. 180 se requirió además que el Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Criminal, se sirva informar si el joven C. C. S. registra antecedentes por ante ese organismo, el cual a fs. 186 obra informe de dicho registro en el cual informan que no surgen antecedentes que comunicar, respecto al joven C.

Que, a fs. 187 obra Auto Interlocutorio N° 83/20, en el cual se señaló audiencia preliminar con las partes a los fines de dar cumplimiento con lo normado por el Art. 30 Inc. I, de la Ley 2951 N, si correspondiere mediante Criterio de Oportunidad (Art. 19 de la Ley 2951 N); Remisión (Art. 38 Ley 2951 N); Mediación Penal Juvenil (Art. 43 de la Ley 2951 N); y del Procedimiento Abreviado (Art. 47 de la Ley 2951 N).

Que, a fs. 203 se deja constancia que encontrándose presente por teleconferencia el Defensor Oficial Dr. Walter Milcoff, el Fiscal de Cámara Dr. Fabricio Calvo y la Sra. Asesora de NNA Subr. Dra. Leda María Rivarola, ante el Juez, no se apertura la audiencia preliminar señalada por incomparencia del imputado C. S. C. no compareció.

Que, a fs. 209 obra acta audiencia oral preliminar que fue realizada por plataforma zoom, con el joven

C. C. S., con la intervención de la Sra. intérprete de la Nación Qom Mariela Carrasco. Que, obra acta audiencia preliminar donde el Sr. Defensor Oficial Penal Dr. Walter Germán Milcoff manifiesta que: "(…) su defensa entiende en este supuesto, atento a la calificación legal del hecho la edad del adolescente asistido, el hecho que no tenga condenas anteriores, entiende que la probation constituye en este sentido una medida racional para evitar descongestionar el servicio de justicia y darle herramientas al joven C. a reencausar su vida y evitar cualquier situación perniciosa o consecuencia que su intervención dentro del sistema penal y evitar cualquier consecuencia que pueda tener como un delincuente ocasional, la idea de éste instituto en esta oportunidad lleva a que mi defendido pueda continuar con su vida y pueda obtener herramientas que le permitan no volver a caer en una situación similar, dicho esto su Señoría, esta defensa entiende que si están dadas las condiciones exigidas por la ley para que se le pueda conceder el beneficio, en este sentido si bien esta defensa prospere una reparación económica la cual se deberán realizar tareas comunitarias que es un requisito de la norma en este caso esta reparación podría ser unas tareas comunitarias y siempre aconsejamos algún curso o charla que estén vinculadas a la problemática del consumo de estupefacientes para transformarlo así a C. en un puente que pueda colaborar con otras personas de la misma edad informando que el sea el transmisor del problema que genera el consumo de estupefacientes si así el lo quiere ser, pero al menos darle esa herramienta que le permita a él cuales son los problemas que acarrea el consumo de estupefacientes". Lo cual el Sr. Fiscal de Cámara Dr. Carlos Fabricio Calvo y Asesora de NNA no presentan objeciones respecto a lo manifestado por el Defensor Oficial.

Que, además tengo presente el análisis de las constancias incorporadas por cuerda en el Expte.164/16 caratulado: "C. C. S. s/ medida tutelar".

Que, a fs. 01/13 obran copias actuaciones policiales. A fs. 14 se recibe el expediente remitido por División Operativo Antidrogas donde resulta involucrado el joven C. C. S. de 17 años de edad, en ese momento y encontrándose presente en carácter de alojado el adolescente junto a su madre N. D. el Sr. Juez resuelve, tomar contacto con el menor y su madre, oficiar al Equipo Interdisciplinario para solicitarle realice un informe integrado, el que deberá contener examen terapéutico familiar, psicológico, psicopedagógico y socioambiental. A fs. 15 obra primer acta de contacto con el joven C. donde hace entrega de fotocopias del certificado de nacimiento y del documento, también manifiesta que está concurriendo a la escuela, y se encuentra cursando el 8vo. año del C. E. P. N° … Por orden de la señora Juez.

Que, a fs. 20 obra Auto Interlocutorio N° 108/2016, donde se dictan medidas tutelares pertinentes, de acuerdo a lo establecido en el Art 59, 60 y 61 y concordantes de la Ley 4369, en el cual se resolvió: "disponer medida de orientación y protección por seis meses al adolescente C. C. S., haciéndole saber que deberá: a) Abstenerse de concurrir a locales de expendio de bebidas alcohólicas y/o donde se encuentren personas en situación de riesgo; b) Abstenerse de usar estupefacientes; c) Presentar ante este Juzgado constancia de alumno regular."

A fs. 26, 77, 79, 86, 88, 90, 96, 98, 120, 127 obran constancias de escolaridad en calidad de alumno regular.

Que, a fs. 36 obra Informe 436/16, de fecha 10/05/2016 elaborado por el Equipo Interdisciplinario, donde surge de las apreciaciones interdisciplinarias consideran que el joven C. se encuentra en una situación de vulnerabilidad dado los grupos de riesgo que frecuenta y la escasa contención familiar.

A fs. 59/64 obra Auto Interlocutorio N° 90/2017 en el cual se resolvió: "I. Decretar Medida Tutelar de Libertad Asistida respecto del joven C., C. S., DNI [...]. a) no concurra a lugares nocturnos y/o donde se encuentren personas en situación de riesgo; b) no consuma ningún tipo de bebidas alcohólicas y/o estupefacientes; c) presentar constancia de alumno regular una vez por mes, debiendo librar oficio al C. E. P. N° … a fin de que le extienda dicha constancia; d) presentarse cada quince días ante éste Tribunal a fin de estampar su firma y ratificar y/o rectificar domicilio. II) Dicha medida es provisoria, la que podrá ser modificada y/o dejada sin efecto, y sujeta a la resolución que adopte la Fiscalía de Investigación Antidroga N° 1 de Resistencia, como así los informes que emitan los integrantes del equipo interdisciplinario (…)."

Que, a fs. 83 obra Informe 599/2017, de fecha 02/10/2017 elaborado por el Equipo Interdisciplinario, donde surge de las apreciaciones interdisciplinarias consideran que el joven C. ha mejorado su comportamiento, continua en situación de vulnerabilidad atento al contexto sociofamiliar en el que se encuentra.

Que, a fs. 34 obra Informe N° 699/2017, de fecha 07/11/2017 elaborado por el Equipo Interdisciplinario, donde surge de las apreciaciones interdisciplinarias se infiere que el adolescente causante estaría cumpliendo con las medidas impuestas por el Juzgado a cargo, según manifestaciones de su progenitora. De continuar así, el pronóstico del mismo sería favorable.

Que, a fs. 100 obra Informe N° 783/2017, de fecha 13/12/2017 elaborado por el Equipo Interdisciplinario, donde surge de las apreciaciones interdisciplinarias que el joven causante se encuentra cumpliendo con las medidas impuestas por el Juzgado a su cargo y que de continuar así el pronóstico sería favorable.

Que, a fs. 108/112 obra Auto Interlocutorio N° 08/2018 donde se prorrogó la libertad asistida decretada a fs. 59/64 y vta., respecto del joven C., C. S., por el plazo de seis meses más.

A fs. 123 obra Informe N° 160/2018, de fecha 15/03/2018 elaborado por el Equipo Interdisciplinario, donde surge de las apreciaciones interdisciplinarias el adolescente estaría cumpliendo con las medidas impuestas por el Juzgado a su cargo, por lo que de continuar así, su desarrollo sería favorable en lo familiar y en su integración social.

Que, a fs. 129 obra Informe N° 286/2018, de fecha 15/05/2018 elaborado por el Equipo Interdisciplinario, donde surge de las apreciaciones interdisciplinarias que el joven se encuentra cumpliendo con las medidas impuestas y el pronóstico es favorable.

Que, a fs. 136 obra Auto Interlocutorio N° 55/2018 donde se resolvió C. La medida de libertad asistida, decretada en los presentes autos respecto a C., C. S., se reservó la presente causa en secretaría hasta tanto la Fiscalía de Investigaciones Antidrogas N° 1, de Resistencia comunique lo resuelto en esa instancia.

Que, a fs. 150 obra Informe elaborado por el Equipo Interdisciplinario, donde surge que el causante reside junto a sus padres y hermanos, en condiciones generales adecuadas de habitabilidad, en una vivienda construida mediante un Plan Social. Con respecto a sus estudios, abandonó en 8vo. año para dedicarse al trabajo como jornalero en el rubro construcción junto a su padre. Que no surgen indicadores que den cuenta de alguna situación de riesgo o vulnerabilidad para el causante.

Considerando:

Que, planteada así la cuestión corresponde avocarme ahora al planteo de la Defensa Técnica y determinar si corresponde aplicar el instituto de la suspensión de juicio a prueba a C., según el abordaje de medidas de competencia penal, y constancias del presente expediente, habiéndose concluido los trámites inherentes a tal procedimiento.

Que, así planteada la cuestión, y teniendo en cuenta que a la fecha de los hechos atribuidos a C. C. S. éste contaba con diecisiete años de edad, conforme surge del certificado de nacimiento glosado a fs. 16 del expediente de medidas de competencia penal —del registro de éste juzgado—, entiendo que procede analizar —liminarmente y en términos generales— la procedencia del Instituto de la Suspensión del Juicio a Prueba en los casos en que el imputado fuere menor de edad para luego dirimir su aplicación en el caso concreto traído a juicio.

Que, tengo presente que el art. 76 Bis del CP Argentino, refiere: "Articulo 76 bis. El imputado de un delito de acción pública reprimido con pena de reclusión o prisión cuyo máximo no exceda de tres años, podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba. (...) Al presentar la solicitud, 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. El Juez decidirá sobre la razonabilidad del ofrecimiento en resolución fundada. La parte damnificada podrá aceptar o no la reparación ofrecida, y en este último caso, si la realización del juicio se suspendiere, tendrá habilitada la acción civil correspondiente. Si las circunstancias del caso permitieran dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable, y hubiese consentimiento del fiscal, el Tribunal podrá suspender la realización del juicio. Si el delito o alguno de los delitos que integran el concurso estuviera reprimido con pena de multa aplicable en forma conjunta o alternativa con la de prisión, será condición, además, que se pague el mínimo de la multa correspondiente. (...)".

Que, en nuestra provincia el diálogo armónico entre el Procedimiento Penal aplicable a Adolescentes, la Ley de Fondo aplicable (Art. 76 Bis Cód. Penal, en relación al Dto. Ley. 22.278), bajo las previsiones de la Convención de Derechos del Niño, considero este instituto legalmente aplicable a los presentes, por las consideraciones que realizare, y el encuadre jurídico citado.

Que, la Convención de Derechos del Niño, expresamente prevé la igualdad ante ley de los Niños, Niñas y Adolescentes, y es sabido que en materia de las infancias, rige el principio por el que este grupo poblacional tiene los derechos reconocidos a los adultos más un plus de derechos propios a las medidas especiales de protección que como sociedad, estado y familia debemos a los niños, niñas y adolescentes (Art. 2 CIDN, y Art. 19 CADH; Corte IDH Condición jurídica de la Infancia Observación General N° 24 Comité De Derechos del Niño).

Que, por cuanto, negar la aplicación del Instituto de la Suspensión de Juicio a Prueba a Adolescentes, básicamente constituiría una afrenta la igualdad ante la ley, y al deber de adoptar medidas especiales de protección de los NNA.

Que, en ese sentido la CSJN sostuvo: "Un sistema de justicia de menores, además de reconocer iguales garantías y derechos que a un adulto, debe contemplar otros derechos que hacen a su condición de individuo en desarrollo, lo que establece una situación de igualdad entre las personas, ya que se violaría el principio de equidad, si se colocara en igualdad de condiciones a un adulto, cuya personalidad ya se encuentra madura y asentada, con la de un joven cuya personalidad no se encuentra aún definitivamente consolidada" (Fallos: 330:5294, considerando 7).

Que, con el mismo horizonte nuestro Cimero Provincial, refirió: "En este sentido, el recurso desatiende la máxima de especialidad, en punto a no asumir que un ordenamiento jurídico constituido por un conjunto de principios característicos del sistema de justicia penal juvenil es lo que debe regir la solución del caso. Así, cuando de medidas o penas privativas de la libertad a niños, niñas y adolescentes se trate, preponderan los principios de última ratio y de máxima brevedad; en miras a su reintegración a la sociedad antes que la mera retribución." A. L. Sentencia 38/20 STJCh.

En la jurisprudencia provincial, el Juzgado de Niñez, Adolescencia y Familia N° 4, tiene dicho que: "Cabe, entonces, señalar que la aplicación de la Suspensión del Juicio a Prueba o "Probation" permite solucionar el conflicto penal con la mínima intervención judicial penal posible, estimular la reflexión del imputado sobre las consecuencias disvaliosas de su conducta, disuadirlo de comportamientos similares en el futuro y ayudarlo a alcanzar su máximo desarrollo integral posible. Es así que, persiguiendo estos fines el instituto en estudio, considero que en el marco de una justicia penal de menores, ya no simplemente represiva-retributiva, sino restaurativa, reeducadora y resocializadora, se debe promover su uso, ya que implica un límite al poder punitivo del Estado, evitando las consecuencias nocivas que en el menor de edad conlleva la aplicación de una pena, fomentando su sentido de la dignidad y el valor, fortaleciendo su respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y promoviendo su reintegración constructiva en la sociedad (art. 40 CDN). "M. J. J. s/ tenencia simple de estupefacientes", Expte. N° 36.466/2018-1.

Que, es así que el Instituto promovido por la Defensa, adherido por el Ministerio Público Fiscal, y la Sra. Asesora de Adolescentes, redunda por los argumentos expuestos en una forma de expresión de políticas públicas para C. que expone una clara compatibilidad con la forma restaurativa, no olvidando el horizonte punitivo tampoco fijado en los célebres Arriola y Bazterrica de la CSJN.

Que, avanzando en el razonamiento, corresponde en este estadio analizar los requisitos de procedencia del instituto, establecidos en la norma de fondo que lo prevé.

Que, por razones de brevedad las consideraciones del Fallo Acosta de la CSJN (Fallos: 331: 858), son aplicables aquí en general sobre el Instituto. Ahora bien, es sabido que el derecho penal de adultos, se encuentra reglado en el Código Penal, y en leyes especiales de fondo. En este caso el Art. 76 Bis, con naturaleza jurídica procesal compleja, se encuentra reglado también en el Código Federal.

Que, sin perjuicio de ello, la norma penal juvenil, basada en el amplio corpus iuris internacional de protección de derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, mira y observa celosamente los institutos normativos del derecho de los adultos, en miras a la determinación de la especial protección (Art. 8 y 19 CADH).

Que, esa mirada especial sobre la dinámica jurídica, que pretende armonizar y proyectar políticas públicas para los NNA que son sujetos de la Justicia Penal Juvenil, desde la especial condición jurídica que revisten, y que fuera antes referida, es conocida como Principio de Especialidad Penal Juvenil.

Que, este principio, valuarte axiológico, de raíz constitucional convencional, nutre y proyecta cualquier decisión jurisdiccional que se deba tomar referida a Adolescentes ante la comisión de delitos.

Que, en el caso que se nos presenta la acusación refiere un delito comprendido entre los que refiere el art. 76 Bis. sin observaciones por el Ministerio Público Fiscal.

Que, dicho todo lo anterior, corresponde ahora examinar en concreto el supuesto de autos. En consecuencia, tengo que el joven C. C. viene requerido a juicio, según pieza acusatoria por el delito de Tenencia Simple de Estupefacientes Art. 14 primer párrafo L.23.737 por un hecho cometido el 07 de mayo de 2016.

Que, el necesario pronóstico punitivo que cabe realizar permite inferir justamente que el joven C. C. de ser hallado responsable por el delito que se le atribuye, se encuentra reprimido con una pena de uno a seis años, a la luz de los principios penales juveniles podría ser condenado a la pena equivalente a la del delito tentado, calculo del pronóstico punitivo de cuatro meses a tres años, todo ello de conformidad con la regla establecida en Aguirre Lázaro del STJCH y de conformidad con la jurisprudencia de esta magistratura ("Suárez").

Que, tengo así por cumplido los requisitos de forma, requeridos en la norma penal para tener por admitido el instituto. Así, en virtud de lo establecido por el art. 76 ter del CP, primer párrafo, relativo a las normas de conducta a imponer al imputado y la similar naturaleza y finalidad de éstas con las que se imparten al adolescente bajo tratamiento proteccional, deviene necesario analizar el Expte. N° 164/16 caratulado: "C. C. S. s/ medida tutelar".

Que, el mencionado expediente se originó en la presunta comisión de un hecho delictivo ocurrido en fecha 07/05/2016, el que a su vez suscitó el expediente de juicio. Así, tengo que el joven de marras recibió tratamiento proteccional desde el día 09/05/2016 hasta el 12/12/2018, fecha en la que cesó la intervención judicial.

Que, de conformidad con la reseña del expediente de medidas de competencia penal señalado, el compromiso que ha asumido C., en virtud de las distintas y variadas medidas dispuestas en dicho expediente, que para resolver tengo a la vista como garantía del debido procesal penal juvenil, no puedo sin más concluir en que la imposición de reglas de conductas que permitan visualizar la conducta esperable de C. con función constructiva en la sociedad (Maldonado, CSJN), está entera y sobradamente cumplida.

Que, esa conclusión se basa especialmente en la evidente evolutiva de los informes del Equipo interdisciplinario, con la sostenida conclusión de pronóstico favorable, su compromiso con el sostenimiento educativo debidamente acreditado con sus constancias de alumno regular, el cumplimiento de las medidas de competencia penal sin registrar antecedentes penales conforme lo acredita el informe pertinente del registro nacional de antecedentes penales, entre otros. Es evidente y de conclusión razonada, que C. ha incorporado, y ha hecho propias normas sociales de convivencia pacífica y constructiva, por lo que imponer normas en esta etapa resulta redundante.

Que, esta situación expone que la naturaleza del instituto de la Suspensión a Prueba, desde la Justicia Penal Juvenil debe configurarse teniendo en cuenta las leyes especiales que rigen el proceso penal juvenil como he sostenido previamente.

Que, entonces no puede sin más reflexión un instituto del Derecho Penal de Adultos, a la realidad de la Justicia Penal Juvenil, puesto que pueden surgir incompatibilidades.

Que, una de ellas se observa en el presente caso: el delito previsto requiere un adelantamiento punitivo de la multa —Art. 76 Bis. CP—.

Que, corresponde a analizar dicha compatibilidad con el Sistema Penal Juvenil; para ello tengo presente que la norma establece: "Si el delito o alguno de los delitos que integran el concurso estuviera reprimido con pena de multa aplicable en forma conjunta o alternativa con la de prisión, será condición, además, que se pague el mínimo de la multa correspondiente."

Que, es la misma norma la que trae la dimensión de la punibilidad, a una etapa donde ella no es discutida aún. Entiendo más allá de posiciones jurisprudenciales que han tachado dicha norma de inconstitucional en la justicia penal de adultos, que bajo la óptica del principio de especialidad merece alguna observación.

Que, como anticipara la misma norma refiere: "[Si el delito] estuviera reprimido con pena de multa (...)", pues bien tengo especialmente presente que la multa como tal es una pena ajena al sistema penal juvenil en principio, conforme el art. 1 Dto. Ley. 22.278 y ref.

Que, sumado a ello, el análisis punitivo luego de Aguirre Lázaro (STJCH), en nuestra provincia no se garantiza por vía analógica directa con las normas del fuero penal de adultos.

Que, para lograr una armonía legislativa, finalmente este intérprete y decisor, deberá estar al consagrado principio de norma especial como derrotante de norma general, por lo que, el sistema punitivo penal juvenil no se rige por proyección de normas de fuero adultos de forma directa, sino por la lente que establece la tentativa, y no cualquier tentativa, sino la punibilidad de la tentativa que permite la exoneración de aplicación de pena, de conformidad con el art. 4 último párrafo.

Que, abonando esta posición de decisión tengo en cuenta que en el precedente Acosta (Fallos: 331: 858) la Corte Suprema de Justicia de la Nación, establece marcadas directrices sobre la interpretación del instituto que aquí se revisa: "Que para determinar la validez de una interpretación, debe tenerse en cuenta que la primera fuente de exégesis de la ley es su letra (Fallos: 304: 1820; 314: 1849), a la que no se le debe dar un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, sino el que las concilie y conduzca una integral armonización de sus preceptos (Fallos: 313: 1149; 327:769). Este propósito no puede ser obviado por los jueces con motivo de las posibles imperfecciones técnicas en la redacción del texto legal, las que deben ser superadas en procura de una aplicación racional (Fallos:306:940; 312: 802), cuidando que la inteligencia que se le asignen o pueda llevar a la pérdida de un derecho (Fallos: 310: 937; 312: 1484).Pero la observancia de estas reglas generales no agota la tarea de interpretación de las normas penales, puesto que el principio de legalidad (art. 18 de la Constitución Nacional) exige priorizar una exégesis restrictiva dentro del límite semántico del texto legal, en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al derecho penal como la ultima ratio del ordenamiento jurídico, y

con el principio pro homine que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal".

Que, en síntesis, la magistratura penal juvenil en garantía de los Derechos de C., y como un derecho especial que existe en la esfera de la administración de justicia penal juvenil debe analizar la necesariedad de aplicación de pena. Y ante ello, entiendo que en base al análisis del expediente de medidas de competencia que deviene absolutamente innecesario aplicar pena, en este estado del proceso y según las constancias que existen en este momento de fallar.

Que, así las cosas, considero que este pronóstico punitivo puede resultar válido para el proceso penal de adultos o no, pero que a la Justicia Penal Juvenil le deviene inaplicable por las razones invocadas. Si la magistratura penal juvenil puede eximir de aplicar penas, con más razón en un terreno de adelantamiento punitivo como propone el Art. 76Bis por lo que debo tener presente que la ley penal juvenil funge como norma especial, por sobre la generalidad del CP. Es por tanto, que considero que en el caso en concreto no existe una incompatibilidad constitucional sino simplemente, un vínculo de género-especie, donde conforme establece la sana crítica debe prevalecer la norma juvenil. Que, concluyo entonces, por al eximición del pago de la multa prevista en dicha norma por primacía del art. 4 Dto. Ley 22.278, en relación con el art. 19 de la CADH, marcado la innecesariedad de aplicar dicha multa, que en esencia es pena.

Que respecto a las normas de conducta a imponer, tengo presente que C. en el inicio de la medida proteccional y su evolución, se puede apreciar que el mencionado se ha esforzado denodadamente para modificar su estilo de vida y mejorar su conducta y poder sostenerlo en el tiempo.De los informes glosados a la causa emerge claramente que desarrolla su vida dentro del ámbito familiar, en la búsqueda de actividades laborales. Asimismo, destaco que el joven no se vio incurso en la comisión de otros hechos delictivos, conforme surge del informe de reincidencia glosado a fs. 180. Mientras estuvo sometido a las medidas de competencia penal, cumplimentó con las medidas socio-educativas que fueron impuestas, concurrió y acreditó su asistencia al sistema educativo (fs. 26, 77, 79, 86, 88, 90, 96, 98, 120, 127). En suma, siendo facultad exclusiva del juez la fijación de las reglas de conductas a las que refiere el art. 76 ter del CP y habiendo estado sometido a medidas de competencia penal cumplidas y probadas en el expediente 164/2016 que tengo a la vista, adelanto desde ya mi opinión de eximirlo de la imposición de las pautas de conducta previstas en la norma supra referenciada, sumado a ello siendo un delito que no ha producido daño, en la extensión de las previsiones de la norma penal, no corresponde requerir reparación alguna tampoco.

Que tengo especialmente en cuenta que C. pertenece a la Nación preexistente Qom, y como tal, ha tenido la garantía sustantiva de intervención por la Sra. Intérprete Judicial Mariela Carrasco.

Que en garantía de las previsiones de las Reglas de Brasilia de acceso a la Justicia de Personas en situación de Vulnerabilidad, el Convenio 169 de la OIT, y en cumplimiento del Principio de Publicidad de los Actos del Estado, es que se expone la presente conclusión en lenguaje sencillo y en idioma de la Nación Qom, el que como Lenguaje Oficial del estado chaqueño compondrá la presente sentencia, en su faz de traducción literal de lo siguiente: "C., he valorado tu enorme esfuerzo por crecer y desde el juzgado te acompañamos para que en esta etapa nueva pueda seguir este camino alejado de lo que no te hace bien. A seguir estudiando y trabajando como venís haciéndolo. Lo que pasó, quedó atrás gracias a tu compromiso, y el de tu familia. No tendrás que pagar ninguna multa, ni tampoco hacer otras tareas para el juzgado, el juicio terminó y fue por tu compromiso. Que sigas bien, Gonzalo."

El que siendo asistido por la funcionaria judicial Mariela Carrasco, se traduce literalmente en cumplimiento de las previsiones legales, como sigue: "C.: ra "ana"añaxataxac huo"o ra "enec qaq nagui" dalaxic so "iquiaxac, "ana"añaxat qome. Qoquelec qome ra "anapaxaguenaxac. So "iapacauec mashe "ashet nagui" sa"amaqchiguiñi ra lta"araic so "ana"añagataxac am siquitac na na"a"q. Gonzalo."

Todo ello, se hace en estricto cumplimiento de la legislación procesal penal (Art. 134 CPP), penal juvenil (Art. 4. Inc. 15 L2951N) y bajo las previsiones de la Convención de Derechos del Niño, y del corpus iuris internacional aplicable a la justicia penal juvenil.

Que, así las cosas, entiendo cumplidos todos los requisitos de admisibilidad del art. 76 bis del CP, incluyendo la vista fiscal favorable y lo manifestado por la Sra. Asesora de Adolescentes interviniente, estimo procedente el Instituto de Suspensión de Juicio a Prueba Penal Juvenil considerando innecesario imponer un plazo de suspensión, teniendo cumplimentadas las reglas de conducta que correspondería fijar; eximiendo asimismo al nombrado del cumplimiento de la prestación de reparación por ausencia de daño, y en consecuencia, declarar extinguida la acción penal y sobreseer total y definitivamente a C. S. C. por aplicación de los arts. 76 bis, 76 ter, cuarto párrafo del CP, en función del art. 377 del Cód. Proc. Penal de la Provincia de Chaco. Sin imposición de costas, teniendo en cuenta la forma en que se resuelve la cuestión; ni regulación de honorarios profesionales en razón de haber intervenido en autos el Sr. Defensor Oficial del fuero especializado.

Por las razones expuestas, jurisprudencia y normas legales citadas: I. Hacer lugar a la suspensión de juicio a prueba solicitada por C. C. S., DNI [...], de nacionalidad Argentino, actualmente de 20 años de edad, de ocupación: estudiante, domiciliado en [...], Barrio [...], de la ciudad de Juan José Castelli, Provincia del Chaco, nacido el día 04 de abril de 1990, por el Sr. Defensor Oficial, de conformidad al art. 76 bis del CP, sin imponer plazo de suspensión al considerar cumplimentadas las reglas de conducta que dispone el art. 76 ter, primer párrafo, del citado cuerpo legal, por los fundamentos expuestos en los considerandos II. Eximir al joven C. C. S, DNI [...], de las condiciones personales previamente referidas del cumplimiento de la reparación ofrecida, por las razones vertidas en los considerandos. III. Declarar extinta la acción penal y sobreseer total y definitivamente a C. C. S. DNI. [...], de las condiciones personales previamente referidas por aplicación de los arts. 76 ter. cuarto párrafo del CP y 377 del CPP, por el delito de Tenencia Simple de Estupefacientes Art. 14 primer párrafo L. 23.737 por un hecho cometido el 07 de mayo de 2016, según el requerimiento de elevación a Juicio contenido en Expte. 16784/2016-1, del registro de la Fiscalía Antidrogas N° 1. IV. Sin regular honorarios ni imponer costas atento los fundamentos vertidos en los considerandos. V. Notificar por cédula al joven C. C. S. y a su defensor técnico; al Sr. Fiscal de Cámara, y a la Sra. Asesora de Adolescentes, remitiéndose los autos a su públicos despachos. VI. Notifíquese, regístrese, protocolícese y oportunamente archívese. — *Gonzalo L. García Veritá.*

Un fallo inclusivo y a medida: sistema penal juvenil y derecho indígena

Edgardo Enrique Frutos (*)

Elba Érika Delgado Solis (**)

Sumario: I. Introducción.— II. Análisis del caso y su decisión. Aplicación del *corpus iuris* del sistema penal juvenil.— III. El lenguaje, la inclusión y el respeto al derecho indígena.— IV. Conclusión.

I. Introducción

Poner en el tapete el análisis de decisiones judiciales inéditas en nuestro país, en las que "el hacer justicia" es, ni más ni menos, que la aplicación de normas constitucionales-convencionales de colectivos distintos e interseccionados, como ser el de las niñeces y pueblos indígenas, conciliables a su vez con los principios *pro-minoris* **(1)** y pro-pueblo indígena, resulta un gran paso en materia de operatividad de derechos. Y cuando esa aplicación efectiva de normativas y principios se hace a partir de una mirada integradora de los derechos consagrados a dos sectores de nuestra comunidad,

(*) Juez de Menores Nº 2 de la 1ª Circ. Capital, Provincia de Corrientes; abogado (UNNE); diplomado en Mediación (UNNE); Secretario coordinador y representante judicial de la Mesa de Enlace Interpoderes (ac. STJ Corrientes, 24/2016); representante en la JUFEJUS para el diseño y el relevamiento de datos estadísticos en materia penal de adolescentes.

(**) Abogada (UNNE); mediadora (Humanita ONG); diplomada en Abogado de Niñas, Niños y Adolescentes (UNCAUS); diplomada en Aspectos Patrimoniales de las Relaciones de Familia y Derecho Sucesorio en el Código Civil y Comercial (UNCAUS); prosecretaria `relatora de la sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la 1ª Circ. de la provincia de Corrientes; coordinadora de los talleres de desarrollo de prácticas "Revisando nuestra gestión. Buscando nuevas prácticas. Hacia la reforma procesal" del Área de Capacitación del Poder Judicial de la Provincia de Corrientes.

(1) Obs. gral. 14/2013, párr. 6º.

expuestos, oprimidos y/o discriminados, situándolos en una posición de vulnerabilidad **(2)**, resulta digno de visibilizar y ejemplificar.

Cuando a esa mirada especializada que merece todo proceso de adolescentes se añade la del colectivo de los pueblos indígenas **(3)**, su acceso a justicia y a la tutela judicial efectiva, con el obligado enfoque restaurativo del derecho penal juvenil, resulta sumamente esperanzador, para quienes trabajamos y luchamos por una justicia de inmediatez, de cercanía al justiciable, inclusiva, territorial, y no punitiva; en definitiva, una justicia en clave de derechos humanos.

II. Análisis del caso y su decisión. Aplicación del *corpus iuris* del sistema penal juvenil

"C. C. S. s/ juicio", expte. 23/20, Juzgado de Niñez, Adolescencia y Familia Nº 1, Castelli, provincia del Chaco, 12/03/2021.

En sentencia del 12 de marzo de 2021, el juez de Niñez, Adolescencia y Familia Nº 1 de la localidad de Castelli, provincia del Chaco, arriba a una decisión que trasciende los principios y los fines del sistema penal juvenil y consagra a partir del texto en lectura fácil el derecho de todo ciudadano de este país a ser informado **(4)** integralmente de toda decisión estatal de manera clara y sencilla, consagrando la garantía plasmada en la Convención sobre los Derecho del Niño (CDN) **(5)** en su art. 40, pto. 2, inc. b), apart. VI, respecto de la asistencia gratuita de un intérprete "si no comprende o no habla el idioma utilizado"; en consonancia, a su vez, con lo estipulado en particular en los arts. 13, 17 respecto del derecho de todo niño a ser informado, a su interés superior, art. 3º y de emplear su propio idioma, art. 30 de la CDN.

Sabemos que las decisiones que se toman en el ámbito judicial trascienden en las vidas de los usuarios del servicio de justicia a quienes van dirigidas, pues no podemos hablar del derecho a la información o del tan clamado derecho del niño a ser oído —o, conforme a la literalidad de la CDN, a ser escuchado **(6)**–, si su receptor no entiende el idioma o no comprende los alcances de lo que se decide.

Las buenas prácticas en la intervención judicial en materia penal juvenil reflejan a su vez que el niño, sujeto de protección especial y merecedor de jueces especializados, conforme a los arts. 5º y 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos **(7)**, se encuentra como protagonista de un proceso penal, es decir, "derecho penal" y en consecuencia la intervención que se le dé tiene que estar enmarcada en todo el amplio cuerpo normativo constitucional y convencional que garantice los derechos tutelados, tanto la que le cabe por la condición del sujeto vulnerable como la que asegure un debido proceso justo.

En este sentido, vale reparar que la decisión judicial del fallo tiene sustento en el amplio

(2) Art. 3º de las Reglas de Brasilia sobre Acceso a Justicia a de las Personas en Condición de Vulnerabilidad. "Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico". Art. 4º. "Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad. La concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico".

(3) Art. 1º de la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas. "Los pueblos indígenas tiene derecho, colectivo o individualmente, al disfrute pleno de todos los derechos humanos y libertades fundamentales...". Art. 2º. "Las personas y los pueblos indígenas son libres e iguales a todas las demás personas y pueblos...".

(4) Art. 42, CN: "...los usuarios de servicios tienen derecho a una información adecuada".

(5) CDN, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 44/25 del 20/11/1989. Entró en vigencia el 02/09/1990. Ratificada en Argentina mediante ley 23.849, sancionada el 27/09/1990 y promulgada el 16/10/1990.

(6) CDN, art. 12.2: "Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial...".

(7) CADH, ley 23.054, sanc. 01/03/1984; promul. 19/03/1984.

cuerpo normativo que conforma el sistema penal juvenil, partiendo de la Convención de los Derechos del Niño como norma de raigambre supranacional, la cual opera junto a los demás tratados de derechos humanos (art. 75, inc. 22, CN) juntamente con instrumentos internaciones como la Declaración Universal de los Derechos del Niño; las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing), Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio), las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad), las observaciones generales del Comité de los Derechos del Niño **(8)**, en especial, la obs. 11/09 en la que regula "la situación de los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención", la obs. 14/13, sobre "el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial", la OG 20/16 "sobre la efectividad del niño durante la adolescencia", y la reciente obs. 24/19, relativa a los derechos del niño en el sistema de justicia juvenil.

Para adentrarnos en el análisis del fallo, vale reparar no solo en su trascendencia al ser la primera sentencia judicial argentina que utiliza idioma aborigen para explicarle al imputado —sujeto menor de edad a la fecha del hecho por el que es sometido a juicio— que la causa penal que lo compele como imputado se cerró libre y definitivamente a su favor, sino también en las implicancias de la intervención judicial en adolescentes en conflicto con la ley penal.

El caso: C. C. S., un joven, es sometido a juicio por un hecho ilícito cometido a sus 17 años de edad, luego de haberse frustrado la audiencia preliminar prevista en la norma procedimental penal juvenil de la provincia del Chaco **(9)** que podía haber habilitado una salida alternativa a una eventual condena por aplicación de un criterio de oportunidad a través de los institutos vigentes (remisión, mediación penal juvenil, o procedimiento abreviado).

En dicha instancia, su defensa solicita se lo beneficie con el instituto de la suspensión de juicio a prueba (art. 76 bis, Cód. Penal), sin objeciones por parte del fiscal y la asesora de Menores, entendiendo el Dr. García Verita, juez de la causa, hacer lugar a la petición de la defensa, valorando el extenso seguimiento al que fuera sometido el entonces adolescente, conforme al Régimen Penal de la Minoridad **(10)**, y sus resultados satisfactorios, de acuerdo con informes interdisciplinarios que constaran en la causa, eximiéndole a la imposición de pautas de conductas y a la reparación económica previstas en la norma. Concluyendo dicho fallo, con los fundamentos de su decisión dirigidos al joven C. C. S. recurriendo a la intérprete que asistiera al joven, para dirigirle un texto en lenguaje sencillo y en idioma de la nación qom de donde es origen, expresándole lo siguiente:

"C., he valorado tu enorme esfuerzo por crecer y desde el juzgado te acompañamos para que en esta etapa nueva pueda seguir este camino alejado de lo que no te hace bien. A seguir estudiando y trabajando como venís haciéndolo. Lo que pasó, quedó atrás gracias a tu compromiso, y el de tu familia. No tendrás que pagar ninguna multa, ni tampoco hacer otras tareas para el juzgado, el juicio terminó y fue por tu compromiso. Que sigas bien, Gonzalo" /

"C.: ra 'ana'añaxataxac huo'o ra 'enec qaq nagui' dalaxic so 'iquiaxac, 'ana'añaxat qome. Qoquelec qome ra 'anapaxaguenaxac. So 'iapacauec mashe 'ashet nagui' sa'amaqchiguiñi ra lta'araic so 'ana'añagataxac am siquitac na na'a'q. Gonzalo".

III. El lenguaje, la inclusión y el respeto al derecho indígena

El lenguaje, como bien sabemos, no es neutral; cómo hablamos y escribimos nos define. Es a través de él que logramos comunicarnos, y será entonces, de acuerdo con cómo lo utilicemos, que los destinatarios del mensaje que queremos dar logren entender lo que estamos diciendo. La importancia del lenguaje se acrecienta aún más, cuando hablamos de decisiones emanadas del órgano judicial, porque entonces él mismo puede erguirse como una gran barrera

(8) "Intérprete autorizado en el plano universal de la Convención de los Derechos del Niño" (Fallos 331:2047).

(9) Ley 2951-N, Régimen Procesal Penal Juvenil, sanc. 3/12/2018; promul. por dec. 3143, 26/12/2018 (BO provincia de Chaco del 11/01/2019).

(10) Ley 22.278, BO del 18/07/1980.

o como una puerta abierta que permita el acceso a justicia de todos, todas y todes.

Lo cierto es, que estamos más acostumbrados a que el Poder Judicial nos presente largas sentencias con mucha terminología jurídica, gerundios, frases en latín, innumerables doctrinas, cuantiosa jurisprudencia, y elucubraciones que muchas veces ni los mismos profesionales del derecho logramos comprender. Becker Howard S. nos dice que "usamos palabras innecesarias porque pensamos (...) que si lo decimos lisa y llanamente sonará como algo que puede decir cualquiera, en vez de sonar como el enunciado profundo que solo un científico social puede hacer" **(11)**. Y así, fuimos construyendo muros entre quienes integramos el Poder Judicial y la ciudadanía toda, nos alejamos de los contextos, y nos olvidamos de que no somos ni más ni menos que servidores públicos, encargados de prestar un servicio tan importante como lo es el servicio de justicia. Prestemos atención a nuestra forma de comunicación, porque si a quienes estudiamos y nos capacitamos en lo jurídico, y hacemos del derecho nuestro quehacer diario, en muchas oportunidades se nos hace difícil —y en otras aburrido o cansador— entender esas resoluciones, mucho menos podemos dar por sentado que sean entendidas o comprendidas por las partes del proceso, ni por la ciudadanía en general; por el solo hecho de que se cumpla con la publicidad de ellas. Pareciera ser, en principio, que, con la aparición de las tecnologías de la información y comunicación, las llamadas TICs en nuestro ámbito, se asegura —supuestamente— el acceso a la información pública, de raigambre constitucional, cumpliendo, gracias a esta evolución de la tecnología, con la publicidad de los actos de gobierno y un verdadero acceso a justicia, transparentándose así la actividad jurisdiccional.

Dicho todo esto, nos preguntamos: ¿este tipo de sentencia que acabamos de definir, más allá de que sean públicas, realmente se constituyen en un verdadero acceso a justicia y dan transparencia a las decisiones emanadas de los jueces y juezas que integran el poder judicial? La respuesta es simple y fácil: no. Es por eso, que cuando aparecen en nuestro universo jurídico decisiones jurisdiccionales como la que nos ocupa en esta publicación, llaman nuestra atención, nos sorprendemos —para bien—, celebramos y empezamos a vislumbrar un camino de cambios hacia verdaderas y buenas prácticas judiciales; pero lo que es mejor, vemos, como el enfoque de derechos humanos que debe primar en toda decisión judicial se traduce en la realidad, reduciendo la brecha que existe entre la sociedad y la impartición de justicia.

Esta decisión jurisdiccional está destinada a un joven qom, que habría cometido el presunto delito de tenencia de estupefacientes cuando aún no había cumplido la mayoría de edad, por lo que su condición de vulnerabilidad se encontraba intersectada, en primer lugar, por ser un niño, de conformidad con lo normado por el art. 1º de la Convención sobre los Derechos del Niño, y además, por pertenecer a una comunidad de pueblos indígenas —la qom—. Contextualizado ello, nos encontramos con un niño presunto autor de un delito penal; que como tal debe ser juzgado, protegido y tratado con el plus que le acarrea esta doble vulnerabilidad, sin dejar de tener presente que es un sujeto de derecho pleno. Esta mirada constitucional-convencional, interseccional y con enfoque de derechos humanos ha sido muy bien utilizada por el funcionario judicial al emitir su decisión, y ha sido además, congruente con el principio propueblos indígenas. Este principio, al decir del Dr. Alejandro E. Barrionuevo, "constituye la piedra angular del razonamiento jurídico y surge como una razonable derivación del principio de interpretación del derecho internacional de los derechos humanos, conocido como *pro homine* o *pro persona*" **(12)**.

Si bien el fallo en sí, no ha utilizado la metodología del lenguaje claro, al que el Dr. Leonardo Altamirano **(13)** define como las: "Iniciativas tendientes a lograr que los textos legales sean

(11) BECKER, Howard S., "Manual de escritura para científicos sociales", Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2011, p. 107.

(12) BARRIONUEVO, Alejandro E., "Reglas de Brasilia y Derecho de los Niños, Niñas y Adolescentes Indígenas", p. 2.

(13) Jefe de la Oficina de Prensa y Proyección Socio Institucional y coordinador del Comité de Lenguaje Claro y Lectura Judicial del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, cit. en el curso de Lenguaje Claro realizado por el Área de Capacitación del Poder Judicial de Corrientes.

más comprensible, en general, para todas las personas sin formación jurídica específica. Se introducen cambios en los documentos originales"; sí advertimos, que se ha redactado bajo la modalidad de lectura fácil, entendiéndose a esta al decir del mismo Dr. Altamirano como: "Adaptaciones de los textos jurídicos a las competencias discursivas específicas de las personas vulnerables. Se preparan versiones especiales teniendo en cuenta a los destinatarios concretos". El párrafo especial dirigido al destinatario de la resolución y su redacción en lenguaje sencillo pone de relieve que es esta la modalidad del lenguaje que ha primado en ella; a lo que debemos sumar la inclusión de un idéntico párrafo escrito en lenguaje qom por medio de intérprete.

"Otra preceptiva indica comunicarse con los niños con lenguaje sencillo; en estos casos, el intérprete es fundamental porque las barreras de comunicación son también culturales, debiendo tenerse presente que los niños de las comunidades suelen tener poco contacto con personas ajenas, por lo cual demanda además, una atención muy paciente y personalizada. Se recomienda el uso de gráfica con figuras humanas que ellos puedan reconocer fácilmente, sobre todo si son de corta edad, buscando modelos con rasgos semejantes a ellos. Finalmente también se propone evitar formalismos innecesarios tales como el uso de togas, distancia física con el tribunal, etc. Si bien en nuestro medio no es tan habitual ese tipo de indumentaria en la actualidad, no escapa esta regla a otros países que aún mantengan esta costumbre" **(14)**.

En este mismo sentido se han dado fallos en los países de nuestra comunidad internacional, entre los que nos permitimos recomendar la lectura de un fallo del Tribunal Constitucional del Perú en la causa EXP 00889-2017-PA/TC "Ancash María Antonia Díaz Cáceres de Tinoco" **(15)**.

Así los párrafos en la decisión jurisdiccional que se han hecho en lectura fácil y en idioma indígena, cumplimentan con los estándares dados por las 100 Reglas de Brasilia (edición 2018) de Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad, que han sido aprobadas primigeniamente por la Asamblea Plenaria de la XIV Edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, que tuvo lugar en Brasilia, República Federativa de Brasil durante los días 4 a 6 de marzo de 2008. En nuestro país, se adhirieron a ella, todos los Superiores Tribunales de Justicia o Cortes Supremas de Provincia y la Corte Suprema de Justicia de la Nación por acord. 5 del 24 de febrero de 2009. En Corrientes, provincia de la cual somos originarios, el Superior Tribunal de Justicia mediante el acuerdo 34/10, punto 18 del 21 de octubre de 2010, resolvió adherir a ellas y disponer que deberán ser seguidas como guía en los asuntos que así lo requieran. El Poder Judicial de la provincia del Chaco, adhirió a ellas en fecha 30 de abril de 2009.

Estas Reglas son un instrumento que forma parte del derecho blando (*soft law*), y no conforman el derecho duro (*hard law*), y establecen pautas básicas que los Poderes Judiciales Iberoamericanos deben cumplir para garantizar el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Si bien, no tienen el carácter de norma jurídica, ni son vinculantes, las Reglas adquieren un especial valor para los procesos de reforma de la justicia y para la actividad judicial respecto de todos sus actores, al ser aprobadas por los representantes de las principales instituciones del sistema judicial. Se manifiesta claramente que en la manda judicial se da cabal cumplimiento a lo dispuesto en las reglas 58 **(16)**, 59 **(17)**, y 60 **(18)**. Vislumbramos también que, desde la ética del juez, en su decisión se enmarca en lo normado por el art. 27 del Código Iberoamericano de Ética Judicial, que dispone: "Las motivaciones deben estar expre-

(14) BARRIONUEVO, Alejandro E., ob. cit., p. 9.

(15) *https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2018/00889-2017-AA.pdf*, consultado el 16/08/2021.

(16) 58. Reglas de Brasilia. "Toda persona en condición de vulnerabilidad tiene el derecho a entender y ser entendida".

(17) 59. Reglas de Brasilia "En las notificaciones y requerimientos, se usarán términos y estructuras gramaticales simples y comprensibles, que respondan a las necesidades particulares de las personas en condición de vulnerabilidad".

(18) 60. Reglas de Brasilia. "En las resoluciones judiciales se emplearán términos y construcciones sintácticas sencillas, sin perjuicio de su rigor técnico. Deberá respetarse el uso de lenguaje inclusivo".

sadas con un estilo claro y preciso, sin recurrir a tecnicismos innecesarios y con la concisión que sea compatible con la completa compresión de las razones expuestas".

A través de estas mismas reglas la decisión del magistrado pone en preeminencia el derecho indígena, haciendo que el sistema de justicia permita el acceso a justicia, en la lengua propia de la comunidad a la que pertenece el joven imputado —la qom—, con la calidad, la especialización y la protección de derechos que le corresponde como persona —sujeto de derecho—, especialmente conforme a lo dispuesto en el cap. II de aquellas.

Toda esa actividad jurisdiccional desplegada encuentra congruencia con la Regla 9 sobre pertenencia a "comunidades indígenas", pudiendo los integrantes de esta encontrarse en condición de vulnerabilidad cuando ejercitan sus derechos ante el Poder Judicial. Es así que, ante esta vulnerabilidad, el Dr. García Veritá promovió las condiciones destinadas a posibilitar que el destinatario de la decisión pueda ejercer con plenitud sus derechos ante el sistema de justicia, libre de discriminación que pueda provenir de su origen identidad indígena; dándole un trato respetuoso con su dignidad, lengua y tradiciones culturales, conforme a lo normado por el art. 79 **(19)** de dichas reglas.

Ahora bien, entendemos que, en este caso, pudo llevarse adelante un plus para la operatividad del tan importante acceso a justicia y, en definitiva, por la tutela judicial efectiva del justiciable. Consideramos que, ante tan buenas prácticas efectuadas por el magistrado interviniente, hacer primar la inmediatez en la notificación del fallo hubiera sido de una buena práctica de estos principios-derechos y la finalidad educativa que demanda la intervención judicial, activando el rol pedagógico de la jurisdicción, muchas veces dejado de lado, pero que en materia penal juvenil resultan fundamentales con base en los principios y los fines que lo delinean.

(19) 79. Reglas de Brasilia. "En la celebración de los actos judiciales se respetará la dignidad, las costumbres y las tradiciones culturales de las personas integrantes de comunidades indígenas, conforme a la legislación interna de cada país".

IV. Conclusión

La intervención de operadores especializados a través de instituciones y herramientas jurídicas específicas, habilitan como en el fallo en análisis, a conjugar armoniosamente los fines del sistema penal juvenil con mirada convencional, con los de tutela judicial efectiva, garantizando la inclusión de los derechos indígenas a través del uso de texto en lenguaje fácil.

Partimos de que el proceso penal juvenil forma parte del conglomerado de protección especial que merece todo niño **(20)**, "sin distinción alguna" **(21)**, correspondiendo en consecuencia asegurar a toda persona menor de dieciocho años a la fecha del hecho ilícito que se le alegue, acuse o declare culpable **(22)**, los derechos y garantías de todo sistema de justicia juvenil, enaltecidos por su condición de sujeto vulnerable **(23)** y merecedor de protección especial **(24)**, reconociéndose, en palabras de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) su derecho a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor.

Es a partir de esta premisa que se conjugan los fines socioeducativos, de reinserción, preventivo especial positivos del sistema penal juvenil, con los de dignidad e inclusión de los derechos indígenas, enalteciendo a partir de una intervención efectiva, el derecho a entender su posición dentro de un proceso y los alcances de una decisión judicial.

(20) Ser humano menor de 18 años de edad, conforme a la definición que da la Convención sobre los Derechos del Niño en su art. 1º.

(21) Art. 1º, CDN.

(22) Art. 40, CDN.

(23) Reglas de Brasilia, secc. 2ª, "Beneficiarios de las reglas".

(24) El art. 19 de la CADH establece que "Todo 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".

LENGUAJE ANDROCÉNTRICO EN ESCRITOS JUDICIALES

Alimentos a favor de los hijos. Contestación de demanda con discurso ofensivo y humillante hacia la mujer. Cultura patriarcal. Orden dada al demandado de respetar la dignidad de la actora en futuras presentaciones y a su abogado de realizar capacitaciones en cuestiones de género.

Con nota de María Eugenia Pérez Hortal y Verónica Carolina Velasco

1. — La concepción de la mujer que presenta el demandado en su escrito de contestación de demanda, propia de una cultura patriarcal, no puede ser tolerada, porque toda mujer tiene derecho a que se respete la dignidad inherente a su persona; máxime cuando la actora es la madre de sus hijas, también mujeres y comprendidas dentro de aquel grupo al que se ha referido en aquellos términos. Por todo lo expuesto, se encomienda a aquel que, en las futuras presentaciones a efectuar en los estrados del tribunal y en su relación con la actora respete la dignidad inherente a su persona, despojada de patrones estereotipados en la distribución de sus roles en el cuidado personal de sus hijas.

2. — No puede soslayarse que, para la presentación de sus pretensiones, las partes cuentan con asistencia letrada y, por lo tanto, las defensas y argumentos deben ser plasmados en un todo de acuerdo con la legislación y principios vigentes. Por tal motivo, corresponde ordenar al letrado del demandado a que realice una adecuada capacitación en cuestiones de género, a fin de que modifique los patrones socioculturales de conducta para alcanzar la eliminación de los perjuicios y prácticas que se encuentran basados en la inferioridad o superioridad de cualquier de los sexos o en las formas estereotipadas de hombres y mujeres (art. 5°, inc. 9°, CEDAW), todo ello bajo apercibimiento de remitir los antecedentes al Tribunal de Disciplina del Colegio de Abogados.

3. — Previo a ingresar al tratamiento de la fijación de la cuota alimentaria peticionada por la actora, corresponde detenerse en ciertos argumentos vertidos por el demandado en su escrito de contestación de la demanda. Dichos argumentos no conforman parte de una estrategia defensiva. Por el contrario, reflejan un discurso ofensivo y humillante hacia la mujer, que patentiza las normas patriarcales que han regido las relaciones humanas de modo desigual, y que ha perjudicado, no solo, a la mujer, sino también, a los varones.

4. — La forma en la que el demandado en un proceso de alimentos pretende justificar la improcedencia del reclamo alimentario impetrado por la actora a favor de sus hijas permite encuadrar el presente como un caso sospechoso de género. Un caso es sospechoso de género cuando la posición asumida por cada una de las partes, en el marco de una situación conflictual entre un varón y una mujer, responda a una distribución de roles basados en estereotipos de índole patriarcal.

5. — Las manifestaciones formuladas por el demandado en su escrito de contestación de demanda reflejan un evidente menosprecio para quien fue su esposa y compañera en un proyecto de vida en común y es la madre de sus hijas. Ello no es más que una visión androcéntrica, que resulta intolerable en los tiempos que corren, de absoluta igualdad entre los varones y las mujeres.

6. — La conducta del demandado en su escrito de contestación de demanda representa un supuesto de violencia simbólica, consagrado en el art. 5, inc. 5, Ley 26.485. En este contexto, la perspectiva de género cobra particular relevancia en el tratamiento de la presente causa; lo contrario implicaría cohonestar una discriminación en contra de la mujer, dentro de las relaciones familiares.

7. — Las palabras empleadas por el demandado al referirse al reclamo impetrado por la progenitora a favor de sus hijas como destinado a atender aspectos personales de su vida privada representan una mirada estereotipada en la distribución de roles del varón y de la mujer, que desconoce el verdadero alcance de los cuidados personales de los hijos.

8. — Considerar que la progenitora efectúa un reclamo alimentario a favor de sus hijas, encubriendo la pretensión de atender sus propios gastos personales, implica desconocer el valor de las tareas cotidianas que realiza aquella, quien ha asumido el cuidado personal de sus hijas, no solo en beneficio de ellas, sino también del demandado. Esto último puesto que, el tiempo que la actora dedica a la realización de aquellas tareas cotidianas, aquel puede emplearlo libremente para atender a sus necesidades personales.

9. — Los nuevos estándares normativos y el abordaje con una perspectiva de género obligan a las entidades estatales, entre ellas el Poder Judicial, a garantizar una protección eficaz y a eliminar la discriminación y la violencia hacia la mujer en todas sus manifestaciones. Para lograr tal cometido, resulta indispensable actuar con la debida diligencia, a fin de identificar y evitar la incidencia de estereotipos de género que posibiliten tolerar, ocultar y perpetuar la discriminación y violencia contra las mujeres.

10. — El accionar de los órganos jurisdiccionales debe estar orientado a detectar, en los casos sometidos a juzgamiento, las desigualdades generadas por esos patrones socioculturales y de esa manera remediarlas.

JCiv., Com., Conc. y Familia 1a Nom., Río Tercero, 17/03/2021. - A. M. G. c. A. N. G. s/ alimentos.

[Cita on line: AR/JUR/5240/2021]

1ª Instancia.- Río Tercero, marzo 17 de 2021.

Resulta:

Que el 27 de julio de 2018 (fs. 1/4), la Sra. M. G. A., DNI ..., promovió una demanda en contra del Sr. N. G. A., DNI ..., persiguiendo la fijación de una cuota alimentaria, a favor de sus hijas B. A., DNI ..., y M. A., DNI ..., en el 35% de los ingresos del demandado, con más una cuota adicional en el mes de febrero de cada año del 50% de la cuota ordinaria para atender a los gastos de iniciación del período escolar, y el 50% de los gastos extraordinarios. Expone que, en este mismo juzgado y secretaría se tramitó el divorcio entre la compareciente y el demandado. Añade que, en dichas actuaciones se homologó un acuerdo que ambos formularon, pero que, aquél no incluyó lo relativo a la cuota alimentaria. Pone de resalto que, ella pretende el 35% de los ingresos del alimentante, mientras que, él ofrece abonar el 20% de sus ingresos. Frente a esta falta de acuerdo, alega que, inicia las presentes actuaciones, solicitando la fijación de la cuota alimentaria en el monto antes indicado, de modo retroactivo al día de haberla solicitado en el trámite del divorcio, es decir, el 23/05/2016. Denuncia que el demandado se desempeña laboralmente como dependiente del Banco de la Provincia de Córdoba. Reconoce que, el demandado abonado la suma de $6.000 para ambas niñas, con más la cuota por el viaje de estudio de B. ($400), y de manera esporádica la cuota mensual de patín de M. ($400). Señala que, ello resulta insuficiente para cubrir las necesidades de sus hijas. Considera que, el porcentaje pretendido del haber del demandado procurar conjurar todos los intereses de los involucrados. Destaca que, el demandado siempre fue el sostén del grupo familiar. Enumera las actividades que desempeñan sus hijas. Así, explica que, ambas son alumnas regulares del Instituto S. J. D., de la localidad de S. R. de C. De este modo, alega que, tienen gastos de cuota por la suma de $1.500, por cada una; matrícula anual $4.000, cada una; materiales didácticos que organiza la institución $1.500; uniforme para concurrir a clases y a educación física; realización de viajes educativos; colación; entre otras. Además, dice que, M. practica patín, mientras que B. hace natación. Finalmente, pone de resalto que, B. está recibiendo atención psicológica en la ciudad de V. G. B., con un costo de $800 por sesión. Efectúa un detalle de los gastos que demanda el sostén diario de sus hijas. Añade que, los gastos a los que hace referencia son los mismos que tenían cuando el matrimonio estaba junto. Por todo lo expuesto, reitera la fijación de una cuota alimentaria en el 35% de los ingresos que por todo concepto percibe el demandado, a favor de sus hijas. Ofrece prueba documental, informativa, encuesta socio ambiental, pericial psicológica y testimonial. Luego, el 22 de agosto de 2018 (fs. 6), la actora especificó que, demanda una cuota alimentaria mensual, a favor de sus hijas B. y M., en la suma equivalente al 35% de los ingresos que por todo concepto perciba el Sr. N. G. A., como empleado del Banco de la Provincia de Córdoba, con un piso de pesos dieciocho mil ($18.000) mensuales, a aquella fecha. Asimismo, amplia la prueba informativa ofrecida. Seguidamente, el 28 de agosto de 2018 (fs. 7), el tribunal admitió la demanda y le imprimió el trámite de juicio abreviado. Corrido el traslado de la demanda, el 17 de octubre de 2018 (fs. 65/72), el Sr. N. G. A., solicitando su rechazo, con costas. Expone que, siempre ha cumplido con el pago de la cuota alimentaria a favor de sus hijas. Por esta razón, rechaza la petición que aquella se fije de manera retroactiva al día 23/06/2016. Hace presente que, además de la suma de dinero que deposita en la caja de ahorro de la progenitora, en concepto de alimentos, abona la cuota del crédito hipotecario correspondiente a la casa que fue sede del hogar conyugal y en la que vive la actora. Añade que, el cuidado personal de sus hijas es compartido y amplio, por lo tanto, alega que, sus hijas permanecen bajo su cuidado las mismas horas que las que están con su madre. De este modo, considera que los alimentos que requieren sus hijas deben ser compartido por ambos progenitores. Al respecto, recuerda que la obligación de alimentos recae en cabeza de ambos progenitores, siendo un 50% sobre cada uno. Así, sostiene que, la progenitora deberá acreditar la necesidad de que se fije una cuota alimentaria en el porcentaje requerido, y que ella desembolsa una suma igual para sus hijas. Hace presente que, la actora posee trabajo como docente; habita junto con sus hijas en la vivienda que fue sede del hogar conyugal; y que no paga alquiler. Por el contrario, destaca que, él debe alquilar una vivienda y, además, carga con el pago íntegro de la cuota hipotecaria de la

vivienda referida. Además, dice que, paga el viaje de estudio de B.; patín de M.; la atención psicológica de su hija B.; la obra social; y muchas cosas más, como ropa, recreación, etc.

Considera que, la fijación de una suma del 35% de sus haberes resulta confiscatoria, irracional e ilógica, porque —destaca— además de alimentar a sus hijas debe sobrevivir él. Reitera que, rechaza la fijación de dicho porcentual de modo retroactivo a la fecha de inicio del juicio de divorcio, puesto que, señala, en aquella oportunidad, no existió acuerdo. Por el contrario, peticiona que, en todo caso, sea fijada al inicio del presente incidente. Considera que, la cuota alimentaria a fijarse debe ser acorde a las necesidades de sus hijas. Enumera los gastos que le demanda su vida cotidiana, como habitación, esparcimiento, servicios, impuestos, entre otros. Solicita que, al momento de fijar la prestación alimentaria se tomen en cuenta y deduzcan de aquella todos los gastos y pagos que efectúa a favor de sus hijas, como la cuota del pago del crédito hipotecario, la obra social, celular, etc. Ofrece abonarle a la actora la suma de $7.000 mensuales, con una actualización del 12% semestral, con más la cuota escolar de sus hijas y la obra social, y cualquier otro gasto extraordinario que surja. Finalmente, señala que, tiene otra hija de 19 años de edad, que vive con él. Acompaña constancias de pago de servicios (fs. 12/13, 24/29, 39/44); movimientos de cuenta (fs. 14/23); título del automotor (fs. 30/31); constancia de "Mis Impuestos" y de pago de impuestos (fs. 32/38); constancia de obra social y personas a cargo (fs. 45/52); informe de estimación del valor de mercado del inmueble que fue sede del hogar conyugal (fs. 53/55); constancia de pagos del viaje de estudio (fs. 56/57); factura de pago de matrícula escolar (fs. 58); constancia de pago de seguro del automotor (fs. 59); y recibos de pago de canon locativo y contrato de locación (fs. 60/654). Ofrece prueba documental, testimonial e informativa. El 21 de diciembre de 2018 (fs. 89), el Sr. Asesor letrado, Dr. Alfredo J. Brouwer de Koning asumió intervención, como representante complementario de las niñas. El 11 de febrero de 2019 (fs. 91), se remitieron las actuaciones al Centro Judicial de Mediación de la sede; proceso que concluyó por la incomparecencia de la actora. El 31 de mayo de 2019 (fs. 105), se proveyó a la prueba oportunamente ofrecida por los interesados. Diligenciada la prueba instada por las partes, se corrió vista de todo lo actuado al Sr. Asesor letrado interviniente. En dicha ocasión consideró procedente la fijación de alimentos a favor de B. A. y M. A. en un monto que deberá ser suficiente parar cubrir las necesidades de ellas, vinculadas a la salud, alimentación, vestimenta, vivienda digna, esparcimiento, etc. Asimismo, destacó que, los rubros a cargo de los progenitores se deberán distribuir de manera que sus hijas sigan gozando del nivel de vida que tenían antes del divorcio de los padres. El 4 de febrero de 2021, se insertó el decreto de autos; firme y consentido dicho proveído quedó la presente causa en estado de dictar resolución.

Considerando: I. Planteo de la cuestión. La Sra. M. G. A., DNI ..., articuló una demanda en contra del Sr. N. G. A., DNI ..., por la que persigue la fijación de una cuota alimentaria a favor sus hijas, B. A., DNI ..., y M. A., DNI ..., en la suma equivalente al 35% de los ingresos que percibe el demandado como dependiente del Banco de la Provincia de Córdoba; con más una cuota adicional en el mes de febrero de cada año del 50% de la cuota ordinaria para atender a los gastos de iniciación del período escolar; y el 50% de los gastos extraordinarios. Corrido el traslado de la demanda, el Sr. N. G. A. rechazó el monto pretendido por la actora por juzgarlo excesivo. Por el contrario, ofrece abonar la suma de pesos siete mil ($7.000) mensuales; con una actualización del 12% semestral; la cuota escolar de sus hijas; y cualquier otro gasto extraordinario que surja. Finalmente, el Sr. Asesor letrado estimó procedente la pretensión de la parte actora. Al respecto, estima que, se deberá fijar una cuota en un monto que sea suficiente para cubrir las necesidades de B. y M., y que los progenitores deberán distribuirse los rubros de tal forma que ellas sigan gozando del nivel de vida que tenían antes del divorcio de ambos. Todo en virtud a los argumentos expuestos en la relación de los hechos de la causa, a los que me remito en honor a la brevedad. En estos términos quedó trabada la litis.

II. Legitimación activa y pasiva. En cuanto a los documentos habilitantes de la pretensión, a fs. 1/2 de los autos principales caratulados A., M. G. c. A., N. G. - Divorcio (Expte. ...) —que en este acto tengo a mi vista— obran glosadas las partidas de nacimientos. De ellas urge que, la Sra. M. G. A. y el Sr. N. G. A. son los progenitores de la adolescente B. A. y de la niña M. A. De esta manera, se encuentra acreditada la legitimación activa de la Sra. A., y la legitimación pasiva del Sr. A.

III. Defensa del demandado. Utilización de lenguaje androcéntrico. Aplicación de la perspectiva de género. Previo a ingresar al tratamiento de la fijación de la mesada alimentaria peticionada por la Sra. A., corresponde que me detenga en ciertos argumentos vertidos por el demandado, Sr. A., en su escrito de contestación de la demanda. Dichos argumentos no conforman parte de una estrategia defensiva. Por el contrario, reflejan un discurso ofensivo y humillante hacia la mujer, que patentiza las normas patriarcales que han regido las relaciones humanas de modo desigual, y que ha perjudicado, no sólo, a la mujer, sino también, a los varones. Los nuevos estándares normativos y el abordaje con una perspectiva de género, obligan a las entidades estatales, entre ellas el Poder Judicial, a garantizar una protección eficaz y a eliminar la discriminación y la violencia hacia la mujer en

todas sus manifestaciones. Para lograr tal cometido, resulta indispensable actuar con la debida diligencia, a fin de identificar y evitar la incidencia de estereotipos de género que posibiliten tolerar, ocultar y perpetuar la discriminación y violencia contra las mujeres. Dentro de este contexto, el accionar de los órganos jurisdicciones debe estar orientado a detectar, en los casos sometidos a juzgamiento, las desigualdades generadas por esos patrones socioculturales y de esa manera remediarlas. Por ello no puede dejar de remarcarse los siguientes párrafos del escrito de contestación de demanda (fs. 67 vta.768). En aquella oportunidad, el Sr. A. expuso: Que véase tan solo la improcedencia del reclamo que la actora me reclama gastos de combustible, de seguro, neumáticos, del vehículo que la misma utiliza para salir de juerga con sus amigas/os, ello deviene en improcedente por irracional y arbitrario [...] Que respecto de los gastos que reclama como "gastos sociales", se desconoce y desentiende esta parte a qué tipo de gastos refiere por cuanto nada se ha acreditado ni probado respecto de que serían gastos sociales, entendiendo esta parte que por gastos sociales se refiere a las salidas de la misma actora, y que sería la misma actora quién pretende que el compareciente le pague sus salidas [...] Lo real y cierto es que la actora está reclamando dinero en la presente causa ya que la misma pese a no pagar alquiler y vivir en la vivienda que fuera sede del hogar conyugal, vive de fiestas con amigas/os en dicha vivienda y otras, es asidua concurrente a boliches, fiestas, etc. Y debido a ello es que necesita dinero para poder cubrir sus gastos y salidas más no los de mis hijas, los que están debidamente cubiertos gracias al compareciente. La forma en la que el Sr. A. pretende justificar la improcedencia del reclamo alimentario impetrado por la Sra. A. a favor de sus hijas permite encuadrar el presente como un caso sospechoso de género. Un caso es sospechoso de género cuando la posición asumida por cada una de las partes, en el marco de una situación conflictual entre un varón y una mujer, responda a una distribución de roles basados en estereotipos de índole patriarcal. De esta manera, las manifestaciones formuladas por el demandado en su escrito de contestación de demanda reflejan un evidente menosprecio para quien fue su esposa y compañera en un proyecto de vida en común y es la madre de sus hijas. Ello no es más que una visión androcéntrica, que resulta intolerable en los tiempos que corren, de absoluta igualdad entre los varones y las mujeres. Incluso, la conducta del demandado, reflejada en los términos transcriptos, representa un supuesto de violencia simbólica, consagrado en el art. 5, inc. 5, ley 26.485 de "Protección Integral a las Mujeres", en tanto dispone que: Quedan especialmente comprendidos en la definición del artículo precedente, los siguientes tipos de violencia contra la mujer: [...] Simbólica: La que a través de patrones estereotipados, mensajes, valores, íconos o signos transmita y reproduzca dominación, desigualdad y discriminación en las relaciones sociales, naturalizando la subordinación de la mujer en la sociedad. En este contexto, la perspectiva de género cobra particular relevancia en el tratamiento de la presente causa; lo contrario implicaría cohonestar una discriminación en contra de la mujer, dentro de las relaciones familiares. Al respecto, los arts. 1, 2, 3, 4 y 5 de la Convención Sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) condenan los actos de discriminación hacia la mujer por su condición de tal y en contraposición con el varón. Asimismo, imponen al Estado conductas concretas a los fines de modificar patrones socioculturales basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos y en funciones estereotipadas de varones y mujeres. Parámetros similares surgen de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención Do Belem do Pará). Esta Convención consagra el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado. Este derecho incluye, entre otros: el derecho de las mujeres a ser libres de toda forma de discriminación; y el derecho de las mujeres a ser valoradas y educadas libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación. Bajo estas premisas, las palabras empleadas por el Sr. A., al referirse al reclamo impetrado por la progenitora a favor de sus hijas como destinado a atender aspectos personales de su vida privada, representan una mirada estereotipada en la distribución de roles del varón y de la mujer, que desconoce el verdadero alcance de los cuidados personales de los hijos. En efecto, considerar que la progenitora efectúa un reclamo alimentario a favor de sus hijas, encubriendo la pretensión de atender sus propios gastos personales, implica desconocer el valor de las tareas cotidianas que realiza la Sra. A., quien ha asumido el cuidado personal de sus hijas, no sólo en beneficio de ellas, sino también del Sr. A. Esto último puesto que, el tiempo que la Sra. A. dedica a la realización de aquellas tareas cotidiana él puede emplearlo libremente para atender a sus necesidades personales. Esta concepción de la mujer, propia de una cultura patriarcal, —se insiste— no puede ser tolerada, porque toda mujer tiene derecho a que se respete la dignidad inherente a su persona; máxime cuando la Sra. A. es la madre de sus hijas, también mujeres y comprendidas dentro de aquel grupo al que se ha referido en aquellos términos. Por todo lo expuesto, se encomienda al Sr. N. G. A. que, en las futuras presentaciones a efectuar en los estrados del tribunal y en su relación con la Sra. M. G. A., respete la dignidad inherente a su persona, despojada de patrones estereotipados en la distribución de sus roles en el cuidado personal de sus hijas. Tampoco, puede soslayarse que, para la presentación de sus pretensiones, las partes cuentan con asistencia letrada y, por lo tan-

to, las defensas y argumentos deben ser plasmados en un todo de acuerdo con la legislación y principios vigentes. Por tal motivo, entiendo corresponde ordenar al letrado, Dr. I. G. C., a que realice una adecuada capacitación en cuestiones de género, a los fines de que internalice los principios antes mencionados y modifique los patrones socioculturales de conducta para alcanzar la eliminación de los perjuicios y prácticas que se encuentran basados en la inferioridad o superioridad de cualquier de los sexos o en las formas estereotipadas de hombres y mujeres (art. 5, inc. 9, CEDAW), todo ello bajo apercibimiento de remitir los antecedentes al Tribunal de Disciplina del Colegio de Abogados.

IV. Pretensión alimentaria. Efectuadas las encomendaciones precedentes, corresponde ingresar al tratamiento de la pretensión alimentaria.

(i) Aclaraciones preliminares. Del acuerdo formulado por las partes en el expediente principal, y homologado mediante sentencia N° 84, de fecha 25/09/2017 (fs. 204/206 del divorcio), surge que, los progenitores ha acordado la atribución del cuidado personal de sus hijas, B. y M. bajo la modalidad compartida indistinta. Esta circunstancia no impide la fijación de una cuota alimentaria a cargo del progenitor no conviviente. Esto es así porque, el progenitor que pasa el mayor período de tiempo con el hijo afrontará un superlativo mayor cúmulo de tareas cotidianas, que como se verá más adelante, tienen un valor económico y constituyen un aporte a la manutención (art. 650 del Cód. Civ. y Com. de la Nación —Cód. Civ. y Com. de la Nación—). En cambio, el otro progenitor que se halla menos tiempo con el hijo tiene un menor peso en las labores que se realizan en beneficio del niño. Esta circunstancia lo coloca en una imposibilidad fáctica de equiparar en especie al otro padre que tiene el mayor peso en lo relativo a los trabajos que demanda el cuidado del hijo común. Sentado lo que antecede, corresponde ingresar a la valoración de la pretensión alimentaria deducida por la progenitora de la adolescente y de la niña, respectivamente.

(ii) Pretensión alimentaria en contra del progenitor, Sr. N. G. A. Tal como ha quedado planteada la cuestión a resolver, cabe recordar que, la carga alimentaria es una consecuencia derivada de la responsabilidad parental (art. 658, Cód. Civ. y Com. de la Nación). Esto significa que, en virtud del ejercicio de una paternidad responsable, los progenitores deberán arbitrar los recursos económicos, para que los hijos satisfagan sus necesidades de manutención, educación, esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia, gastos por enfermedad y los gastos necesarios para adquirir una profesión u oficio (cfr. art. 659 del Cód. Civ. y Com. de la Nación). De este modo, a los fines de determinar el monto de los alimentos, ha de tenerse en cuenta las necesidades del niño, niña o adolescente involucrado y los ingresos de los padres (arts. 646, 658 y 659, Cód. Civ. y Com. de la Nación), puesto que debe existir un equilibro entre las necesidades que la cuota tiende a cubrir y la aptitud del obligado para cumplir con esa finalidad. La concurrencia de estos recaudos deben ser juzgados en cada caso particular, ya que allí se podrán evaluar las concretas y reales necesidades a satisfacer derivadas de la edad del alimentado, frente a las posibilidades económicas del alimentante. Al respecto, no pude perderse de vista que los progenitores deben realizar todos los esfuerzos que resulten necesarios a los fines de cumplir acabadamente con los deberes emergentes de la responsabilidad parental, entre ellos, proveer a todo lo atinente a la asistencia integral de sus hijos, más allá de la situación económica del alimentante. Este esfuerzo se impone a los fines de bregar por la satisfacción de las necesidades elementales del niño, niña o adolescente involucrado, en aras a garantizar la protección de su "interés superior" (art. 639, inc. a, Cód. Civ. y Com. de la Nación; art. 3, CDN; y art. 3, ley 26.061). Bajo estas premisas, corresponde adentrarme al estudio de la pretensión alimentaria.

(iii) Necesidades de la adolescente B. y de la niña M. Con relación a las actividades que desempeñan la adolescente B. y la niña M., de la prueba producida en la causa surge que, ambas son alumnas regulares del "Instituto S. J. D." de la localidad de S. R. de C. Por lo tanto, como se trata de una escuela privada deben abonar una matrícula anual, con un costo en el año 2019 de $3.500 y en el año 2020 $5.000, estimativamente; y un arancel en concepto de servicio educativo, que en el mes de septiembre de 2019 ascendía a la suma de $2.200, para el primer hermano y de $2.000, para el segundo hermano del grupo familiar (cfr. oficio obrante a fs. 179/180). Asimismo, para su desempeño escolar requiere de ciertos materiales, tales como: uniforme para concurrir a las clases diariamente y para la práctica de educación física; cuadernillos o libros, entre otros. Además, la institución educativa organiza actividades extra escolares —v. gr. convivencias y retiros anuales— las que tienen un valor adicional para su realización (cfr. oficio obrante a fs. 179/180). La misma institución educativa señaló que, los materiales de cuadernillos, libros o elementos para el cursado de las materias de la currícula oscilaban desde los $250 hasta los $650 según la materia, en el año 2019 (fs. 180); en tanto que a fs. 231/234 obran presupuestos de los costos de los uniformes requeridos por la institución, los que ascendían a la suma de $9.390 —para B.— y $10.000 —para M.—, a mediados del año 2020. Además, de los propios dichos de las partes y de la prueba testimonial e informativa surge que M. practica patín (cfr. escrito de demanda y contestación de fs. 1/4, 65/72; actas de declaraciones testimoniales obrantes a fs. 113/116, 123/115 y 147/150; oficio de fs. 182 y

certificado obrante a fs. 205). Al respecto, la Sra. P. L. C. informó que: [...] M. A. practica la disciplina patín artístico, del cual soy su profesora, asistiendo a las clases 2 veces por semana en el espacio del Polideportivo Municipal de la ciudad de S. R. de C. [...] Dichas clases se dictan de marzo a diciembre de cada año y tiene un costo mensual de $800, para la correcta práctica de este deporte se necesita un uniforme que consta de malla para competir que tiene un costo alrededor de $2.500, patines profesionales que rondan los $10.000 y elementos de protección de aproximadamente $800 (fs. 182). Con relación a B., ambos progenitores han señalado que ella realizaba un tratamiento psicológico; hecho que ha sido acreditado con el certificado de fs. 205 y con la declaraciones testimoniales (cfr. actas obrantes a fs. 113/116, 123/125 y 147/150). Sin embargo, dicho tratamiento ha finalizado; e, incluso, la licenciada ha juzgado que no era necesario continuar con aquél para resolver cuestiones emocionales que aún afectan a B. (vide certificado obrante a fs. 205). De las declaraciones testimoniales de las Sras. M. de los A. M., N. C. D. y N. G. A. surge que, durante el año 2018, B. practicó natación, para lo que requería de la vestimenta y elementos adecuados para la práctica de dicho deporte (cfr. actas de audiencias testimoniales de fs. 115/116, 123/125 y 147/150). También, las Sras. N. C. D. y N. G. A. han puesto de relieve la necesidad de B. de acudir a una maestra particular (cfr. actas de audiencia testimonial obrante a fs. 123/125 y 147/150). Con relación a su situación habitacional, B. y M. residen con su progenitora en la vivienda que fue sede del hogar conyugal y que según el convenido homologado en los autos principales ha sido atribuido a la progenitora y sus hijas (cfr. sentencia N° 84, de fecha 25/09/2017 de fs. 204/206 de autos principales). Dicha vivienda se encuentra gravada con una hipoteca de primer grado a favor del Banco de la Provincia de Córdoba, y es el demandado quien ha asumido el pago de la cuota del crédito que dio motivo a dicha hipoteca (cfr. declaraciones testimoniales obrantes a fs. 113/116 y 123/125, 147/150). Con lo que, resulta posible colegir que, la progenitora no abona un canon locativo por la vivienda en la que habitan sus hijas. Finalmente, la progenitora ha diligenciado prueba tendiente a demostrar los gastos relativos a servicios requeridos para el desarrollo de la vida cotidiana en el inmueble que habita con sus hijas, tales como energía, agua e internet (fs. 184/185); como también la deuda por tasa a la propiedad que mantiene en la Municipalidad de S. R. de C. (fs. 185/196). Todo ello pone de relieve algunos de los gastos que insume el desarrollo y formación de B. y M. Todo ello, sumado a que a la fecha de la presente resolución —marzo de 2021—, la adolescente B. cuenta con 13 años de edad y la niña M. cuenta con 11 años de edad —cfr. partidas de nacimientos obrantes a fs. 1/2 de autos principales—, llevan a presumir la necesidad de alimentos por parte de aquellas. Al respecto, el art. 658 del Cód. Civ. y Com. de la Nación establece que: [...] La obligación de prestar alimentos a los hijos se extiende hasta los veintiún años [...]. De este modo, el deber alimentario de los hijos no requiere la demostración de un estado de necesidad, sino que por esa sola condición —ser hijos— resulta procedente, puesto que se trata de un deber de los progenitores derivados de la responsabilidad parental, dejando a salvo —claro está— aquellas necesidades mayores a las presumidas, lo que no aconteció en autos. Sobre este punto, es dable efectuar algunas precisiones con relación a B. Por un lado, con relación a la realización de la terapia psicológica, como ya se señaló, tal tratamiento ha finalizado a la fecha de la presente resolución. Por otro lado, con relación a la necesidad de una maestra particular que han evidenciado las declaraciones testimoniales de las Sras. D. y A. (fs. 123/125 y 147/150), la parte actora no diligenció ninguna otra prueba tendiente a clarificar dicho extremo, v. gr. la frecuencia, el valor de la hora, entre otros; aspectos que hubieren sido de utilidad, a los fines de tener por acreditado una necesidad particular de la adolescente, superior a aquellas presumidas por la ley. De esta manera, de los dichos de las partes y de las probanzas allegadas a la causa no surgen que la adolescente o la niña tengan una necesidad mayor a aquellas presumidas por la ley. No obstante, en función de lo expuesto, y a los fines de atender adecuadamente a las necesidades de la adolescente y de la niña presumidas por la ley, para no afectar su desarrollo integral, es que estimo prudente fijar una mesada alimentaria a su favor y a cargo de su progenitor, Sr. A.

(iv) Capacidades económicas de los progenitores. Con relación a este punto, resulta conveniente destacar que, el cuidado personal de B. y A. es ejercido por su progenitora, según se ha establecido en el punto (ii) de este considerando. Esta circunstancia compensa la parte de la Sra. A. en el deber alimentario, sumado al aporte económico en sí mismo; aportes que aun cuando no se encuentran cuantificados, resultan presumibles en el particular. Y ello independientemente del desarrollo por parte de la progenitora conviviente de cualquier actividad laboral. Esto es así ya que, en orden a lo establecido por el art. 660, Cód. Civ. y Com. de la Nación, la Sra. A., al haber asumido el cuidado personal de B. y M., ya realiza un aporte a la manutención en las tareas cotidianas, las que tienen un valor económico en sí mismas que no puede dejar de ser contemplado. Si bien es cierto que la madre también está obligada al mantenimiento de sus hijos, se encuentra razonablemente más limitada para generar mayores ingresos al efecto, dado al tiempo que debe destinar al cuidado de sus hijos (cfr. CNCiv., Sala M, 09/06/2017, "A., K. J. y otros c. G., R. G. s/ alimentos", www.eldial.com, elDial.com, AAA076, publicado el 04/08/2017). Por consiguiente, el hecho que la Sra. A. haya asumido el cuidado personal de la adolescente

y de la niña admite una distribución de los montos de manera diferente. Sentado lo anterior, cabe señalar que, cuando hablamos de capacidad contributiva nos referimos, no sólo a las capacidades actuales para generar ingresos, sino además, a la aptitud o a la potencialidad para responder por la obligación alimentaria. En otras palabras, el progenitor alimentante debe, no sólo, probar a cuánto ascienden sus ingresos actuales, sino además, que no se encuentra en condiciones de generar mayores ingresos, de acuerdo con sus condiciones de persona, tiempo y lugar, que no le permiten asumir su obligación de otra manera. Bajo estas premisas, corresponde valorar las capacidades económicas o la aptitud productiva del progenitor alimentante. Así, de sus propios dichos y de la prueba informativa diligenciada, surge que el Sr. A. se desempeña como empleado en relación de dependencia en el Banco de la Provincia de Córdoba desde el año 2003. Esta circunstancia indica que el progenitor, Sr. N. G. A., desempeña trabajos productivos que le generan ciertos ingresos para contribuir mensualmente con dinero con la prestación alimentaria; por lo que corresponde proceder en tal sentido. Finalmente, cabe reiterar que, los progenitores deben realizar todos los esfuerzos necesarios para cumplir con las obligaciones que derivan de la responsabilidad parental. En este sentido la jurisprudencia ha sostenido en forma reiterada que [...] todo progenitor debe realizar los esfuerzos que resulten necesarios —efectuando trabajos productivos— sin que pueda excusarse de cumplir su obligación alimentaria invocando ingresos insuficientes; salvo los supuestos de imposibilidades o dificultes prácticamente insalvables. De ahí que aun cuando el alimentante reconozca realizar determinado trabajo cuyo ingreso no es suficiente para atender las necesidades del hijo, está en el campo de su responsabilidad paterna dedicar parte de sus horas libres a tareas remuneradas —en una medida que resulte razonable— con el objeto de poder completar la cuota alimentaria (cfr. CNCiv., Sala B, 13/03/2013, "D., M. G. y O. c. De U., A. M." APDJ del 19/09/2013, RIPA, M., "Deber alimentario: niños, niñas, adolescentes y su vinculación con los derechos de género", en J. A. 2013/02/1978 - citado por Kemelmajer de Carlucci, A. y Molina de J., M. fs. (2014). Alimentos, T. 2, Rubinzal-Culzoni, p. 17). Al respecto, no puede pasar inadvertido que, el cambio que se emprende con el nacimiento del hijo no admite claudicaciones, a pesar de las dificultades que pudieren presentarse en la actualidad de nuestro país y/o de las circunstancias personales de los progenitores. Por todo lo expuesto, y las constancias obrantes en la causa generan convicción en la suscripta respecto a que el demandado puede realizar todos aquellos esfuerzos a su alcance, a los fines de procurar satisfacer las necesidades de sus hijas.

(v) Fijación del monto de la cuota alimentaria. En virtud de las valoraciones efectuadas en los considerandos precedentes, corresponde determinar el quantum de la cuota alimentaria. En efecto, tal como ha quedado demostrado en el apartado anterior, el Sr. A. posee cierta aptitud productiva para contribuir mensualmente con dinero con la prestación alimentaria. No obstante, no se cuentan con elementos objetivos que permitan determinar con certeza los ingresos actuales que percibe el demandado. Esto es así ya que el último haber informado por el Banco de la Provincia de Córdoba corresponde al mes de junio de 2019 (cfr. respuesta al oficio enviado digitalmente con fecha 27/07/2019). Con relación a este punto, entiendo que la situación económica del alimentante es determinante a los fines de fijar el monto de la cuota alimentaria, puesto que los padres tienen la obligación de alimentar a sus hijos menores de edad conforme a su condición y fortuna (art. 658 y 659 del Cód. Civ. y Com. de la Nación), y debe existir un equilibrio entre las necesidades de la adolescente y de la niña y los ingresos del alimentante. Pero el hecho de que no se pueda determinar con precisión la capacidad económica actual del obligado, Sr. A., no empiece a la procedencia del reclamo incoado en autos y corresponde, igualmente, proceder a fijar una cuota a su cargo. Ello así porque, en caso de duda respecto de las posibilidades económicas del alimentante debe estarse a una interpretación pro-alimentado; interpretación ésta que deriva de la regla *favorminoris*, reflejada en la Convención sobre los Derechos del Niño en sus artículos 3°, inc. 1°; 18, inc. 1°; y 27, incs. 2°, 3° y 4°; y en la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes en su artículo 5°. En este sentido, jurisprudencia que comparto ha señalado que: en caso de duda sobre los datos relativos a la capacidad económica del alimentante, los mismos habrán de interpretarse a favor de la parte más débil de la relación, en especial cuando se trate de un menor (CNCiv., sala D, 05/11/1981, ED, 99-393, citado por Kemelmajer de Carlucci, A. y Molina de J., M. fs. (2014). Alimentos (p. 49). Rubinzal-Culzoni). Asimismo, tampoco puede perderse de vista que, la obligación alimentaria que deriva de la responsabilidad parental no exige demostrar la necesidad del alimentado. No obstante, para la determinación del monto sí se requiere tener en cuenta las necesidades que se pretenden cubrir con la cuota. Igualmente, cabe destacar que, todos los gastos y pautas para determinar el monto de la cuota alimentaria constituyen los que normalmente resultan necesarios para el desarrollo digno de las alimentadas. En función de lo expuesto, estimo justa la fijación de la cuota alimentaria en la suma de pesos doce mil ($12.000) mensuales; con más el pago de la matrícula anual de escolarización y las cuotas mensuales en concepto de servicio educativo; y el pago de la obra social. Para la fijación de dicha suma de dinero, se tiene en cuenta que: no

surgen en autos elementos suficientes que permitan determinar el nivel de ingresos actuales del alimentante; la edad de B. —13 años— y de M. —11 años; las actividades que la adolescente y la niña llevan a cabo —asisten a una institución educativa privada, requieren gastos de uniforme y útiles escolares, gastos por actividades extra áulicas, además de todos los accesorios para tal desempeño y practica de patín por parte de M.; no se han acreditado gastos extraordinarios que ameriten una consideración diferente, por lo que el monto de la cuota debe circunscribirse a las erogaciones ordinarias que no requieren prueba específica al respecto; el tiempo que comparten con su progenitor; y la evolución del costo de vida reflejada por los índices de precios al consumidor como consecuencia de la inflación. Por un lado, cabe remarcar que, la fijación de la cuota alimentaria en un monto considerablemente menor al solicitado por la progenitora obedece particularmente al tiempo en que la adolescente y la niña se encuentran con su progenitor. Sobre este punto, resulta muy ilustrativa la declaración testimonial de la abuela de B. y M. La Sra. N. G. A. relató que: Las nenas viven con M., M. las lleva al colegio, a las 7.30 de la mañana lleva a B. que va al secundario [...] y a las 13.30 sale de nuevo y deja a M. en el colegio, retira a B., a B. la lleva a la casa de la testigo pues M. se está yendo a trabajar, y ahí se hace cargo la testigo de las actividades que B. tiene la tarde, a veces N., M. entra al trabajo a las 14 hs. y sale a las 18.30 [...] N. trabaja hasta las 15, a esa hora sale del banco alguna que otra vez a las 16 [...] N. a las 18 retira a M., pues M. está trabajando, retira a M., pasa por mi casa y busca a B., algunas veces busca a B. para ir juntos a retirar a M., cuando no puede le avisa a la testigo para que las retire, pero las busca siempre, es raro y cuando no puede avisar, de todos modos están comunicado telefónicamente de manera permanente. Todos los días de la semana es así, y tipo 19.30 o 20 las lleva de M., y se bañan y cena con M., todos los días es así, la misma rutina. Los fines de semana algunas veces las llevas hasta el sábado o el domingo, depende de lo que tenga que hacer N. [...] (acta de audiencia testimonial obrante a fs. 147/150). La rutina relatada por la abuela materna de la adolescente y de la niña refleja que ambos progenitores comparten las tareas de cuidados de ellas, aún cuando residan de manera principal con su progenitora. Esta circunstancia tiene incidencia en la fijación de la cuota alimentaria a cargo del obligado, en función del tiempo y dedicación que él les dedica, lo que —como se explicó— tiene un valor económico en sí mismas (cfr. art. 660, Cód. Civ. y Com. de la Nación). Por otro lado, el progenitor alimentante ha ofrecido abonar la suma de $7.000 mensuales. Tal ofrecimiento no merece acogida porque, en función de las actividades que desarrollan la adolescente y la niña y el nivel de vida de esta familia en particular, dicha cifra resulta claramente insuficiente para cubrir todas sus necesidades; máxime cuando el progenitor no alegado —ni mucho menos acreditado— circunstancias especiales que justificarían la fijación de una cuota alimentaria en tal monto y no uno superior. Al respecto, es de señalar que, el hecho que el Sr. A. abone la cuota del crédito hipotecario de la vivienda, en la que habitan sus hijas conjuntamente con la progenitora, no tiene incidencia alguna en la fijación de la cuota alimentaria. Ello es así porque, dicha circunstancia se relaciona con un acuerdo entre los progenitores que resulta independiente de su deber alimentario. Finamente, cabe agregar que, si bien la Sra. A. solicitó la fijación del 35% de los ingresos que percibe el Sr. A. de su actividad como empleado en relación de dependencia, proceder en tal sentido redundaría en perjuicio para la adolescente y la niña. Como ya se ha señalado, no ha sido posible determinar los ingresos actuales del Sr. A., por lo tanto, la fijación de un porcentaje impediría la máxima satisfacción posible de las necesidades de aquéllas; máxime cuando, seguramente los ingresos del demandado han sufrido variaciones como consecuencia de los incrementos salariales. De esta manera, la determinación de un monto resulta la más apropiada en el particular. Esto es así porque, la guía medular que se deberá seguir a la hora de tomar una decisión judicial será que la cuota alimentaria permita a sus beneficiarias alcanzar una buena calidad de vida. En este sentido, entiendo que la estimación de aquella en la suma de pesos doce mil ($12.000) mensuales, con más la matrícula de escolarización, la cuota colegial y la obra social, incluye lo mínimo necesario para la educación de la adolescente y la niña, sus vestimentas, salud y actividades de esparcimiento, aspectos que integran el deber de asistencia material y moral del progenitor; además, que aquel monto resulta ajuntado al nivel de vida de esta familia en particular. Por todo lo expuesto y conforme a los argumentos reseñados, es que corresponde fijar una cuota alimentaria en la suma de pesos doce mil ($12.000) mensuales; con más el pago de la matrícula anual de escolarización y las cuotas mensuales en concepto de servicio educativo; y el pago de la obra social, a favor de B. y M., y a cargo del Sr. N. G. A., pagadera por períodos adelantados del 1 al 10 de cada mes, mediante depósito, en la cuenta abierta. Por último, resulta preciso destacar que, el deber alimentario a favor de los hijos menores de edad tiene una naturaleza eminentemente asistencial, por lo que, la fijación de la cuota alimentaria se caracteriza por ser provisoria o mutable. Esto significa que el quantum de la cuota puede ser modificado, cuando hayan variado los presupuestos fácticos que se tuvieron en cuenta al tiempo en que la prestación alimentaria fue ordenada, ya que se trata de resoluciones que no hacen cosa juzgada material.

(vi) Aumento de las cuotas fijadas. Fijación de una cuota extraordinaria. Como se ha señalado, el interés primordial de los niños, niñas y adolescentes consti-

tuye el principio rector de este tipo de casos. Ello lleva a privilegiar el principio opuesto al dispositivo y, en consecuencia, las facultades de las partes ceden paso a las facultades judiciales (Conf.: Morello, Sosa, Berizonce, Códigos Procesales., 2ª ed., I-574, "C"; C. Apel. Trelew, Sala A, 10/03/2010, "S, E. B. c. N., J de la C.", AR/JUR/95785/2010). Lo dicho implica que, el orden público se impone y, con él, el deber de los jueces de actuar oficiosamente. En este sentido, el art. 706, primera parte, del Cód. Civ. y Com. de la Nación reza: El proceso en materia de familia debe respetar los principios de tutela efectiva, inmediación, buena fe y lealtad procesal, oficiosidad, oralidad y acceso limitado al expediente. Es en virtud de lo expresado, y tomando en cuenta el proceso inflacionario que afecta drásticamente sobre la evolución del costo de vida, la suscripta entiende acertado establecer un ajuste de la cuota fijada en la suma de pesos doce mil ($12.000) del quince por ciento (15%) semestral. Al respecto, cabe señalar que dicho reajuste, el que deberá practicarse semestralmente, encuentra su fundamento en favorecer la máxima satisfacción de las necesidades de la adolescente y de la niña y propender a la economía, simplificación y celeridad procesal, la que se vería afectada frente a continuos pedidos de características similares al que nos convoca. Asimismo, dicho porcentual —15% semestral— no resulta un capricho de la suscripta, sino que se fija en atención a la variación del índice de precios y los respectivos incrementos salariales establecidos por las paritarias de los distintos sectores del trabajo. Asimismo, en función de las premisas establecidas, corresponde adicionar a la prestación correspondiente al mes de febrero de cada año una suma equivalente al cincuenta por ciento (50%) de la cuota alimentaria fijada en la suma de pesos doce mil ($12.000), en concepto de cuota extraordinaria, para contribuir con los gastos de inicio del año lectivo de los estudios de la adolescente y de la niña (es decir, que se abonará en el mes de febrero de cada año una suma equivalente a una cuota y media).

(vii) Efecto retroactivo de la cuota alimentaria fijada e intereses. La progenitora solicita la fijación de la cuota alimentaria de manera retroactiva al tiempo de interposición de la demanda de divorcio —23/05/2016—. Fundamenta su petición en que, la cuota que aquí reclama la solicitó en aquella oportunidad, y que no se fijó en función de la falta de acuerdo con el demandado. Sentada así la cuestión a resolver, el art. 669, Cód. Civ. y Com. de la Nación establece la retroactividad de los alimentos desde el día de su demanda judicial. Este efecto retroactivo al día de interpelación fehaciente incluye, indudablemente, a la demanda de divorcio; puesto que, ya en aquella oportunidad, la progenitora solicitó la fijación de una cuota alimentaria en los mismos términos que la aquí impetrada, y como parte del convenio regulador de los efectos del divorcio. No obstante, al momento de contestar el traslado del convenio presentado por la progenitora, el Sr. A. rechazó la pretensión alimentaria formulada y, en cambio, efectuó otro ofrecimiento de cuota alimentaria. Como consecuencia de tal discrepancia, la sentencia que declaró el divorcio entre los cónyuges y homologó el acuerdo formulado por las partes, excluyó la pretensión alimentaria. Incluso, la sentencia N° 84, del 25/09/2017 (fs. 204/206) expresamente dispuso: [...] Debiendo diferirse para su tramitación por la vía incidental respectiva lo relativo a la prestación alimentaria de las menores [...]. Frente a esta circunstancia, si la pretensión de la parte actora era lograr que el efecto retroactivo de la pretensión alimentaria se mantuviera en la fecha de la demanda de divorcio debió, al menos, iniciar la presente incidencia dentro de los seis meses del dictado de aquella sentencia. No puede desconocerse que, con posterioridad a la contestación de la demanda, la progenitora estuvo en condiciones de conocer la falta de acuerdo con relación a la prestación alimentaria a cargo del Sr. A.; circunstancia que le permitía iniciar sin mayores dilaciones el respectivo incidente para lograr su fijación judicial. Ello no aconteció en el particular, puesto que, luego de dictada la sentencia de divorcio, la actora recién inició el incidente de fijación de la cuota el 27/07/2018. Por lo tanto, pretender extender el efecto retroactivo de la cuota alimentaria a la fecha de la demanda de divorcio resultaría efectuar una interpretación abusiva del art. 669, Cód. Civ. y Com. de la Nación, puesto que, se insiste, la actora se encontraba en condiciones de iniciar el presente incidente luego de contestada la demanda. Al respecto, nótese que, el propio artículo citado permite extender la retroactividad a la interpelación extrajudicial siempre que la demanda se articulare dentro de los seis meses. Con mayor razón resulta aplicable tal razonamiento frente a la intimación judicial formulada por la progenitora, en la demanda de divorcio, cuando frente a la falta de acuerdo, correspondía recurrir a la vía incidental respectiva. Por lo tanto, una interpretación integral de dicha norma con los derechos de defensa del demandado, permiten concluir que, si la progenitora articuló una demanda de divorcio, entre la que incluía la fijación de la cuota alimentaria, frente a la falta de acuerdo debió presentar la incidencia respectiva sin dilación en el tiempo; cuestión que no aconteció en el particular. Por lo tanto, no corresponde extender la retroactividad más allá del inicio del presente incidente. Por todo lo expuesto, corresponde fijar la cuota alimentaria de pesos doce mil ($12.000) mensuales; con más el pago de la matrícula anual de escolarización y las cuotas mensuales en concepto de servicio educativo; el pago de la obra social; y el 50% de la cuota alimentaria fijada correspondiente al mes de febrero para contribuir con los gastos de inicio del año lectivo, de manera retroactiva al día 27/07/2018 —vide cargo de recepción en el escrito inicial a fs. 4.—, debiendo deducirse los importes cancelados en concepto de

cuota alimentaria provisoria si los hubiere. Respecto a los intereses de los alimentos retroactivos, cabe señalar que ellos no han sido solicitados oportunamente por la progenitora conviviente —quien tendría interés en ello—, de donde, en principio, no corresponde su fijación. Es que, tal como ya lo ha señalado el Máximo Tribunal local, los intereses deben ser reclamados en la demanda como condición sine qua non para formar parte de la condena en la sentencia, pues estos no proceden en forma automática (cfr. TSJ, Sent. 75, de fecha 25/06/2016, "Crespo, Víctor R. c. Bournot, Héctor - ordinario - otros - recurso directo (Civil) - Expte. N° 2738286/36"); máxime si se tiene en cuenta que, la cuota estipulada fue fijada en valores actuales, conforme a las necesidades del adolescente y en forma retroactiva al tiempo de la demanda. Asimismo, cabe precisar que la fijación de aquella en forma retroactiva implica un valor de actualización ya previsto en la cuota fijada. Distinta solución es la que corresponde adoptar para el supuesto en el cual el obligado al pago incurra en mora en el cumplimiento de la presente resolución. En tal caso, las sumas mandadas a pagar llevarán intereses, los que se establecen en la tasa pasiva que publica el BCRA con más un adicional del 2% nominal mensual, desde la fecha que incurra en mora y hasta su efectivo pago, en virtud de las amplias facultades conferidas a la magistrado por el art. 768, Cód. Civ. y Com. de la Nación, en la materia.

V. Costas. En cuanto a los costas devengadas en la presente incidencia corresponde imponerlas al demandado, Sr. N. G. A., en virtud del principio objetivo de la derrota (art. 130, Cód. Proc. Civ. y Comercial).

VI. Honorarios. En cuanto a la regulación de honorarios de la Dra. C. W. de T., tomo en cuenta lo dispuesto por el art. 75, primer supuesto, de la ley 9459. De esta manera, la base regulatoria viene determinada por el monto de los alimentos mandados a pagar —$12.000—. Multiplicada dicha suma por los veinticuatro meses que señala el artículo citado, se obtiene una base regulatoria de pesos ... ($ ...). A la suma así obtenida corresponde aplicar el punto medio de la escala del art. 36 (22,5 %), según a las pautas cualitativas que establece el art. 39 de la ley citada. Efectuado el cálculo pertinente se obtiene la suma de pesos ... ($ ...), suma en la que se tiene por regulados los honorarios de la mencionada letrada. No corresponde regular en esta oportunidad los honorarios profesionales del Dr. I. G. C. (art. 26 a contrario sensu, ley 9459).

Por todo lo expuesto, normas legales citadas y lo dispuesto en los arts. 26, 27, 29, 36, 39 y 75 de la ley 9459, resuelvo: 1. Encomendar al Sr. N. G. A. que, en las futuras presentaciones a efectuar en los estrados del tribunal y en su relación con la Sra. M. G. A., respete la dignidad inherente a su persona, despojada de patrones estereotipados en la distribución de sus roles en el cuidado personal de sus hijas. 2. Ordenar al letrado, Dr. I. G. C., a que realice una adecuada capacitación en cuestiones de género, a los fines de que internalice los principios derivados de los nuevos estándares normativos; y modifique los patrones socioculturales de conducta para alcanzar la eliminación de los perjuicios y prácticas que se encuentran basados en la inferioridad o superioridad de cualquier de los sexos o en las formas estereotipadas de hombres y mujeres, bajo apercibimiento de remitir los antecedentes al Tribunal de Disciplina del Colegio de Abogados. 3. Hacer lugar al reclamo de fijación de una cuota alimentaria efectuado por la Sra. M. G. A., DNI ..., a favor de sus hijas, B. A., DNI ..., y M. A., DNI ..., en contra del Sr. N. G. A., DNI .... En consecuencia, corresponde condenar al Sr. N. G. A., DNI ..., a pagar una cuota alimentaria, a favor de sus hijas, B. A., DNI, y M. A., DNI, que se fija en la suma de pesos doce mil ($12.000) mensuales; con más el pago de la matrícula anual de escolarización y las cuotas mensuales en concepto de servicio educativo; y el pago de la obra social, pagaderos por períodos adelantado del 1 al 10 de cada mes, mediante depósito en la cuenta ya abierta. 4. Establecer un reajuste semestral del 15% de la cuota fijada en la suma de pesos doce mil ($12.000). 5. Adicionar a la prestación correspondiente al mes de febrero de cada año, la suma equivalente al cincuenta por ciento (50%) de la cuota fijada en pesos doce mil ($12.000), en concepto de cuota extraordinaria, para contribuir con los gastos de inicio de cada año lectivo de los estudios de la adolescente y de la niña. 6. Fijar la cuota alimentaria de pesos doce mil ($12.000) mensuales de manera retroactiva al día de interposición de la demanda incidental —17/10/2018—, debiendo deducirse los importes cancelados en concepto de cuota alimentaria provisoria si los hubiere. 7. Imponer las costas del presente al demandado, Sr. N. G. A. 8. Regular los honorarios profesionales de la Dra. C. W. de T. en la suma de pesos ... ($ ...). No regular en esta oportunidad los honorarios del Dr. I. G. C. Protocolícese y hágase saber. — *Romina S. Sánchez Torassa.*

Una vez más, la violencia simbólica en los procesos de alimentos

El rol del abogado y del juez en la deconstrucción de roles y estereotipos de género

María Eugenia Pérez Hortal (*)

Verónica Carolina Velasco (**)

Sumario: I. Introducción.— II. El caso bajo análisis.— III. Aplicación de la perspectiva de género en la función jurisdiccional.— IV. La perspectiva de género en la praxis del abogado.— V. Alimentos derivados de la responsabilidad parental y la valoración económica de las tareas de cuidado.— VI. El tiempo de cuidado del progenitor no conviviente como factor morigerador del *quantum* alimentario.— VII. La oficiosidad y sus límites: actualización, efecto retroactivo e intereses.— VIII. A modo de conclusión.

"Las palabras no solo describen cosas. En el derecho las palabras efectivamente hacen cosas. Será entonces, muy importante elegir bien las palabras para acercarnos a la verdad tan cerca como fuera posible" (***)

I. Introducción

Por medio de las siguientes líneas intentaremos precisar algunos aspectos jurídicamente relevantes de la resolución dictada por el Juzgado de Primera Instancia Civil, Comercial y Familia de Río Tercero de la provincia de Córdoba, el cual con una innegable perspectiva de género, tras detectar un discurso impregnado de violencia simbólica contra la mujer, se erige como un verdadero instrumento de protección de derechos, adoptando positivas — aunque polémicas— acciones contra ello; para abocarse luego con una claridad y objetividad meridianas a las resueltas de cada uno de los elementos integrantes de la obligación alimentaria reclamada por una madre a favor de sus hijas, bajo un régimen de cuidado personal compartido indistinto.

II. El caso bajo análisis

La plataforma fáctica del caso **(1)** refiere a una de las cuestiones que más asiduamente se

(*) Abogada (UNC); especialista en Derecho de Familia (UNR); adscripta de Derecho Privado VI, Familia y Sucesiones (Facultad de Derecho, UNC); vocal titular del Tribunal de Disciplina de Abogados de Córdoba.

(**) Abogada (UNC); escribana (US21); adscripta de Derecho Privado VI, Familia y Sucesiones (Facultad de Derecho, UNC).

(***) SUK GERSEN, J., "Due Processs", *Harvard Magazine*, mar.-april, 2021 (trad. propia); disponible en *https://www.harvardmagazine.com/2021/03/features-jeannie-suk-gersen*.

(1) JCiv., Com. y Fam. Río Tercero, 17/03/2021, "A., M. G. c. A., N. G. - alimentos", cita MJ-JU-M-131325-AR.

presenta ante los estrados de tribunales. Principia con una demanda por alimentos incoada por la Sra. M. G. A. en contra del Sr. N. G. A., persiguiendo la fijación de una cuota alimentaria a favor de sus dos hijas, de 13 y 11 años, en un porcentaje equivalente al 35% de los ingresos que el demandado perciba por todo concepto como empleado del Banco de la Provincia de Córdoba, con más una cuota adicional en el mes de febrero de cada año del 50% de la cuota ordinaria para atender a los gastos de iniciación del periodo escolar y el 50% de los gastos extraordinarios. Corrido el traslado de la demanda el Sr. N. G. A. solicita su rechazo. En esta oportunidad, hace presente que además, de la suma de dinero que deposita en la caja de ahorros de la progenitora en concepto de alimentos, abona la cuota del crédito hipotecario correspondiente a la casa que fue sede del hogar conyugal y en la que vive la actora junto a las niñas. Añade que el cuidado personal de sus hijas es compartido y amplio. De este modo, considera que los alimentos que requieren sus hijas deben ser compartidos por ambos progenitores. Es preciso destacar en este punto, por tratarse de una de las peculiaridades del caso que, en oportunidad de formular su defensa, y con el objetivo de refutar las alegaciones de la progenitora, en su escrito de contestación de demanda el demandado utiliza argumentos que reflejan un discurso ofensivo y humillante hacia la mujer en general, y a la progenitora en particular.

En primera instancia, la jueza interviniente resolvió fijar una cuota alimentaria de pesos doce mil mensuales ($12.000), con un reajuste semestral del 15%, con más el pago de la matrícula anual de escolarización y las cuotas mensuales en concepto de servicio educativo y el pago de la obra social, adicionando para el mes de febrero de cada año la suma equivalente al 50% de la cuota fijada, en concepto de cuota extraordinaria para contribuir a los gastos de inicio del año lectivo. Asimismo, advirtiendo la magistrada el contenido —a su criterio— degradante y ofensivo del lenguaje utilizado por el demandado en su presentación, aplicando la perspectiva de género, encomienda al Sr. N. G. A. en futuras presentaciones ante los estrados del tribunal y en su relación con M. G. A. respetar la dignidad inherente a su persona despojada de patrones estereotipados en la distribución de sus roles en el cuidado personal de sus hijas. Ordena finalmente al letrado patrocinante del demandado que realice una adecuada capacitación en cuestiones de género a los fines de que internalice los principios derivados de los nuevos estándares normativos, bajo apercibimiento de remitir los antecedentes ante el Tribunal de Disciplina del Colegio de Abogados.

III. Aplicación de la perspectiva de género en la función jurisdiccional

Producto de la incorporación al bloque constitucional de numerosos tratados internacionales, el abordaje de las distintas conflictivas familiares, que motivan la intervención judicial, amerita, indefectiblemente, una mirada convencional de las normas jurídicas aplicables, ajustada a la doctrina de los derechos humanos. Y en particular, por resultar de íntima vinculación al caso, de aquellos que promueven la erradicación de la desigualdad en el ejercicio de los derechos de las mujeres, procurando desterrar la posición de desventaja en la que históricamente se las ha colocado, producto de estereotipos arcaicos de roles y funciones, que han generado relaciones de poder desiguales entre los géneros.

Dentro del elenco de tratados internacionales que componen el *corpus iuris* abocado a la protección de los derechos humanos, destacamos, así la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer **(2)**, de 1979, conocida como CEDAW, por sus siglas en inglés; la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer o Convención de Belén do Pará **(3)** de 1994; las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad **(4)** de 2008; la ley 26.485 de Protección Integral para la Mu-

(2) Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su res. 34/180, de 18/12/1979, disponible en *https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cedaw.aspx*.

(3) Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, adoptada en la ciudad de Belén do Pará, Brasil, el 09/06/1994, disponible en *https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html*.

(4) Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, adoptada en la Cumbre Judicial Iberoamericana Brasilia, del 4 al 6 de

jer **(5)**, sancionada en el año 2009 y finalmente, en el ámbito local, la ley 10.401 de Protección Integral a las Víctimas de Violencia, a la mujer por cuestión de género **(6)**.

Los roles de género, o sea las funciones que se espera desempeñen las mujeres y los varones en una sociedad varían a través de las culturas y cambian con el tiempo. Pero a lo largo de la historia y en todas partes, las diferencias entre los géneros y las inequidades en la relación permanecen, a veces, bajo ropajes diversos **(7)**.

Lógicamente, o sería más atinado decir lamentablemente, estas inequidades no subsisten ajenas a las constancias de los expedientes judiciales. A menudo, las estrategias defensivas traslucen el menoscabo y el trato discriminador y descalificante que en los hechos mantienen las partes, erigiéndose en un nuevo modelo de violencia, la simbólica **(8)**.

En el caso puntual en comentario, el lenguaje utilizado en el libelo inicial del demandado, con el objeto de repeler la procedencia del reclamo alimentario incoado en su contra, constituye un claro ejemplo de esta forma de violencia simbólica. Expresiones como "entendiendo esta parte que por gastos sociales se refiere a las salidas de la misma actora y que sería la misma actora quien pretende que el compareciente le pague sus salidas (...) lo real y cierto es que la actora está reclamando dinero en la presente causa ya que, la misma pese a no pagar alquiler y vivir en la vivienda que fuera sede del hogar conyugal vive de fiesta con sus amigas/os en dicha vivienda y en otras, es asidua concurrente a boliches, fiestas, etc. Y debido a ello es que necesita dinero para poder cubrir sus gastos y salidas, más no los de mis hijas, los que están debidamente cubiertos gracias al compareciente", importan una afrenta hacia la dignidad de quien fuera su esposa y madre de sus hijas, encuadrando al caso como un caso sospechoso de género **(9)**.

En este contexto, las obligaciones internacionales asumidas por el estado argentino, con el fin de obtener el progresivo avance del pleno reconocimiento de los derechos humanos de las mujeres y en la erradicación de cualquier forma de violencia y discriminación, asumen un rol preponderante y les imponen a los órganos jurisdiccionales el deber de juzgar con perspectiva de género no solo sobre el fondo del asunto sujeto a debate, sino también en la forma de abordarlo.

El fallo en análisis asume concretamente esta obligación de adoptar conductas concretas a los fines de modificar patrones estereotipados, y en lo focal sostiene "los nuevos estándares normativos y el abordaje con una perspectiva de género obligan a las entidades estatales, entre ellas, el poder judicial, a garantizar una protección eficaz y a eliminar la discriminación y la violencia hacia la mujer en todas sus manifestaciones".

Se sostiene así que la perspectiva de género constituye el horizonte interpretativo en el que las y los operadores de justicia pueden sentar precedentes fundamentales en la búsqueda y el avance progresivo del desarrollo de los derechos humanos de las mujeres **(10)**.

---

marzo de 2008, disponible en *https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf*.

(5) 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; sanc. el 11/03/2009, promul. de hecho el 01/04/2009, disponible en *http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/150000-154999/152155/norma.htm*.

(6) Ley 10.401 de Protección Integral a las Víctimas de Violencia, a la mujer por cuestión de género, en el marco procesal administrativo y jurisdiccional, sancionada el 16/11/2016, publ. el 25/11/2016, disponible en *http://defensapublicacba.gob.ar/pdf/legislacion/provincial/Ley%20de%20Protecci%C3%B3n%20a%20las%20V%C3%ADctimas_%20Ley%2010401.pdf*.

(7) GIL DOMÍNGUEZ, A. – FAMÁ, M. V. – HERRERA, M., "Derecho constitucional de familia", Ed. Ediar, Buenos Aries, 2006, t. I, p. 362.

(8) Definida por el art. 5º, inc. 5º, ley 26.485, como "la que a través de patrones estereotipados, mensajes, valores, íconos o signos, transmita y reproduzca dominación, desigualdad y discriminación en las relaciones sociales, naturalizando la subordinación de la mujer a la sociedad".

(9) Ilustra la sentencia que un caso es sospechoso de género cuando la posición asumida por cada una de las partes en el marco de una situación conflictual entre un varón y una mujer responde a una distribución de roles basados en estereotipos de índole patriarcal.

(10) "Herramientas para la incorporación del enfoque de derechos humanos y la perspectiva de género en la elaboración de sentencias relativas a delitos de femicidios y otras formas de violencia contra la mujer", informe elaborado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Guatemala

Este modelo de justicia de protección y acompañamiento hacia la persona vulnerable es el que se aprecia en el fallo bajo análisis, más allá de las críticas que puedan merecer los recursos utilizados por la magistrada para confutar el lenguaje descalificante **(11)** y la violencia simbólica que se advierte en las presentaciones judiciales efectuadas por el demandado y su letrado patrocinante.

La aplicación de la perspectiva de género marcó en la resolución, el punto de partida para el abordaje integral de la problemática familiar en juego, sin constituirse, por ello, en óbice para ponderar minuciosamente las cuestiones técnico-jurídicas relevantes para el caso. Tal y como veremos seguidamente.

Refiere así la sentenciante, tras vislumbrarse la utilización por parte del demandado de un lenguaje androcéntrico, que refleja un supuesto de violencia simbólica: "dichos argumentos no conforman parte de una estrategia defensiva. Por el contrario reflejan un discurso ofensivo y humillante hacia la mujer que patentiza normas patriarcales que han regido las relaciones humanas de modo desigual, y que ha perjudicado no solo a la mujer sino también a los varones".

En este contexto, al resolver encomienda al Sr. N. G. A. que, en las futuras presentaciones a efectuar, con relación a la Sra. M. G. A., respete la dignidad inherente a su persona, despojada de patrones estereotipados en la distribución de sus roles en el cuidado personal de sus hijas.

Al fin y al cabo, todo parece indicar que la posibilidad de fijación de alimentos a cargo del progenitor no conviviente, en su mayoría hombres, para ser administrados por una mujer, despierta un enojo y reticencia tales capaz de disparar los mecanismos patriarcales y machistas más violentos, bajo la apariencia de meros argumentos *ad personam* que desvían la discusión de su objeto principal.

IV. La perspectiva de género en la praxis del abogado

Avanzando con la línea de razonamiento que adopta la resolución, en cuanto a aplicación de la perspectiva de género al valorar las presentaciones efectuadas por el demandado, contando aquel con patrocinio letrado, extiende el reproche formulado hacia su abogado patrocinante, imponiéndole a este la obligación de realizar una capacitación en cuestiones de género, bajo apercibimiento de remitir los antecedentes al Tribunal de Disciplina de Abogados.

En estos términos, se lee textualmente de la resolución en comentario, "a partir de consideraciones como las que preceden, la magistrada soslaya que, las partes cuentan con asistencia letrada y, por lo tanto, las defensas y argumentos den ser plasmados en un todo de acuerdo la legislación y principios vigentes. Por tal motivo, entiendo corresponde ordenar al letrado patrocinante del demandado que realice una adecuada capacitación en cuestiones de género a los fines de que internalice los principios antes mencionados y modifique los patrones socioculturales de conducta para alcanzar la eliminación de los perjuicios y prácticas que se encuentran basados en la inferioridad o superioridad de cualquiera de los perjuicios y prácticas estereotipadas de hombres y mujeres, bajo apercibimiento de remitir los antecedentes al tribunal de disciplina de colegio de abogados".

Este fragmento del fallo reseñado nos despierta dos interrogantes, sobre los que intentaremos reflexionar. El primero de ellos refiere a la obligación que nos compete como ciudadanos en general y como profesionales del derecho en particular, de adoptar esta "perspectiva de género" en nuestra praxis diaria. Y el segundo, cuál es el límite en las facultades a las que puede echar mano el magistrado, precisamente con el objeto de aplicar la perspectiva de género en el ejercicio de su función jurisdiccional. Particularmente en aquellos casos en los cuales se apela a la

—OACNUDH—, Guatemala, diciembre de 2015, p. 8. disponible online en: *https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Women/WRGS/Herramienta_DHVSG_alta.pdf*, p. 8.

(11) Este punto del fallo en particular, sin dudas, convoca al debate y a la polémica, entre aquellos que se enfoquen y aplaudan una intervención activa y comprometida del juez ante la visualización de discursos de corte ofensivo y discriminatorio por cuestiones de género, y entre aquellos que, no obstante enrolarse en idéntico objetivo, consideran que el juez debe encauzar las cuestiones que excedan el marco de la contienda a través de los canales pertinentes.

herramienta del activismo judicial **(12)** como protección constitucional **(13)**.

Nos sumergiremos en primer término en la reflexión sobre el primero de los interrogantes planteados.

Como se ha sostenido en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, la violencia contra las mujeres y las niñas es una forma de discriminación y, en consecuencia, una violación de los derechos humanos **(14)**.

Y si bien con motivo de la ratificación de los instrumentos internacionales de los que pasamos revista, son los tres poderes del Estado, los que asumen el deber de adoptar las medidas necesarias para garantizar el respeto irrestricto del derecho constitucional a la igualdad entre mujeres y varones, tratándose la violencia de género de un flagelo de repercusiones eminentemente sociales, culturales y antropológicas, no estamos eximidos como ciudadanos en general, y como operadores del derecho en particular, de contribuir a la deconstrucción de roles y estereotipos de género. Contribuyendo a la formación de una sociedad más igualitaria y respetuosa de los derechos humanos fundamentales de sus miembros.

Y decimos que, en nuestro carácter de abogados, operadores del derecho y profesionales comisionados de la tarea de defender los intereses que nos hubieran sido confiados, con el ideal de justicia como norte, estamos compelidos a conducirnos en el marco del más estricto respeto por aquellas normas cuya aplicación en muchos casos estamos reclamando.

Con esta introducción lo que intentamos reflejar es que la energía y la pasión con la que puede abordarse la defensa de los intereses particulares que representamos, no importan nublar la conducta mesurada y respetuosa propia de la función pública que el ejercicio del rol del abogado encierra. Tan es así que dentro de nuestra ley provincial 5805 de Colegiación Obligatoria, dentro del cap. VI "De las Reglas de la Ética", en el art. 21, inc. 15 se contempla expresamente como una infracción deontológica excederse en las necesidades de la defensa formulando juicios o términos ofensivos a la dignidad del colega adversario o que importen violencia impropia o vejación inútil a la parte contraria, magistrados y funcionarios **(15)**.

Dentro de este orden de ideas, se aprecia de la lectura del fallo en estudio que el escrito de contestación de demanda presentado a instancias de N. G. A. contiene citas cuyo único propósito es la descalificación de la contraria, no tienen entidad jurídica, ni están dirigidas a rebatir los argumentos y las pretensiones de la actora. Más

(12) Al respecto y brindando una primera aproximación al activismo judicial se ha entendido "como un movimiento que ha permitido aumentar y revalorizar las funciones de los magistrados judiciales, sean estos nacionales, o provinciales, siempre en un mejoramiento del sistema judicial, respetuoso de los derechos y garantías constitucionales" (MASCOTENA, M. A., "El excesivo activismo judicial versus el garantismo", RDF 208-VI-82, AR/DOC/3629/2018).

(13) Ampliando sobre la temática se refiere que "una parte de la doctrina considera que una sentencia es propia de un ejercicio activista de la judicatura cuando el tribunal, además de solucionar el caso concreto traído a su juzgamiento, envía señales innovadoras a los demás poderes, a los jueces inferiores y a la sociedad en general, tendientes a generar un cambio en la legislación o en la jurisprudencia o en las costumbres (respectivamente)". MARANIELLO, Patricio A., "El activismo judicial, una herramienta de protección constitucional", disponible en *http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/el-activismo-judicial-una-herramienta-de-proteccion-constitucional.pdf.*

(14) "La prevención de la violencia contra las mujeres y las niñas el contexto educativo Prácticas promisorias en 14 países de América Latina y El Caribe", documento de trabajo elaborado por ONU Mujeres y UNICEF, Panamá, julio de 2104, disponible en *https://www.unicef.org/lac.media/6336/file/PDF%20La%20prevenci%C3%B3n%20de%20la%20violencia%20contra%20las%20mujeres%20y%20las%20ni%C3%B1as%20el%20contexto%20educativo.pdf.*

(15) En sentido coincidente a la resolución que motiva el comentario se sostuvo que "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." (Juzg. 2ª Nom. Civ., Com., Concil., Flia. y Viol. Fliar. y Género Alta Gracia, 31/07/2020, "C. I. G. - denuncia por violencia familiar", *Revista Familia & Niñez*, 199, 31/07/2020, Cita 21230).

allá de los motivos por los cuales se pretendiera justificar la elección de tales términos, lo cierto es que las referencias efectuadas hacia la Sra. M. G. A. son, efectivamente, impropias e inconducentes a los fines de fundar legalmente el planteo jurídico que intenta. Solo apuntan a reflejar menosprecio hacia una de las partes del proceso, en el caso la exesposa y madre de las hijas del demandado. Con la suscripción de la presentación, el letrado patrocinante asume la responsabilidad por los términos allí contenidos y por consiguiente, el cabe la extensión del reproche sobre la utilización de un expresiones harto ofensivas.

Al contar las partes, como sostiene la magistrada, con asistencia letrada, las defensas y argumentos "deben ser plasmados en un todo de acuerdo con la legislación y principios vigentes", y de su simple lectura se aprecia que escapan al deber de mesura y decoro que el ejercicio de la profesión encierra. Más aún cuando, como en el caso, toman ribetes propios atento el destinatario del exceso —la mujer— y el lenguaje androcéntrico y esencialmente humillante utilizado.

Ahora bien, quizás estas primeras conclusiones no despierten tanta repercusión como el segundo de los interrogantes: ¿hasta dónde llegan las facultades del magistrado para juzgar con perspectiva de género sobre el fondo del asunto y la forma de sustanciarlo?

Los tratados internacionales generan obligaciones para los Estados, de manera que sus acciones en los diferentes ámbitos, incluyendo el judicial, deben enmarcarse en aquellos. Por lo anterior, no basta con citarlos o invocarlos haciendo una referencia general a ellos. Resulta fundamental identificar el nivel de su aplicación en las sentencias y extraer las consecuencias jurídicas que se derivan de su aplicación a los casos concretos **(16)**.

En este sentido, refiere la resolución "al respecto, los arts. 1º, 2º, 3º, 4º y 5º de la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) (...) imponen al estado conductas concretas a los fines de modificar patrones socioculturales basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos y en funciones estereotipadas de varones y mujeres".

Sin embargo, aún noble y orientado al cometido de la lucha contra la violencia de género en todas sus formas, nos cabe la reflexión acerca de si el recurso adoptado por la magistrada, esto es, la orden impartida al abogado de capacitarse en cuestiones de género supone un adecuado equilibrio entre este predicado activismo judicial y los principios lógicos y axiológicos que las resoluciones judiciales deben observar.

Aún más cuando existe un órgano especialmente dotado de potestad pública, en los términos del art. 37 de la Const. prov. para ejercer el poder disciplinario sobre todos los abogados de la provincia, velando por el correcto ejercicio de la profesión y su sujeción a las normas éticas a las cuales aquel se encuentra supeditado: el Tribunal de Disciplina de Abogados de la Provincia de Córdoba.

Excede el propósito de este trabajo explayarnos respecto de las críticas que esta resolución por parte de la magistrada, en cuanto a la conminación impuesta al letrado, puede merecer en el marco de los principios a los que debe ajustarse el desarrollo de su función.

No obstante, y superando las discusiones que sobre este punto pudieran generarse, lo cierto es que la sola lectura de la resolución que hoy comentamos nos impulsó, a poco de avanzar en ella, la reflexión interna respecto de la responsabilidad que a cada uno nos compete, desde su lugar: ciudadano, juez o abogado, en la desconstrucción de roles y estereotipos de género que coadyuvan a perpetuar esquemas de desigualdad. Y a las conductas y paradigmas que podemos modificar con la idea de construir una sociedad más justa.

V. Alimentos derivados de la responsabilidad parental y la valoración económica de las tareas de cuidado

Luego de las advertencias impartidas y medidas adoptadas, la magistrada se sumerge en la realidad familiar y resuelve minuciosamente el pedido de mesada alimentaria planteado.

Hoy por hoy, no caben dudas de que el derecho alimentario se erige como un derecho humano fundamental, que fue consagrado a lo

(16) "Herramientas para la incorporación...", ob. cit., ps. 14.

largo de las últimas décadas a través de diferentes instrumentos internacionales **(17)** que poseen rango constitucional en nuestro derecho interno (art. 75, inc. 22, CN). En el caso de los niños, niñas y adolescentes **(18)**, este derecho se reconoce principalmente en la obligación de alimentos que pesa sobre los progenitores y emana de la responsabilidad parental derivada del vínculo de parentesco, por cuanto persiguen garantizar el pleno e integral desarrollo de los NNyA por medio de la satisfacción de sus necesidades de manutención, educación, esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia, gastos por enfermedad y aquellos necesarios para adquirir una profesión u oficio; lo que en definitiva persigue acompañar dicho desarrollo hasta alcanzar su plena autonomía **(19)**.

En cuanto a los modos de ejercer esta responsabilidad parental, sabemos que frente a progenitores no convivientes, el derecho interno prescribe como primera alternativa el cuidado personal de los hijos o hijas comunes bajo el régimen compartido indistinto (conf. art. 651, Cód. Civ. y Com.). Cabe recordar que bajo esta modalidad, si bien los progenitores comparten las decisiones y se distribuyen de modo equitativo las labores de cuidado, el hijo reside de manera principal en el domicilio de uno de los progenitores, y en este lugar, sin dudas, permanecerá su tiempo principal. Por lógica consecuencia, el hijo convivirá con el otro progenitor un período menor, teniendo allí su residencia secundaria **(20)**.

Esta circunstancia fáctica nos permite concluir que el progenitor que pase mayor tiempo con el niño deberá asumir, en palabras de la sentenciante, "un superlativo mayor cúmulo de tareas cotidianas", a las que se les atribuye un valor económico en sí mismas y constituyen un aporte a la manutención (conf. art. 660, Cód. Civ. y Com.); motivo por el cual dicha circunstancia deberá ser complementada con un mayor aporte económico por parte del progenitor no conviviente, conforme a su condición y fortuna (art. 658, Cód. Civ. y Com.), pues este último se encontrará "en una imposibilidad fáctica de equiparar en especie al otro padre que tiene el mayor peso en lo relativo a los trabajos que demanda el cuidado del hijo común".

En este orden de ideas, se justifica la procedencia de la acción alimentaria impetrada en el caso bajo estudio y la consecuente fijación de una cuota a cargo del progenitor, pues en los hechos la progenitora ha asumido el cuidado personal de sus hijas en virtud que poseen su asiento principal en el domicilio de aquella, lo que conlleva a la magistrada a valorar indefectiblemente dicha circunstancia como un aporte económico a su cuidado y exime a la madre de la exigencia de aportar una cuota económica equivalente a la del otro progenitor.

Es que a fin de cuentas, resulta imperante destacar una vez más el valor de las tareas de cuidado que efectúa la progenitora en este caso, las que redundan no solo en beneficio de sus propias hijas, sino también del progenitor, que no solo descansará sabiendo que sus hijas están cuidadas por su madre, sino que podrá emplear el tiempo libre para atender a sus propias necesidades personales. Si bien desde hace tiempo ya la jurisprudencia ha reconocido valor económico a estas tareas, consideramos un buen ejercicio destacarlo a los fines de continuar contribuyendo a la erradicación de roles socioculturales estereotipados, que históricamente colocan a la mujer en la situación de cuidado del hogar y los niños sin ningún tipo de crédito, a pesar incluso de su activo rol laboral fuera del hogar.

(17) La Declaración Universal de los Derechos Humanos reconoce el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuando que le asegure salud, el bienestar y en especial, la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales (art. 5º). En sentido similar la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XI); el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 11).

(18) En adelante, NNyA.

(19) La Convención sobre los Derechos del Niño, en su art. 27 establece que los Estados parte reconocen el derecho del niño a un nivel de vida adecuado para el desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social; señalando que a los progenitores 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.

(20) MIZRAHI, Mauricio L., "Alimentos y cuidado personal compartido del hijo. Fallida redacción del art. 666 del Cód. Civ. y Com.", DFyP 2020 (nov.), 19/11/2020, AR/DOC/3412/2020.

He aquí la segunda manifestación de una activa aplicación de la perspectiva de género en el caso concreto.

Doctrina autorizada señala que "es primordial entender que el *quantum* de la cuota, en lo que hace a la valoración del cuidado personal, lo determinará, por un lado, el empeño y dedicación que requiera la crianza del hijo, con base en las condiciones de aquel, y por el otro, la pérdida de chances del progenitor que ha postergado cuestiones de índole personal en pos de entregar ese tiempo y esfuerzo al cuidado de su hijo" **(21)**.

VI. El tiempo de cuidado del progenitor no conviviente como factor morigerador del *quantum* alimentario

Ahora bien, sentada la procedencia del reclamo, advertimos que la fijación el *quantum* de la obligación alimentaria efectuada por la sentenciante evoca una pauta interesante a la hora de abordar esta tarea, la que trasciende aquellas típicas prescriptas en la norma del art. 659 *in fine* del Cód. Civ. y Com. por cuanto determina que los alimentos serán proporcionales a las posibilidades económicas de los obligados y a las necesidades de los alimentados; y es aquella que refiere al tiempo que cada progenitor pasa con los hijos.

¿Qué queremos decir? Que la magistrada resuelve morigerando considerablemente el *quantum* de la obligación alimentaria reclamada por la progenitora atento que fue acreditado en la causa, mediante el relato ni más ni menos que, de la abuela materna, que la adolescente y la niña comparten diariamente tiempo con su padre. Así sostiene que "la rutina relatada por la abuela materna (...) refleja que ambos progenitores comparten las tareas de cuidados de ellas, aun cuando residan de manera principal con su progenitora". En efecto, concluye que este tiempo y dedicación desplegado por el progenitor, como se viene sosteniendo, también posee un valor económico en sí mismo y debe ser valorado y computado en la instancia de cuantificación de la cuota de alimentos.

En idéntico sentido, reconocida doctrina ha sostenido que "todo juez —ejerciendo adecuadamente su labor— combinará los dos factores relacionados; vale decir lo recursos de cada cual y el tiempo de permanencia del niño con uno y otro progenitor; y con base en esas pautas, precisamente, se definirá el alcance de los alimentos" **(22)**, lo que creemos permite arribar a soluciones justas y equilibradas, no solo para garantizar el superior interés en términos generales de los NNyA, sino para afianzar también su derecho a la coparentalidad **(23)**.

Se evidencia así un adecuado equilibrio entre las necesidades que la cuota tiende a cubrir, la aptitud del obligado para cumplir con esa finalidad y el tiempo que cada progenitor destina al efectivo cuidado de las hijas.

Además, en cuanto al modo de fijar los alimentos, la magistrada se aparta de lo solicitado por la progenitora por lo cual pretendía estos se determinen en un porcentaje de los haberes mensuales percibidos por el demandado (35%), apartándose así de un criterio generalizado y comúnmente utilizado por los tribunales provinciales frente a un alimentante con empleo en relación de dependencia registrado, argumentando que en el caso particular dicho parámetro redundaría en perjuicio para la adolescente y la niña, por desconocer a ciencia cierta cuál es el importe actual que percibe el progenitor en concepto de salario mensual conforme a sus labores como empleado del Banco de Córdoba.

Así las cosas, y a pesar de no contar —a criterio de la magistrada— con elementos objetivos que permitan determinar con certeza los ingresos y el nivel de vida del demandado, y con fundamento en el *principio favor minoris,* resuelve "la fijación de la cuota alimentaria en la suma de pesos doce mil ($12.000) mensuales; con más el pago de la matrícula anual de escolarización y las cuotas mensuales en concepto de servicio educativo; y el pago de la obra social".

VII. La oficiosidad y sus límites: actualización, efecto retroactivo e intereses

Una mención especial merece la actualización de la obligación alimentaria efectuada por la magistrada, la que, invocando el interés pri-

(21) DEVESA, Florencia M., "Aplicación de la perspectiva de género en materia de cuidado personal y alimentos", RDF 2017-VI, 8.

(22) MIZRAHI, M. L., ob. cit.

(23) Conforme se encuentra prescripto en el art. 18 de la CDN.

mordial de las NNyA, resolvió aumentar en un 15% semestral fundado en la variación de los índices de precios y paritarias de distintos sectores salariales, aduciendo que en el caso concreto "el orden público se impone, y con ello el deber de actuar oficiosamente".

La iniciativa resulta atractiva y refleja la plena aplicación de los arts. 706 y 709 del Cód. Civ. y Com., y con ellos los principios de tutela judicial efectiva, economía procesal y oficiosidad que caracterizan, entre otros, a los procesos de familia. El apartamiento de la pretensión de la actora, que contemplaba una actualización implícita de la cuota en función del importe del salario mensual que fuera a percibir el alimentante, fue reemplazado por una suma de dinero estática que justifica este criterio de actualización y que preservará —al menos en su mínima expresión— el valor económico de la prestación sostenida en el tiempo.

Finalmente, no queremos dejar de señalar lo resuelto en cuanto al efecto retroactivo de la prestación alimentaria conforme a los términos del art. 669 del Cód. Civ. y Com., por cuanto dispone que los alimentos se deben desde el día de la demanda o desde el día de la interpelación del obligado por medio fehaciente, siempre que se interponga la demanda dentro de los seis meses desde dicha interpelación. En este sentido, solicitó la progenitora el efecto retroactivo de la sentencia de alimentos al tiempo de la interposición de demanda de divorcio, por considerar esta una interpelación fehaciente al progenitor. No obstante, con buen tino por cierto, la sentenciante consideró que acoger esta pretensión importaría una interpretación abusiva de la norma, máxime cuando la progenitora interpuso la demanda de alimentos dos años después de la referida sentencia de divorcio, sosteniendo que "si la pretensión de la parte actora era lograr que el efecto retroactivo de la pretensión alimentaria se mantuviera en la fecha de la demanda de divorcio debió, al menos, iniciar la presente incidencia dentro de los seis meses del dictado de aquella sentencia".

En cuanto a los intereses respecto de los alimentos retroactivos, estos fueron intencionalmente excluidos en la resolución bajo análisis atento a la falta de pedido expreso por parte de la actora, por lo que siendo estos de carácter meramente patrimonial y disponible por las partes, no procede su regulación de manera automática. Siendo distinta la solución para el caso de los intereses moratorios, los que sí fueron regulados y procederían en caso de que el demandado incurra en el incumplimiento de la resolución, en un 2% nominal mensual con más la tasa pasiva que publica el BCRA, conforme a las previsiones del art. 768 del Cód. Civ. y Com.

VIII. A modo de conclusión

El fallo en cuestión aborda la cuestión alimentaria desde una perspectiva equilibrada y abarcativa, comprendiendo todos y cada uno de los elementos que componen esta obligación con un criterio de realidad y objetividad evidente, apelando al orden público y al principio de oficiosidad imperante en la materia en aquellas cuestiones que no fueron expresamente requeridas, a los fines de salvaguardar el interés primordial de las niñas; y poniendo un claro límite a aquellas que son materia disponible por las partes, como ser el curso de los intereses.

Esta visión humanizadora del derecho acompaña al juez en todo el proceso, y le impone la obligación aplicar la perspectiva de género en todos los focos de análisis del conflicto a los fines de dotar al vulnerable, en nuestro caso a la mujer, de herramientas para ejercer sus derechos en un marco de igualdad.

Por nuestra parte, en la tarea de abogar por la defensa de los derechos que nos han sido confiados como abogados, sin importar el lado de la contienda en el cual nos ubiquemos, debemos ajustar las estrategias defensivas y aplicar un lenguaje despojado de cualquier contenido de corte discriminatorio, hacia la mujer como en el caso, o hacia cualquier persona.

A modo de colofón, como dice Atienza, "estamos hechos —o hemos llegado a estarlo— de manera que no podemos dejar de vivir en sociedades organizadas jurídicamente; pero no estamos por ello, condenados a vivir bajo formas de organización injustas. Lo que da sentido al derecho —y a ocuparse profesionalmente del derecho— no puede ser otra cosa que la aspiración de justicia o, o para decirlo en términos más modestos y más realistas: la lucha contra la injusticia" **(24)**.

(24) ATIENZA, M., "El sentido del derecho", Ed. Ariel Derecho, Barcelona, 2012, p. 325.

VIOLENCIA INFANTIL

Interés superior del niño. Reintegro de los menores a su hogar.

Con nota de Leticia Ayelén Menéndez

1. — El interés superior del niño representa una herramienta hermenéutica que obliga a los jueces y a las juezas a interpretar la circunstancias fácticas traídas a su consideración y resolviendo las mismas teniendo en miras la máxima satisfacción integral de derechos, analizado no en abstracto, sino en concreto en cada caso en particular.

2. — Los progenitores han manifestado su deseo de que las niñas retornen al hogar, y se han preparado para recibirlas; han mudado su residencia a una vivienda más grande, más cómoda, cuentan con los recursos para cubrir las necesidades básicas de sus hijas, han realizado tratamiento psicológico tal como se les indicó, y han cumplido con el proceso de revinculación en forma telefónica. Es cierto que existe una causa penal que se encuentra aún en etapa de investigación en relación con el progenitor, por eso, es razonable la solicitud y la propuesta efectuada por este de retirarse del hogar familiar para que las niñas sean restituidas al mismo, para que puedan volver a convivir con la madre, en su casa, en su pueblo.

3. — Cuando la víctima es mujer y sufre violencia en razón de su género, se encuentra protegida por el Estado por pertenecer al colectivo de personas que cuentan con esta protección especial.

JNiñ., Juv. y Viol. Fliar y Pen. Juv., San Francisco, 04/03/2021. - B., C. B. - M., W. A. s/ control de legalidad.

[Cita on line: AR/JUR/2688/2021]

SAC N° 9484130

1ª Instancia.- San Francisco, marzo 4 de 2021.

Fundamentos:

1) Que este Juzgado toma intervención en el presente caso a pedido de la Responsable de la Delegación UDER San Francisco, dependiente de Se.N.A.F., a fin de ejercer el control de legalidad dispuesto por los arts. 56 y 64, inc. a) de la Ley Provincial N° 9944.

2) Que con las copias de los DNI de las hojas 5 y 6 surgen los datos filiatorios de la adolescente C. B. B., nacida el día... de... de..., hija de H. S. B. y Y. P. B., y W. A. M., nacida el día... de... de..., hija de J. M. M. y Y. P. B.

3) Que mediante Auto N° 82 de fecha quince de octubre de dos mil veinte, este Juzgado Ratificó la medida excepcional adoptada por la Delegación UDER San Francisco en relación a W. A. M. y C. B. B. (hojas 34-37).

4) Que agregada la fundamentación técnica y jurídica de la Prórroga de la medida excepcional dispuesta por la autoridad de aplicación respecto de ambas menores de edad, y celebrada la audiencia prevista por el art. 56 de la Ley Provincial N° 9944, corresponde evaluar la legalidad de la misma y ratificar o rechazar la medida.

5) El informe técnico elaborado por el Equipo Técnico de la Delegación UDER San Francisco, suscripto por la Lic. Lorena Vanay, que corre agregado en las hojas 54-60 de este expediente, da cuenta de las acciones realizadas e informes recabados desde la toma de la medida excepcional, a saber: a) Entrevista telefónica con el señor J. M. M., quien se muestra verborrágico y niega en todo momento los hechos de los cuales se lo acusa, requiriendo el retorno de las niñas a su hogar; no se pudo entrevistar a la señora Y. P. B. porque no se encontraba en el domicilio. Se les indicó que inicien tratamiento psicológico ambos a los fines de realizar una evaluación psicodiagnóstica y el abordaje de modalidades vinculares (hoja 54 vta.); b) Entrevista telefónica con K. B. M., hermana de W. A. M., quien expresa que la niña se ha adaptado sin inconvenientes a la dinámica del grupo familiar, ya que mantenían una buena relación previamente, al igual que con su padre; desconoce los hechos que originaron la adopción de esta medida y de antecedentes similares previos; c) Entrevista telefónica con la tía paterna de C. B. B., señora I. M. B., quien expresa que la joven se adoptó sin inconvenientes a su hogar ya que con anterioridad, cuando falleció su padre, había permanecido allí; que conoce algunos aspectos de la disfuncionalidad del vínculo de la pareja J. M. M. y Y. P. B. y que no mantiene relación con ellos; que C. B. B. no ha expresado nada respecto de los hechos denunciados y que continúa manteniendo comunicación con sus hermanos; d) Informe del equipo técnico de Brinkmann en relación a la señora I. M. B. y su grupo familiar: la señora I. M. B. es tía paterna de C. B. B., V. y P., que vivían con su papá y abuela paterna hasta el fallecimiento del progenitor, ocurrido siete años atrás, los niños quedan al cuidado de la abuela y ella colabora en su crianza; la madre ya vivía en F. con su nueva pareja pero veía poco a los chicos, vivía en una casa chiquita, todo estaba desordenado y sucio, y la pareja y su familia toman mucho alcohol, hay violencia, él le pega, ella también grita, viven así desde siempre. Las niñas V. y C. B. B. regresan a vivir con la madre cuando

fallece la abuela paterna, permaneciendo P. con la tía I. M. B., pero V. solo permaneció unos meses y luego se fue a vivir con una tía a la ciudad de Córdoba; e) Informe del equipo técnico de D. en relación a la señora K. B. M. y su grupo familiar, donde destacan que W. A. M. se presentó en buen estado anímico, y mostró indicios de mantener un vínculo afectuoso con sus hermanas y resto del entorno familiar; f) Informe de la Trabajadora Social de F., quien visitó la nueva vivienda que ocupa la pareja, que se encuentra en mejores condiciones habitacionales que la anterior y posee los servicios básicos, el mobiliario se encuentra en condiciones óptimas y poseen un local comercial de productos alimenticios en la vivienda. Ambos comenzaron a asistir de manera particular a tratamiento psicológico; g) Informe de la Lic. S. respecto del abordaje realizado con ambos progenitores, quien concluye que "...dadas las características vinculares de esta pareja, donde se puede observar claramente que un sujeto anula al otro, se considera necesario un espacio de contención psicoeducativo para la señora Y. P. B. que brinde herramientas para poder pensarse como mamá y como persona, donde pueda trabajar su autovaloración y posibilidades vitales. La sumisión y la vincularidad con una pareja dominante no permiten que piense y discrimine situaciones, se alinea al discurso de su marido. Si bien su forma de comprender y procesar la información es concreta, en ausencia del señor J. M. M. puede pensar y sacar conclusiones propias cuando se la invita a reflexionar y se siente escuchada..." (hoja 57 vta.); h) Pericia psicológica a la niña W. A. M. efectuada por el Equipo Técnico judicial, ordenada por la Fiscalía interviniente, que concluye que "...no se ha obtenido un relato de la niña sobre los supuestos acontecimientos denunciados, careciendo del indicador específico de abuso sexual...", evidenciándose indicadores diagnósticos de "...carencia de sostén emocional, falta de límites y acompañamiento para un adecuado desarrollo psicomadurativo...", observando por último conductas de hiperalerta y sobresaltos en distintos momentos de la entrevista "... lo cual podría ser indicador de haber vivenciado de manera directa o indirecta situaciones de violencia...", no advirtiendo indicadores de daño psíquico; sugieren dar continuidad al tratamiento psicológico iniciado (hoja 58); i) Informe de la psicóloga que atiende a W. A. M., que es quien lleva adelante el proceso de revinculación de la niña con sus padres a través de llamadas telefónicas. Durante las llamadas, W. A. M. se muestra comunicativa, con interés en contarles lo que está haciendo y lo que vivenció en días anteriores, es respetuosa, cariñosa, atenta al otro, responde a lo solicitado con buen nivel de comprensión y expresión, habla con tonos suaves de manera tranquila. Su papá es quien habla la mayor parte de la llamada y guía la conversación con preguntas, solicitudes y recomendaciones, se muestra verborrágico y con dificultades para escuchar y respetar los tiempos de su hija en la conversación, y se le brindan recomendaciones al respecto. La conversación con su mamá gira en torno a los cuidados, alimentación, abrigo, cuidados que debe tener debido a la pandemia. W. A. M. le expresa sus deseos, pregunta sobre lo cotidiano de ellos. Sugiere continuar con tratamiento psicológico en su lugar de residencia si vuelve con sus padres; además de un seguimiento familiar y que ambos padres realicen tratamiento psicológico (hoja 59), y; j) Informe de la psicóloga que atiende a C. B. B., donde se ve en forma reiterada el pedido de la adolescente de volver a vivir con su mamá (hoja 59).

6) En definitiva, el equipo técnico del Órgano Administrativo considera que surgen de los informes aspectos relevantes respecto a las relaciones vinculares y familiares que deben ser abordadas, sumado a que el proceso de investigación que se originó a partir de la denuncia efectuada en contra del progenitor aún no se encuentra finalizado, por lo cual valoran oportuno solicitar la prórroga de la presente medida.

7) El informe que fundamenta legalmente la prórroga de la medida, suscripto por la Lic. Lorena Vanay y que luce agregado en las hojas 61-62, hace un análisis de las intervenciones realizadas y del informe técnico de la UDER San Francisco, que entiende que aún persisten las causas que dieron origen a la adopción de la medida, y fundamenta la necesidad de prorrogar la medida a los fines de que pueda concluir el proceso de investigación por parte de la Fiscalía interviniente, continuar con las medidas proteccionales en relación a los cuidados integrales y de salud de ambas niñas, fundamentalmente garantizando la continuidad del acompañamiento por parte del equipo técnico de cada localidad y del tratamiento psicológico de W. A. M., y que la progenitora pueda dar inicio a tratamiento psicológico a partir de la sugerencia de la profesional interviniente, a los fines de abordar las características vinculares de la pareja y rol materno. En definitiva solicita que en la etapa procesal oportuna se ratifique la prórroga de la medida excepcional adoptada, por ser ajustada a derecho según lo establecido por los artículos 48, 53, 56 y 57 de la Ley Provincial N° 9944.

8) Con fecha diecisiete de febrero de dos mil veintiuno (hojas 66-68) se celebra la audiencia prevista por el art. 56 de la Ley Provincial N° 9944. En el contacto directo y personal con la adolescente C. B. B., manifestó "...que sigue viviendo en Brinkmann con su tía, está 'más o menos' con su tía, extraña mucho a su mamá y quiere vivir con ella, con sus hermanos y su padrastro en F. Vive con su tío y su tía y su hermano P., está cómoda, habla con su mamá por teléfono, le dice que atiende el negocio, que ve la novela, se interesa por el colegio, cuando habla con su mamá la siente triste porque quiere estar con sus hijos, su mamá habla por teléfono con W. A. M.; J. M. M. y su mamá

están bien entre ellos. Que antes iba de la psicóloga pero dejó de ir por decisión suya, pero va a volver a ir porque quiere hacerlo. Tiene amigas, le gusta leer libros, a veces sale a caminar, le fue bien en el colegio el año pasado, el de F., pasó a año. Habla a veces con su hermana W. A. M., la última vez fue el finde pasado, la siente triste porque 'quiere estar con nosotras, con mamá y conmigo'. Necesita estar con su mamá y su padrastro, quiere y necesita volver a vivir con ellos...". Por su parte, la niña W. A. M. dijo que "...que vive en D. con su hermana K., le gusta vivir con K., tiene su lugar en la casa, mira la tele, juega con sus amiguitas J., C., K. y J. que son como sus primas. Pasó a primer grado en la Escuela de F., no sabe si va a empezar este año en D. Papá Noel le trajo una bicicleta hace un montón, K. le regaló un par de zapatillas con luces que tiene puestas. Habla con su mamá cuando va de la psicóloga E., le gusta ir ahí; le gustaría hablar con su papá, pero hace mucho que no habla con él, no la llama nunca, quiere hablar con su papá. Tiene ganas de volver con su papá y su mamá, 'muuuuchas ganas', 'los quiero, los amo' expresa...". La señora I. M. B. expresó "...que no está muy bien, tendría que operarse porque se le cortó el tendón, se le complica seguir teniendo a C. B. B., tendría que cambiar de colegio y no puede ni física ni económicamente, ya tiene a su cargo a su hermanito P. B., y se le complica mucho, no recibe asistencia económica de nadie. Que C. B. B. no da trabajo, es tranquila y pacífica, introvertida, está acostumbrada a vivir con ellos pero quiere vivir con su mamá. Ahora que se vieron, está pegada a su mamá, la extraña y quiere estar con ella. C. B. B. sufrió mucho cuando se separó de su mamá. Cree que la madre está en condiciones de cuidar a C. B. B., ella es ama de casa, y J. M. M. vende ropa, en una época tuvieron un carrito de hamburguesas y C. B. B. ayudaba. C. B. B. habla con la mamá todos los días, la llama la mamá la mayoría de las veces. Que con el padrastro habla muy poco. Cree que la madre de C. B. B. es una persona que necesita a alguien que la ayude, que la siga, J. M. M. es su guía. Cree que C. B. B. estaría bien con su mamá, que incluso podría ayudarla. C. B. B. también se comunica con su hermana W. A. M. telefónicamente, pero nunca están juntas físicamente, solo por teléfono. La psicóloga que atiende a C. B. B. se llama Y. P. En definitiva, cree que lo mejor, lo que haría más feliz a C. B. B., es volver con su mamá, es lo que más quiere. Para seguir teniéndola bajo su cuidado, tendría que hablar con su familia...". Asimismo, la señora K. B. M. expresó "...que W. A. M. le pide volver a F. para empezar el colegio, con sus amigas. Que ella depende de su abuela, que si fuera por ella sola quisiera seguir cuidando a W. A. M., pero depende económicamente de su abuela G. C., que viven en dos casas separadas pero comparten el patio abierto. Que actualmente hace uñas y vende cosas a pedido. Que la ve bien a W. A. M., pregunta mucho últimamente por Y. P. B. (así la llaman a la mamá) y por su papá, dos veces por semana hablan con W. A. M. en presencia de la psicóloga de W. A. M. que se llama J. W. A. M. tiene amigas, juega con la vecinita y con sus primas. Cree que su papá cambió, la llama seguido para preguntar por W. A. M., le pregunta si necesitan algo, le da dinero todos los meses para W. A. M. Le gustaría que W. A. M. empiece el colegio en F., ella pide permanentemente eso. Que su papá habla gritando, es su forma, pero con ella no fue violento, nunca vivió con él en F., desde que se separó de su mamá hace siete años, siempre vivió con su mamá...". Por su parte, el progenitor, señor J. M. M., manifiesta "...que no sabe por qué está acá...". Se le explica que el Juzgado debe ejercer el control de legalidad respecto de la prórroga de la medida excepcional adoptada por la Delegación UDER. El señor J. M. M. expresa "...que le hicieron la Cámara Gesell a su hija W. A. M. y dio negativo. Que el viernes pasado le realizaron la pericia psicológica a él, pero aún no están los resultados. Que quiere que le restituyan a su hija W. A. M. y a la hija de su mujer, C. B. B. Que en caso de no ser posible, ofrece como alternativa retirarse él de la vivienda, instalarse en la casa de su madre, para que ambas niñas puedan volver a vivir con la mamá.-

Hizo tratamiento psicológico con la Lic. S., él y su mujer, y les dijo que los veía bien, les dio el alta y les dijo que no quería sacarles más dinero...". Que él es quien trae el dinero a la casa todos los días. Que suplica que sus hijas vuelvan a casa, rompe en llantos, pide piedad, dice que nunca violentó a su señora ni a sus hijas, "...no les hicimos nada..." expresa. Que al menos solicita que le entreguen las niñas a la madre, él se retiraría del hogar, su señora está en condiciones de cuidar a las niñas, siempre y cuando no le falte el dinero.

Que él hizo tratamiento psicológico, se mudó a una casa más grande, le puso un almacén a su mujer para que lo atienda y tenga un ingreso propio, él se dedica a viajar por el campo y vender ropa al por mayor.-

El Dr. Gabriel Oliva, por su parte, solicitó "...el cese de la presente medida, que las niñas vuelvan al hogar de sus progenitores, y subsidiariamente, que se haga lugar a la propuesta del señor J. M. M. de retirarse del hogar para que las niñas puedan regresar con la madre. El señor J. M. M. acepta retirarse del hogar, acepta también que se le dicte un impedimento de contacto con sus hijas, y acepta un seguimiento de parte de la Delegación UDER y del Juzgado, incluso si tiene que volver al tratamiento psicológico, y se compromete en instalarse en la casa de su madre sita en calle ... de F. Que está dispuesto a aceptar todas esas condiciones para que las niñas regresen al hogar con la madre...".-

La progenitora, señora Y. P. B., expresó no saber el motivo de la audiencia, y luego de explicárselo, dijo "...

que tiene contacto telefónico con W. A. M. cuando va de la psicóloga, hablan de cómo está ella, de su día a día, W. A. M. le dice que los extraña, que quiere volver con ellos, que quiere ir a la escuela a F., pero tienen que cambiar de tema porque se angustian mucho. Con C. B. B. también hablan, y C. B. B. también quiere volver a vivir con ellos, dice que los extraña, que se aburre donde está viviendo. Que ella hizo tratamiento con una psicóloga S., y les dijo que no necesitaban más tratamiento, la psicóloga llevó el informe a Uder. Que ahora están viviendo ella y J. M. M. solos en la casa, la casa es grande, tiene tres habitaciones, un garaje, baño. Que en el garaje pusieron el almacén, lo atiende ella, mientras su marido va a vender ropa al campo. Que está de acuerdo con la propuesta efectuada por su esposo, de retirarse de la casa para que sus hijas regresen a la casa, que quiere que sus hijas regresen, no aguanta más, está en condiciones de cuidarlas...", mostrándose muy angustiada.

9) Corrida Vista al Representante Complementario, Dr. Lucio Sarnago, expresa que "...Que luego de escuchar a las partes y de haber tomado contacto directo y personal con las niñas, las que han manifestado su deseo expreso de volver a vivir con su madre a la que quieren y extrañan; teniendo en cuenta la propuesta efectuada por el señor J. M. M. de retirarse del hogar y aceptar y acatar las condiciones que se le impongan; teniendo en cuenta también las dificultades que se les presentan a las familiares que tienen a su cargo a las niñas y el próximo comienzo del ciclo lectivo, considera que sería beneficioso para las niñas reintegrarse al hogar de su madre, a su centro de vida, bajo la condición expresa del señor J. M. M. de no acercarse a la vivienda ni tener contacto con las niñas, y con la supervisión y control del equipo técnico local, para conocer cómo se desenvuelve la dinámica familiar y si las niñas se encuentran resguardadas junto a su progenitora, y si reciben los cuidados y atenciones necesarias por parte de su madre..." (hojas 67 y 68).

10) En la hoja 72 corre agregado un informe del Hospital Pediátrico del Niño Jesús de Córdoba de fecha 17 de abril de 2019, que fuera remitido a la Delegación UDER San Francisco en momentos en que la niña V. A. B. se encontraba internada en dicho nosocomio. El informe refiere entrevistas mantenidas con la niña, en la que relata con detalle situaciones de violencia de género hacia su madre Y. P. B. por parte de su pareja J. M. M. que ella presenció en reiteradas oportunidades mientras vivía en el domicilio.

11) En las hojas 76-78 se agregó copia de la pericia psicológica efectuada al señor J. M. M. en el marco de la investigación por la denuncia tramitada ante la Fiscalía de Tercer Turno de esta sede judicial. El informe concluye, en lo que aquí importa, que "...el señor J. M. M. presenta un discurso coherente, centrado en la angustia generada por la situación familiar y personal que atraviesa. Se observa que puede presentar cierta rigidez en sus juicios y tendencias impulsivas que podrían expresarse predominantemente por vía verbal infiriéndose un yo expansivo, que puede explicar sus rasgos omnipotentes y su tendencia a liderar y dirigir al grupo familiar de manera autoritaria. Dichas características de su personalidad podrían favorecer reacciones violentas ante situaciones de frustración o estrés...". Agrega que "...no presenta indicadores vinculados a distorsiones a nivel psicosexual que puedan predisponerlo a actuaciones desajustadas en dicha área. En su estado anímico actual predomina la angustia y el desconcierto, así como la necesidad de cumplimentar los pasos requeridos para recuperar la unidad del grupo familiar...".

12) Ingresando a la resolución del presente caso, debe tenerse presente que las medidas excepcionales dispuestas por la Se.N.A.F. —órgano de naturaleza administrativa sin facultades jurisdiccionales—, como así también la Prórroga de las mismas, deben ser controladas judicialmente para verificar que se haya dado cumplimiento a los principios jurídicos de oportunidad, proporcionalidad y eficiencia, y haya logrado eficacia o "efectividad" conforme lo establece el art. 11 de la Ley Provincial N° 9944.

13) En el marco del control de legalidad dispuesto por la Ley Provincial N° 9944 (arts. 48, 56 y 64 inc. "a"), el Juez debe verificar que se garanticen los derechos esenciales consagrados constitucionalmente y en las leyes nacionales y provinciales que regulan la materia, así como los pactos internacionales con rango constitucional.

14) En el presente caso se debe resolver sobre la prórroga de la medida excepcional en relación a la niña W. A. M. y a la adolescente C. B. B., lo que supone analizar si la continuidad de las estrategias de intervención por parte de la Se.N.A.F responde a la máxima satisfacción de derechos de los niños, niñas y adolescentes en el caso concreto. En dicha misión resulta central priorizar el "Interés Superior del Niño", en tanto representa una herramienta hermenéutica que obliga a los jueces y a las juezas a interpretar la circunstancias fácticas traídas a su consideración y resolviendo las mismas teniendo en miras la máxima satisfacción integral de derechos, analizado no en abstracto, sino en concreto en cada caso en particular.

15) Del análisis de las constancias de este expediente surge que se debió recurrir a la toma de una medida excepcional ante la sospecha de que las niñas serían víctimas de malos tratos e incluso de abuso sexual. Así pues, surgió la necesidad impostergable de retirar a W. A. M. y C. B. B. de su grupo familiar con la finalidad de preservar su integridad psicofísica mientras

se realizan las averiguaciones pertinentes por parte del Ministerio Público Fiscal. Fue necesario recurrir a alternativas familiares, hogares donde las niñas puedan encontrar un marco de estabilidad, contención, cuidado y protección, y donde se les garanticen sus derechos esenciales. Es así que fueron resguardadas dentro de su familia extensa, concretamente W. A. M. en el hogar de su hermana por línea paterna y C. B. B. en el hogar de su tía paterna (arts. 13, 14,17 18, 25 y concordantes de la Ley Provincial N° 9944). Es por ello que este Juzgado ratificó oportunamente dicha medida, considerando que la misma fue adecuada y oportuna.

16) Ahora bien, para resolver sobre la prórroga de la medida, debo analizar si la permanencia de las dos niñas en los hogares familiares donde se encuentran responde a la máxima satisfacción de derechos de las mismas en el caso concreto. En dicha misión resulta central priorizar el "Interés Superior del Niño", en tanto representa una herramienta hermenéutica que obliga a los jueces y a las juezas a interpretar la circunstancias fácticas traídas a su consideración y resolviendo las mismas teniendo en miras la máxima satisfacción integral de derechos, analizado no en abstracto, sino en concreto en cada caso en particular. Al respecto, la doctrina especializada señala que "...Se trata en definitiva de que el juez tenga en consideración todos y cada uno de los bienes necesarios para el desarrollo y la protección de ese sujeto de derechos, y eso solo será posible determinando qué le conviene en un momento determinado, en una circunstancia concreta y fundamentalmente teniendo a su vista el caso particular en análisis..." (Stella Maris Biocca, "Interés Superior del Niño", en Cecilia Grosman —Directora—, RDF, N° 30, Lexis Nexis, Bs. As., 2005, p. 23).

17) Siguiendo tal premisa, y luego de analizar todos los elementos probatorios incorporados a la causa, arribo a la conclusión —y con esto adelanto opinión— de que la niña W. A. M. y a la adolescente C. B. B. deben retornar a su centro de vida en la localidad de F. y a la convivencia con su progenitora Y. P. B., aceptando la propuesta efectuada por el señor J. M. M. en la audiencia celebrada en este Juzgado (hojas 66-68). Doy razones:

a) En primer lugar, el deseo expreso de ambas niñas y la necesidad de que mantengan contacto entre sí y con su progenitora, a la que extrañan sobremanera. Tanto W. A. M. como C. B. B. —especialmente la adolescente— han manifestado en las audiencias celebradas en el Juzgado, y también se lo han hecho saber a sus psicólogas tratantes, su deseo de volver a vivir con su mamá (hojas 24-25, 59 y 66-68). En este sentido, debemos recordar que el art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño garantiza el derecho del niño, niña y/o adolescente a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan, dándole en particular la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte. En consonancia, el art. 27 de la Ley Provincial N° 9944 establece el derecho de los niños, niñas y adolescentes a "...participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés...", y "...que sus opiniones san tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo...". Las niñas quieren volver a vivir con su madre, quieren volver a su pueblo, a su escuela, a sus amigos, y este deseo no puede soslayarse;

b) Los progenitores han manifestado su deseo de que las niñas retornen al hogar, y se han preparado para recibirlas: han mudado su residencia a una vivienda más grande, más cómoda, cuentan con los recursos para cubrir las necesidades básicas de sus hijas, han realizado tratamiento psicológico tal como se les indicó, y han cumplido con el proceso de revinculación en forma telefónica. Es cierto que existe una causa penal que se encuentra aún en etapa de investigación en relación al señor J. M. M. Por eso, es razonable la solicitud y la propuesta efectuada por el progenitor de retirarse del hogar familiar para que las niñas sean restituidas al mismo, para que puedan volver a convivir con la madre, en su casa, en su pueblo. El señor J. M. M. manifestó que acepta retirarse del hogar, no tener contacto con sus hijas y un seguimiento de parte de la Delegación UDER y de parte del Juzgado para que sus hijas puedan regresar al hogar familiar, a la convivencia con la progenitora. Dicha propuesta que fue aceptada también por la señora Y. P. B., madre de las niñas (hoja 67 y 67 vta.). Así pues, considero que no existe entonces impedimento alguno para que las niñas se reintegren a su centro de vida, bajo el cuidado de su progenitora, a quien no se le ha recriminado ningún tipo de actitud violenta hacia sus hijas, sino que por el contrario —tal como se desarrolla a continuación— fue víctima de violencia de género;

c) Quiero destacar en este punto la obligación asumida por el Estado Argentino de juzgar con perspectiva de género y, entonces, considero oportuno reseñar que de los informes agregados en autos, surge que la señora Y. P. B. sería víctima de violencia verbal e incluso física por parte de su pareja. Así pues, cuando la víctima es mujer y sufre violencia en razón de su género, se encuentra protegida por el Estado por pertenecer al colectivo de personas que cuentan con esta protección especial (cfr. "Convención sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer" o "Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women" o "CEDAW", aprobada por Ley N° 23.179, la "Convención de Belem Do Pará" o "Convención interamericana para prevenir sancionar y erradicar la violencia contra la mujer", aprobada por Ley N° 24.632, así como también nacionales a Ley N°

26.485 de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales y Ley Provincial N° 9283). Los informes psicológicos son contestes en afirmar que el señor J. M. M. es una persona dominante, con pensamiento rígido, con tendencia a liderar y dirigir al grupo familiar de manera autoritaria, con tendencia a anular al otro, y que esas características podrían derivar en reacciones violentas (hojas 56 vta. y 57 y 77 vta.). Entonces, es necesario brindarle a la señora Y. P. B. un espacio de contención y asistencia, donde pueda adquirir las herramientas necesarias para fortalecerse, donde pueda trabajar su autovaloración y autoestima, pensar por sí misma y sacar sus propias conclusiones, y sobre todo, para que pueda tomar real dimensión de situaciones que ha naturalizado. Pero nunca puede castigársela, sumándole a su ya angustiante situación, la imposibilidad de convivir con sus hijas;

d) Dificultades de la familia extensa para la permanencia de las niñas en sus hogares: en la última audiencia celebrada en este Juzgado, tanto la hermana de W. A. M. como la tía paterna de C. B. B., han manifestado que se les hace difícil continuar con el cuidado de las niñas, por cuestiones económicas, de salud, habitacionales entre otras, sobre todo teniendo en cuenta el inicio del ciclo lectivo. Todas estas razones resultan más que atendibles, teniendo en cuenta que estas familias están colaborando y haciéndose cargo de las niñas desde hace varios meses.

18) En síntesis, considero que la prórroga de la medida excepcional solicitada por el Órgano Administrativo no es adecuada, oportuna ni razonable, toda vez que no responde a las premisas y principios establecidos por la normativa vigente en materia de protección de derechos de los niños, niñas y adolescentes. Entiendo que la opinión de W. A. M. y C. B. B., los cambios proyectados por la progenitora y la propuesta superadora presentada por el padre resultan determinantes para resolver el presente caso. Incluso, tal como destaqué, corresponde juzgar con perspectiva de género y, en dicha misión, no puedo obviar que la progenitora que fue víctima de violencia familiar y de género, con lo cual, prorrogar la medida excepcional podría implicar una revictimización o victimización secundaria atento al "castigo" que está sufriendo por no tener a sus hijas viviendo con ella.

19) Finalmente, tomando en cuenta las personas involucradas en el presente proceso, en un todo conforme con las Reglas de Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad —conocidas como las "100 Reglas de Brasilia"—, que fueran aprobadas por la "XIV Cumbre Judicial Iberoamericana" (4 a 6 de marzo de 2008), la resolución tomada será adaptada y explicada en términos claros y sencillos (Reglas N° 72 y 78), como una forma más de garantizar el derecho de información y comprensión de los justiciables (arts. 18 y 42 CN). Solo así se logrará una justicia más abierta, más accesible a los usuarios del sistema judicial y a los ciudadanos en general (Cfr. Claudia A. Poblete - Pablo Fuenzalida González, "Una mirada al uso de lenguaje claro en el ámbito judicial latinoamericano", Revista de Llengua i Dret, Journal of Language and Law, 69 (junio 2018), ps. 119-138). Es que pensar en los destinatarios de las sentencias y tenerlos en cuenta a la hora de componer los textos es mostrar cortesía con el lector; es aplicar el concepto de empatía al trabajo discursivo y naturalmente ponerse en el lugar del otro (cfr. Leonardo Altamirano, "El lenguaje claro y la cortesía con el lector", Comercio y Justicia, 30/10/2020). En dicha misión, toda vez que "...El juez tiene la obligación de explicarse... No se trata solo de un derecho del usuario del servicio de justicia... El que desempeña una función pública debe hacer saber en forma clara los argumentos y razones que brinda para condenar o absolver..." (Guillermo D. González Zurro, "Sentencias en lenguaje claro", Thomson Reuters, LA LEY, 2018), utilizaré lenguaje comprensible para que W. A. M., C. B. B., sus progenitores y los guardadores hasta el dictado de la presente resolución comprendan mejor lo que se decidió.

Por las razones expuestas y normas legales mencionadas, teniendo en cuenta la opinión del Asesor de Niñez y Juventud y el "Interés Superior del Niño" consagrado en el art. 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño que tiene rango constitucional (art. 75, inc. 22 CN), art. 3° de la Ley Nacional N° 26.061, art. 3° de la Ley Provincial N° 9944, y en cumplimiento del control de legalidad dispuesto por el art. 56, ss. y ccdtes. de la referida norma local, resuelvo: 1) Rechazar la prórroga de la medida excepcional oportunamente adoptada por la Delegación Uder San Francisco dependiente de Se.N.A.F., en relación a la adolescente C. B. B., Documento Nacional de Identidad..., y en relación a la niña W. A. M., Documento Nacional de Identidad... 2) Ordenar el reintegro inmediato de las niñas a su centro de vida y a la convivencia con su madre señora Y. P. B., aceptando la propuesta efectuada por el señor J. M. M. en la audiencia ante este Juzgado. 3) Intimar al señor J. M. M. a dar estricto cumplimiento de su compromiso de retirarse de la vivienda familiar y no mantener contacto con las niñas hasta que se resuelva la causa penal que se instruye en la Fiscalía de Tercer Turno de esta sede judicial. 4) Intimar a los progenitores a continuar con sus abordajes terapéuticos, como así también a que sus hijas C. B. B. y W. A. M. continúen sus tratamientos psicológicos. 5) Instar a la Delegación Uder a continuar trabajando en el fortalecimiento familiar a través de los programas que considere adecuados, y a realizar un seguimiento del grupo familiar, en especial en lo atinente a la continuidad de los tratamientos psicológicos y a la es-

colaridad de las menores. 6) Lenguaje comprensible para C. B. B. y W. A. M.: "Mi nombre es Andrés, soy Juez, y más allá de las veces que nos hemos visto personalmente, me dirijo a ustedes C. y W. para hacerles saber que mi tarea es controlar que las medidas que toma la Delegación Uder sean correctas y en beneficio de los niños, niñas y adolescentes. Quiero decirles que no estoy de acuerdo con la decisión tomada por la Delegación Uder para que permanezcan con las familias que los han cuidado durante todo este tiempo, sino que considero que ya es tiempo de que regresen a vivir con su mamá. En primer lugar, porque ustedes así lo desean y me lo han dicho más de una vez y, en segundo lugar, porque su mamá también así lo desea y ha aceptado que su papá se retire de la casa por un tiempo, para que vivan ustedes tres solas, en la nueva casa, donde tienen más lugar y más comodidades, y así podrán volver a sus escuelas y a sus amigos. Les pido que estudien, hagan caso a su mamá y continúen sus tratamientos psicológicos. Cualquier duda, pueden hablar en todo momento con el Dr. Lucio que trabaja en la Asesoría de San Francisco, sin perjuicio que quieran comunicarse conmigo, con Amelia o con Alicia (Dante Agodino N° 52, Segundo Piso, San Francisco, Provincia de Córdoba; mail: juzvfasecvf-sf@justiciacordoba.gob.ar; teléfono: 03564-475000, internos 71082-71085). Estoy a disposición para explicarles cualquier duda que tengan". 7) Lenguaje comprensible para Y. P. B. y J. M. M.: "Mi nombre es Andrés, soy Juez, y más allá de las veces que nos hemos visto personalmente, ya les expliqué que mi trabajo es controlar que las medidas que toma la Delegación Uder sean correctas y en beneficio de los niños, niñas y adolescentes. Quiero decirles que no estoy de acuerdo con la decisión de Uder de que sus hijas permanezcan más tiempo con los familiares que las cuidan. Creo que el compromiso de J. M. de retirarse de la casa resulta suficiente para que C. y W. puedan volver al hogar a vivir con su mamá, a la que extrañan mucho. A ambos les pido que continúen con sus tratamientos psicológicos, ya que les serán muy útiles para llevarse mejor y tener una relación más sana, más armoniosa, tanto de pareja como con sus hijos. Cualquier duda, pueden hablar conmigo en todo momento, con Amelia o con Alicia (Dante Agodino N° 52, Segundo Piso, San Francisco, Provincia de Córdoba; mail: juzvfasecvf-sf@justiciacordoba.gob.ar; teléfono: 03564-475000, internos 71082-71085). Estoy a disposición para explicarles cualquier duda que tengan". 8) Lenguaje comprensible para K. B. M. e I. M. B.: "Mi nombre es Andrés, soy Juez, y quiero agradecerles especialmente K. e I. por todo lo que hicieron en este tiempo. Sabemos del amor que sienten por C. y W., amor que se expresó en dedicación, atención y demás cuidados que requieren los niños y adolescentes. Mi tarea es controlar que las medidas que toma la Delegación Uder sean correctas y en beneficio de los niños, niñas y adolescentes. Sin embargo, creo que llegó el momento que C. y W. vuelvan con su mamá porque ellas expresamente me lo pidieron, y porque el papá accedió a retirarse por un tiempo de la casa. C. y W. tienen derecho a vivir con su mamá, quién les dio la vida y a quién reconocen como tal y aman. Esto no implica que Uds. no puedan ver a C. y W. o que pierdan todo tipo de contacto. Al contrario. Se trata de sumar afectos, y en dicho objetivo, no tenemos dudas que Uds. seguirán brindando amor y cariño a C. y W., ya que son familia ayer, hoy y siempre. Cualquier duda, pueden hablar en todo momento conmigo, con Amelia o con Alicia (Dante Agodino N° 52, Segundo Piso, San Francisco, Provincia de Córdoba; mail: juzvfasecvf-sf@justiciacordoba.gob.ar; teléfono: 03564-475000, internos 71082-71085). Les reitero mi agradecimiento por los cuidados que brindaron a C. y W. durante este tiempo. Estoy a disposición para explicarles cualquier duda que tengan".- Protocolícese, notifíquese, ofíciese, hágase saber y dése copia. — *Andrés E. Peretti.*

Sistema de protección integral de la niñez: control de legalidad

Rechazo de la prórroga de la medida excepcional de protección de derechos

Leticia Ayelén Menéndez (*)

Sumario: I. Introducción.— II. El fallo en comentario.— III. Análisis de los fundamentos de la decisión.— IV. Lenguaje claro y sencillo. Principio de inmediación.— V. Reflexiones finales.

I. Introducción

La protección integral de la niñez en el sistema jurídico argentino encuentra su reconocimiento fundamentalmente en la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por la Argentina por ley 23.849 en el año 1990 y con jerarquía constitucional a partir del año 1994 (art. 75, inc. 22, CN); a nivel nacional, en la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes; y específicamente, en la provincia de Córdoba, en la ley 9944 **(1)** de Promoción y Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.

Cabe mencionar que la ley provincial 9944 procuró receptar las previsiones de la ley nacional 26.061, cuerpo normativo que produjo un cambio de paradigma en el abordaje de la problemática de niños, niñas y adolescentes, tanto desde la perspectiva organizacional como procedimental. En ese sentido, quedó bajo la órbita del Poder Ejecutivo todo el tratamiento de las situaciones de vulneración de derechos de la niñez. Inclusive la adopción de las llamadas medidas excepcionales de protección de derechos, que autorizan en último término la separación del niño de su grupo familiar, reservándole solo respecto de estas últimas la revisión automática al Poder Judicial.

Es dable destacar que "El control de legalidad es una garantía para la defensa de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que implica un examen formal y material de la legalidad (y constitucionalidad) de las acciones llevadas a cabo por el órgano de aplicación de la ley 9944 en el marco de una medida excepcional, y que otorga facultad al Poder Judicial para ratificar o rechazar la medida adoptada por aquel, en orden a una real y efectiva protección de los derechos fundamentales de la niñez" **(2)**.

En el fallo a examinar, el juez analiza si la prórroga de la medida excepcional de protección de derechos, dictada por el órgano administrativo, reúne los criterios de oportunidad, proporcionalidad, eficiencia y efectividad, conforme a los principios establecidos por la normativa vigente en materia de protección de derechos de los niños, niñas y adolescentes.

(*) Abogada (UNC); especialista en Derecho de Familia, UNC; prosecretaria letrada del Juzgado de Niñez, Adolescencia, Violencia Familiar y de Género de Primera Nominación, Poder Judicial de Córdoba.

(1) Sanc. 04/05/2011. Adhesión de la Provincia de Córdoba a la ley nacional 26.061 mediante ley 9396.

(2) Juzg. de Niñez, Adol., Viol. Fliar. y de Género Córdoba, Prov. de Cba., 28/03/2018, "C., L. N. – C., A. E. - control de legalidad (ley 9944 - art. 56)", auto nro. 1, *Revista Familia & Niñez*, vol. 169, 2018, ps. 7733-7745.

II. El fallo en comentario

El caso que se analiza fue dictado por el Juzgado de Niñez, Juventud, Violencia Familiar y de Género y Penal Juvenil de la ciudad de San Francisco, Provincia de Córdoba, con fecha 04/03/2021, en el marco de un proceso de control de legalidad de una medida excepcional de protección de derechos adoptada por la Unidad de Desarrollo Regional (UDER) de esa localidad, dependiente de la Secretaría de Niñez, Adolescencia y Familia (SeNAF), con relación a una niña y a una adolescente, hermanas entre sí, quienes fueron alojadas en hogares de distintas alternativas familiares que asumieron su cuidado.

La medida excepcional, cuya comunicación dio origen a las actuaciones judiciales, fue adoptada por el órgano administrativo ante la sospecha de que las niñas eran víctimas de malos tratos e incluso de abuso sexual. El juzgado ratificó oportunamente dicha medida, en consideración a que fue dictada en beneficio de las niñas y resultó adecuada y oportuna.

Posteriormente, la SeNAF comunicó la prórroga de la medida excepcional, quedando también esta decisión, sujeta al debido control de legalidad por el juez de la causa. En dicha oportunidad, debió observar si la permanencia de las dos niñas en los hogares familiares donde se encontraban, respondía a la máxima satisfacción integral de sus derechos. Luego de analizar todos los elementos probatorios incorporados en la causa, rechazó la prórroga de la medida excepcional solicitada por el órgano administrativo, argumentando que no resultaba adecuada, oportuna ni razonable, toda vez que no respondía a las premisas y principios establecidos por la normativa vigente en materia de protección de derechos de los niños, niñas y adolescentes. Y ordenó el reintegro inmediato de las niñas a su centro de vida, aceptando la propuesta formulada por el progenitor de retirarse de la vivienda y no mantener contacto con las niñas hasta que se resolviera la causa penal en etapa de investigación.

Entre los argumentos de la decisión, el juez ponderó el derecho de las niñas a ser oídas y a que su opinión sea tenida en cuenta, en consideración primordial a su interés superior; las estrategias desplegadas por el órgano administrativo con el grupo familiar, en especial con la progenitora y los cambios proyectados por ella; la importancia de juzgar con perspectiva de género; la propuesta superadora del progenitor de retirarse del hogar y no mantener contacto con las niñas hasta que se resuelva la causa penal instruida en su contra; como así también, destacó la importancia de un lenguaje comprensible en el dictado de la resolución, para que las niñas, sus progenitores y los guardadores comprendieran mejor lo que se decidió.

III. Análisis de los fundamentos de la decisión

III.1. Criterios de oportunidad, proporcionalidad, eficiencia y efectividad

Tal como lo deja plasmado el juez en la causa, las medidas excepcionales de protección de derechos dispuestas por la SeNAF —órgano de naturaleza administrativa sin facultades jurisdiccionales—, como así también la prórroga de dichas medidas, deben ser controladas judicialmente para verificar que se haya dado cumplimiento a los principios jurídicos de oportunidad, proporcionalidad y eficiencia, y haya logrado efectividad conforme lo establece el art. 11 de la ley provincial 9944. Por su parte, es necesario verificar que se garanticen los derechos esenciales consagrados constitucionalmente y en las leyes nacionales y provinciales que regulan la materia, como los pactos internacionales con rango constitucional.

En el caso, luego de controlar la legalidad de la medida excepcional dispuesta, en cumplimiento de las garantías mínimas de procedimiento, de acuerdo con lo establecido en el art. 31 de la ley 9944, el juzgado la ratificó, concluyendo que fue adecuada y oportuna. Consideró que se debió recurrir a dicha medida ante la sospecha de que las niñas serían víctimas de malos tratos e incluso de abuso sexual, surgiendo la necesidad impostergable de retirarlas de su grupo familiar a los fines de la preservación de sus derechos, apelando a alternativas familiares en cumplimiento de lo preceptuado por el art. 49 de la ley 9944. Es así que fueron resguardadas dentro de su familia extensa, una de ellas en el hogar de una hermana por línea paterna y la otra en el hogar de una tía paterna.

En este marco, para resolver acerca de la prórroga de la medida adoptada, el juez debe analizar si esta ha sido dispuesta en legal forma y si no se han modificado las circunstancias que dieron origen al establecimiento de la medida excepcional. Y esto debido a que, una vez adoptada la medida, "para evaluar si es necesario prorrogar o no dicha medida, resulta pertinente que la autoridad administrativa realice un exhaustivo seguimiento y fortalecimiento del grupo familiar o comunidad en los cuales cabría reinsertar al niño excluido, cuyo resultado deberá comunicar al juez interviniente mediante los informes pertinentes" **(3)**.

Del informe que fundamentó legalmente la prórroga de la medida resaltó que aún persistían las causas que habían dado origen a la adopción de la medida y fundamentó la necesidad de prórroga con la finalidad de que pudiera concluir el proceso de investigación penal llevado adelante en contra del progenitor, que se pudiera continuar con las medidas de protección a los cuidados integrales y a la salud de ambas niñas, garantizándose la continuidad del acompañamiento por parte de los equipos técnicos intervinientes, los tratamientos psicológicos de las niñas y que la progenitora pudiera abordar en tratamiento psicológico las características vinculares con su pareja y el rol materno.

La niña W. A. M. y la adolescente C. B. B. fueron escuchadas y expresaron en audiencia, como también a sus psicólogas tratantes, su deseo de volver a vivir con su mamá. Los progenitores manifestaron su voluntad de que las niñas retornen al hogar y se prepararon para recibirlas, mudaron su residencia a una vivienda más grande, contando con los recursos necesarios para atender a las necesidades de las niñas, realizaron tratamiento psicológico y cumplieron con el proceso de revinculación en forma telefónica tal como se les indicó. Si bien la causa penal existente en contra del progenitor de W. A. M. continuaba en proceso de investigación, este formuló la propuesta de retirarse de la casa para que las niñas volvieran a convivir con la progenitora, lo que fue aceptado por esta última. Respecto de la progenitora de las niñas, no se recriminó en su contra ningún tipo de actitud violenta hacia sus hijas, sino más bien, se ha podido detectar a través de los informes agregados a la causa que había sido víctima de violencia de género por parte de su pareja.

Luego de escuchar a todas las partes intervinientes en el caso, esto es, las niñas, los progenitores, la familia extensa y al asesor interviniente en calidad de representante complementario, y de analizar todos los elementos probatorios, el juez consideró que la prórroga de la medida excepcional solicitada por el órgano administrativo no era adecuada, oportuna ni razonable y resolvió rechazarla, ordenando el reintegro inmediato de ambas niñas a su centro de vida en su localidad y a la convivencia con su progenitora, aceptando la propuesta efectuada por el progenitor en oportunidad de audiencia ante el juzgado.

III.2. Interés superior del niño

Desde un sector destacado de la doctrina se señala: "La CS ha considerado que el concepto de ISN es abierto, en consiguiente, el Poder Judicial debe precisarlo al momento de resolver. Esto implica valorar las circunstancias del caso concreto con parámetros aceptados por la jurisprudencia y la doctrina así como tener en cuenta la información suministrada por otras disciplinas (...) La adopción de medidas judiciales a fin de preservar el ISN deben justificarse en el análisis del caso concreto" **(4)**.

Este principio, reconocido en la Convención sobre los Derechos del Niño en su art. 3º y resaltada en la obs. gral. 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (2013) del Comité de los Derechos del Niño, ha sido también contemplado en el art. 706 inc. c), del Cód. Civ. y Com., en cuanto dispone que la decisión que se dicte en los procesos en que estén involucrados niños, niñas o adolescentes, debe tener en cuenta su interés superior. A su vez, la ley nacional 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Ni-

(3) GIL DOMÍNGUEZ, A. – FAMÁ, M. V. – HERRERA, M., "Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes. Derecho Constitucional de Familia", Ed. Ediar, Buenos Aires, 2012, p. 573.

(4) BELOFF, M. – DEYMONNAZ, V. – FREEDMAN, D. – HERRERA, M. – TERRAGNI, M., "Convención sobre los Derechos del Niño. Comentada, anotada y concordada", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2012, ps. 44-45.

ñas, Niños y Adolescentes en su art. 3º, entiende por interés superior de los niños la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en ella, debiéndose respetar: a) su condición de sujeto de derecho; b) el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y a que su opinión sea tenida en cuenta; c) el respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; e) el equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; y f) su centro de vida, entendiendo por tal el lugar donde hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia. Además, es reconocido en la ley 9944 de Promoción y Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes de la provincia de Córdoba.

Sobre el punto, se coincide con el análisis realizado por el juzgador. En este sentido, consideró que, para resolver sobre la prórroga de la medida, debía analizar si la permanencia de las dos niñas en los hogares familiares donde se encontraban respondía a la máxima satisfacción de sus derechos. Y sostuvo que, en tal misión, resultaba central priorizar el "interés superior del niño"; en tanto representa una herramienta hermenéutica que obliga a los jueces y a las juezas a interpretar circunstancias fácticas traídas a su consideración y resolviendo estas teniendo en miras la máxima satisfacción integral de derechos, analizando no en abstracto, sino en concreto en cada caso particular.

En el fallo en análisis, se escuchó a las niñas, quienes manifestaron su deseo expreso de regresar a vivir con su madre; se valoraron los informes de las psicólogas que las asistía, como así también de la psicóloga que realizó el abordaje con ambos progenitores; se tuvo en cuenta la propuesta formulada por el progenitor de retirarse de la vivienda hasta que se resolviera la causa penal tramitada en su contra; se valoró el resultado de la pericia psicológica efectuada al mismo en sede penal como así también la pericia psicológica ordenada por la Fiscalía a la niña W. A. M., en las cuales no se detectaron indicadores de abuso sexual; se contemplaron las opiniones de los familiares que tenían bajo su cuidado a las niñas y las dificultades expresadas por ellos en oportunidad de audiencia, para continuar a cargo de su cuidado; como así también se tuvo en cuenta la proximidad del comienzo del ciclo lectivo y la opinión de las niñas sobre este asunto, quienes refirieron además de querer volver a vivir con su madre, volver a su pueblo, a su escuela, a sus amigos. En este contexto, el juzgador entendió que, en el caso concreto, este deseo no podía soslayarse y que el rechazo de la medida excepcional y el reintegro a su centro de vida era lo que mejor atendía al interés superior de W. A. M. y de C. B.B.

III.3. El derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta. Inmediación

Siguiendo estos lineamientos, toda medida que se adopte en nombre de un niño o niña debe respetar su interés superior. Por su parte, para poder aplicar correctamente este principio, es fundamental escuchar a los niños en los asuntos que les conciernen. La Convención sobre los Derechos del Niño establece en su art. 12 el derecho del niño a ser oído, reconociéndole el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan, teniéndose en cuenta sus opiniones, en razón de su edad y madurez; como así también le reconoce el derecho de ser escuchado en todo asunto judicial o administrativo que lo afecte. Las leyes 26.061 y 9944, en sus respectivos arts. 27, precisaron este derecho, estableciendo a su vez las garantías mínimas en los procesos judiciales y administrativos.

El Comité de los Derechos del Niño en su obs. gral. 12 (2009), ha señalado el art. 12 como uno de los cuatro principios generales de la Convención, junto con el derecho a la no discriminación, el derecho a la vida y el desarrollo y la consideración del interés superior del niño. De esta forma, estamos en condiciones de afirmar, que el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta, se reconoce como un derecho humano fundamental. Así lo ha sostenido la Cámara Civil y Comercial de Zárate-Campana de la provincia de Buenos Aires cuando señaló que "emitir un pronunciamiento judicial sin conocer y oír previamente al niño involucrado, importa auspiciar su cosificación y —por tanto— constituye una clara vulneración de sus derechos humanos básicos, situación procesal que quita todo sentido y eficacia

a cualquier decisión judicial que se adopte a su respecto" **(5)**.

En el caso analizado, el juez, en cumplimiento del principio de inmediación que rige en la materia, tuvo contacto directo y personal con las niñas en oportunidad de celebrarse la audiencia prevista en el art. 56 de la ley provincial 9944. En esa oportunidad la adolescente C. B. B. manifestó que extrañaba mucho a su mamá y que quería vivir con ella, con sus hermanos y su padrastro, en su pueblo. También refirió que hablaba a veces por teléfono con su hermana W. A. M. y que la sentía triste porque la niña quería estar con su mamá y con ella. Asimismo, refirió que necesitaba estar con su mamá y su padrastro, que quería y necesitaba volver a vivir con ellos. Por su parte, la niña W. A. M. dijo que hablaba con su mamá cuando concurría de la psicóloga, que le gustaba ir allí, que quería hablar con su papá y que tenía muchas ganas de volver a vivir con su papá y su mamá, expresando quererlos y amarlos. Observamos cómo en el caso, se han respetado los lineamientos definidos por la Convención y receptados en las leyes 26.061 y 9944, en cuanto a este derecho, habiendo analizado el magistrado a la hora de resolver la opinión de las niñas, juntamente con los demás criterios valorativos. Cabe resaltar entonces, la importancia que representa el hecho de que si el niño o la niña es capaz de formarse un juicio propio de manera razonable e independiente, el encargado de adoptar las decisiones que le conciernan tenga en cuenta sus opiniones como factor destacado en la resolución.

III.4. Tutela judicial efectiva. Centro de vida

El juez de la causa consideró que no existía impedimento alguno para que las niñas se reintegraran a su centro de vida, bajo el cuidado de su progenitora, a quien no se le ha recriminado ningún tipo de actitud violenta hacia sus hijas, sino que, por el contrario, pudo advertirse que fue víctima de violencia de género, lo que la llevó a naturalizar modalidades vinculares dominantes por parte de su pareja, anulándose su posibilidad de pensar y discriminar situaciones sin alinearse al discurso de su pareja, que la llevaron a descuidar su rol materno. Cuestiones estas que fueron abordadas a través de un proceso psicoterapéutico por ambos progenitores.

Ante la existencia de una causa penal en etapa de investigación, el magistrado encontró razonable y acertada la propuesta efectuada por el progenitor de retirarse del hogar familiar para que las niñas fueran restituidas al mismo, para que pudieran volver a convivir con la madre, en su casa, en su pueblo. Vemos así, cómo se ha respetado el derecho de las niñas a su centro de vida, concepto definido en la ley 26.061 como el lugar donde los niños hubieran transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia, en ejercicio de una tutela judicial efectiva.

Según se desprende de las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad **(6)**, la tutela judicial efectiva "requiere de todos los operadores jurídicos un compromiso y rol activo en la adopción de soluciones que resguarden los derechos de las personas que como correlato de ciertas características o circunstancias componen grupos en situación de vulnerabilidad y, en consecuencia, conllevan una obligación mayor para quienes detentan la magistratura en el dictado de resoluciones que aseguren de manera efectiva los derechos fundamentales de los sujetos involucrados" **(7)**. Lo cual, entiendo, ha quedado plasmado en este caso por parte del órgano jurisdiccional.

III.5. Perspectiva de género a la hora de resolver

Dedica el fallo un apartado especial destinado a explicar esta labor, la de fallar con perspectiva de género. Sobre este punto, señaló que, de los informes incorporados en la causa, se pudo

(5) CCiv. y Com. Zárate-Campana, 16/10/2014, "S. P. M. s/ abrigo", *Revista Familia & Niñez*, vol. 129, 2015, ps. 4328-4331.

(6) Las Reglas de Brasilia fueron aprobadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana en Brasilia en marzo de 2008; aprobadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en el año 2009; actualizadas por la Asamblea Plenaria de la XIX edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, en abril de 2018, en Quito-Ecuador. Consagran estándares básicos para garantizar el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.

(7) Cit. en VIEITES, M. S., "Sistema de Protección Integral de la Mujer, la Niñez y la Adolescencia. Visión doctrinaria y jurisprudencial", Ed. Nuevo Enfoque Jurídico, Córdoba, 2020, ps. 108-109.

concluir que la progenitora de las niñas era víctima de violencia verbal, e incluso física, por parte de su pareja, quien presentaba un pensamiento rígido, con tendencia a liderar y dirigir el grupo familiar de manera autoritaria, con tendencia a anular al otro, y que esas características podrían derivar en reacciones violentas.

Destacó que, ante esa situación, al encontrarse frente a una víctima mujer que sufre violencia de género, no puede perderse de vista que ella se encuentra protegida por el Estado, por pertenecer al colectivo de personas que cuentan con una protección especial, en virtud de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW); la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Pará); la ley nacional 26.485 de Protección Integral a las Mujeres y la ley provincial 9283 de Violencia Familiar. Cabe mencionar que, en la provincia de Córdoba, la ley 10.401 sobre Protección Integral a las Víctimas de Violencia, a la Mujer por Cuestiones de Género, en adhesión a la ley nacional 26.485, remite en su aplicación a la ley provincial 9283 de Violencia Familiar, para los supuestos de violencia hacia las mujeres por cuestiones de género en la modalidad doméstica. Es en este supuesto en donde se enmarcó la situación de la progenitora de las niñas.

En este marco, la recomend. gral. 19 de CEDAW sostiene que "la violencia en la familia es una de las formas más insidiosas de la violencia contra la mujer. Existe en todas las sociedades. En las relaciones familiares, se somete a las mujeres de cualquier edad a violencia de todo tipo (...). La falta de independencia económica obliga a muchas mujeres a mantenerse en relaciones violentas. La negación de sus responsabilidades familiares por parte de los hombres puede representar una forma de violencia y coerción. Esta violencia compromete la salud de la mujer y entorpece su capacidad para participar en la vida familiar y en la vida pública en condiciones de igualdad" **(8)**.

Es así cómo, a la hora de resolver, se ponderaron los elementos probatorios arribados a la causa y se llegó a la conclusión de que, si bien la señora Y. P. B. necesitaba de un espacio de contención y de asistencia donde pudiera adquirir las herramientas necesarias para fortalecerse, pensar por sí misma y tomar real dimensión de las situaciones vividas y naturalizadas, jamás podría castigársela, sumándole a su ya angustiante situación, la imposibilidad de convivir con sus hijas. En este sentido, prorrogar la medida excepcional podría haber derivado en una victimización secundaria. Con relación a este tema, las Reglas de Brasilia establecen que se procurará que el daño sufrido por la víctima del delito, no se vea incrementado como consecuencia de su contacto con el sistema judicial y a su vez, el Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belem do Pará sostiene que "la revictimización secundaria conlleva consecuencias psicológicas, sociales, jurídicas y económicas negativas, que afectan además negativamente las relaciones de la víctima con su comunidad, los profesionales y las instituciones para dar respuesta a sus necesidades" **(9)**.

IV. Lenguaje claro y sencillo. Principio de inmediación

En el fallo comentado, observamos que el juez al momento de resolver, tomando en consideración lo que establecen las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad (reglas 72 y 78), dedica un párrafo a cada una de las partes involucradas en el proceso, explicándole con un lenguaje comprensible, claro y sencillo la resolución adoptada, a cada destinatario.

Podemos observar cómo en este punto adquiere especial relevancia el principio de inmediación aplicado durante el proceso. De este modo, ha podido el magistrado en su resolución dirigirse directamente a cada uno de los participantes involucrados, llamándolos por su nombre, pero sin dejar de mencionar las veces que se habían visto personalmente. Y en esta cercanía, a su vez, poniéndose a disposición de cada uno de ellos, para que se comuniquen en todo momento, ante cualquier duda. No solo coincidimos con este modelo de resolución, sino que

(8) CEDAW, Violencia contra la Mujer, recomend. gral. 19 (11º período de sesiones, 1992), párr. 23.

(9) MESECVI, "Declaración sobre la Violencia contra las Mujeres, Niñas y Adolescentes y sus Derechos Sexuales y Reproductivos", 19/09/2014.

sostenemos que en todos los procesos judiciales donde se abordan situaciones de personas en condiciones de vulnerabilidad, como es el caso de los controles de legalidad de las medidas excepcionales de protección de derechos respecto de niñas, niños y adolescentes, todos los servidores y operadores de la labor judicial debemos realizar un esfuerzo aún mayor por contemplar y garantizar en cada caso particular, un tratamiento cercano con las partes, que nos permita conocer sus rostros, escuchar sus peticiones, evacuar sus dudas y alcanzar una mayor interacción, en aras de lograr una justicia que proteja a los más débiles.

V. Reflexiones finales

Las medidas excepcionales de protección de derechos reguladas en el Sistema de Protección Integral de los Niños, Niñas y Adolescentes se caracterizan por su carácter temporal. Son excepcionales, subsidiarias y por el más breve lapso posible, dado que habilitan una forma convivencial alternativa a la del grupo familiar de origen, fundándose en situaciones de gravedad.

Dadas la naturaleza y la trascendencia que presentan en la vida de los niños, son de aplicación restrictiva, y una vez adoptadas, deben propiciarse todas las medidas necesarias —administrativas y judiciales— para asegurar, recuperar y resguardar a los niños sus derechos esenciales. Con ello también, debe promoverse al fortalecimiento del grupo familiar, con la finalidad de alcanzar el retorno del niño o niña a su grupo familiar de origen, considerándose en forma primordial su interés superior, en cada caso en particular.

Este caso constituye un claro ejemplo del respeto al derecho de las niñas a su interés superior, señalando el magistrado en cuáles criterios ha basado su decisión y cómo se han ponderado esos intereses frente a otras consideraciones. Sostener en el tiempo la medida excepcional, aunque no hubiera sido mucho más ese tiempo, implicaba mantener a las niñas alejadas de su centro de vida, en una localidad diferente a la suya, lejos de sus escuelas, sus amigos, sus lugares de encuentro, lo que claramente no atendía a la máxima satisfacción de sus derechos en este caso en particular.

No puede perderse de vista que la dimensión temporal de los procedimientos, en general, y en especial los relacionados con la realización del derecho a la vida familiar de niños y niñas, constituye una auténtica cuestión de derechos humanos, tal como ha sido asumido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Fornerón e hija c. Argentina", mediante sentencia de fecha 27/04/2012.

Por último, es dable destacar que la resolución no solo se limita al rechazo de la prórroga de la medida dispuesta y al reintegro inmediato de las niñas a su centro vida, intimando al progenitor al estricto cumplimiento de su compromiso de retirarse provisoriamente de la vivienda familiar y no mantener contacto con las niñas, sino que completa su tratamiento el juzgador, con dos señalamientos muy importantes. Por un lado, intima a los progenitores a continuar con sus abordajes terapéuticos como así también a garantizar el de sus hijas y por el otro, insta al organismo administrativo a continuar trabajando en el fortalecimiento familiar a través de los programas adecuados y a realizar un seguimiento del grupo familiar. Como vemos, todo ello en un claro respeto a la normativa convencional, nacional y provincial en la materia.

VIOLENCIA OBSTÉTRICA

Historia clínica con datos falsos. Violación al deber de información. Consentimiento informado. Derecho a un parto humanizado.

Con nota de Soledad Deza

1. — La mujer no fue debidamente informada respecto a su situación de salud contrariándose el art. 2°, inc c y e, ley 25.929, siendo que es un derecho esencial estar al corriente de la delicada situación de salud de sí misma y el embarazo que cursaba, no se le explicó las razones de algunos de sus síntomas, por caso los "movimientos" que ella sentía en su vientre y que la predisponían a vincular tales movimiento con la viabilidad del embarazo que cursaba.

2. — La mujer no fue debidamente informada respecto a quién fue el profesional que la asistió, contrariándose el art. 2°, inc b ley 25.929. No se puede pensar en un trato personalizado desconociendo quién fue el/la profesional que la asiste.

3. — La mujer no fue informada sobre las alternativas de intervenciones médicas que pudieren tener lugar en el delicado proceso que le atravesaba contrariando el art. 2°, inc a, ley 25.929. Como consecuencia de desconocer detalladamente su situación de salud, careciendo de tal Información Sanitaria, mal podía ser informada a los fines de las alternativas terapéuticas disponibles para transitar dicho proceso. Los profesionales tratantes, decidieron por ella y sobre ella, reduciéndola a un objeto de tratamiento y, por lo tanto, reificándola.

4. — La mujer se encontró con un desenlace no asumido emocional ni racionalmente, por no haber sido acompañada en su singularidad, como lo indica el art. 2°, inc b, ley 25.929. Una información adecuada a esta paciente hubiera permitido incorporar, cognitivamente, los hechos que afrontaba, y, con el debido acompañamiento afectivo y terapéutico, asumir desde otro lugar el desgarro de su pérdida.

5. — La mujer no contó con el acompañamiento, durante la totalidad del parto, de una persona de su confianza como le garantiza el art. 2°, inc g, ley 25.929. En el momento más crítico de su situación, no solamente se encontraba carente de acompañamiento profesional, sino que se le indicó a quienes la acompañaban rotativamente, que se retiraran.

6. — La mujer no recibió copia de su historia clínica en tiempo y forma, contrariando el art. 14, ley 26.529. Siendo tal información de su propiedad, la fue renuente a entregarle la referida copia, generando desvelos adicionales para ejercer sus derechos más elementales.

7. — La mujer recibió copia de su historia clínica dónde constan datos inexactos en infracción al art. 15, inc c ley 26.529. Luego de transitar el proceso de alumbramiento sin vida de un modo extremadamente traumático, se le entrega la copia del documento que refleja tal doloroso transe con información que no refleja la verdad de los hechos, incluso reconocido por la propia demandada.

8. — La mujer recibió los restos del parto sin la debida documentación que acredite la identidad de los restos del parto sin vida.

9. — Se puede definir a la violencia obstétrica como el proceso de preparto, parto y posparto en dónde a la mujer gestante no se le respeta el derecho a la información, al trato digno, respetuoso e individual.

10. — La historia clínica es un instrumento clave a los fines de avalar la, alegada, regularidad en la prestación del servicio de salud por parte de los profesionales que intervinieron en el proceso que afectó a la actora. En el caso, la historia consigna un dato falso respecto de la identidad de quien atendió el proceso médico de la actora, y este asiento insincero descalifica irremediablemente la fiabilidad de su contenido, cubriendo la información que suministra con un denso manto de sospecha, afectando su credibilidad en torno a las afirmaciones de la parte demandada.

11. — Uno de los reclamos de la actora es que no recibe la Información sanitaria respecto de su estado de salud y la del embarazo en curso. Sin la debida información sanitaria, las posibilidades de consentir o no una práctica, son nulas.

12. — El proceso de alumbramiento, incluso de aborto, no ingresa a la mujer en una situación de disolución de su condición de humanidad y sujeto de derechos.

13. — La clínica demandada se atribuye el derecho de redefinir el concepto de parto humanizado, lo cual, claramente, escapa a sus posibilidades legales.

JNiñez,Adoles.Viol.Fliar y de Género de 4° nom., Córdoba, 10/02/2021. - Clínica del Sol s/ violencia de género.

[Cita on line: AR/JUR/169/2021]

COSTAS

Se imponen al vencido.

Expediente: 6883114

1ª Instancia.- Córdoba, febrero 10 de 2021.

Resulta:

1) A fs. 1/2, la Sra. D. P. F. realiza una denuncia por violencia obstétrica en contra de la Clínica del Sol. ante la Mesa de Entradas de Denuncias por Violencia Familiar. La Sra. P. F. refirió que el día 31 de abril del año 2016, encontrándose cursando un embarazo, comenzó a presentar dolores de parto por lo que se dirigió a la Clínica del Sol. Allí avisó que tenía una "mancha marroncita" y que sentía que el bebe se movía. Esgrimió que no le hicieron monitoreo, ni le dieron la atención correspondiente y la dejaron en la cama de guardia. Informó que ingresó a la clínica a la 1.00 de la mañana y que nunca le hicieron nada, ni siquiera una ecografía para escuchar los latidos. Continúo relatando que a las 7:30 hs. sintió que la bebe nacía, empero nunca la llevaron a la sala de parto. Le dijeron que hiciera fuerza y la "tuviera ahí". Refirió que anteriormente una doctora le había hecho tacto y le dijo que "la bebé tenía que nacer porque estaba muerta". Esgrimió que les siguió insistiendo que "la bebé se movía": "me cansé de avisarles que estaba naciendo y no hicieron nada". Posteriormente manifestó que "avisé que nació y vinieron recién a los diez minutos, la llevaron para limpiarla y me la trajeron muerta, me dijeron que la placenta estaba desprendida, yo vi que cuando nació la placenta estaba entera". Refirió "que hasta que el día de hoy no sé cuál fue el motivo por el cual falleció. Me dijeron que volviera a la Clínica a los quince días, que iba a estar el resultado de la autopsia, y así lo hice.

Me decían que no encontraban el cuerpo, me preguntaban a nombre de quien lo había dejado hasta que después de mucho tiempo, en el mes de septiembre me dieron el resultado". Continúo relatando que "la autopsia, en realidad, es un informe de ellos porque no detalla mucho, ni el peso de la bebé, también pedí una historia clínica, a lo que me respondieron que no estaba, que habían borrado los informes míos. Por toda esta desatención contraté un abogado, que reclamó el cuerpo y la historia clínica que recién me la entregaron en Diciembre, pero me dijeron que no me iban a dar una partida de defunción porque para ellos era un feto, no una bebé, yo le vi las uñitas, las manos, no era un feto, estaba de seis meses, veintitrés semanas".

Respecto a la documentación que le entregaron refiere que "aparecían todas fechas distintas en una de 20 semanas, en otra de 21 —adjunta documental—. En los papeles que me dieron dicen que la bebe nació a las 04.00 de la mañana con bolsa, siendo que nació a las 08.30 hs., y sin bolsa porque ellos me la rompieron". Hace hincapié en que "la doctora que me atendió durante todo el embarazo no estaba al momento del parto, sin embargo, por la documental que adjunto ella facturó ese parto a la obra social Apross, en la Carta documento que responde la clínica sale que me atendió un médico hombre Dr. L. L., siendo que eran todas mujeres y nunca lo vi a él". Finalmente esbozó que "necesito la partida de defunción para poder enterrarla ya que nunca me la entregaron, me dijeron que haga lo que haga no me iban a dar la partida de defunción, porque es un feto, que la entierre en mi casa o en algún terreno. Tuve el cuerpo en casa hasta julio, después lo buscó un camión del Poder judicial el 24 de julio, la llevó un Sr. M. Q., —había hablado con el abogado que informó al Poder judicial para que se lo llevaran y le hicieran una autopsia, actualmente al cuerpo lo tienen ellos —, ellos me dijeron que nunca le habían hecho una autopsia porque el cuerpo no estaba abierto". Al serle consultada acerca de su pretensión con la correspondiente denuncia, dijo: "Necesito terminar con esto, me quise matar dos veces, cortándome las venas. Necesito los papeles para poder enterrarla, y me gustaría si se puede hacer un ADN para saber si el cuerpito que me entregaron es de mi bebé o no". Interrogada acerca de cómo se siente con esta situación, dijo: "Me afectó mucho, quiero enterrar a mi hija, me sentí muy mal cuando me dijeron que la enterrara en mi casa como si fuera un perro.

Me la dieron en un frasco con muy poco formol, fui y compré más. Necesito darle un entierro digno. Por todo esto no quiero tener más hijos, tengo mucho miedo que vuelva a pasar. Me afecta en mi vida diaria, a veces estoy trabajando, me acuerdo y me largo a llorar. Vivo sola, a veces pienso en tomar pastillas y matarme para poder terminar con todo esto. Necesito saber que paso, no sé si quiera si es el cuerpo de ella, no era un feto como dicen". Interrogada acerca de cómo se sintió con respecto a la atención de la institución, dijo: "Me sentí abandonada en la clínica, no le hicieron los primeros auxilios de vida a mi hija. Era mi primer embarazo y nunca me ayudaron siendo que era una mamá primeriza, no sabía ni que eran las contracciones. Estaba tirada en una cama sola teniéndola". En dicha oportunidad acompaña escrito suscripto por la compareciente junto a su letrado patrocinante —Dr. Prosdócimo— con el título de Formula Denuncia (fs. 3/4) y constituyendo, sustancialmente, una demanda, y documental consistente en: copia de DNI; informe del Laboratorio de Patología y Citopatología; copia de historia clínica; copia de carta documento dirigida al Sr. Director de la Clínica Privada del Sol; copia de escritura pública N° 73 suscripta por el

Escribano Mario Rodolfo Jiménez y estudios médicos de la demandante (fs. 5/25).

2) A fs. 26 se avoca la suscripta, admite la denuncia en términos de demanda imprimiéndole el trámite previsto en el art. 99 de la ley 10.305. Se corre traslado a la demandada y se pone en conocimiento a la Fiscalía de Instrucción de Turno la posible comisión de un ilícito penal.

3) A fs. 29/30 comparece a estar a derecho y contesta demanda Clínica del Sol, por intermedio de su apoderado Cr. Horacio Espósito y el Director, Dr. M. E., con el patrocinio del Dr. Rodolfo M. González Zavala. En dicha oportunidad solicitaron que se rechace la denuncia por infundada. En la contestación de la denuncia (que configura sustancialmente contestación de demanda) 1. niega haber vulnerado los derechos de la paciente D. P. F.; 2. afirma no haber cometido ninguna infracción a la ley 26.485 ni a la provincial que la adhiere; 3. lamenta la triste situación del aborto de cinco meses; 4. refiere haber respondido al requerimiento extrajudicial y haber hecho entrega de la historia clínica; 5. alega que la información se encuentra en la propia prueba que acompaña la paciente (escritura pública) más allá de lo que se le explicó en oportunidad verbalmente por los médicos; 6. advierte que el relato se basa en afirmaciones unilaterales, parcializadas y falsas; 7. reitera sus argumento en cuanto a la información que se le brindara a la paciente, la entrega de la HC y del feto. Reitera el texto de la escritura pública refiriendo en ocho puntos: (i) evolución del embarazo (21 semanas); (ii) horario de ingreso (04 hs. de la madrugada) y de expulsión en bloque del feto (09,30 hs.), con control pre-parto que constata la falta de latidos fetales a partir de las 04,30 hs. y nacimiento sin vida; (iii) ingreso a la institución en la madrugada del 01/05/2016, con aborto en curso, bolsa en vagina, por lo que se la internó, canalizó y administró suero a la vez que se la controló, en el área de pre-parto. A las 04.20 se rompe espontáneamente la bolsa y expulsa el líquido amniótico, al tacto se palpan parte fetales en vagina; (iv) la asistencia médica del Dr. L. (en ausencia de la médica de C.) y, C., M. y R.; (v) que la expulsión en bloque se produce a las 9,30 hs. en el área de pre-parto; (vi) que luego fue controlada en el área de partos, para ser derivada a su habitación, administrándole la medicación pertinente para la contracción del útero, con buena evolución se le dio el alta al día siguiente (02/05/2016); (vii) que el feto fue enviado a anatomía patológica; (viii) que el informe de anatomía patológica refiere un cuadro similar al que presentó el paciente, que desembocó en la muerte del feto. Pone a disposición la historia clínica, informa cómo coordinara a los fines de la entrega del feto, lamentan lo ocurrido y rechazan la atribución de daño que se les atribuye. Concluye "no haberse configurado ningún hecho de violencia contra la paciente. Mucho menos motivada en su condición de mujer." Ofrece la misma prueba que la denunciante y acota que la Clínica es pionera en el respeto del derecho de la paciente, implementado un protocolo interno de parto humanizado.

4) A fs. 32 glosa certificado de secretaría donde consta comunicación con personal de la Fiscalía de Instrucción de Distrito 1 Turno 6.

5) A fs. 33 se decreta la contestación de la demanda y se provee la prueba ofrecida. 6) A fs. 35 la Sra. P. F. constituye nuevo domicilio procesal. Asimismo, denuncia domicilios de los testigos ofrecidos.

7) A fs. 48 glosa contestación efectuada por Apross a lo requerido mediante oficio de fecha 11 de abril del año 2018.

8) A fs. 57 luce poder apud acta otorgado por el Sr. Director de la Clínica del Sol. a los Dres. Rodolfo M. González Zavala; Vicente Agustín Manzi, Héctor Francisco Manzi; Luciana Belén Desiderio; María Alicia Martos Jamenson y Francisco Carranza.

9) Con fecha uno de junio del año dos mil dieciocho se recepta declaración testimonial al Sr. L. A. Q. y a la Sra. N. E. C., ante la presencia de los letrados, Dra. Fernández Manzano y Manzi. 10) A fs. 65 se emplaza al Dr. Manzi a los efectos de que acompañe carta poder o documento legal suficiente conforme los lineamientos del art. 90 Cód. Proc. Civ. y Comercial. Asimismo, se dispuso citar a comparecer al Dr. Raúl Ruiz Córdoba, profesional médico perteneciente a Medicina Forense del Poder Judicial.

11) A fs. 77 la Sra. P. F. mediante su letrada patrocinante solicita como "medida para mejor proveer" se oficie al Registro del Estado Civil y Capacidad de las personas de esta ciudad y a la Maternidad Nacional para que informen sobre los requisitos de validez y formalidades del certificado de muerte intrauterina y condiciones de su expedición; se oficie a los cementerios de San Vicente y San Jerónimo para que se informe sobre los requisitos necesarios para proceder a la sepultura o cremación y se cite a los jefes de los servicios médicos de ginecología y obstetricia de la Maternidad provincial u Hospital Neonatal.

12) A fs. 79 se acompaña escrito suscripto por el Dr. Manzi.

13) A fs. 110/111 glosa informe suscripto por el Dr. Ruiz Córdoba.

14) A fs. 125 glosa oficio diligenciado suscripto por la Dirección del Cementerio San Jerónimo.

15) A fs. 128 se incorpora oficio suscrito por la Dirección del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la provincia de Córdoba.

16) A fs. 131 glosa escrito suscripto por la Dra. Fernández Manzano.

17) A fs. 140 vta. glosa diligencia suscripto por la Dra. Fernández Manzano.

18) A fs. 141 glosa oficio proveniente de la Fiscalía de Instrucción del Distrito 1° Turno 6°.

19) A fs. 146/156 glosa oficio suscripto por el Dr. Cofone, Sub Director del Hospital Materno Provincial.

20) A fs. 158/160 glosa escrito suscripto por la Sra. D. P. F. con el patrocinio de la Dra. Fernández Manzano.

21) A fs. 162 y como medida para mejor proveer se resuelve disponer la intervención del Equipo Técnico del Fuero.

22) A fs. 164 glosa escrito suscripto por la Sra. D. P. F. con el patrocinio de la Dra. Fernández Manzano, adjuntando certificados varios.

23) A fs. 177 la Dra. Fernández Manzano acompaña informe psicoterapéutico de la Sra. D. F. F.

24) A fs. 181 se ordena a la Clínica del Sol. expida el certificado de defunción correspondiente al nacimiento fetal sin vida acaecido el día 1 de mayo del año 2016.

25) A fs. 184 vta. la Dra. Fernández Manzano solicita se oficie a la Fiscalía interviniente a los fines de que entregue el feto para poder proceder a su sepultura.

26) A fs. 185 se certifica llamada telefónica con la Fiscalía interviniente.

27) A fs. 187/196 glosa informe del Equipo Técnico del Fuero.

28) A fs. 197 corre decreto de autos, firme y consentido, estando los presentes en estado de ser resueltos, pasan los autos a despacho a los fines de resolver.

29) A fs. 198 glosa solicitud de la Dra. Fernández Manzano.

Considerando: I. Que en esta instancia del proceso el Tribunal debe resolver conforme lo previsto por los art. 11 y 12 de la Ley 10.401 y 99 de la Ley 10.305 y determinar si existió violencia de género modalidad obstétrica hacia la denunciante Sra. D. P. F. por parte de la demandada Clínica Privada del Sol SA, es decir si en éste caso en concreto, los actos o conductas atribuidos por la Sra. P. F. al personal del referido nosocomio, vulneraron derechos fundamentales de ésta última por su condición de mujer de acuerdo a los parámetros establecidos por la Ley Nacional N° 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales (en adelante Ley 26.485); Constitución Nacional (en adelante CN); la Convención sobre la Eliminación de todas formas de Discriminación contra la Mujer ratificada internamente por ley Nacional 23.179 (en adelante CEDAW); la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer ratificada internamente por ley Nacional 24.632 (en adelante "Belém do Pará") y el corpus iuris que rige la materia, teniendo en especial consideración para hacerlo una mirada —del caso y de la prueba incorporada— con perspectiva de género, conforme los lineamientos impuestos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) conforme "González y otras c. México" de fecha 16/11/2009.

II. Que la competencia de la suscripta queda determinada por el art. 7 de la Ley Provincial N° 10.401.

III. Que la presente causa tiene el trámite incidental regulado en el art. 99 de la Ley 10.305, por remisión del art. 12 ley 10.401.

IV. Que la Sra. D. P. F. promueve con nominación de denuncia, escueta demanda que respeta las exigencias del art. 175 del CPCCC, por violencia de género modalidad obstétrica contra Clínica Privada del Sol SA por los hechos suscitados en y a partir del día 1 de mayo del año 2016, encuadrando la situación que la afecta en el art. 6 inc. e de la ley nacional 26.485. A dicha pretensión se opone sintéticamente la denunciada Clínica Privada del Sol SA por intermedio de su representante M. E., con el patrocinio del Dr. Rodolfo González Zavala, firmando adhesivamente el apoderado Cr. Horacio Espósito, solicitando se rechace la denuncia por infundada, "atento no haberse configurado ningún hecho de violencia contra la paciente. Mucho menos, una violencia motivada en su condición de mujer" (fs. 29 vta.). De esta manera ha quedado trabada la litis todo de conformidad a los vistos precedentes a los que remito.

V. Que previo a entrar al análisis de la cuestión debatida y procurando definir el marco legal que regula el planteo formulado, pasamos a referir los estatutos aplicables a la materia que nos convoca y la conceptualización de violencia obstétrica.

Marco normativo:

V. 1) A nivel global, a más de la genérica protección "Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes" (art. 5) brindada por la Declaración Universal de los Derechos Hu-

manos, la Convención para la Eliminación de toda Discriminación contera la mujer (CEDAW) no hace referencia expresa a la modalidad obstétrica de violencia. Sin perjuicio de ello, cabe consignar que dicho dispositivo legal establece que el Estado tomará en todas las esferas, "todas las medidas apropiadas... 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. 3). Concretamente, 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) y para "garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social..." (art. 5 inc. b). Recientemente, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer a través de la Recomendación general N° 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer (por la que se actualiza la recomendación general N° 18) señaló que "Las violaciones de la salud y los derechos sexuales y reproductivos de la mujer,.., son formas de violencia por razón de género que, según las circunstancias, pueden constituir tortura o trato cruel, inhumano o degradante" (párrafo 18).

V.2) A nivel regional, el sistema interamericano cuenta con una norma genérica en la Convención Americana de Derechos Humanos "Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes...". (art. 5 1 y 2) y, a su vez, un sistema singularizado para las mujeres en la Convención de Belém do Pará, que establece: "El derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye: a- el derecho a la mujer a ser libre de toda forma de discriminación y b- el derecho a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación" (art. 6). Destaca como deber del Estado el de "abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación" (art. 7° inc. a) y resalta la situación de vulnerabilidad de la mujer en razón de diferentes circunstancias en particular "...objeto de violencia cuando está embarazada (art. 9). Coherente con esta normativa, El Mecanismo de Seguimiento de esta Convención (MESECVI), presta especial interés a las estrategias Estatales a fin de erradicar la modalidad obstétrica de violencia contra las mujeres, razón por lo cual, es materia de singularizado requerimiento y punto de devolución en el Segundo Informe de Seguimiento a la Implementación de las Recomendaciones del Comité de Expertas del MESECVI 2014: "A la luz del artículo 9 de la Convención, el Comité recuerda a los Estados su obligación de brindar especial atención cuando la mujer que es objeto de violencia se encuentra embarazada, por lo que la atención digna y segura para las mujeres, y la erradicación de la violencia obstétrica resulta trascendental..... El Comité insta a que los Estados brinden información oportuna y veraz a las mujeres embarazadas, incluyendo información adaptada para mujeres indígenas, analfabetas y rurales, entre otras, para que estas puedan tomar decisiones libres e informadas que sean respetadas." (par. 123 y 124). La Comisión de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (CEVI) señala en el Tercer Informe Hemisférico sobre la Implementación de la Convención de Belém do Pará 2017, que la Convención delimita claramente tres ámbitos o escenarios asociados al libre ejercicio de los derechos de las mujeres, sin embargo, el espíritu de la Convención es reiterar que no es el espacio físico donde se realiza la violencia el que la define, sino las relaciones de poder que se producen y la naturaleza de las relaciones interpersonales de las víctimas con sus agresores"(párrafo 35).

V.3) A nivel nacional, los marcos legales comienzan a circunscribir la regulación en materia de violencia contra la mujer en su modalidad obstétrica. Así, 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), define a la violencia obstétrica como: "[a]quella que ejerce el personal de salud sobre el cuerpo y los procesos reproductivos de las mujeres, expresada en un trato deshumanizado, un abuso de medicalización y patologización de los procesos naturales, de conformidad a lo previsto en la Ley 25.929" (art. 6 inc. e). De la sola lectura del artículo se desprende que la definición incluye no solo a los profesionales actuantes durante el proceso del parto, sino también a todo el personal que forma parte de un servicio y que tiene trato con este proceso reproductivo de la mujer (médicos, enfermeros/as, psicólogos/as, camilleros/as, personal administrativos, servicios hospitalario, administrativo, de maestranza, etc.). Cualquier persona de las arriba referidas, integrante o no del equipo de salud, que se desempeñen en la institución, puede ejercer violencia hacia la mujer durante la atención del preparto, parto y pos parto y pos aborto —sea punible o no— conforme el art. 6 inc. e del Decreto Reglamentario 1011/2010, y esta violencia puede manifestarse de diferentes maneras: física que incluye prácticas invasivas y suministro de medicación no justificadas, trato deshumanizado, grosero, humillación, falta de atención o consideración, intervenciones médicas injustificadas sobre el cuerpo de

la mujer, falta de información sobre prácticas médicas, falta del pedido de consentimiento informado o la negación al derecho a estar acompañada durante todo el proceso del parto, inclusive si el mismo fue a través de una cesárea. Puntualmente este decreto reglamentario establece que se entiende por trato deshumanizado el trato cruel, deshonroso, descalificador, humillante o amenazante ejercido por el personal de salud en el contexto de la atención del embarazo, parto y postparto, ya sea a la mujer o al/la recién nacido/a, así como en la atención de complicaciones de abortos naturales o provocados, sean punibles o no. Por su parte, desde el año 2004 rige en nuestro país la Ley de Protección del embarazo y del recién nacido (Ley 25.929) o más conocida como la ley de "Parto Humanizado", incorporada a la ley 26. 485 por su artículo 6 inc. e, a los fines de regular la modalidad obstétrica de violencia contras las mujeres. Esta ley, aplicable tanto al ámbito público como al privado, tiene como propósito complementar el Programa Médico Obligatorio (PMO regulado por ley 23.660) a partir de un cambio en la concepción de "paciente enferma" a sujeto de una serie de derechos, a fin del empoderamiento en el proceso de atención de su salud, desde el embarazo y después del parto, confiriendo herramientas para exigir acciones y respuestas a las Instituciones Sanitarias, las Obras Sociales y el Estado. A pesar de no dar una definición de la violencia obstétrica, el estatuto regula los derechos de las mujeres a un parto respetuoso para evitar todo tipo de abusos, en tan especial proceso, el resguardo de los derechos de los padres e hijos durante el proceso del nacimiento, estableciendo para ello una serie de garantías tanto para las mujeres embarazadas como para el recién nacido y sus padres. Con todo ello, se ubica a la mujer como protagonista del parto sobre el pilar de tres derechos fundamentales: 1) a ser informada; 2) a ser respetada; y 3) a ser considerada sana. Es así que, estos derechos conllevan la facultad de elegir el lugar y el proceso de parto, el acompañamiento, la posición, la analgesia, la posibilidad de deambular, de movimiento, las alternativas terapéuticas y contacto inmediato con el recién nacido. Esta ley es reglamentada por Decreto Reglamentario N° 2035/2015, garantizando de esta forma un espacio familiar donde madres, padres y bebés sean los protagonistas y el nacimiento se desarrolle de la manera más natural posible, en consonancia con las necesidades y deseos de cada familia en general y de la parturiente en especial. Sin perjuicio de las regulaciones específicas en materia de violencia de género modalidad obstétrica, y atento a que las mujeres en situación de parto/aborto gozan de los derechos generales que le asisten a todos los pacientes, debemos hacer alusión a la ley de los Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud (Ley N° 26.529 y su modificatoria 26.742), normativa que establece un estatuto meticuloso respecto del trato paciente-médico, consentimiento informado y lo atinente a la Historia Clínica (HC) que registra la intervención. Dentro de los primeros aspectos, derechos esenciales en la relación entre el paciente y el o los profesionales de la salud: a la asistencia; al trato digno y respetuoso; a la intimidad; a la confidencialidad; a respetar su autonomía de la voluntad; a la debida Información Sanitaria (art. 3) y a la interconsulta médica. Dentro de los segundos, define el consentimiento informado como: "la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales, en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a: a) Su estado de salud; b) El procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; c) Los beneficios esperados del procedimiento; d) Los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; e) La especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto; f) Las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados..." (art. 5), la obligatoriedad del mismo: "Toda actuación profesional en el ámbito médico-sanitario, sea público o privado, requiere, con carácter general y dentro de los límites que se fijen por vía reglamentaria, el previo consentimiento informado del paciente. En el supuesto de incapacidad del paciente, o imposibilidad de brindar el consentimiento informado a causa de su estado físico o psíquico, el mismo podrá ser dado por las personas mencionadas en el artículo 21 de la Ley 24.193, con los requisitos y con el orden de prelación allí establecido. Sin perjuicio de la aplicación del párrafo anterior, deberá garantizarse que el paciente en la medida de sus posibilidades, participe en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario" (art. 6). Por último establece regulaciones específicas en torno a la HC, definiéndola como "el documento obligatorio cronológico, foliado y completo en el que conste toda actuación realizada al paciente por profesionales y auxiliares de la salud" (art. 12); respecto de su titularidad y disponibilidad: "El paciente es el titular de la historia clínica. A su simple requerimiento debe suministrársele copia de la misma, autenticada por autoridad competente de la institución asistencial. La entrega se realizará dentro de las cuarenta y ocho horas de solicitarla, salvo caso de emergencia" (art. 14); y que debe registrar como mínimo: "a) La fecha de inicio de su confección; b) Datos identificatorios del paciente y su núcleo familiar; c) Datos identificatorios del profesional interviniente y su especialidad; d) Registros claros y precisos de los actos realizados por los profesionales y auxiliares intervinientes;... g) Todo acto médico realizado o indicado, sea que se trate de prescripción y suministro de medicamentos, realización de tratamientos, prácticas, estudios principales y complementarios afines con el diagnóstico presuntivo y en su caso de certeza, cons-

tancias de intervención de especialistas, diagnóstico, pronóstico, procedimiento, evolución y toda otra actividad inherente, en especial ingresos y altas médicas" (art. 15). Refiere asimismo la integridad (art. 16), unicidad (art. 17) e inviolabilidad (art. 18) del instrumento.

V.4) Finalmente, la provincia de Córdoba, mediante la Ley provincial N° 10.401, sancionada en noviembre de 2016, establece los aspectos jurisdiccionales y procesales vinculados a la aplicación de las disposiciones pertinentes de la Ley Nacional N° 26.485, cuya adhesión se dispuso mediante Ley N° 10.352.

Concepto

V.5) En este punto, conceptualizamos violencia obstétrica, abrevando en los elementos teóricos que ofrece el marco normativo arriba reseñado. Así la definimos violencia obstétrica como el proceso de preparto, parto y posparto en dónde a la mujer gestante no se le respeta el derecho: "a la información, al trato digno, respetuoso e individual, propugnándose su libertad de elección respecto de la persona que la acompañará durante los controles prenatales, el trabajo de parto y el posparto, anteponiéndose el parto natural a las prácticas invasivas y de suministro de medicación, sin perjuicio de la necesidad y obligatoriedad de la utilización de esta práctica cuando lo ameriten el estado de salud de la parturienta y/o la persona por nacer con la previa voluntad de la madre expresamente manifestad por escrito en caso que se requiera someterla a un examen o intervención cuyo propósito sea la investigación, bajo protocolo aprobado por el Comité de Bioética"(Visto del Decreto 2035/2015 Reglamentario de la Ley de Parto Humanizado). Los supuestos de abortos, quedan incluidos en los parámetros exigibles en los alumbramiento con vida, por aplicación del art. 6 inc. e del Decreto Reglamentario 1011/2010.

VI. Reseñado el marco normativo aplicable en las presentes actuaciones y el concepto de violencia obstétrica, pasaremos a analizar los hechos alegados, constancias y las probanzas arrimadas. Atento lo breve de las piezas rubricadas por las partes, toman singular consistencia la documental agregados a los presentes y los informes técnicos documental agregados a los presentes, coherente con la manda legal que indica el apoyo multidisciplinario en los procesos que nos ocupan (art. 706 inc. b de Cód. Civ. y Com. de la Nación por remisión del art. 12 ley 10.401). De las constancias de autos se desprende que la Sra. D. P. F. ingresó a la Guardia de Clínica Privada del Sol SA el día 01 de mayo del año 2016, a la 01 hs., siendo internada formalmente a las 04 hs. del mismo día. Presentaba un embarazo de evolución avanzada, de 21.6 semanas de gestación conforme HC, asimismo se presenta y una amenaza de parto inmaduro. A los fines de requerir aclaración de los términos médicos y prestaciones incorporadas a la causa, y en virtud de los principios de amplitud probatoria y oficiosidad previstos por la ley foral (art. 15 inc. 1, 3 y 11, ley 10.305, art. 706, 709 y 710 Cód. Civ. y Com. de la Nación) se dio intervención al Dr. Raúl Córdoba, miembro del servicio forense del Poder Judicial. A través de su informe, el nombrado hizo las siguientes apreciaciones: "de acuerdo a lo obrante en la HC, cuando la paciente ingresó a la Clínica ya lo hizo con un cuadro obstétricamente irreversible, bolsa en vagina, tacto de partes fetales en la misma, y feto de 21 semanas. Se considera desde la obstetricia como aborto inevitable. Por lo relatado en acta notarial, permaneció desde su ingreso, en área de obstetricia pre parto, en donde se encontraban médicos y enfermeras, siendo esto lo habitual en la práctica obstétrica, hasta que se produjo la expulsión en bloque del feto y placenta, la cual de acuerdo a la foja quirúrgica obrante a fs. 11, se realizó en la sala de partos siendo asistida por la Dra. B. C. También de acuerdo con el acta notarial, el feto y la placenta fueron enviados a anatomía patológica (consta su recepción en foja de anatomía patológica) en la que se realizó de acuerdo al informe, el estudio macro y microscópico de la placenta y el cordón,... el mismo fue devuelto y entregado a la madre el día 16/12". Por todo ello el profesional concluye "[d]e acuerdo a los obrante en HC de autos y Escritura N° 73 de fecha 17/12/2016, no surgen a mi criterio médico forense, elementos que indiquen alguna de las situaciones contempladas por las leyes 10.401 y 26.485, en perjuicio de la Srta. D. P. F." (fs. 110/111). A los fines de tener mayores herramientas para resolver, y fundado en la normativa arriba citada, se dio intervención a la Sra. Jefa del Equipo Técnico del Fuero de Niñez, Adolescencia, Violencia Familiar y Género, por decreto de fecha 28/08/2019, quien devuelve informe incorporado regularmente al proceso, glosado a fs. 187/196. De esta pieza técnica de excelente factura y altísima utilidad, suscripta por las Lics. Machado y Guardiola, surge que se entrevistaron a los distintos actores involucrados en los eventos que tratamos. En su parte conclusiva las técnicas consideraron que: "la joven D. P. F. presenta un discurso claro, lógico y con orientación espacio— temporal. No se advierten alteraciones en el curso y contenido del pensamiento, al momento de la entrevista. Al momento del examen, se encuentra ubicada en tiempo y espacio. Sus facultades mentales de Voluntad, Conciencia, Memoria, Percepción y Atención se encuentran conservadas sin particularidades al momento actual" (...) "Se evidencian aún, a pesar del tiempo transcurrido al acontecimiento que le habría dado origen, estresante y extremadamente traumático, (muerte inesperada (aborto) y exposición al cuerpo del feto durante lapso prolongado); efectos traducidos en síntomas de dicho cuadro tales como: horrores intensos y desesperanza (en torno al rol ma-

terno de la entrevistada)(...) "El cuadro referido implico la aparición de los siguientes síntomas: afectación en el equilibrio afectivo, comportamiento impulsivo y autodestructivo (tres intentos de suicidio), síntomas disociativos, de desesperanza, desesperación, dando origen a un trastorno desarrollado con posterioridad de tipo Depresivo, asociados ambos al momento actual" "D. refiere haber atravesado dicho proceso en soledad, contando con la certeza de percibir los movimientos de su bebé en la panza, y así manifestarlo al personal que de forma esporádica la asistía, sin embargo, no creían en tal versión de la joven, confrontándola una y otra vez con la muerte intra uterina de la misma, destinando en tal sentido enunciados que le provocaban dolor y sensación de desconsuelo ante el proceso vivenciado. Atravesando el trabajo de parto, recuerda haber sentido y padecido dolor de las contracciones, sin ser informada respecto a las opciones de analgesia con las que toda mujer puede optar o no atravesar; así como tampoco respecto a síntomas de alerta del cuadro mencionado. Cuando comienza el alumbramiento de su bebé, la joven advierte a través de su propio tacto la mano de la misma, en estado de soledad, acompañada a posterior por su pareja, cayendo, luego de pujar, sin saber cómo hacerlo ni ser dirigida por ninguna profesional, el cuerpo de la misma en el recipiente que se encuentra destinado para la placenta y restos propios del parto, mirando sin animarse a tomarla en brazos, durante un lapso prolongado de tiempo el cuerpo de su bebe muerta, allí.

Todo lo referido habría transcurrido en una sala de pre parto, sin conocer la joven el protocolo de intervención, sin contar con la información respecto a los pasos que seguiría dicha internación, así como también vivenciar tal momento en soledad, y con frialdad emocional, (definido esto como la falta de empatía y trato cálido), respecto a personal médico que la asistía". "Dicha falta de información habría repercutido en la joven de forma traumatizante debido a que al no saber tales aspectos, su fantasía era que una vez que pudiera dar a luz a su hija ésta seria asistida médicamente". "...refiere que el cuerpo de su hija permaneció en la chata durante un lapso prolongado sin que el personal corroborara los signos vitales de la misma. Relata la joven que nadie la asistía ante tal situación permaneciendo inmutable ante advertir que su bebe estaba sin vida. D. refiere que habría permanecido durante 40 minutos en tal situación sin contar con la asistencia de ningún personal de la institución" (fs. 188/189).

De la entrevista realizada a la Dra. B. C., médica que efectúa el control del embarazo de la actora, tomados los siguientes párrafos: "recuerda haber tomado conocimiento de lo sucedido con posterioridad al parto de la paciente, ya que ella no se encontraba en la ciudad al momento del ingreso de la paciente en guardia, sustituyéndola en sus función el Dr. L. en quien refiere depositar su exclusiva confianza... refiriendo tener conocimiento que el Dr. L. habría mantenido contacto con la paciente, sin conocer si estuvo al momento del parto o posterior al mismo"... "de forma muy reciente habría tomado conocimiento de las denuncias que la joven habría emitido; mencionando que lo habría hecho, desde su percepción, por el enojo de perder a su hijo por una remuneración que la misma pretendería por ello y que la misma no se encontraba en un estado psíquico de estabilidad" (fs. 191/191 vta.)... "En cuanto a la situación puntual de la Sra. P. F. D. refiere estar al tanto que habría ingresado por guardia con diagnóstico de aborto tardío en curso, el mismo se establece para aquellos entre 18 y 20 semanas de gestación....parto inmaduro 22 a 27 semanas...se considera aborto hasta las semanas 20 o 22, o bien alcanzado los 500 grs." (fs. 191). "...Reitera conocer que su intención era tomar el feto, que la paciente lo había reclamado, que se le habría entregado el mismo y que ésta lo tendría en la heladera, y que no le había entregado el certificado de defunción. Respecto de esto último no presenta problematización." (fs. 191). "Destaca que la institución no permitía que sean acompañadas las pacientes al momento de la internación en el año 2016" (fs. 192).

De lo referido por el Dr. L., médico que asiste a la actora: "En cuanto a lo que recuerda de su intervención con la paciente D. P. F. menciona que la misma había ingresado un día domingo por la madrugada, que le avisan del servicio de guardia con diagnóstico de "aborto en curso", ante lo cual se tiene en cuenta una "conducta expectante" ya que en los casos de gestación menor de la semana 20 o 22 no se toma ninguna decisión. Luego menciona que toma conocimiento que habría sido un aborto tipo parto, no habiendo sido viable la vida. Alrededor de las 8,30 hs. am el médico se acerca a la institución donde refiere haber tenido un contacto con la joven, a fin de chequear su estado general, relatando que la joven se encontraba en la semana 18 o 19 de embarazo. Preguntado por las profesionales en cuanto a la no asistencia al parto de la joven, refiere no había que tomar ninguna decisión quirúrgica, por lo cual no se había acercado con anterioridad..... Recuerda que le llama la atención que la paciente no realice "un cierre" de la consulta, es decir que no emita dudas al respecto de los que él le informaba."... "En cuanto al certificado de defunción menciona que se emite en tanto es viable o no el feto, en tanto sea luego de la semana 23. Al respecto no justifica desde dónde se plantea dicho criterio" (fs. 192 vta.)..... "interpretando que la joven habría comenzado un litigio por rechazar la pérdida"..."Agrega que le llamó la atención porque habría tomado conocimiento que habrían tardado demasiado tiempo en entregarle el feto" (fs. 193).

Posteriormente se encuentra la entrevista a la Sra. P., administrativa de Clínica Privada del Sol SA, quien refiere "En cuanto a la normativa para emitir certificados de defunción fetal refiere que ella misma los confeccionan según dicha directivas en la que consta que se realizan en casos de embarazos de 23 o 22 semanas, o bien cuando el Feto es mayor a 500 gs. En tales casos vienen las empresas fúnebres y lo retiran... En las situaciones que NO se emiten certificados de defunción, los patólogos son quienes retiran los restos de la clínica, la Dra. A. C. lo lleva a un laboratorio; el mismo luego de un tiempo es desechado. En términos generales refiere que no es solicitado el cuerpo de dichos fetos por sus progenitores, siendo éste uno de los pocos casos que ella recuerda haberse solicitado. En los casos que esto así se solicita refiere que los papás se llevan el feto con fecha de muerte en un frasco con formol, bajo su responsabilidad" (fs. 193). De la entrevista al Dr. E., director de la Clínica Privada del Sol SA: refiere haber "tomado conocimiento a través de la historia clínica" (fs. 193 vta.); "Emite enunciados respecto a un cierto inconveniente con la patóloga, con la cual la clínica trabajaría., conociendo que solicitó el feto. Menciona que habría pasado 6 meses hasta que ella receptara el cuerpo del bebé" (fs. 194); "mencionando que no hay reglamentación para emitir los certificados de defunción, que la regla que procede la clínica es de aquellos que la muerte fetal es superior a las 30 o 35 semanas.... NO se realizan certificados de defunción en gestaciones de menos de 24 semanas." (fs. 194); "refiere que la institución cuenta con protocolos de parto humanizado en las cuales hay aspectos que ellos aceptan y otros que no" (fs. 194); "relaciona los hechos denunciados de D. P. F. con la probabilidad, que la mayoría de las mujeres padece, que es la depresión post parto, que es silenciosa y que la mujer por la general no busca ayuda "se la banca" (SIC), así como también con la insatisfacción de la paciente, debido a la pérdida del bebé, y de la necesidad de buscar algún responsable ante tal pérdida..." (fs. 194) "que se pueden garantizar procesos pero no resultados" (fs. 194).... "la paciente no está bien psicológicamente, por irse con el feto en la mano, que dicho acto le parece inadecuado y que no correspondía hacerle un certificado de defunción" (fs. 195).

Destaco las manifestaciones brindadas en el Informe por la Lic. Yamila Asís, psicóloga y acompañante terapéutica, quien asistió a D. desde julio del año 2019. Al respecto refirió que "la paciente padecía de sentimientos extremos de angustia, bronca por la violencia que habría padecido por su bebe, evidenciando momentos de destrato que habría recibido en tal situación, manifestando haber sido ninguneada, y que su obstetra nunca le habría informado y explicado todo lo que a ella le pasaba, en las consultas y en el momento del parto, sin ser informada adecuadamente". En cuanto al trato del personal remarcó que "sólo una enfermera la habría contenido, permitiendo que entraran a visitarla su madrina o su pareja; recibiendo maltrato de parte del resto de los profesionales". Menciona que aspectos trabajados en terapia habrían sido "las situaciones de maltrato padecido ya que ella advertía movimientos de la bebe en su panza y el personal descreía de tales sensaciones; así como también cuando ella solicito el cuerpo de su bebe habría recibido mensajes del personal encargada que para qué solicitaba el mismo si ya estaba muerto". Por otra parte refuerza que "el sentimiento de soledad habría interferido en el estado que ella atravesaba, ya que luego de media hora habría entrado personal de enfermería a asistir; resultando este un tiempo extremadamente prolongado en el que la paciente estaba expuesta a dicha situación traumática". En cuanto a las consecuencias psicológicas "se remarca el miedo extremo a que le pudiera volver a suceder el mismo evento, descartando la posibilidad de volver a engendrar por dicho motivo; afectando de esta forma el duelo no resuelto en su maternidad".

Menciona que el principal factor de riesgo con el que la profesional trabajo en las sesiones remitidas "tuvieron el eje de los intentos de suicidios previos que la paciente habría tenido, a raíz de los hechos padecidos, inhabilitando la tramitación del duelo por la pérdida del bebe el hecho de no poder darle sepultura a su hija muerta". En cuanto "al primer intento de suicidio refiere que se desencadena ante el cumplimiento del primer año del alumbramiento; el posterior al año y 8 meses del mismo y el ultimo al momento de busca el cuerpo de la bebe". El diagnóstico que refiere "es Stress Postraumático, con conductas de impulsividad (intentos de suicidio) considerando alto riesgo de intento de suicidio al momento de la interrupción del tratamiento" (fs. 174/175 e informe 194 vta./195 vta.). Asimismo, en referencia a los episodios ocurridos con posterioridad al parto, detalla el informe: "la joven solicita desde el comienzo el cuerpo de su bebe para realizar el entierro y rito correspondiente a la fe que profesa, haciéndola regresar sin éxito en numerosas oportunidades, ante lo que el personal administrativo no efectuaba respuestas satisfactorias y claras ante los pedidos de la entrevistada. Posterior al alumbramiento luego de unas semanas, la joven intenta establecer contacto con su médica obstetra, sin tener éxito ante la consulta requerida. A raíz de ello la joven, da intervención a un abogado, con la finalidad que le sea otorgado el cuerpo de la bebé. Ante ello recibe la notificación de la institución quien de forma despectiva y minimizando la implicancia emocional que ello conllevaría le entregan el mismo, se cita textual los dichos de quien se la entrega, "ahí tenés tanto que querías el feto". (SIC).

La joven observa que el cuerpo de su bebe estaba en una bolsa cubierto con líquido, dentro de un fras-

co, provocando estupefacta la reacción de tal situación, sin más se debía retirar de la institución"... "así y en esas circunstancias, la pareja decide guardar el frasco dentro de la mochila que llevaban consigo, ya que advertían no poder transitar con el mismo en la mano por la calle. La joven lo lleva a su casa, en post de la espera ante la solicitud del certificado de defunción, guarda el frasco dentro de su heladera, siendo una vecina enfermera quien la asesora para cubrir el 100% del cuerpo de la bebe con formol, ya que de lo contrario comenzaría un proceso de putrefacción. La joven recuerda no haberse atrevido a darle entierro por sí misma, debido a desconocer, y NO ser informada de las implicancias que ello podría aparejar, infiriendo que podría ir presa por darle entierro sin contar con la certificación requerida. Ante esa situación la joven habría tenido el primer intento de suicidio, sin tolerar la quietud en la que se encontraba el duelo que requería hacer por su hija fallecida".

Cabe recalcar que las profesionales del Equipo Técnico del Fuero que entrevistaron a los profesionales y personal administrativo del nosocomio dan cuenta que "surge un posicionamiento general tendiente a depositar la responsabilidad del malestar en la paciente, considerando que la misma atravesaría una alteración psicológica que fundamentaría en sí misma, el accionar de la misma. Surge específicamente escasa autocrítica y reflexión respecto a las respuestas institucionales que la clínica habría brindado a la joven al momento de ingresar a la misma, así como también las respuestas luego del egreso de la misma, prolongándose el período en que dichas respuestas habrían sido diligenciadas, desde el mes de Mayo al mes de diciembre en 2016, sin considerar insatisfactorias a ellas. En tal sentido ninguna de las personas entrevistadas problematiza y/o mentaliza las repercusiones individuales que su accionar (entregar el feto en un frasco sin certificado de defunción) podrían haber implicado en el estado psicoemocional de la joven, mucho menos de los riesgos a los que la misma habría estado expuesta a partir de dicha acción. Los entrevistados manifiestan serias discordancias a nivel discursivo en cuanto a la cantidad de semanas que atravesaba la joven al momento de ingresar a la institución, así como también demuestran escasa solvencia discursiva en cuanto al protocolo de acción respecto al otorgamiento o no de los certificados de defunción". En cuanto a la problemática de género y específicamente a la violencia obstétrica "surge escaso conocimiento de lo que la misma implica, y por ende las acciones que podrían desplegarse a nivel institucional desde la cual podrían reeditarse situaciones como las denunciadas en autos. Surge prevalencia en cuanto a la escasa formación en perspectiva de género de las personas entrevistadas, pudiendo esto ser generalizable al resto del plantel profesional y administrativo que tienen contacto con la mujer en situación de embarazo, advirtiéndose que dicho desconocimiento podría repercutir en la reedición de los hechos denunciados en autos" (informe fs. 195 vta./196).

VI. 1) En este punto referido a los hechos alegados y constancias de autos, y previo a expedirme sobre la procedencia o no de la demanda incoada, debo referir brevemente a la HC de la actora labrada por la Clínica Privada del Sol SA, parte de la cual glosa en autos (fs. 7/15 y reiteradas en 82/90, en lo sucesivo nos referiremos a las adjuntas en fs. 7/15), que es, o debería ser, el instrumento que data fielmente el devenir médico del proceso que involucra a la actora, ocurrido a partir de la madrugada del 1 de mayo, hechos que aquí valoramos. Ya se ha hecho referencia a las disposiciones legales que rigen a la HC (ver V.3). Aquí referimos que la HC es un instrumento clave a los fines de avalar la, alegada, regularidad en la prestación del servicio de salud por parte de los profesionales que intervinieron en el proceso que afectó a la actora (informe fs. 189/195 citado en VI). En la HC que nos ocupa, cuya copia parcial obra en autos, consta que la "expulsión en bloque" que sufrió D. P. F., como otros asientos vinculados a ese proceso, son consignados bajo la firma de la Dra. V. B. C. (fs. 9/10), médica que la atendió a la actora durante el embarazo en la Clínica Privada del Sol SA Ahora bien, luce acompañada en los presentes, Escritura Pública número setenta y tres de fecha siete de diciembre de dos mil dieciséis, labrada por ante el Registro N° 743 cuya titularidad ejerce el Escribano Mario Rodolfo Giménez, instrumento público que hace plena fe de sí, labrado a requerimiento de Horacio Hugo Espósito en nombre y representación de Clínica Privada del Sol SA (fs. 18/21). En este último instrumento público, Clínica Privada del Sol SA, refiere que el parto de la actora fue asistido por el Dr. L. L., quien estaba en reemplazo de la Dra. B. C., la que se encontraba en ese momento ausente de Córdoba (punto iv en fs. 20). De sendos instrumentos emanados por la misma Clínica Privada del Sol SA (HC y escritura pública), elementos probatorias incorporados regularmente al proceso, surge el reconocimiento de una gravísima irregularidad: la HC consigna un dato falso respecto de la identidad de quien atendió el proceso médico de la actora (contrariando el art. 15 inc. c. de la Ley 26.529). Este, no menor, asiento insincero en la HC, descalifica irremediablemente la fiabilidad de su contenido, cubriendo la información que suministra con un denso manto de sospecha, afectando su credibilidad en torno a las afirmaciones de la parte demandada en el evento que nos convoca.

VI.2) A su vez, dentro del contenido de la HC, señala el informe del Equipo Técnico del Fuero, algunos aspectos de relevancia, en cuanto a los horarios de ingreso, día de alta hospitalaria, autorizaciones para el acompañamiento de la paciente, que no sería del

todo coincidente con los hechos del evento que nos ocupan (conforme surge de Informe fs. 192 y denuncia fs. 1 vta.), pero es realmente alarmante que la firma de los consentimientos informados para la prácticas médicas sobre la paciente, que glosan en la HC según refieren las técnicas en el informe (fs. 192), lo son por la Sra. M. P. (DNI ...) y no de la paciente D. P. F.. Sobre este particular, tres reflexiones.

VI.2.a.) La primera de ellas, que no surge del relato relevado en el expediente, la imposibilidad de la Sra. D. P. F. a los fines de firmar, por sí, el consentimiento informado. Por el contario, uno de los reclamos de la actora es, justamente, que no recibe la Información Sanitaria respecto de su estado de salud y la del embarazo en curso: "...sin ser informada respecto a síntomas de alerta del cuadro mencionado..." (fs. 178 vta.). Sin la debida Información Sanitaria, las posibilidades de consentir o no una práctica, son nulas.

VI.2.b) La segunda de ellas: teniendo en cuenta que al momento del parto la paciente estaba acompañada por la Sra. C. y el Sr. Q. (madrina y pareja conviviente de la paciente respectivamente fs. 58/64), no se explica las razones por las cuales la firma de los consentimientos informados lo son por una tercera persona M. P. Esto por dos cuestiones elementales, la primera que se encontraba presente la pareja conviviente de la paciente, habilitado en primer término para firmar el consentimiento informado por imposibilidad del titular del derecho (art. 21 ley 24.193 por remisión del art. 6 ley 26.529). La segunda, gira en torno a la temporaneidad de la firma: no se explica cómo pudo, la Sra. M. P., interiorizarse del estado de salud de la actora y dar el consentimiento a la práctica médica si no se encontraba presente en ese momento en el lugar de los hechos. Ante la imposibilidad material de firmar cuando no se está presente en el lugar, se colige que no se firmó "antes" de la práctica, sino que fue materia de una diligencia "posterior". Con esto último, toma consistencia lo que refiere la Sra. F. P. "...pedí un historia clínica, a lo que me respondieron que no estaba, que habían borrado los informes míos" (fs. 1 vta.) y sugeriría una posible construcción ex pos facto del instrumento HC.

VI.2.c) La tercera reflexión, gira en torno a la figura de M. P., DNI N° ..., quien es una de las dos hermanas de la actora conforme surge de autos: "estaban comiendo en la casa de M., hermana de su ex pareja..." (Testimonial Q. fs. 58 vta.) y "...estando su grupo fraterno compuesto por M. P. de 24 años, C. P. de 22 años y A. F. de 14 años" (informe fs. 188). A su vez, al menos una de las dos hermanas de la actora, es paciente de la Dra. B. C.: "la hermana de D. recomienda se atendiera con su médica obstetra, la Dra. C., en la Clínica del Sol.,..." (Informe F. P. fs. 118/118 vta.); "...en el mismo sentido refiere la médica que le habría sugerido que se estudie respecto a posibles factores de riesgo que ella y su hermana tendrían (por abortos previos)... Luego, mantiene contacto con la hermana de D., a raíz que era su paciente, la misma le habría manifestado que D. tendría el feto en la heladera." (informe B. C. fs. 191). D. tiene dos hermanas, una de las cuales es paciente de la Dra. B. C., con lo cual, no se puede excluir la posibilidad que una paciente de la Dra. B. C., firma el consentimiento informado de su hermana D. F. P. (otra paciente de la misma médica). Estamos hablando de la firma de eventos en los cuales no habría participado M. P. (hechos similares de extrema gravedad no son problematizado por la institución Clínica Privada del Sol SA en general, ni por la Dra. B. C. en particular, conforme lo reseñado en VI. 1) y, si fuera paciente de la Dra. B. C., la posibilidad de ser inducida por la profesional médica que la asiste, abusando de su lugar dominante. Esto último será materia de investigación por parte del respectivo Tribunal de Ética (art. 20 Ley N° 4853, por posible incumplimiento del Art. 6 del Código de Ética del Consejo de Médicos de la Provincia de Córdoba).

VI.3) Buscando fiabilidad en los dichos de los profesionales involucrados, vinculándolos con la HC de la actora, nos encontramos con fuertes incoherencia entre tal relato y lo consignado en la HC o documental agregada en autos, por ejemplo: el tiempo de evolución del embarazo, consignado en 21,6 semanas en la HC (fs. 8); 18 o 19 semanas refiere el Dr. L. (fs. 192 vta.); entre 18 y 20 semanas la Dra. B. C. (fs. 191 vta.); 18 semanas la Sra. P. (fs. 193 vta.); segundo trimestre conforme informe de Apross (fs. 106 vta.); más de 22 semanas surge de la ecografía de fecha 07/04/2016 realizada en Clínica del Sol. (fs. 24 vta.) tres semanas y tres días antes del parto informando evolución de 19 semanas; 21 semana refiere el Dr. E. Otro punto en dónde los relatos no coinciden, es en el tiempo de evolución de la gestación prevista en protocolo de la Clínica Privada del Sol SA, para expedir certificado de defunción del alumbramiento sin vida: luego de la 23 semana de gestación refiere el Dr. L. (fs. 192 vta.); más de 22 o 23 semanas de gestación o más de 500 grs. refiere la Sra. P. (administrativa que los expide); más de 30 o 35 semanas el Dr. E.

VII. En esta instancia, se advierte que la Suscripta en lo sucesivo, se refiere al luctuoso acontecimiento acaecido a partir de la 01hs del 01/05/2016, como un parto, siendo que surge de autos que el nacimiento lo fue sin vida. Tal nominación, puede no corresponderse con la que técnicamente se utiliza en la ciencia médica, pero se opta a los efectos de mitigar, en lo posible, los padecimientos emocionales/ psicológicos de la Sra. D. P. F. al momento de leer esta resolución. Es claro que tal nominación, no puede ser considerado un prejuzgamiento o condicionamiento a lo que surja de la investigación "Actuaciones labradas por MED",

Actuaciones Sumariales N° 1158786/17, de la Unidad Judicial N° 04, radicada en Fiscalía Distrito 1 Turno 6 de la ciudad de Córdoba, jurisdicción en donde se investiga la concurrencia o no de un hecho penal en la causa que nos ocupa, escapando a la competencia de la Suscripta tales definiciones. Con las anteriores especificaciones y con los argumentos y probanzas expuestos en autos, se llega a la siguiente reconstrucción de los hechos con su correspondiente encuadre legal.

VII. 1) D. P. F., al 31 de abril del 2016, llevaba adelante un embarazo de más de 21 semanas de gestación (según HC), sin ningún tipo de complicaciones. Sin embargo, esa noche, D. sufre dolores y pequeño sangrado. A pesar de ser una madre primeriza, sabía que algo no estaba bien, advertía que esos dolores y ese sangrado no eran una buena señal. En consecuencia, se bañó, tomó un taxi junto a su pareja, pasa a buscar por su casa a la persona de su máxima confianza (su tía y madrina) y se presentó en la guardia de la Clínica Privada del Sol SA, dónde se hacía controlar el embarazo, fue recibida conforme los protocolos establecidos y derivada al primer piso de la Institución alrededor de la 01 hs. del día 01/05/2016. Allí comienza la intervención institucional que, atento lo manifestado por la Dra. B. C., médica obstetra de la demandante, el referido ingreso por guardia "implica la primera valoración (...) en el cual el médico especialista o médico residente comunica al médico de cabecera de la paciente la situación general de la misma; en caso de que el mismo no responda el teléfono, se cuenta con un profesional de guardia pasiva o el Jefe de Servicio. Se resalta que los médicos de cabecera son quienes definen los pasos a seguir, no quienes valoran al inicio. Por lo general el ingreso de la paciente se realiza en Preparto, en el primer piso de la institución, donde se encuentra el equipo de valoración (4 o 5 residentes) y equipo de enfermeras . A nivel edilicio la Sala de Preparto cuenta con 5 camas separadas por cortinas. Se dirige a la paciente a la Sala de Parto una vez que la paciente completa a 10 la dilatación como indicador requerido" (informe B. C. fs. 190/191 vta.).

Según lo relacionado en el punto VI y lo expuesto en lo que antecede del VII, se destacan una serie de acciones y acontecimientos que jalona la cuestión traída a resolver, repercuten de manera profunda en la integridad psicofísica de la persona denunciante y estructuran nuestra resolución. A saber:

Durante el proceso de parto:

VII. 1. a) D. no fue debidamente informada respecto a su situación de salud contrariándose el art. 2. inc. c y e ley 25.929: siendo que es un derecho esencial estar al corriente de la delicada situación de salud de sí misma y el embarazo que cursaba, no se le explicó las razones de algunos de sus síntomas, por caso los "movimientos" que ella sentía en su vientre y que la predisponían a vincular tales movimiento con la viabilidad del embarazo que cursaba: "cuando entraron la primera vez le dijeron que estaba bien que era prematuro, que en ningún momento le dijeron que había algún riesgo" (testimonial Q. fs. 60 vta.), tal afirmación toma consistencia con otra referencia: "contracciones uterinas, feto vivo".. "A las 8 hs. continúa evolución, aún feto vivo (fc 100x'), con un cuadro obstétricamente irreversible... aborto inevitable...." (Informe Ruiz Córdoba fs. 110 y 110 vta.). No se le entrega Información Sanitaria ni informa el protocolo que se le aplicaba: "..Todo lo referido habría transcurrido en una sala de pre parto, sin conocer la joven el protocolo de intervención, sin contar con la información respecto a los pasos que seguiría dicha internación..." (informe fs. 189). D. no es una niña, es una adulta enmarcada en un delicado proceso médico, lo que no significa tener anulada sus funciones cognitivas, solo necesitaba una explicación adecuada, de hecho la información, si le hubiera llegado, fue luego de tan lacerante trance: "... le llama la atención que la paciente no realice "un cierre" de la consulta, es decir no emita dudas al respecto de lo que él le informa...." (Informe Dr. L. fs. 192 vta.), recordemos que el Dr. L. refiere haber llegado a la Clínica a las 8,30 hs., luego del alumbramiento sin vida (Informe Dr. L. fs. 192 vta.) siendo que el derecho a la información sanitaria lo es antes y/o durante el proceso médico. En otro sentido, la paciente, no recuerda haber sido atendida por un médico hombre: "siendo que eran todas mujeres, nunca lo vi a él" (denuncia fs. 1 vta.), con lo cual se pone en duda la existencia del momento de explicación que refiere el Dr. L.;

VII. 1. b) D. no fue debidamente informada respecto a quién fue el profesional que la asistió, contrariándose el art. 2. inc. b ley 25.929: no se puede pensar en un trato personalizado (lo que involucra de algún modo la intersubjetividad) desconociendo quién fue el/la profesional que la asiste. A D. no se le reconoce su condición de sujeto interlocutor. La HC refiere que es atendida por la Dra. B. C. (fs. 9/11); la Escritura Pública 73 en (iv), asevera que fue asistida en esa oportunidad por el Dr. L. L. (fs. 20); al Dr. L. L. refiere que llega a las 8,30 hs., luego del alumbramiento sin vida (fs. 192 vta.); D. requiere tal información por CD de fecha 04/11/2016 (fs. 17). En todo el expediente, no surge quien fue el profesional médico que la asistió, desconcertando al día de hoy tal identidad: "...en la carta documento que me responde la Clínica sale que me atendió un médico hombre Dr. L. L., siendo que eran todas mujeres y nunca lo vi a él." (denuncia fs. 1 vta.);

VII.1.c) D. no fue informada sobre las alternativas de intervenciones médicas que pudieren tener lugar en el delicado proceso que le atravesaba contrarian-

do el art. 2. inc. a ley 25.929: como consecuencia de desconocer detalladamente su situación de salud, careciendo de tal Información Sanitaria, mal podía ser informada a los fines de las alternativas terapéuticas disponibles para transitar dicho proceso. Los profesionales tratantes, decidieron por ella y sobre ella, reduciéndola a un objeto de tratamiento y, por lo tanto, reificándola. Así consta en autos: "En casos de gestación menor de la semana 20 o 22 no se toma ninguna decisión" (informe L. fs. 192 vta.) sin visualizar que no tomar un decisión es, en sí, una decisión, opción terapéutica que no le fue informada a la paciente, menos consultada. Asimismo que, en cuadros como el que presentó la actora: "la médica menciona que como criterio general siempre se intenta que se lleve a cabo la "expulsión" a través de un parto, ya que realizar una intervención por cesárea es contraindicado pudiendo la misma interferir en el futuro obstétrico de la paciente, afinando el útero y aumentando riesgos" (inf. B. C. fs. 190 vta.). Cabe consignar que D. refiere: "Yo les dije ...que si era necesario que hicieran una cesárea para que naciera con vida porque sentía que se movía en mi vientre." (demanda fs. 3). Lo dramático de esta omisión, es que el personal de salud determinó conservar las mejores condiciones del útero de D. para un ulterior parto, y con esa determinación inconsulta, más otras omisiones, le causan un proceso de tal grado traumático que le obturan la posibilidad emocional/psicológica de proyectarse en una nueva maternidad: "...por todo esto no quiero tener más hijos..." (denuncia fs. 2);

VII.1.d) D. se encontró con un desenlace no asumido emocional ni racionalmente, por no haber sido acompañada en su singularidad, como lo indica el art. 2. inc. b ley 25.929: una información adecuada a esta paciente, hubiera permitido incorporar, cognitivamente, los hechos que afrontaba, y, con el debido acompañamiento afectivo y terapéutico, asumir desde otro lugar el desgarro de su pérdida: "Yo les dije que la bebé se movía y que hicieran algo, si era necesario que hicieran una cesárea para que naciera con vida porque sentía que se movía dentro de mi vientre" (denuncia fs. 3), es altamente probable que D. sintiera movimientos en su vientre: "contracciones uterinas, feto vivo"... "A las 8 hs. continúa evolución, aún feto vivo (fc 100x'), con un cuadro obstétricamente irreversible... aborto inevitable...." (Informe Ruiz Córdoba fs. 110 y 110 vta.), vinculándolos a la posibilidad de un nacimiento con vida; y "Dicha falta de información habría repercutido en la joven de forma traumatizante debido a que al no saber tales aspectos, su fantasía era que una vez que pudiera dar a luz a su hija ésta sería asistida médicamente" (informe fs. 189);

VII.1.e) D. no contó con el acompañamiento, durante la totalidad del parto, de una persona de su confianza como le garantiza el art. 2. inc. g ley 25.929: en el momento más crítico de su situación, no solamente se encontraba carente de acompañamiento profesional, sino que se le indicó a quienes la acompañaban rotativamente, que se retiraran. Ella en soledad transitó tan desgarradora situación: "Me sentí abandonada en la clínica,... Era mi primer embarazo y nunca me ayudaron siendo que era mamá primeriza, no sabía ni que eran las contracciones. Esta tirada en una cama sola teniéndola" (denuncia fs. 2), lo que es corroborado por los testigos: "que ingresó dos veces a la sala y luego no le permitieron ingresar más..." (testimonial C. fs. 63)", en el caso del Sr. Q., pareja de la actora, ingresó desde las 1.30 a las 2,30; reingresaron de las 3,30 hasta las 6 hs. "después no le permitieron volver a entrar, luego le fueron a informar que ya había tenida a la bebé" (fs. 59 vta.). Refiere la actora: "...sentí algo entre mis piernas, le vi la manito a la bebé entonces avisé que estaba naciendo y me dijeron que la tuviera, entonces hice fuerza sola, hasta que nació la bebé. Luego de eso, cuando la bebé había nacido, callo a la chata (que la tenía puesta allí para no ensuciar) avisé a la enfermera que había nacido y al ratito vinieron a buscarla..." (fs. 3 vta.). Se corrobora por los profesionales de la institución, que la imposibilidad de contar con acompañamiento era la política de la Clínica, así refiere la Dra. B. C.: "La institución no permitía que sean acompañadas las pacientes al momento de la internación en el año 2016" (fs. 192) y el Dr. E.: "La institución cuenta con protocolos de parto humanizados en las cuales hay aspectos que ellos aceptan y otros que no" (fs. 194);

Con posterioridad al proceso de parto:

VII.1.f) D. no recibió copia de su historia clínica en tiempo y forma, contrariando el art. 14 ley 26.529: siendo tal información de su propiedad, la Clínica Privada del Sol SA, fue renuente a entregarle la referida copia, generando desvelos adicionales para ejercer sus derechos más elementales: Se pone la HC a su disposición por Escritura Pública 73 de fecha 07/12/2016 (fs. 18/21), luego que D. debió contratar un abogado a fin de hacer valer sus derechos, con el patrocinio del cual remite carta documento de fecha 04/11/2016 (fs. 17) a la Clínica Privada del Sol SA solicitándole información sobre su proceso de parto de fecha 01/05/2016;

VII.1.g) D. recibió copia de su historia clínica dónde constan datos inexactos en infracción al art. 15 inc. c ley 26.529: luego de transitar el proceso de alumbramiento sin vida de un modo extremadamente traumático, se le entrega la copia del documento que refleja tal doloroso transe con información que no refleja la verdad de los hechos, incluso reconocido por la propia demandada (ver VI. 1 y VI. 2. a, b y c);

VII.1.h) D. no recibió en un tiempo lógico, los restos del parto, configurando trato inhumano y cruel en infracción al art. 5 CDDH y art. 5 CADH: la entrega de los restos de quien fuera dada a luz, está rodeada de los más siniestros aspectos, no solo por el estado de su entrega (sin estar cubierta de líquido conservante) y con sospechas de propender así, deliberadamente, a su desnaturalización temprana; por los argumentos para no hacer la entrega: porque los restos del alumbramiento sin vida no llegaba al peso requerido: "Que le quiso hacer una especie de despedida y sepultarlo pero le decían que no lo podía llevar porque era un feto el peso del bebé no daba para que se lo entregaran" (testigo Q. fs. 61) que se corrobora con: "...refiere que ella misma los confecciona...o bien cuando el feto es mayor a 500 gs." (informe P. fs. 193) o porque estaba en anatomía patológica: "no se lo podía entregar porque se enviaba a patología a investigar" (Dra. C. fs. 191); el tiempo de su entrega (con una dilación temporal injustificada reconocida por la propia Clínica del Sol. (informe Dr. L. a fs. 193 y Dr. E. a fs. 194) sabiendo que la misma lo estaba reclamando: "...Ahí tenés, tanto que querías al feto." (inf. P. F. fs. 179/179 vta.). Cabe consignar que la anatomía patológica sobre los restos del parto, cuya remisión se le "informa" no se le "consulta", es devuelta con fecha 12/07/2016 (fs. 6) y la entrega de los restos se materializa el 16/12/2016 (fs. 23) con cinco meses de demora a la última razón esgrimida por la clínica para no entregarlos, sabiendo que desde su alta médica, la actora reclama se le entregue, lo que para ella significaba, el cuerpo de su hija. Así conforme las constancias de autos: "la paciente solicita llevarse, al momento del alta médica, el cuerpo de su bebé, y la Dra. C. le habría explicado que en tal oportunidad no se lo podía llevar, ya que se enviaba a patología a analizar.

Posterior a ese encuentro, la paciente se había presentado sin turno en el consultorio, sin recordar la fecha de tal encuentro; motivando la misma que la joven solicitara hablarle ya que no le querían entregar el cuerpo de su bebé. La Dra. Le habría solicitado que la espere a que ella finalice la consulta en curso que mantenía con otra paciente. Sin embargo cuando la médica habría terminado dicha consulta, en la sala de espera la joven ya no estaba. Luego, mantiene contacto con la hermana de D., a raíz que es su paciente, la misma la habría manifestado que D. tenía el Feto en la heladera"... "que el servicio de anatomía patológica tarda entre 30 y 60 días para emitir un informe con diagnóstico correspondiente"... "que reitera conocer que su intención (por la actora) era tomar el feto, que la paciente lo había reclamado, que se la había entregado el mismo y que ésta lo tendría en la heladera, y que no la habían entregado el certificado de defunción" (informe Dra. B. C., fs. 191 y 191 vta.); "...haber atendido administrativamente a D. P. ya que la misma habría solicitado "llevar su fetito por su aborto"... "en términos generales refiere que no es solicitado el cuerpo de dichos fetos por sus progenitores, siendo éste uno de los pocos casas que ella recuerda de haberse solicitado" (informe P. fs. 193);

VII.1.i) D. recibió los restos del parto sin la debida documentación: la documentación que acredite la identidad de los restos del parto sin vida (conforme los formularios que dispone al Ministerio de Salud de la provincia con el cual se inscribe la defunción intrauterina ver oficio Hospital Materno Provincial glosado a fs. 146/156), es necesaria para su disposición final, negándose injustificadamente la Clínica Privada del Sol SA, a la entrega de la misma, dando los involucrados versiones incoherentes entre sí y carente de justificación legal. Se trataría de una práctica de la Clínica Privada del Sol SA sin respaldo legal. Cuando concurrió a retirar los restos, "la joven observa que el cuerpo de su bebé estaba en una bolsa cubierto con líquido, dentro de un frasco, provocando estupefacta la reacción de tal situación, sin más se debía retirar de la institución. En tal momento la joven solicita certificado de defunción para poder trasladar por la calle con el mismo así como también porque era lo requerido por el servicio para darle sepelio al mismo. Sin embargo el personal de la clínica se niega a emitirlo (diciembre 2016) Así y en esas circunstancias, la pareja decide guardar el frasco dentro de la mochila que llevaban consigo, ya que advertían no podían transitar con el mismo en la mano por la calle. La joven lo lleva a su casa, en pos de la espera ante la solicitud del certificado de defunción, guarda el frasco dentro de su heladera, siendo una vecina enfermera quien la asesora para cubrir el 100% del cuerpo de la bebé con formol, ya que de lo contrario comenzaría un proceso de putrefacción" (informe fs. 189 vta.). A su vez no se le brindó un mínimo de herramientas para tomar decisiones saludables: "La joven recuerda no haberse atrevido a darle entierro por sí misma, debido a desconocer, y NO ser informada de las implicancias que ello podría aparejar, infiriendo que podría ir presa por darle entierro sin contar con la certificación requerida" (informe fs. 189 vta.). Tan lacerante panorama, es asumido por los profesionales de la clínica como parte del desequilibrio de la paciente, sin visualizar que es consecuencia de la victimización que ellos le causan: "Que específicamente de la paciente sostiene que no está bien psicológicamente, por irse con el feto en la mano, que dicho acto le parece inadecuado...." (Informe Espósito fs. 194 vta.) y como consecuencia del desequilibrio e imposibilidad de superar la frustración que alegan, coligen que comienza las acciones legales que nos ocupan: "la médica cuestiona el accionar de D., ya que desde su percepción ésta (con intervenciones judiciales) no sería la mejor forma de sanar su dolor" (informe B. C. fs. 191 vta.), "Interpretando que la joven habría comenzado un litigio por rechazar la pérdida " (informe L. fs. 193). A su vez, la

falta de documentación obturó determinantemente la posibilidad de retirar los referidos restos por una empresa funeraria, así como de cumplir con los ritos de su religión a los fines de la disposición de estos, que le permitieran comenzar a elabora la desgarradora pérdida sufrida: "Me afectó mucho, quiero enterrar a mi hija, me sentí muy mal cuando me dijeron que la enterrara en mi casa como si fuera un perro" (denuncia fs. 2). Cabe consignar que Clínica Privada del Sol SA, entregó el Certificado de Defunción Fetal (fs. 200), como respuesta a la orden judicial de estos obrados por Decreto de fecha 17/12/2019.

VII.1.j) D. tiene dudas respecto de la identidad genética de los restos del alumbramiento que le entregaron: Como colofón de esta serie de desmanejos (ver VII. 2. g, h e i: inexactitudes en la HC, diferentes argumentos para no entregar los restos del parto, injustificado tiempo de entrega y estado de los restos del alumbramiento sin vida) siembran dudas en D. sobre la identidad genética de los restos del parto que le entregan: "Me decían que no encontraban el cuerpo, me preguntaban a nombre de quien lo había dejado" (denuncia fs. 1 vta.);..... "me gustaría si se puede, hacer un ADN para saber si el cuerpo que me entregaron es de mi bebé o no"... "no se siquiera si es el cuerpo de ella" (denuncia fs. 2). Ello así atento que: "los patólogos son quienes retiran los restos de la clínica, la Dra. A. C. lo lleva a un laboratorio; el mismo luego de un tiempo es desechado" (informe P. fs. 193), atento el tiempo y peso de la gestación, queda flotando la intranquilidad en el espíritu de la actora si los restos de su parto siguieron tal procedimiento o fueron rescatados y entregados;

VII.1.k) D. no puede afrontar la hipótesis de proyectarse en una futura maternidad, vinculando tal imposibilidad al trauma que se le generó, condicionándosele el derecho de la mujer a tal planificación familiar reconocida por art. 2 inc. g de la ley 25.673: en los hechos, con la sumatoria de omisiones, maltrato y reificación, a D. se le generó una suerte de esterilización desde lo emocional: "Por todo esto no quiero tener más hijos, tengo mucho miedo que vuelva a pasar" (denuncia fs. 2) "tengo serios problemas de relación con mi pareja actual a raíz del miedo y angustia que me provoca la idea de tener otro hijo" (fs. 159 vta.) y "...se remarca el miedo extremo a que le pudiera volver a suceder el mismo evento, descartando la posibilidad de volver a engendrar por dicho motivo;..." (informe Lic. Asís fs. 195). La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), tiene una prolífica producción en torno a la esterilización forzada (1), y queda claro que existen distinto procedimiento para llegar al mismo resultado, o al menos no tomar mínimos recaudos para evitarlo, como daría la impresión en el caso que nos ocupa;

VIII. A partir de los eventos que genera la Clínica Privada del Sol SA sobre la integralidad de la persona de D. F. P., esta siente fuerte y negativamente impactada su salud, entendiendo la definición de salud holísticamente: "un completo estado de bienestar físico, mental y social y no meramente la ausencia de enfermedad o incapacidad (OMS)". Desde la aciaga madrugada del 01/05/2016 y con posterioridad a tales eventos, la actora refiere encontrarse en un estado psicológico/moral deplorable, apreciación que acompañan sus referentes cercanos y la profesional que la asiste: "Necesito terminar con esto, me quise matar dos veces, cortándome las venas.... Vivo sola, a veces pienso en tomar pastillas para poder terminar con todo esto." (denuncia fs. 2); "...después de ese día, D. estuvo muy mal y hasta el día de hoy no lo supera, ya que era su hija" (testimonial Sra. C. fs. 63 vta.) y "...en cuanto al primer intento de suicidio refiere que se desencadena ante el cumplimiento del primer año de alumbramiento; el posterior al año y 8 meses del mismo y el último al momento de buscar el cuerpo de y 8 meses del mismo y el último al momento de buscar el cuerpo de la bebe. El diagnóstico que refiere es Stress Postraumático, con conductas de impulsividad (intentos de suicidio)..." (informe Asís fs. 195). Este cuadro, es vinculado por la actora a su condición de víctima de violencia obstétrica, referida en autos por la propia Dra. B. C. como: "....falta de información, falta de empatía, trato agresivo e infantilizado de las pacientes" (informe B. C. fs. 190 vta.) y conceptualizada legalmente en ver V.5. A raíz de tal sentimiento, la actora plantea la demanda que trabajamos.

Manifiesta el apoderado de la Clínica Privada del Sol SA, "la institución es pionera en respetar los derechos de la paciente. De hecho se ha implementado un protocolo interno de parto humanizado, el que es de estricto cumplimiento" (fs. 29 vta.). Sin duda, en la atención médica integral de D. P. F. que se nos trae a consideración, algo falló. Nada de lo establecido en la legislación sobre la materia, ni puntualmente a lo referido por el art. 2 de la ley 25.929 fue cumplimentado, menos aún se respetaron los principios de Dignidad (2), Autonomía y Responsabilidad Individual (3), ni el de Consentimiento (4) establecidos en la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos DUBDH (ONU, 2005). Por ello, sin vacilación sostengo que de los hechos relatados cabe tener *prima facie* por configurado un supuesto de violencia de género bajo la modalidad obstétrica, traducida en el caso concreto en violencia tipo física (dolor físico innecesario por omisión de cuidados) y psicológica por parte de la Clínica Privada del Sol SA, por intermedio de sus profesionales y dependientes, hacia la persona de la Sra. D. P. F., incurriendo en una palmaria violación a los derechos y garantías fundamentales de la joven madre y a un indebido ejercicio de las funciones que le competen como institución que debe prestar un

servicio de salud. D. F. P. transitó en la Clínica Privada del Sol SA un proceso de parto en las antípodas del parto humanizado, se le proporcionó un parto deshumanizado y deshumanizante. El comportamiento de la Clínica Privada del Sol SA con posterioridad a tal evento, que gira en torno a la entrega de los restos del alumbramiento sin vida y la documentación correspondiente, fue cuando menos negligente y cruel, asimismo vivido por la Sra. D. P. F. como una verdadera tortura.

El caso que resolvemos, constituye una violación a los derechos humanos a de D. P. F., conforme art. 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 5.a de la Convención Americana de Derechos Humanos, es violentada en su condición de mujer, conforme art. 5.a CEDAW, art. 6 Belén do Pará, es materia de violencia de género modalidad obstétrica física (dolor innecesario por omisión de paliativos) y psicológica art. 6 inc. e ley 26.485 y art. 2 ley 25.929, se le desconocieron los derechos como paciente, art. 3, 5, 14 y 15 ley 26.529 y se le desconoció su condición de sujeto de la bioética al no aplicarle los principios 3, 5 y 6 de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, arraigándose la Clínica Privada del Sol SA al más arcaico paternalismo médico, realizando prácticas obstétricas sin previa consulta y sin ofrecerles ningún tipo de información sobre las implicancias de las mismas, infantilizando a la paciente, anulando e inhibiendo toda posibilidad de D. de tomar decisiones sobre su salud sexual y reproductiva. D. P. F. no es una cosa: es una humana con derechos, una ciudadana con derechos, una paciente con derechos, y una parturienta con derechos. El proceso de alumbramiento, incluso de aborto, no ingresa a la mujer en una situación de disolución de su condición de humanidad y sujeto de derechos. Parecería ser que en este caso, la situación obstétrica, que solo se aplica a lo femenino, degradó a su protagonista a la condición de cosa. En el proceso médico que tenemos ante nuestros ojos, se cumple la premisa: "suceso a través del cual la perspectiva humana genuina involucrada es neutralizada hasta tal punto que finalmente se transforma en pensamiento objetivante", que es la quintaescencia de la reificación (HONNETH, Axel: Reification. A new look to an old idea. Oxford. Ed. Oxford University Press, 2008).

VIII.1) Cabe aclarar, las razones por las cuales los hechos ocurridos con posterioridad al parto, quedan comprendidos, en el concepto de violencia tipo psicológica modalidad obstétrica, en su caso subespecie pos obstétrica, y con causa fuente en aquella. Esta apreciación lo es para el caso que nos ocupan, dada sus particularidades. Es evidente que el proceso de preparto, parto y pos parto, desde un punto de vista médico/anatómico, se circunscribe a un lapso signado por la materia médica/clínica. Ahora bien, los eventos que involucraron a actora y demandada desde el 01/05/2016, se proyectan temporalmente en continuo generando los hechos y situaciones descriptos en VII.1. f, g, h, i, j y k. Es más, si la entrega de la HC y los restos del alumbramiento sin vida con su documentación respectiva, se hubieran materializados en tiempo razonables, nos encontraríamos dentro del período del pos parto/puerperio. La irrazonable demora de Clínica Privada del Sol SA, no solo se vincula a los hechos que rodearon el alumbramiento sin vida, y lo tienen como causa necesaria, sino que no puede operar en favor de la referida institución, desvinculando parte de su desaprensivo accionar al concepto de violencia de género modalidad obstétrica tipo psicológica en contra de D. P. F.

IX. De la lectura integral del expediente, y luego de haberse pronunciado, no puede la Suscripta, dejar de señalar las inentendibles afirmaciones y actitudes de tres profesionales involucrados en la causa. El director de la Clínica, Dr. E., la médica que atendía a la actora durante el embarazo, Dra. B. C., ambos comprendidos en la regla ética: "Sólo verán en el paciente al ser humano que lo necesita" (art. 5 Código de Ética del consejo de Médicos de la provincia de Córdoba) y una anónima enfermera.

IX.1) Hay tres señalamientos respecto del Dr. E.

IX.1.a) Exalta: "...la institución es pionera en respetar los derechos de la paciente. De hecho se ha implementado un protocolo interno de parto humanizado, el que es de estricto cumplimiento" (contestación de demanda fs. 29 vta.). Sin embargo, afirma: "...la institución cuenta con protocolos de parto humanizados en las cuales hay aspectos que ellos aceptan y otros que no" (informe E. fs. 194). Cuando menos podríamos percibir que el Dr. E., como director de la institución, se reserva el derecho de aplicar los "aspectos" del parto humanizado que le resultan convincentes, con prescindencia de la obligatoriedad que implica la manda legal. El caso emblemático de esta no aplicación, es la política de la institución que la mujer en proceso de alumbramiento, no puede ser acompañada por una persona de su confianza. La Clínica Privada del Sol SA, representada por su Director, se atribuye el derecho de redefinir el concepto de parto humanizado, lo cual, claramente, escapa a sus posibilidades legales. Asevera el Dr. E. "que se pueden garantizar procesos pero no resultados" (fs. 194), sin pronunciarse sobre la práctica médica que son materia de investigación penal, es claro que el proceso falló, porque se le quitó la humanidad (y correlativos derechos) que es esperable, requerible y exigible a este singularísimo momento que afecta, solamente, a la condición femenina.

IX.1.b) Relaciona el Dr. R. R. E.: "...los hechos denunciados de D. P. F. con la probabilidad, que la ma-

yoría de las mujeres padece, que es la depresión pos parto, que es silenciosa y que la mujer por lo general no busca ayuda "se la banca" (SIC)....". Sobre tan infausta afirmación, dos precisiones: el puerperio es el "período que abarca desde el alumbramiento (dos horas después de la expulsión placentaria) hasta 45 días a 6 meses luego del parto. Está caracterizada por la involución paulatina de las modificaciones gravídicas anatómicas y funcionales a su estado pregestacional, excepto las mamas en las cuales se producen procesos anabólicos que permiten la lactancia. El puerperio se puede dividir en cuatro etapas, según el tiempo transcurrido desde el pos parto: 1. Puerperio inmediato: desde el alumbramiento hasta 24 horas posparto. 2. Puerperio mediato: 24 horas hasta 120 días posparto. 3. Puerperio alejado: 11 días a 45 días posparto. 4. Puerperio tardío: hasta los seis meses del posparto" (Venditti en Nasiff. Obstetricia. Fundamentos y enfoques prácticos. Editorial Médica Panamericana. Pág. 297). Los intentos de suicidio de la Sra. P. F., comenzaron a partir del año del parto (ver VI informe A.), y la demanda que nos ocupa el 21/12/2017, a más de un año y medio. Incluso considerando lo que la ciencia médica llama puerperio tardío, la Sra. D. P. F., se encuentra absoluta y ostensiblemente fuera del estado puerperal, incluso para quien, como el Dr. E., nunca la trató profesional y/o personalmente. Un médico con su trayectoria no puede hacer una afirmación tan superficial, agraviando la inteligencia de sus interlocutores.

IX.1.c) Sobre la misma patética afirmación de IX.1.b, asistimos, en concepto del autor de la afirmación, a la exaltación de un estereotipo respecto a la universal "mujer" que "se la banca", modelo del cual se aparta (reprochablemente a su criterio) la "singular mujer", Sra. D. P. F. Tal Atento lo poco feliz de tal afirmación, que exhibe descarnadamente el estereotipo instaurado en la visión del profesional, se advierte el atropello al derecho que le asiste a D. "a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación" (art. 6 Belém do Pará) y engarza a la perfección con lo descripto Por el comité de CEDAW como violencia de género contra la mujer: "...imponer los papales asignados a cada género o evitar, desalentar o castigar lo que se considera un comportamiento inaceptable de las mujeres." (OG 35, Sobre Violencia en razón de Género contra la Mujer. Párrafo 19). Nos preguntamos con qué elementos de su historia personal y desde qué marcos teóricos el Dr. E. opina sobre la subjetividad femenina en este sensible punto. Sería un acto de mayor responsabilidad funcional (es Director de un clínica) acercarse con más respeto a los sentimientos y procesos internos de "una mujer singular" atravesada por un drama de vida, estudiando cuidadosamente el tema o, caso contrario, llamarse a un saludable silencio.

IX.2) Respecto del Dra. B. C. Se advierte un línea de razonamiento en el caso que nos ocupa, que da cuenta de cierta disrupción expuesta por la profesional, quien en un sentido describe violencia obstétrica: "....falta de información, falta de empatía, trato agresivo e infantilizado de las pacientes" (informe fs. 190 vta.) y en otro sentido indica que "las denuncias que la joven habría emitido; mencionando que lo habría hecho, desde su percepción, por el enojo de perder a su hijo o por una remuneración que la misma pretendería por ello y que la misma no se encontraba en su estado psíquico de estabilidad" (informe B. C. fs. 191/191 vta.). Cabe preguntarse como una profesional de la salud puede describir con tanta claridad conceptual/técnica violencia obstétrica y no advertir las repercusiones en la salud integral a las víctimas de tales violencias que lucen como un mapa desplegado dolorosamente ante sus ojos. No pretendamos empatía, o sororidad, pero al menos un mínimo de conmiseración, siendo una especialista en Ginecología y Obstetricia, "referente del parto humanizado y... cálida..." (informe B. C. fs. 190), el sufrimiento de su (ex) paciente y las huellas que deja en su integralidad como persona, le pasan inadvertidas, desconectando los eventos del relato. Es como firmar en la HC una práctica médica a la cual no asistió, que de hecho es lo que hizo (fs. 9/11), pudiendo afectar el art. 6 y, eventualmente por la posible remisión de la facturación de la práctica a la obra social, 82 del Código de Ética del consejo de Médicos de la provincia de Córdoba, debiendo dar cuenta de ello frente al Tribunal de Ética, a más de lo indicado en el punto VI.2.c.

IX.3) Respecto de la enfermera anónima. Cabe rescatar, en un marco de inhumanidad extrema, la figura de una enfermera que, diferenciándose de sus pares y cuerpo médico, trató a D. con la dignidad que se merece en la circunstancias de parto, y dentro de sus posibilidades laborales, contrariando las políticas de la institución que no lo permitían, la habilitó a ejercer su derecho a estar acompañada por una persona de su confianza, al menos de modo intermitente: "En cuanto al trato del personal remarca que solo una enfermera la habría contenido, permitiendo que entraran a visitarla su madrina o su pareja; recibiendo maltrato de parte del resto de los profesionales" (informe Asís fs. 194 vta.). Eso significa que no todo está perdido en la Clínica Privada del Sol SA, hay, al menos, una enfermera que merece ser reconocida por desempeñarse a la altura de la circunstancias. Pese a desconocer su identidad, no puede menos que poner en valor su figura, mano tendida que la sostuvo y evitó la caída de D. a un abismo más profundo.

X. Que por lo expuesto en VI, VII, VIII y IX, la Suscripta, pasa a expedirse en relación a las acciones que deben procurarse a los fines de reparar los hechos sufridos por la actora, y prevenir hipótesis reincidentes. Ello así en tanto no es letra muerta la obligación del Estado Argentino de "modificar los patrones socioculturales de hombres y mujeres..." (art. 5 CEDAW) y que es la raíz de la legitimación de prácticas violentas sobre el simbolismo de lo femenino en general y la práctica obstétrica en particular. No es dable estacionarse en lo retórico sabiendo que "las violaciones de la salud y los derechos sexuales y reproductivos de la mujer,..... son formas de violencia de género" (Recomendación General N° 35. Comisión CEDAW), que el embarazo genera una doble causa de vulnerabilidad en las mujeres a sufrir violencia (art. 9 Belém do Pará) por lo tanto el MESECVI recuerda a los Estado signatarios (Argentina entre ellos), "...que se brinde información oportuna y veraz a las mujeres embarazadas... para que puedan tomar decisiones libres e informadas que sean respetadas." (Segundo Informe 2014, párrafo 123/124). Máxime, siendo el Estado Argentino pionero promotor, junto a la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), de la organización de Foros de América Latina para la Aplicación de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, lo cual redobla el compromiso del Estado Argentino a hacer respetar los principios establecidos en el instrumento: "Los Estados deberían adoptar todas las disposiciones adecuadas, tanto de carácter legislativo como administrativo o de otra índole, para poner en práctica los principios enunciados en la presente Declaración, conforme al derecho internacional relativo a los derechos humanos. Esas medidas deberían ser secundadas por otras en los terrenos de la educación, la formación y la información pública" (art. 22 DUBDH). X.1) Urge que los profesionales del equipo de salud de la Clínica Privada del Sol SA y su Comité de Bioética, avancen hacia los marcos teóricos y prácticas de parto respetado, por ello deberán recibir capacitación que incorpore una perspectiva de género en este tan sensible reducto del mundo sanitario, incluso cuando el alumbramiento verse sobre un nacimiento sin vida o una interrupción legal del embarazo, con especial direccionamiento a las implicancias bioéticas. Por ello, se emplaza al Sr. Director de la Clínica Privada del Sol a los efectos de que en el término de 30 días presente un protocolo de capacitación en la temática destinado tanto a los profesionales de la salud, como así también al personal administrativo a su cargo. A través del mismo deberá detallar acciones que llevará a cabo para su efectiva implementación como así también la temática que se abordará y modalidad de la misma.

X.2) Se emplaza al Sr. Director de la Clínica Privada del Sol a los efectos de que en el término de 30 días presente un protocolo de expedición de certificado de defunción fetal conforme la legislación vigente, con intervención del comité de Bioética de la Institución.

X.3) Se emplaza al Sr. Director de la Clínica Privada del Sol, a los efectos de que en el término de 30 días y con la participación activa del Comité de Bioética de la institución Médica, presente un protocolo de que garantice a las mujeres a contar con la información necesaria respecto de los derechos que le asisten antes, durante y con posterioridad al parto, con o sin vida, incluso tratándose de abortos, en el marco de la normativa vigente. Por ello se emplaza al referido nosocomio para que en el mismo plazo implemente en lugares visibles de dicha institución (salas de espera; páginas web y barandillas) información acerca de la temática, debiendo informar también la manera y forma de su efectivización, en especial lo referido al consentimiento informado previo a la práctica médica.

X.4) Se le deberá hacer saber al Sr. Director de la Clínica del Sol. que deberá arbitrar los medios necesarios y conducentes a los efectos de otorgar a costa del referido nosocomio tratamiento psicológico pertinente en la persona de la Sra. D. P. F. a los fines de poder sobrellevar lo vivenciado, hasta que la misma obtenga su alta definitiva, incluso si ello fuera vitalicio, con el profesional que la misma escoja.

X.5) Proveyendo a lo solicitado por la peticionante, y conforme lo establecido por el corpus iuris internacional en la materia (Derecho a la dignidad personal: Art. 1, Declaración Universal de los Derechos Humanos y Art. 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; Derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad e integridad de las personas: Art. 1 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; Art. 6 y 9, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Derecho a no ser sometido a torturas ni penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes: Art. 5, Convención Americana sobre Derechos Humanos; Art. 7, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Derecho a la salud: Art. 12, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se deberá librar oficio al Registro de Estado Civil y Capacidad de la personas de la ciudad de Córdoba a los efectos de cumplimentar la inscripción del nacimiento sin vida de P. N. N. ocurrida el 1 de mayo del año 2016 (cfrme. art. 60 de la ley 26.413) a sus efectos.

X.6) La resolución que dicto, se deberá poner en conocimiento al Ministerio de Salud de la Nación y al Ministerio de Salud de la provincia de Córdoba, como así también al CONSAVIG (Comisión Nacional Coordinadora de Acciones para la Elaboración de Sanciones de la Violencia de Género) a los fines de que se

coordine acciones que contribuyan en el diseño de sanciones contra la violencia de género.

XI. Costas: atento los principios generales de la imposición de costas al perdidoso, teniendo en cuenta que las legales expectativas de la actora se materializaron a partir de una acompañamiento legal y jurisdiccional, las mismas se imponen a Clínica Privada del Sol SA, regulando los honorarios profesionales de los Dres. Dante H. Prosdócimo y Valeria Fernández Manzano en ... Jus, lo que al día de la fecha, equivale a la suma de pesos ... ($ ...), conforme el mínimo establecido en el art. 36 Código Arancelario para Abogados y Procuradores de la provincia de Córdoba ley 9459, el desempeño profesional de la Dra. Fernández Manzano y el interés de la causa que nos ocupa. La proporción de los honorarios, se establece en el cuarenta por ciento al primero y sesenta por ciento a la segunda (art. 45 ley 9459). No regular honorarios al Dr. Héctor Manzi ni al Dr. Rodolfo M. González Zavala.

XII. Habiéndose resuelto en los presentes en el sentido de atribuir a Clínica Privada del Sol SA la autoría de violencia de género modalidad obstétrica tipo psicológica y física (por omisión) en contra de la Sra. D. P. F., se le impone el pago de la Tasa de Justicia de ... Jus, lo que al día de la fecha equivale a la suma de pesos ... ($ ...), con fundamento en lo prescripto por el art. 126 de la Ley Impositiva 2021 de la provincia de Córdoba (N° 10.725). Dicho pago deberá ser acreditado en el lapso de setenta y dos horas de notificado el presente.

Por todo ello, resuelvo: I. Hacer lugar a la demanda incoada por la Sra. D. P. F. DNI N° ... en contra de la C. D. S. SA declarando que la misma fue víctima de violencia de Género modalidad obstétrica tipo psicológica y física (por omisión). II.. Hacer saber al Sr. Director de la Clínica del Sol. que deberá arbitrar los medios a su alcance a los efectos de otorgar a costa del referido nosocomio tratamiento pertinente en la persona de la Sra. D. P. F., lo que deberá acreditar en el término de diez días conforme Considerando X.4. III. Oficiar al Tribunal de Ética del Consejo de Médicos de la provincia de Córdoba conforme Considerandos VI.2.c. y IX.2. IV. Oficiar a los Ministerios de Salud de la provincia de Córdoba, de la Nación y al CONSAVIG a sus efectos, conforme Considerando X. 6. V. Hacer saber a la Clínica Privada del Sol SA, que deberá acreditar el cumplimiento del Considerando X 1, 2 y 3 en el plazo de treinta días desde la notificación del presente. VI. Oficiar a Fiscalía a los fines del considerando VI 1; VII. Oficiar al Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas a los fines de la inscripción de la defunción intrauterina conforme Considerando X.5. VIII. Regular los honorarios de los Dres. Dante H. Prosdócimo y Valeria Fernández Manzano en la suma de pesos ... ($ ...) y pesos ... ($ ...) respectivamente conforme el Considerando XI. IX. Imponer A Clínica Privada del Sol SA el pago de la Tasa de Justicia, conforme Considerando XII, que deberá ser acreditada en setenta y dos horas. Protocolícese, hágase saber y dese copia. — *Nélida M. I. Wallace.*

(1) CIDH: Informe No. 71/03, Petición 12.191, Solución Amistosa, María Mamérita Mestanza Chávez (Perú), 3 de octubre de 2003; e Informe No. 40/08, Admisibilidad, I.V. (Bolivia), 23 de julio de 2008.

(2) Art. 3 DUBDH "Se habrán de respetar plenamente la dignidad humana, los derechos humanos y las libertades fundamentales. 2. Los intereses y el bienestar de la persona deberían tener prioridad con respecto al interés exclusivo de la ciencia o la sociedad"

(3) Art 5 DUBDH: "Se habrá de respetar la autonomía de la persona en lo que se refiere a la facultad de adoptar decisiones, asumiendo la responsabilidad de éstas y respetando la autonomía de los demás. Para las personas que carecen de la capacidad de ejercer su autonomía, se habrán de tomar medidas especiales para proteger sus derechos e intereses"

(4) Art. 6 DUBDH "Toda intervención médica preventiva, diagnóstica y terapéutica sólo habrá de llevarse a cabo previo consentimiento libre e informado de la persona interesada, basado en la información adecuada. Cuando proceda, el consentimiento debería ser expreso y la persona interesada podrá revocarlo en todo momento y por cualquier motivo, sin que esto entrañe para ella desventaja o perjuicio alguno".

Violencia obstétrica y poderes biomédicos: dúo dinámico

Soledad Deza (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Cambios de paradigmas y vientos de cambios para la soberanía reproductiva.— III. Violencia y atención sanitaria.— IV. Parto, derechos y deberes para no violentar.— V. La rutina dolorosa de la medicalización.— VI. El fantasma de "Alyne da Silva Pimentel Teixeira" siempre presente para las mujeres pobres.— VII. Conclusiones para intentar correrno de un lugar de subordinación sanitaria.

I. Introducción

Las violencias en la atención de la salud suelen ser de las naturalizadas con mayor intensidad en nuestra sociedad. Varios factores contribuyen a que, tanto la violencia obstétrica como la violencia contra la libertad reproductiva, sean de aquellas olvidadas dentro del imaginario social y estatal. Por un lado, la urgencia de las cifras de los feminicidios y la inclemencia de la violencia doméstica profundizada por las medidas de bioseguridad propias de una coyuntura epidemiológica global imprime a estas situaciones una prioridad innegable a la hora de evaluar daños, diseñar respuestas institucionales y corregir estrategias políticas. Por otro lado, el embarazo, el parto, el puerperio y el aborto suelen estar interferidos por saberes biomédicos que pueden convertir un proceso natural en un verdadero calvario, incluso sin que la persona gestante pueda advertirlo en ese momento.

La expropiación del parto por parte de profesionales de salud —más específicamente, del campo de la ginecología y obstetricia— como proceso natural que históricamente tuvo como protagonistas a las propias parturientas y a otras mujeres que rodeaban con sus saberes ancestrales femeninos estos momentos, se dio a consecuencia de la implementación de políticas públicas de institucionalización de este evento obstétrico, con la finalidad de disminuir la mortalidad materna. Y si bien esta estrategia impactó de manera favorable en las cifras sanitarias de morbimortalidad, no es menos cierto que la medicalización innecesaria y el trato deshumanizado provocaron la necesidad del reconocimiento legal de la violencia obstétrica y antes que ello, de la regulación especial de una forma de parto "respetado".

El fallo que se comenta resulta importante porque evalúa la intervención de los saberes biomédicos desde múltiples posiciones de poder dentro de la relación sanitaria que subyace a la atención obstétrica: la faz de praxis estrictamente médica y la faz de praxis de actos médicos de naturaleza administrativa, como es la documentación clínica que documenta el trayecto de cualquier persona que gesta dentro de una Institución.

II. Cambios de paradigmas y vientos de cambios para la soberanía reproductiva

La ley 26.485 implicó un cambio de paradigma en la legislación sobre violencia, dado que, si bien existía normativa que se hacía cargo de las violencias domésticas —como ocurría con la ley 24.417— ella no tenía un enfoque de género que hiciera énfasis en las relaciones desiguales

(*) Abogada feminista; magíster en Género y Políticas Públicas (FLACSO); profesora de Feminismos Jurídicos (Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Tucumán); presidenta de la Fundación Mujeres x Mujeres de Tucumán.

de poder que sostienen las violencias machistas que escriben en las corporalidades femeninas y feminizadas violencias específicas.

De esta forma, en el año 2009, el Estado comenzó a "ocuparse" no solo de las violencias ocurridas puertas adentro de los hogares, sino también de las violencias ocurridas en todas las relaciones interpersonales de las mujeres. Define la violencia contra las mujeres 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; y considera violencia indirecta a toda conducta, acción omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja con respecto al varón" (art. 4º).

En cuanto a las "modalidades" específicas de violencias que pueden ocurrir en el campo de la atención sanitaria, encontramos en el art. 6º, incs. d) y e), aquellas que tienen lugar en el ámbito de la salud: la *violencia contra la libertad reproductiva,* entendida a aquella que "vulnere el derecho de las mujeres a decidir libre y responsablemente el número de embarazos o el intervalo entre los nacimientos, conforme a la ley 25.673 de Creación del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable"; y la *violencia obstétrica* descripta como "aquella que ejerce el personal de salud sobre el cuerpo y los procesos reproductivos de las mujeres, expresada en un trato deshumanizado, un abuso de medicalización y patologización de los procesos naturales, conforme con la ley 25.929".

Pero es equivocado detenerse exclusivamente en la ley 25.485 para dimensionar las violencias sanitarias de género, en tanto el *dec. regl. 1011/2010* viene especialmente a complementar ambos conceptos. Este decreto es importante por dos motivos: en primer lugar, incluye la práctica de aborto y la atención post aborto dentro de las prácticas potencialmente violentas de la praxis sanitaria —art. 6º, inc. e)— cuando establece que "[s]e considera trato deshumanizado el trato cruel, deshonroso, descalificador, humillante o amenazante ejercido por el personal de salud en el contexto de la atención del embarazo, parto y postparto, ya sea a la mujer o al recién nacidx, así como en la atención de complicaciones de abortos naturales o provocados, sean punibles o no" y con ello, desarticula el Estado una idea antiguamente inscripta en el imaginario social —también en el imaginario médico— que considera que la obstetricia solamente se ocupa de los procesos reproductivos y excluye así del foco de atención obstétrica los eventos "no reproductivos"; en segundo lugar, qué debe entenderse por equipo de salud "todo aquel/la que trabaja en un servicio, se trate de los/as profesionales (médicos/as, enfermeros/as, trabajadores/as sociales, psicólogos/as, obstétricas/os, etc.) o de quienes se ocupan del servicio hospitalario, administrativo o de maestranza" y finalmente, es importante también el reconocimiento estatal de una ciudadanía plena debilitada en las usuarias al tiempo que el mismo artículo indica que "[l]as instituciones del ámbito de la salud pública, privada y de la seguridad social deben exponer gráficamente, en forma visible y en lenguaje claro y accesible para todas las usuarias, los derechos consagrados en la ley que se reglamenta".

En referencia a la violencia obstétrica, considera el *trato deshumanizado* como el trato cruel, deshonroso, descalificador, humillante o amenazante ejercido por el personal de salud en el contexto de la atención del embarazo, parto y postparto, ya sea a la mujer o al/la recién nacido/a, así como en la atención de complicaciones de abortos naturales o provocados, sean punibles o no. Por otra parte, las mujeres que se atienden en las referidas instituciones tienen el derecho a negarse a la realización de las prácticas propuestas por el personal de salud y que las instituciones del ámbito de la salud pública, privada y de la seguridad social deben exponer gráficamente, en forma visible y en lenguaje claro y accesible para todas las usuarias, los derechos consagrados en la ley que se reglamenta —art. 6º, inc. e)—. Y con relación a la *medicalización o abuso de patologización de los procesos naturales,* remite a la ley 25.929, en tanto define derechos que le corresponden a la mujer como al recién nacido en el acto de parir.

El *parto humanizado,* también llamado *respetado,* es un derecho de las mujeres. Entre otras cosas, un parto respetado y sin violencia obstétrica, demanda garantizar a toda persona la soberanía sobre su propio proceso reproductivo

y para ello, el derecho a ser informadas sobre las distintas intervenciones médicas potenciales y actuales dentro de cada etapa del proceso de embarazo, parto y puerperio, de forma tal, de que pueda optar libremente ante diferentes alternativas. Quien va a parir tiene derecho ser tratada con respeto y de modo individual y personalizado que garantice la intimidad durante el proceso asistencial y en consideración a sus pautas culturales. Es necesario que sea considerada, en su situación respecto del proceso de nacimiento, como persona sana, de modo que se facilite su participación como protagonista de su propio parto.

El derecho a un parto natural, respetuoso de los tiempos biológicos y psicológicos de quien gesta, pretende evitar prácticas sanitarias invasivas y suministro de medicación no justificados terapéuticamente por la anamnesis de la persona que va a parir. El derecho a recibir información sobre la evolución del proceso gestacional y el parto, el estado de salud fetal y, en general, la prerrogativa de que se le haga partícipe de las diferentes actuaciones de los profesionales es parte de lo que la ley 25.929 ha considerado un "parto humanizado".

También es deshumanizante la decisión sanitaria de producir exámenes o intervenciones cuyo propósito sea de investigación, salvo con consentimiento manifestado por escrito. El derecho a estar acompañada por una persona de su confianza y elección durante el trabajo de parto, parto y postparto, y poder así estar contenida ante el estado de vulnerabilidad. La posibilidad de tener a su lado a su hijo o hija durante la permanencia en el establecimiento sanitario cuando no se requiera de cuidados especiales. Y antes de eso, el derecho a poder definir un plan de parto que se adecúe de la mejor forma a las propias cosmovisiones morales, éticas y religiosas de quien va a parir, también es central. También lo es la posibilidad de decidir la lactancia y de rechazar la imposición de amamantar.

Estos, entre otros, son algunos de los límites que la regulación legal ha puesto a los saberes biomédicos a la hora de intervenir en un proceso de embarazo, parto y puerperio.

Resulta innegable que la definición legal de la violencia obstétrica compone en sí misma un importante avance para la desnaturalización social de conductas sanitarias intrusivas, fuertemente arraigadas como terapéuticas —y por ello, adecuadas— en la vida de las pacientes que van a gestar y parir. Pero no puede pasarse por alto otras connotaciones propias de un enfoque género que contienen las dos restantes referencias a esta violencia dentro del mismo artículo.

Por un lado, la referencia legal que reconoce como agentes de violencia a todo el personal de salud, tanto el que presta el servicio, como el que trabaja en el servicio permite transparentar un equipo de salud en sentido amplio, donde la interdisciplina está presente. Por otro lado, al mismo tiempo, rompe con el modelo médico hegemónico de atención de la salud y promueve —al interior de la entidad asistencial— una redistribución de poder inequitativamente predispuesta en este campo para profesionales de ginecología y obstetricia.

La subalternidad del resto de los saberes sanitarios que convergen en la atención clínica de una persona que gesta y va a parir no es novedosa, pero no por antigua debe pasar inadvertida.

En esta línea, es deseable que los licenciados en Psicología, licenciados en Trabajo Social e incluso el personal administrativo que participa en la atención obstétrica —recepcionistas **(1)**, farmacéuticxs, camillerxs, instrumentadores quirúrgicos, etc.— sean capaces de tomar conciencia de que su comportamiento también puede ser catalogado como violento, y así ser susceptible de responsabilidades en tal sentido, para así poder revertir parte de la medicalización innecesaria de estos procesos naturales que configuran la violencia obstétrica.

III. Violencia y atención sanitaria

El enfoque de género y derechos humanos para la violencia obstétrica exige visibilizar que no solo el derecho a vivir una vida libre de violencia es vulnerado en estas situaciones, sino también otros derechos universales que se invo-

(1) No es menor tener presente que en casos de violación de secreto profesional en atención post aborto, frecuentemente recepcionistas colaboran con profesionales de la salud en la violencia obstétrica de llamar a la policía, por ejemplo, para interrogar a la paciente sospechosa de haberse provocado un aborto.

lucran en el derecho a la salud. Efectivamente, la atención sanitaria, como recurso para efectivizar el derecho humano a un estado de completo bienestar físico, psíquico y social, posee un marco normativo regulador que garantiza el respeto a los derechos humanos y que actúa como muro contenedor de prácticas violatorias de derechos y las situaciones de violencia y discriminación. Acceder a la salud integral es un derecho constitucional.

En el plano nacional, con la reforma de nuestra Constitución Nacional en 1994 se introduce la salud como un derecho en el art. 42. Pero a su vez, se incorporan en el art. 75, inc. 22, con rango constitucional, los tratados internacionales suscriptos por nuestro país, los cuales pasan a ser operativos —vigentes y exigibles— en nuestro territorio y complementan los derechos y garantías de los que gozan todos los habitantes de nuestra Nación. Este conjunto de normas internacionales que forman parte de nuestra legislación nacional es llamado "bloque de constitucionalidad" federal e impone al Estado argentino la obligación de observar, respetar, reconocer, proteger y garantizar los derechos internacionales que en pactos, tratados y compromisos ha suscripto la Argentina, como así también seguir las interpretaciones que de estos Instrumentos Internacionales hagan los organismos de cada uno.

El derecho a la salud está consagrado en la Constitución de la OMS, en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en otros instrumentos de derechos humanos, en particular la Plataforma de Acción de Beijing, que establece que entre los derechos de la mujer está su derecho a una salud sexual y reproductiva sin coacción, discriminación o violencia.

La *Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)* manifestó hace tiempo su preocupación por el hecho de que en situaciones de pobreza la mujer tiene un acceso mínimo, entre otras cosas, a la salud y exhortó a los Estados parte que adopten medidas para el goce de los derechos "sin discriminación" (arts. 2º al 6º).

Además, en sus recomend. 19 y 35 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, defienden el derecho de la mujer al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. El art. 12 de la Convención recomienda que los Estados garanticen a las mujeres "servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario", al tiempo que la recomend. 24 reconoce que solo las mujeres necesitan algunos procedimientos médicos y exige que "todos los servicios de salud sean compatibles con los derechos humanos de la mujer, inclusive sus derechos a la autonomía, intimidad, confidencialidad, consentimiento y opción con conocimiento de causa".

La recomend. 24 es sin dudas señera a la hora de marcar estándares de atención gineco-obstétrica para mujeres. Y en materia de lineamientos de calidad de atención del parto, el Informe de la Relatora de Violencia contra las Mujeres indicó ya en 2019 entre otros puntos, la importancia de la información y el consentimiento también al momento de gestar y parir. En esa línea señaló que "[e]l consentimiento informado para el tratamiento médico relacionado con los servicios de salud reproductiva y el parto es un derecho humano fundamental. Las mujeres tienen derecho a recibir toda la información sobre los tratamientos recomendados a fin de que puedan pensar y adoptar decisiones bien informadas. La *International Federation of Gynecology and Obstetrics* reconoce que la obtención del consentimiento informado es una obligación, aun cuando pueda ser difícil y llevar tiempo (...). El consentimiento informado es un proceso de comunicación e interacción continua entre el paciente y el personal sanitario, y una firma por sí sola no es una indicación de consentimiento informado. El personal sanitario debe adoptar una actitud proactiva a la hora de facilitar la información. Para que el consentimiento sea válido, debe ser voluntario, y la persona debe contar con toda la información. El consentimiento del paciente es necesario independientemente del procedimiento, y la persona puede retirar su consentimiento en cualquier momento según el principio de una atención centrada en el paciente. La información debe proporcionarse de un modo y en un idioma que sea comprensible, accesible y adecuado para las necesidades de la persona que debe adoptar la decisión. El nivel de formación, la discapacidad física o intelectual y la edad de la persona deben tenerse en

cuenta a la hora de determinar la manera en que debe proporcionarse tal asesoramiento e información, y deben respetarse las necesidades y las preferencias de dicha persona. Las personas con discapacidad deben recibir todo el apoyo necesario para adoptar sus decisiones. Debe ejercerse una cautela extrema, sobre todo en el caso de las personas que tienen dificultades para hacerse entender, para asegurar que las decisiones que vayan a adoptarse mediante el proceso de apoyo en dicha toma de decisiones no se conviertan en decisiones de sustitución" **(2)**.

Por su parte, la *Corte Interamericana de Derechos Humanos* reconoció la violencia obstétrica como una forma de violencia contra la mujer, prohibida por los tratados interamericanos de derechos humanos, incluyendo la Convención de Belém do Pará, dado que atenta contra el derecho de las mujeres a la integridad personal, a la igualdad y no discriminación, a la salud, a la vida privada y respeto a su autonomía y, en muchas ocasiones, involucra el incumplimiento del deber de obtener un consentimiento previo, libre, pleno e informado **(3)**.

La Corte IDH advirtió que este tipo de violencia encierra concepciones machistas y estereotipadas sobre el rol de las mujeres, su experiencia de la maternidad y sobre sus cuerpos y por tanto, representa una forma de discriminación contra ellas, basándose en el supuesto que el sufrimiento hace parte de la experiencia del embarazo; en la supuesta inferioridad de las mujeres; en su pretendida incapacidad para tomar decisiones adecuadas sobre sus procesos reproductivos; y en nociones machistas relativas a los cuerpos de las mujeres como objetos de placer sexual para los hombres **(4)**. La violencia obstétrica incluye el trato deshumanizado (dejar a mujeres parturientas esperando por largas horas, inmovilización del cuerpo, partos sin anestesia); abuso de medicalización y patologización de los procesos fisiológicos (prácticas invasivas, medicalización injustificadas); maltrato psicológico (burlas, humillaciones, omisión de información, infantilización); o procedimientos no urgentes realizados sin el consentimiento de las mujeres (esterilizaciones, el llamado "punto del marido"), entre otros **(5)**.

De hecho, la Comisión recomendó en 2019 a los Estados "adoptar las medidas necesarias para reconocer la violencia obstétrica como una forma de violencia contra la mujer, reglamentar su sanción, establecer mecanismos de denuncia y entablar campañas de concientización con el fin que las mujeres puedan conocer sus derechos, identificar esta forma de violencia y acceder a la justicia. Asimismo, la Comisión recomienda adoptar las medidas necesarias para garantizar la participación de la mujer, dándole acceso a información adecuada y multidisciplinaria sobre su cuerpo y su situación, con el fin de promover su libre elección sobre las formas de tratar su embarazo, respetando su consentimiento y su autonomía" **(6)**.

La *Convención de Belém do Pará,* además de reconocer el derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencia, sienta las bases para su lucha y erradicación. Define la violencia contra la mujer como cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer,

(2) ŠIMONOVIC, Dubravka, "Informe de la relatora especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias acerca de un enfoque basado en los derechos humanos del maltrato y la violencia contra la mujer en los servicios de salud reproductiva, con especial hincapié en la atención del parto y la violencia obstétrica", 11/07/2019, disponible en https://www.elpartoesnuestro.es/sites/default/files/recursos/documents/a_74_137-es.pdf.

(3) Corte IDH, 30/11/2016, "I. V. vs. Bolivia. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas", serie C, nro. 329.

(4) CEPAL, "Otras formas de violencia contra las mujeres que reconocer, nombrar y visibilizar", *Serie Asuntos de Género*, 141, LC/L.4262, noviembre de 2016, p. 17. La violencia obstétrica ha sido asociada a la intervención desproporcionada e inexorablemente medicalizada del proceso natural de la condición de embarazo y del parto, que imprime un mensaje poderoso de subordinación de las mujeres en razón de su maternidad (CEPAL, ob. cit., Natalia Gherardi. p. 30); International Planned Parenthood Federation, "Con el dolor de tu vientre: la violencia obstétrica en América L.", 07/03/2019; Pikara online, "Violencia obstétrica: partos robados, cuerpos sometidos", 21/11/2018; *Revista Latino Americana de Enfermagem*, "La violencia obstétrica en el cotidiano asistencial y sus características", 2018.

(5) CIDH, "Violencia y discriminación contra mujeres, adolescentes y niñas. 2019", disponible en *https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/ViolenciaMujeresNNA.pdf.*

(6) *Ibidem*.

tanto en el ámbito público como en el privado —art. 1º—. Además, entiende que dicha violencia (física, sexual y psicológica) queda comprendida incluso cuando se manifiesta en establecimientos de salud —art. 2º, b)—. En el art. 4º como comprometidos con la problemática, los derechos a la integridad física, psíquica y moral; a no ser sometidas a torturas; a que se respete la dignidad inherente a su persona y a estar libres de toda discriminación —art. 6º, a)—.

Señaló también que es deber de los Estados parte, a través de todos los poderes del Estado, condenar todas las formas de violencia contra la mujer, adoptando políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia. También resalta la obligación de investigar las denuncias de denuncias de violencia y la de proporcionar un juicio oportuno en estos casos —art. 7º—. Y que deben adoptar medidas específicas para fomentar el conocimiento y observancia a una vida libre de violencia —art. 8º, a)— y pone en atención a las situaciones de vulnerabilidad que la violencia que pueda generar en la mujer embarazada —art. 9º—. A partir de ello, no cabe duda de que la obligación de investigar con debida diligencia las violencias ocurridas en la salud, también son un compromiso estatal vigente e insoslayable.

IV. Parto, derechos y deberes para no violentar

Desde tiempos inmemoriales, con variada intensidad según las culturas y las épocas, el saber médico ha monopolizado el discurso legítimo sobre el cuerpo: enfermedad, curación, higiene, reproducción y normalidad de la dimensión física del ser humano, son conceptos que vienen históricamente definidos desde la medicina. Desde la antropología médica se señala que "el sistema médico no solo se arroga el conocimiento verdadero sobre el ámbito de la corporalidad, sino que demás, actúa como un poderoso sistema de socialización que exige conformidad respecto de su conceptualización del mundo e impregna con sus imágenes y sus definiciones la cultura popular de las sociedades occidentales" **(7)**.

En el modelo biomédico, la mirada profesional —reproducida en escala en el mismo sistema médico— construye la idea de "salud" bajo parámetros biologicistas que interpretan la enfermedad como "desviación de la norma biológica" **(8)**, por ello, "curar" se identifica, en general, con la idea de normalizar o volver a la normalidad un estado que se considera está alterado en cualquier forma orgánica.

Las ciencias de la salud —y la medicina en mayor medida entre ellas— son una herramienta potente de disciplinamiento social y su impacto en el plan de vida de las personas será distinto según el modelo de atención que se promueva. La *Relatora de Violencia contra la Mujer del Comité CEDAW* señaló sobre este punto que "La dinámica del poder en la relación entre el centro de salud y los pacientes es otra causa de maltrato y violencia que se ve agravada por los estereotipos de género sobre el papel de la mujer. El centro de salud tiene el poder del conocimiento médico acreditado y el privilegio social de la competencia médica reconocida, mientras que las mujeres dependen básicamente de la información y la atención del centro de salud. Además, las mujeres son especialmente vulnerables durante el parto. Aunque los profesionales sanitarios no necesariamente tienen intención de tratar mal a sus pacientes, la autoridad del servicio médico puede fomentar por ese motivo una cultura de impunidad cuando las violaciones de los derechos humanos, no solo no se remedian, sino que pasan inadvertidas. Este desequilibrio de poder se hace especialmente evidente en los casos en que los profesionales sanitarios abusan de la doctrina de la necesidad médica para justificar el maltrato y los malos tratos durante la atención del parto" **(9)**.

Nuestro sistema de atención sanitaria se encuentra migrando desde un modelo biomédico —con preponderancia paternalista o asistencialista— hacia un modelo de atención integral

(7) IMAZ, Elixabete, "Entre ginecólogas y matronas", en ESTEBAN – COMELLES – DIEZ (comps.), *Antropología, género, salud y atención*, Ed. Bellaterra, Barcelona, 2010.

(8) BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, Maribel, "Del enfoque de riesgo al enfoque fisiológico en la atención del embarazo, parto y puerperio", en ESTEBAN – COMELLES – DIEZ (comps.), ob. cit.

(9) ŠIMONOVIC, Dubravka, ob. cit.

enfocado en los derechos "que incluye en su concepción un abordaje holístico y articulado del proceso salud-enfermedad-atención, que se traduce en las prácticas en tanto incorporan un enfoque de promoción, prevención y rehabilitación en salud que incluye la perspectiva de género, la noción de autonomía, equidad, ciudadanía, agencia moral y las necesidades en salud, según el ciclo de vida" **(10)**.

Ley 26.529 de Derechos del Paciente proyecta su impacto en la atención del embarazo, parto y puerperio, toda vez que este tipo de atención clínica se inscribe, al igual que cualquier otra consulta de salud, en un marco de derechos y obligaciones. Es importante entender que cuando habla de derechos de pacientes, al mismo tiempo se enuncian obligaciones para el personal de la salud como dos caras de una misma moneda que es el carácter legal de la relación médico-paciente.

Para la construcción de la *autonomía de voluntad,* cada paciente es soberanx para aceptar o rechazar las terapias o procedimientos médicos o biológicos que se le propongan con relación a su persona, para lo cual tiene derecho a recibir la información necesaria y suficiente para la toma de su decisión y en todos los casos, deberá registrarse en la historia clínica la decisión del paciente —art. 2º, inc. e)—. El profesional de la salud deberá proveer de *la información sanitaria* al paciente, según sus posibilidades de comprensión y competencia que debe incluir los beneficios y perjuicios de la terapia o curso de acción que se propone, sus riesgos y ventajas e incluso las alternativas terapéuticas disponibles.

La falta de información brindada a la paciente fue un elemento crucial para el fallo, y es correcto que así sea. Porque la asimetría propia de la relación sanitaria, donde a la vulnerabilidad con que se para la paciente frente a un profesional que es el sujeto supuesto de saber que además, está socialmente en condiciones de tomar decisiones en su nombre, debe ser morigerada con la obligación de brindar información para que la autonomía no se vea afectada.

El punto de partida del conflicto resuelto en este fallo es el retaceo malicioso de información sanitaria que le pertenece a la paciente y se proyecta hacia un diagnóstico no dicho, un pronóstico no explicitado, y un tratamiento no comprendido. Y por todo ello, un final no consentido.

La paciente no supo que estaba abortando, pensó que estaba pariendo. Y quienes tenían el saber para que ella también supiera, le vetaron la posibilidad de saber y, con ello, de ser protagonista de su propio proceso reproductivo.

El modelo hipocrático de relación sanitaria, propio del modelo médico-hegemónico, es de corte paternalista y propulsor de una dinámica centrada en las competencias del personal de salud, quien está —en términos de saber— en mejor posición para la toma de decisiones beneficiosas para la salud. Este modelo de atención clínica privilegia el principio de beneficencia —directriz bioética que indica al profesional llevar a cabo todo aquello que directa e indirectamente beneficie a su paciente— por sobre el de autonomía que informa desde la bioética que la toma de decisiones es parte del autogobierno y la soberanía de la persona lo cual, no siempre lleva a obtener como resultado una mejora de la salud integral y tampoco para el/la paciente. Aquí la información sanitaria no siempre circula, y si lo hace, no reúne las características de claridad, accesibilidad, transparencia y evidencia científica que la ley exige para que ella sea útil.

En este modelo la toma de decisiones está casi enteramente a cargo del profesional y es por ello que su poder se incrementa asimétricamente. Ello se debe, para *Arleen Salles,* a tres motivos: a) el dominio del conocimiento científico y la experiencia terapéutica del profesional; b) la supuesta falta de objetividad de el/la paciente, quien por su dolencia, se presume incapaz de tomar decisiones razonables para sí y c) la imagen social del médico/a como desinteresado/a, altruista y absolutamente dedicado/a a su paciente y este último a su vez, dependiente e indefenso/a. El/la médico es prácticamente "un guardián de la salud del paciente" **(11)**.

(10) TAJER, Débora, "¿Cómo medir la integralidad y la equidad de género? Una propuesta posible", en *Género y Salud*, Ed. Lugar, Buenos Aires, 2012, p. 50.

(11) SALLES, Arleen, "La relación médico-paciente", en LUNA, Florencia – SALLES, Arleen (eds.), *Bioética:*

La atención que favorece este modelo es netamente biologicista y se enfoca casi exclusivamente en la enfermedad, más que en la persona que se transforma de esta forma en objeto de atención, más que en sujeto de la relación. También llamado "sacerdotal" **(12)**, este modelo tradicional impulsa "la abdicación moral del paciente" **(13)** en la toma de decisiones que involucran su agencia

Por oposición, el *modelo integral* propone un abordaje de la salud que va más allá de considerar la existencia/ausencia de enfermedad como dato aislado que se autoabastece para la noción de "completo bienestar" e incluye en ese análisis, la idea de "calidad de vida". Toma a cada paciente o usuario/a como parte de una comunidad e incorpora las asimetrías sociales, como variables que inciden la salud de la población de forma diferencial según las realidades.

Desde un punto de vista integral, la relación sanitaria se reconoce asimétrica y también jerárquica, porque favorece un lugar de sometimiento para la persona que busca atención de su salud. Esa asimetría de la relación genera desigualdad entre sus partes y esa brecha de desigualdad se profundiza con mayor énfasis en algunos contextos y en algunas circunstancias puntuales, como ocurre en el caso de las mujeres y de algunas mujeres, en mayor grado. La bioética desde un punto de vista feminista es muy crítica **(14)** hacia las condiciones sociales que reducen el alcance del marco normativo y denuncia que el sistema de dominio patriarcal resta fuerza a los principios universales, aumentando así la distancia entre la igualdad formal y la igualdad real de oportunidades de desarrollo.

Desde la perspectiva de género no se analiza el poder de la relación de forma aislada —quien controla la relación médico-paciente— sino que se intenta contextualizarlo para evidenciarlo "como otra instancia ilustrativa de las muchas desigualdades que subsisten en el orden social a través de numerosas instituciones que sistemáticamente subordinan a los grupos vulnerables, entre los que se encuentran las mujeres" **(15)**.

Se enfatiza que no debe razonarse la idea de autonomía ignorando los contextos que consolidan las potencialidades para tomar decisiones: sociedad, cultura, posición social, etnia, franja etaria, orientación sexual etc. Y se apela a la noción de una "autonomía relacional" que reconoce la naturaleza social de la conformación de cada sujeto, y por ello, admite que las posibilidades reales de autogobierno de una persona están incididas socialmente y requieren más que acceso efectivo a recursos y servicios: requieren que se satisfagan condiciones/carencias estructurales que, de subsistir insatisfechas, "incapacitan" para la agencia moral.

El modelo de salud integral reconoce las diferencias que generan en la vida de las personas los roles de género y desafía todo intento de "neutralizar" estos datos bajo parámetros que homogeneizan, puesto que conoce que en ese proceso de uniformidad se corre el riesgo de invisibilizar las necesidades puntuales que reclama la salud de determinados grupos desaventajados en el entramado social y político.

En el caso de niñas, adolescentes y mujeres, la relación médico-paciente alimentada por una perspectiva de género, alienta a que lxs profesionales hagan hincapié en todo el trayecto de la relación sanitaria en la forma en que el *género* incide en la salud, autonomía y libertad de esa paciente; y al mismo tiempo, pero como una operación mental necesariamente previa, impulsa a que el personal de salud extreme sus posibilidades para que los *determinantes sociales* que condicionan la calidad de vida de las mujeres y la autonomía de ellas como usuarias no funcionen como un impedimento para la toma de decisiones libres e informadas. He ahí la importancia de brindar información, para que la paciente sepa, para que conozca y para que decida.

---

nuevas reflexiones sobre debates clásicos, Ed. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2008, p. 143.

(12) VEATCH, Robert, "Modelos para una medicina ética en una época revolucionaria", en LUNA, Florencia – SALLES, Arleen (eds.), *Decisiones de vida y muerte*, Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1995.

(13) SALLES, Arleen, ob. cit., p. 145.

(14) SIRUANA APARICI, Juan Carlos, "Los principios de la bioética y el surgimiento de una bioética intercultural", *Revista Veritas de Filosofía y Teología*, 22 (marzo 2010), Valparaíso, ps. 121-157.

(15) SALLES, Arleen, ob. cit., p. 150.

Proveer información es un deber destinado para fortalecer la autonomía. Pero además, es una deuda ética que se impone al personal de salud para evitar la infantilización de las pacientes que paren que suelen recibir un trato afín a una niña que no es capaz de entender.

Cuando quien va a parir no conoce que está teniendo un aborto espontáneo, no sabe quiénes son lxs profesionales que la asisten, no comprende que aunque tenga un alumbramiento ese feto nacerá muerto y a la vez desconoce los cursos de acción terapéutica que se imprimen en su cuerpo que gesta, compone una paciente que no es autónoma. Mucho menos soberana.

Pero cuando la información sanitaria no circula, además, existe personal de salud que cultiva un modelo hipocrático de atención que en nada se compadece con los estándares de buena praxis jurídica y ética vigente.

El marco normativo referenciado delimita la relación sanitaria como un espacio de derechos para las pacientes, pero también de obligaciones profesionales. Ello indica que cada vez que una paciente vea vulnerado un derecho, habrá personal de salud que será, por su incumplimiento, responsable de ello. Es por ello, importante pensar en un *continuum* de derecho, obligación, transgresión/incumplimiento y responsabilidad también en la atención clínica obstétrica de la salud, y esto adquiere mayor relevancia en el sector público dónde la población que busca asistencia sanitaria conforma un grupo desaventajado en términos de alfabetización jurídica y, por ello, tiende a ignorar su carácter de "soberana" **(16)** en esa relación.

Sobre la importancia de la información sanitaria a la hora de la toma de decisiones libres, el Comité CEDAW indicó que "14. El informe también aborda la cuestión del consentimiento informado como derecho humano y como salvaguardia contra ese tipo de violencia. A menudo se niega a las mujeres su derecho a tomar decisiones informadas sobre la atención de la salud que reciben durante el parto y otros servicios de salud reproductiva; esta falta de consentimiento informado constituye una violación de los derechos humanos que puede ser imputada a los Estados y a sus sistemas nacionales de salud" **(17)**.

Recordar este *continum* también facilitará identificar que, independientemente de que no existan sanciones específicas previstas legislativamente para la violencia obstétrica, cada accionar violento viola derechos de las mujeres y por lo mismo, responsabilizará a al personal de la salud que sea agente de esas violencias. Y es precisamente esto lo que decidió el fallo en cuestión.

V. La rutina dolorosa de la medicalización

Hoy en día el embarazo está construido como una situación que puede presentar riesgos por lo que las mujeres embarazadas, definidas como asistibles, lo cual indica que deben ser "puestas bajo control médico" que promueve una "monopolización de la información, el control total de las técnicas y el poder que socialmente se ha otorgado al sistema médico, unido a unas relaciones jerárquicas e infantilizadoras, anula el saber y la confianza de las mujeres en sí mismas y en sus cuerpos y como consecuencia, aumenta su dependencia respecto de los especialistas" **(18)**.

El progreso científico y tecnológico, el desarrollo de la obstetricia como especialización, un enfoque de riesgo que domina el embarazo como proceso natural y modelo biomédico de atención de la salud conduce al protagonismo del sistema médico-científico que ha convencido progresivamente a la sociedad de que el embarazo, el parto y el puerperio son procesos médicos que requieren indefectiblemente de personal sanitario para ser exitosos. Y la posibilidad de vigilar e intervenir que adquiere de esta forma el sector de la salud "conlleva más que nunca a que la gestación se perciba como un proceso en que en cualquier momento puede adquirir el carácter de patología" **(19)**. Los adelantos tecnológicos que han transparentado el útero y han visibilizado el feto a tempranas horas de la gestación, inciden erradamente en que el personal de la salud se enfoque en la atención

(16) Art. 2º, ley 26.529 y decreto reglamentario.

(17) ŠIMONOVIC, Dubravka, ob. cit.

(18) IMAZ, ob. cit.

(19) *Ibid*.

del producto de la gestación por sobre la salud de la mujer o bien, en que crea estar frente a dos personas cada vez que atiende una embarazada.

Esto también ha perjudicado y perjudica la autonomía reproductiva, puesto que las posibilidades de autogobierno que pueden ir en dirección de suprimir la vida fetal a través de un aborto permitido por la ley pueden por ello, disminuir injustificadamente en orden a una ponderación biomédica inaceptable entre la autonomía de la vida intrauterina y la autonomía de la mujer.

Aquellos adelantos han menguado la transmisión cultural de saberes sobre el parto como proceso natural y el trayecto a la maternidad ha pasado a ser un hito sanitario de hospitalización, más que un asunto de mujeres. Las parturientas ocupan un lugar de "pacientes" en el imaginario sanitario y esta medicalización del proceso reproductivo, cultora del parto como una potencial patología, induce al sometimiento de las mujeres a los designios científicos prescripciones terapéuticas la mayoría de las veces prescindibles (v.gr., exámenes médicos, diagnósticos fetales, ecografías tridimensionales, consumo de medicamentos, pruebas genéticas, etc.) y las desplaza a un lugar de pasividad donde las rutinas médico-hegemónicas mandan, y ellas obedecen.

Esta rutinización de praxis higienistas dentro del embarazo **(20)**, parto y puerperio, contribuyen también a hacer funcionar un gran negocio que se ha montado en torno a la maternidad y por lo mismo, es menester comenzar a diferenciar cuáles prácticas médicas son necesarias, cuáles beneficiosas, cuáles terapéuticas y cuáles no lo son, como una medida ética que tienda a descartar aquellas que no promueven mayor bienestar a la mujer y solo encuentran justificación en una costumbre del sistema asistencial enfocado defensivamente en disminuir riesgos a cualquier costo, incluso, a costa de la decisión y la salud integral de la persona que gesta.

Dentro de estas medidas violentas de medicalización innecesaria de procesos naturales, encuadra el acto de rasurar genitales como forma de "limpiar el campo", la realización de una episiotomía cuando no hay indicación terapéutica que la torne razonable, imponer la posición de litotomía, practicar una enema evacuante previa, impedir los movimientos y el desplazamiento durante el trabajo de partos, entre tantas otras rutinas que no tienen como finalidad incrementar el bienestar de la parturienta sino facilitar el trabajo sanitario.

La relatora contra la Violencia del Comité CEDAW indicó que "[l]a episiotomía es un corte profundo en el perineo de la mujer que llega hasta el músculo del suelo pélvico diseñado para ayudar quirúrgicamente a la mujer que va a tener un parto vaginal. Aunque este procedimiento puede resultar beneficioso para el bebé y la madre, en caso de que resulte necesario desde el punto de vista médico, si no es necesario, o se hace sin el consentimiento informado de la madre, puede tener efectos físicos y psicológicos en la madre, puede ocasionar la muerte y puede constituir violencia de género y un acto de tortura y tratamiento inhumano y degradante. Se ha recibido mucha información de mujeres preocupadas por su uso sin consentimiento informado. Otro problema es su uso excesivo o rutinario, contrario a las recomendaciones de la OMS. La práctica de la episiotomía oscila entre el 30% de las mujeres que dan a luz de forma vaginal en México, el 50% en Italia y hasta el 89% en España. En particular, la información de que se dispone es que el 61% de las mujeres que fueron sometidas a la episiotomía en Italia no recibieron suficiente información, y que no se solicitó en ningún momento su consentimiento informado. La episiotomía y la sutura posterior al parto, cuando se practican sin consentimiento informado y sin anestesia, pueden tener repercusiones importantes en la vida sexual y reproductiva y en la salud mental de una mujer, y las cicatrices resultantes de esta práctica acompañan a la mujer durante el resto de su vida. Cuando esta práctica no está justificada por la necesidad médica, debe considerarse que constituye una violación de los derechos de la mujer y una forma de violencia de género contra la mujer" **(21)**.

Otro tanto ocurre con prácticas destinadas a acortar los plazos del parto como es la manio-

(20) NERI, Marcela, "Políticas de maternidad y maternalismo político", Ed. Biblos, Buenos Aires, 2004.

(21) ŠIMONOVIC, Dubravka, ob. cit.

bra de Hamilton, a través de la cual el personal de salud rompe manualmente las membranas para desencadenar el parto; o la administración de oxitocina **(22)** y la maniobra de Kristeller que tienen —ambas— como objetivo acelerar el nacimiento para que se adecúe a la agenda médica, a las necesidades hospitalarias de la institución o bien, simplemente a los horarios del equipo que está asistiendo a quien está por parir.

Sobre la maniobra de Kristeller, aún practicada en nuestros días, corresponde hacer especial hincapié en tanto constituye una praxis médicamente desaconsejada. La Organización Mundial de la Salud (OMS), en su Guía sobre Atención al Parto Normal de 1996, clasifica la maniobra de Kristeller, *la presión en el fondo uterino durante el parto* dentro de la categoría C, grupo que recoge las prácticas de las que no existe una clara evidencia como para fomentarlas y que, por tanto, *debieran usarse con cautela* hasta que nuevos estudios clarifiquen el tema **(23)**. Tales estudios se han llevado a cabo posteriormente, y entre ellos es posible destacar los siguientes: *Una revisión Cochrane* (organización internacional, independiente y sin ánimo de lucro cuyo objetivo es asegurar que la información actualizada y rigurosa sobre los efectos de las intervenciones sanitarias se encuentre disponible para toda la población) ya en 2009 afirmaba: "No hay pruebas suficientes con respecto a la seguridad para el recién nacido. Los efectos sobre el periné materno no son concluyentes". Un interesante estudio del mismo año, realizado con 197 mujeres embarazadas de entre 37 y 42 semanas de gestación, intentó determinar cuál era *el efecto de la maniobra de Kristeller en el acortamiento de la segunda fase del parto.* Los resultados mostraron que no hubo diferencias significativas en la duración del expulsivo y que, aunque sí se vieron variaciones en los análisis arteriales de sangre del cordón de los bebés, los datos entraban dentro de los valores normales, no habiendo ningún recién nacido con un test de Apgar menor de 7 en ninguno de los grupos. Ante esta evidencia científica, los autores del estudio decidieron desaconsejar el uso de la maniobra de Kristeller **(24)**. Usandizaga y De la Fuente contemplan esta maniobra como *una de las posibles causas de rotura uterina iatrogénica* **(25)**. González-Merlo afirma que esta práctica debe ser relegada por producir *mayor enclavamiento del hombro en la sínfisis púbica* **(26)**. En un estudio realizado por los doctores Alejandro Peña y Heladia J. X. se concluye que a las madres del *32% de los niños que nacieron con trauma asociado al nacimiento se les había practicado la maniobra de Kristeller.* Consideran que no debería realizarse por sus graves riesgos, como fracturas, hemorragia intracraneal o cefalohematoma, que fue la lesión más frecuente en este estudio **(27)**.

Coherentemente con la evidencia científica reseñada, la *Guía elaborada por el Ministerio de Salud de la Nación* para un parto normal indica que "En cuanto a la presión fúndica del útero (Maniobra de Kristeller) no hay evidencia que avale que deba ser realizada, es más, puede ser perjudicial tanto para el útero como para el periné y el feto (Simpson KR 2001). Duración. En 1930, De Snoo estudió la duración del segundo período del trabajo de parto, en 628 mujeres nulíparas con feto único y presentación de vértice, hallando un valor medio de una hora. Varios ensayos han estudiado la con-

(22) En el mismo informe, la relatora señala: "26. El uso de personal médico sin experiencia para llevar a cabo los exámenes ginecológicos puede causar daño a las mujeres embarazadas, y el uso excesivo de la oxitocina sintética como agente utilizado para inducir las contracciones y el alumbramiento también presenta un daño para su salud. Aplicada de forma indebida, la oxitocina puede causar mortinatalidad y ruptura uterina, y puede ocasionar que grandes dolores a la madre si no se suministra medicación para el alivio del dolor" (disponible en *https://www.elpartoesnuestro.es/sites/default/files/recursos/documents/a_74_137-es.pdf).*

(23) ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, "Cuidados en el parto normal: una guía práctica", Grupo técnico de trabajo de la OMS. Departamento de Investigación y Salud Reproductiva, OMS, Ginebra, 1996.

(24) API, O. – BALCIN, M. E. – UGUREL, V. – API, M. – TURAN, C. – UNAL, O., "The effect of uterine fundal pressure on the duration of the second stage of labor: a randomized controlled trial", *Acta Obstet. Gynecol. Scand.* 2009, 88[3], 320-4.

(25) USANDIZAGA – DE LA FUENTE, "Obstetricia y Ginecología", Ed. Marban, Madrid, 2010.

(26) GONZÁLEZ-MERLO, J., "Obstetricia", Ed. Elsevier, España, 2006, 5ª ed.

(27) GARCÍA, Heladia J. – PEÑA, Alejandro, "Incidencia de lesiones asociadas al nacimiento en recién nacidos", *Revista Médica del Instituto Mexicano del Seguro Social*, 42 [1], México, 2004, 25-30.

dición neonatal de acuerdo con la duración del segundo período del trabajo de parto. En un estudio de cohorte (Van Alten 1989, Knuist 1989) se evaluaron 148 neonatos determinando el pH umbilical y el score neurológico (Prechtl) en la segunda semana de vida. La duración varió entre 60 a 159 minutos. No hubo correlación entre lo hallado y la condición neonatal. En un estudio de seguimiento con 6.759 recién nacidos, en presentación cefálica y peso mayor. Si el trabajo de parto se desarrolla normalmente no se hará pujar a la parturienta si no lo desea. No se realizará presión fúndica (Maniobra de Kristeller) durante el segundo período del trabajo de parto" **(28)**. Lo mismo indica el Ministerio de Salud de Uruguay **(29)**. La Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia (SEGO) refiere en sus Recomendaciones sobre atención al parto normal (2007). En este último caso explican: "La presión sobre el fondo uterino podrá ser utilizada solo con la intención de ayudar al desprendimiento de la cabeza, pero en ningún caso para facilitar el descenso de la presentación". Es una de las posibles causas de desgarro cervical y del síndrome doloroso abdominopelviano en el puerperio, por lo cual "la maniobra de Kristeller y la dilatación digital deberían estar proscritas en la actualidad" **(30)**.

Y, sin embargo, pese a la evidencia científica, esta maniobra sigue utilizándose sobre los cuerpos que paren, con la única finalidad de acortar los tiempos.

Tampoco se trata de romper un prejuicio para crear otro. Uno de los grandes beneficios de la institucionalización del parto fue mejorar las condiciones de vida para la persona gestante y, el o la recién nacidx.

Sin lugar a duda, cuando existen condiciones clínicas que ameritan un procedimiento determinado y justifican una indicación terapéutica en un sentido específico, no habrá allí violencia, siempre que medie información y consentimiento. El problema se da cuando se intervienen sanitariamente los cuerpos que gestan sin que existan razones beneficientes para la persona que está pariendo, o que está abortando.

Cualquier procedimiento sanitario que opera sobre el cuerpo que gesta en beneficio del personal de salud y no de la paciente es una praxis sin justificación terapéutica. Y una praxis que se impone en un proceso natural, por fuera de los tiempos personales, es una praxis violenta en tanto pierde de vista la individualidad de la paciente en un tren de homogeneización que desdibuja la autonomía, expropiando a su protagonista el lugar central que debe tener quien gesta, quien pare y quien cuida.

VI. El fantasma de "Alyne da Silva Pimentel Teixeira", siempre presente para las mujeres pobres

Por primera vez, en el caso "Alyne da Silva Pimentel Teixeira vs. el Brasil", el Comité CEDAW consideró responsable al Gobierno por una muerte materna prevenible. El caso se refería a una mujer de ascendencia afrobrasileña que murió por complicaciones obstétricas tras habérsele denegado un servicio de atención materna de calidad, tanto en un centro de salud público, como en uno privado.

El Comité reconoció que los hechos alcanzaron un nivel grave de abandono por parte del sistema, incluida la insuficiencia de recursos y la ineficacia en la aplicación de las políticas del Estado, y subrayó que el hecho de no atender las necesidades y los intereses específicos de las mujeres en materia de salud no solo constituye una violación del art. 12, párr. 2º, de la Convención, sino también un acto de discriminación contra la mujer con arreglo a su art. 12, párr. 1º, y su art. 2º. Los órganos creados en virtud de tratados internacionales de derechos humanos y expertos independientes o titulares de mandatos de procedimientos especiales del Consejo de Derechos Humanos han estudiado un gran número de violaciones de los derechos humanos de las mujeres en los servicios de salud re-

(28) MINISTERIO DE SALUD DE LA NACIÓN, "Guía para la atención del parto normal en maternidades centradas en la familia", disponible en *http://www.msal.gob.ar/images/stories/bes/graficos/0000000239cnt-g09.guia-atencion-parto-normal.pdf*.

(29) Información disponible en *https://www.gub.uy/ministerio-salud-publica/sites/ministerio-salud-publica/files/documentos/publicaciones/RECOMENDACIONES.pdf*.

(30) SOCIEDAD ESPAÑOLA DE GINECOLOGÍA Y OBSTETRICIA (SEGO), "Recomendaciones sobre atención al parto normal", Madrid, 2007.

productiva y han analizado la amplia variedad de abusos que sufren las mujeres durante el parto, incluido el contexto en que se producen, y han descubierto violaciones, entre otros, de los derechos de las mujeres a la salud, a la vida, a la intimidad y a no ser objeto de discriminación o de trato inhumano y degradante, así como de su derecho a una reparación efectiva.

Variables de género e interseccionalidad que se superponen en quien va a parir y no cuenta con el grado de ciudadanía suficiente para exigir el respeto de sus derechos recorren maternidades y hospitales de todo el mundo. De esta forma el fantasma de Alyne da Silva Pimentel deambula macabramente en salas de partos y pasillos de hospitales donde mujeres ruegan una cesárea, imploran medicamentos para reducir el dolor de sus partos o simplemente, mendigan información sobre qué les está pasando.

Los prejuicios de género y de clase suelen entretejerse indebidamente con la violencia obstétrica. Cuerpos marrones, cuerpos que huelen mal, cuerpos gordos, cuerpos incómodos, cuerpos desprolijos, cuerpos que duelen pero callan son "cuerpos enajenados" **(31)** en saberes ajenos que han sido desprovistos de poder incluso cuando son territorio de un evento obstétrico propio.

Y quizá la muestra más obscena del poder biomédico operando a modo de cofradía sobre la desigualdad de poder a la hora de parir es la adulteración de la documentación clínica para poner a salvo la reproducción de ese mismo poder en *loop*. De allí la importancia del fallo cuando señala "el reconocimiento de una gravísima irregularidad: la HC consigna un dato falso respecto de la identidad de quien atendió el proceso médico de la actora (contrariando el art. 15, inc. c], de la ley 26.529). Este, no menor, asiento insincero en la HC, descalifica irremediablemente la fiabilidad de su contenido, cubriendo la información que suministra con un denso manto de sospecha, afectando su credibilidad en torno a las afirmaciones de la parte demandada en el evento que nos convoca" (*sic*).

(31) CANEVARI, Cecilia, "Cuerpos enajenados. Experiencias de mujeres en una maternidad pública", Ed. Barco Santiago del Estero, 2011.

Porque una de las grandes dificultades para el acceso a justicia de las violencias que ocurren en la salud es la enorme desventaja de las víctimas frente a quienes tienen no solo el poder de dañar, sino de borrar el daño a través de la falsificación de la documentación clínica. Otro privilegio que se adiciona a la biopolítica sanitaria.

La obligación de registrar de forma veraz la historia clínica, hoja de ruta de toda persona que transita por una institución de salud es un acto médico de naturaleza administrativa que suele ser menospreciado por su carácter burocrático y solo reivindicado frente al yerro que puede significar responsabilidad. He ahí un mérito especial de la sentencia cuando valora la conducta fraudulenta de usar un lugar de poder para poder ocultar la peor cara del ejercicio de la medicina.

Punto final para las violencias obstétricas es revisar las prácticas desde adentro de los saberes. Pero punto final es, también, un Poder Judicial que puede poner el ojo para revisar desde afuera aquellas murallas sanitarias que han sido construidas como inexplorables e indiscutibles en perjuicio de las mujeres.

Atreverse desde el Poder Judicial a compensar tanta desigualdad estructural desde antaño, es también un camino posible. La perspectiva de género en este caso reconocerá la relación asimétrica de poder que entabla una persona gestante que va a parir y el personal de salud que ve en ella un "útero ocupado", y redistribuirá ese poder inequitativamente predispuesto para poner fin a la infantilización, el maltrato y la medicalización innecesaria de los procesos naturales que constituyen el pan nuestro de cada día en las maternidades públicas y privadas.

No solo la muerte materna provocada por el abandono sanitario es pasible de reparación. La muerte fetal en el marco de la violencia obstétrica también debe serlo.

El trato violento que performa un equipo de salud que se articula entre sí para violar derechos es apabullante y por eso, una sentencia que desmantela este *statu quo* de dolor y silencios, es doblemente valiosa.

VII. Conclusiones para intentar corrernos de un lugar de subordinación sanitaria

Como sostienen Ehrenreich y English **(32)**, las mujeres no hemos sido observadoras pasivas de los partos y los abortos a lo largo de la historia de la medicina. Por el contrario, el sistema actual que institucionaliza estos eventos obstétricos surgió de la competición de sanadores y sanadoras.

La profesión médica, en particular, no es una simple institución más, es una fortaleza pensada y construida para excluirnos de procesos que nos han pertenecido desde siempre y que han quedado atrapados por el sexismo al cual el sistema sanitario, como el resto de los dispositivos de poder, tampoco puede escapar.

La profesionalización del parto, la institucionalización de los procesos reproductivos y todas las políticas para disminuir la morbimortalidad materna tienen la enorme potencia de mejorar la vida de las personas con capacidad biológica de gestar. Pero al mismo tiempo, pueden erigirse en poderosos nodos de control de nuestros cuerpos y vigilancia de nuestras vidas.

Visibilizar que la supremacía del discurso biomédico en el embarazo, parto, puerperio y aborto inscribe mensajes saludables en nuestros cuerpos, pero al mismo tiempo disciplina nuestros deseos, violenta nuestras subjetividades y regentea nuestra soberanía reproductiva es parte de una emancipación indispensable para poner en su quicio tanta subalternidad de género a la hora de un momento que nos arrebató la ciencia médica no siempre con razones.

Advertir que la contundencia del discurso biomédico se sirve también de un lugar privilegiado dentro del equipo de salud para reproducir allí, desde adentro de los saberes interdisciplinarios, la misma superioridad que esboza sobre los cuerpos gestantes, es parte del problema y parte de la solución.

Por ello, un justo equilibrio entre ciencia —protagonismo sanitario— y experiencia —saberes femeninos— es lo único que podrá poner fin a la violencia obstétrica.

(32) EHRENREICH, Bárbara – ENGLISH, Deidre, "Brujas, parteras y enfermeras. Una historia de sanadoras", Ed. La Mariposa y la Iguana, Barcelona, 2013.

IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD

Adolescente que no quiere saber su origen biológico. Interés superior. Protección de la realidad familiar.

Con nota de María A. Mora

1. — Teniendo presente el superior interés de la menor, corresponde hoy tutelar los lazos afectivos que la unen con quien ha asumido para con ella el rol paterno, dándole seguridad a la relación familiar en la que hoy se encuentra integrada. Será la joven quien —en cualquier tiempo y cuando esté preparada para hacerlo— decida resolver la cuestión de su identidad de origen sin verse afectada por la situación.

2. — La niña ha crecido en una familia, estando identificada totalmente con el apellido que porta, el cual desea conservar. Se siente absolutamente identificada con él y no pretende cambiar, por lo cual es conveniente, desde el punto de vista de su estructuración subjetiva, no alterar dicha situación. De las constancias de la causa surge la férrea posición de la adolescente de no querer someterse a la realización de la prueba de ADN; los miedos ante los eventuales cambios que pudiera generar su resultado; y los perjuicios sobre la psiquis que la realización del examen genético en contra de su voluntad pudiera ocasionarle.

3. — El pretenso padre biológico no ha tenido ninguna intervención en más de diez años de vida de la joven, pese a saber que aquella podría ser su hija desde el nacimiento mismo.

4. — La impugnación de la paternidad debe resolverse teniendo en miras el interés superior de la niña, protegida hoy a través de su familia conformada, más allá del dato genético que el actor se atribuye.

5. — De acuerdo con el art. 593 del Cód. Civ. y Com., el presunto padre biológico se encuentra legitimado para iniciar la acción contra el reconociente.

ST Corrientes, 18/12/2020. - S., R. M. c. E., G. D., A., M. I. s/ impugnación de paternidad.

[Cita on line: AR/JUR/74493/2020]

COSTAS

Se imponen en el orden causado.

Expediente RXP N° 4733/14

Corrientes, diciembre 12 de 2020.

¿Qué pronunciamiento corresponde dictar en autos?

A la cuestión planteada el doctor *Semhan* dijo:

I. A fs. 214/223 la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral de la ciudad de Curuzú Cuatiá receptó el recurso de apelación interpuesto por el actor dejando sin efecto el pronunciamiento recurrido, y dispuso en su reemplazo la realización de la prueba pericial genética, luego de lo cual el *a quo* deberá dictar sentencia respecto de la identidad de las partes.

Disconformes, se alzaron los demandados patrocinados por el Sr. Defensor Oficial y la Sra. Asesora de Menores e Incapaces en representación de la menor de autos, interponiendo los recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley agregados a fs. 248/261 vta. y fs. 264/269 vta. respectivamente.

II. Fundamentos de la Cámara:

En esa decisión, la Cámara abordó primeramente el recurso de nulidad que había sido desplegado conjuntamente con el de apelación, y sostuvo que si bien el procedimiento fue llevado al menos en forma desprolija, las quejas vertidas por el recurrente podían ser atendidas a través del recurso de apelación pues el tema con mayor conflictividad es si la prueba genética puede o no puede ser llevada adelante.

Analizando el recurso de apelación argumentó que ese Tribunal ya se había pronunciado en una causa anterior, señalando que allí, al igual que en la analizada, surgían dos cuestiones esenciales, la primera, la negativa del menor a conocer la verdad de su vínculo paterno invocándose la necesidad de preservar el "interés superior del niño", y la segunda, la imposibilidad de someterlo compulsivamente al examen genético.

Coincidió parcialmente con la jueza de grado en aquella esa causa en el sentido que no debía llevarse adelante la prueba pericial genética de manera compulsiva, sino que debía oficiarse al Cuerpo Médico Forense para que procedan al secuestro de objetos de uso personal que contengan células ya desprendidas del cuerpo y/u otra similar a los fines probatorios, garantizando de ese modo la integridad e inviolabilidad corporal del niño, al igual que su libertad y dignidad personal, y recomendando que se extremen los cuidados para que se pueda contar con tales elementos. Ordenó también que procedieran de la misma forma para tomar las muestras biológicas de la progenitora, ya sean espontáneamente aportadas o a través de ob-

jetos que deberá obtener en la misma diligencia probatoria.

Señaló que en la actualidad no puede prescindirse de los beneficios de la ciencia en las acciones de filiación como modo de alcanzar la verdad biológica, pues los demás métodos tradicionales, presunciones y demás pruebas se debilitan frente al adelanto que la ciencia proporciona con valor probatorio de certeza y eliminación de arbitrariedad y/o soluciones erradas o inadmisibles.

Agregó que en base a la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, receptado en el art. 710 última parte del Cód. Civ. y Com. de la Nación, la carga de la prueba recae finalmente sobre quien está en mejores condiciones de probar. Además, la índole del proceso de filiación justifica una visión solidarista de la carga probatoria pues no solo está en juego el emplazamiento filial entre dos sujetos sino que existe un interés superior que debe protegerse, encontrándose los magistrados habilitados para disponer medidas probatorias de oficio así como también a mantener la igualdad de las partes en el proceso y sancionar todo acto contrario al deber de lealtad y probidad.

Razonó que la búsqueda de la verdad biológica en la forma ordenada no atenta con la decisión del menor por varias razones, la primera, porque el decisorio prevé la extracción de material genético sin avanzar sobre su cuerpo y sin exigirle colaboración activa, resguardando el resultado hasta que el menor decida y necesite conocerlo.

Reconoció que la opinión del niño no resulta vinculante para el juez, de quien se exige desentrañar si la opinión del niño es genuina o se encuentra indebidamente influenciada por los adultos o cuando es contraria al interés superior del niño.

Refirió que en la actualidad existen medios que permiten recoger muestras sin invadir físicamente a la persona, de los que el tribunal puede y debe echar mano antes de llegar al extremo de la coerción física (Cfr. CSJN, “Gualtieri Rugnone de Prieto”).

Destacó además que es indiscutible el derecho del menor de ejercitar en cualquier momento la acción de impugnación (art. 589 Cód. Civ. y Com. de la Nación), sin embargo ello no puede esbozarse como un fundamento para sostener que el derecho a la identidad del menor no resulta conculcado, desde que hoy se requiere una respuesta jurisdiccional por parte de quién duda acerca de la existencia de un vínculo biológico.

Ponderó que en la situación planteada se encuentran en pugna los derechos de ambas partes, por un lado el derecho del pretenso padre biológico que busca acreditar su condición de tal, y por el otro, el de la pretensa hija biológica que no quiere ver alterada su realidad familiar, aclarando que la determinación de lo primero no necesariamente debe conducir a lo segundo.

Advirtió que si la pretensa hija biológica demandara al presunto padre y este se negara injustificadamente a la realización de la prueba genética, todo el peso presuncional o cuando menos indiciario de la ley hubiera recaído sobre él, y hubiese autorizado tener por demostrado suficientemente el vínculo, preguntándose entonces por qué razón debe adoptar un criterio opuesto cuando quién reclamaba conocer la verdad biológica es el pretenso padre y quien se opone es el pretenso hijo/a. Y preguntándose también por qué razón renunciar a la verdad biológica aun cuando su resultado no debe conducir indefectiblemente a la alteración de la relación y los vínculos familiares del niño/a.

Expresó que al estar zanjada la legitimación del presunto padre biológico con el art. 590 del Cód. Civ. y Com. de la Nación para ejercer esa pretensión, no parece justo ni razonable impedírsele la verificación del extremo invocado con la única base de la negativa de la niña, quién no vería menoscabada su integridad en el procedimiento a emplearse para la obtención de las muestras genéticas necesarias, así como tampoco habrían de modificarse o alterarse su relación y vínculo familiar.

En cuanto a las costas, las impuso por su orden en la instancia de apelación dado al alto grado de opinabilidad de la cuestión, mientras que las de la instancia de origen las dejó librada a la decisión que en definitiva se adopte sobre el fondo del asunto.

III. a) Recurso del Defensor Oficial: El Sr. Defensor de Pobres y Ausentes en la condición de patrocinante de los demandados interpone el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley cuyos agravios pueden resumirse del siguiente modo: (i) la sentencia de la Cámara aplica erróneamente la ley (art. 278, inc. 2°, Cód. Proc. Civ. y Comercial) por haber inobservado el interés superior del niño, constitucionalmente protegido y reconocido en la Convención de los derechos del niño (art. 75 inc. 22, CN), así como del art. 26 del Cód. Civ. y Com. de la Nación que estatuye entre otros que su opinión sea tenida en cuenta; (ii) inaplica la sana crítica racional en la valoración e interpretación de las pruebas ocasionándole gravamen irreparable; (iii) considera que la Cámara no tuvo en cuenta que se trata de una adolescente, lo que permite presumir que posee una cierta madurez para tomar decisiones, ejercer determinados actos y comprender el sentido de su intervención; (iv) priorizar el “interés superior

del niño" significa que cuando el interés del niño se enfrente a otros intereses, se hará prevalecer al primero, así surge del art. 3 *in fine* de la Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes N° 26.061; (v) frente a las explicaciones realizadas en términos sencillos por los funcionarios intervinientes, la menor en la audiencia celebrada al efecto, manifestó en todo momento su voluntad invariable de no querer someterse al estudio de ADN, razonando el recurrente, que ante la colisión de intereses de la menor con los del actor se debía dar prioridad a la primera, pues es la parte más débil y necesitada de protección, cuya vulneración de derechos puede ocasionarle graves perjuicios durante la adolescencia por la cual se encuentra transitando y su posterior adultez; (vi) en base a lo normado en el art. 579 del Cód. Civ. y Com. de la Nación si el demandado por filiación se niega a los exámenes y análisis, la norma prevé la consecuencia que trae aparejada la negativa, entonces no resulta factible la realización de la prueba genética de manera compulsiva pues de lo contrario la ley no hubiera previsto una consecuencia para la negativa, bastaría con la realización del análisis aún contra la voluntad del renuente. Y si lo anterior es aplicable a una persona mayor de edad, cuanto más para una adolescente que se encuentra con pavor justificado ante un planteamiento que modifica las bases de su propia existencia; (vii) en la recurrida no se ponderan las consecuencias negativas que a criterio de la profesional se producirían en la psiquis de la menor; (viii) la sentencia es contradictoria pues, primero refiere que no está en juego solamente el emplazamiento filial entre dos sujetos, sino que existe un interés superior que debe protegerse, para luego apartarse del principio que intenta proteger; (ix) reitera que en base a lo dispuesto por los arts. 26 y 707 del Cód. Civ. y Com. de la Nación la Cámara no respetó la decisión de la menor, que en rigor no se trata de la expresión de una niña sino de una adolescente, lo que no implica en modo alguno de seguir sus dichos como si fuesen órdenes, sino de evaluar sus manifestaciones en el contexto del proceso en el que participa y adoptar una decisión que responda a su "interés superior"; (x) la Cámara omite analizar las pruebas de las que emerge la voluntad inequívoca de S., y las implicancias negativas que tendría para su desarrollo psicológico el hecho de llevar adelante la averiguación forzosa de su origen biológico; (xi) la Cámara incurre en el error de pretender justificar la obtención de muestras de ADN sin invadir físicamente a la menor, cuando la misma manifestó su rechazo, no por la invasión que la toma de una muestra implicaría sobre su cuerpo, sino por los temores y consecuencias que le ocasionaría su resultado; (xii) no existe fundamento para que la sentencia puesta en crisis sostenga que existe una conflictividad y desamparo emocional por parte de los progenitores —Sres. E. y A.— toda vez que la misma adolescente se encarga de expresar que no quiere hacerse la prueba de ADN porque ya tiene su familia, muchas tías, familia numerosa con un papá y una abuela que la aman con el corazón.

b) Recurso de la Asesora de Menores: La Sra. Asesora de Menores en defensa de los intereses de la menor S. M. deduce recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley pudiendo sintetizarse de la siguiente manera: (i) la sentencia es dictada en base a una absurda valoración de las pruebas, con afirmaciones dogmáticas y citas jurisprudenciales, y en absoluta contradicción al interés superior de la menor S. M., contemplado en el art. 3° de la Convención de los Derechos del Niño y de Ley N° 26.061 de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes; (ii) la Cámara desoye la opinión de la joven S., quien no tiene ningún interés en saber si el demandante es su padre biológico, habiendo sido clara en señalar que con la práctica que se le pretende realizar siente amenazado el derecho a conservar su familia, su nombre, identidad y personalidad jurídica; (iii) realiza una absurda interpretación del principio del interés superior del niño, por cuanto, ante el conflicto de derechos de igual rango, los jueces deben dar prioridad al interés superior del niño; (iv) la recurrida viola el derecho a la identidad de la menor, el que se encuentra preceptuado y protegido por los arts. 7 y 8 de la Convención Americana sobre los Derechos del Niño, con jerarquía constitucional en razón del art. 75 inc. 22 de la CN; (v) la defensa a ultranza de ciertos principios como la identidad biológica, en abstracto son valiosos, pero confrontados con la realidad puede conllevar resultados aciagos, como acontece en el caso de autos; (vi) desatiende lo informado por la Lic. Valentina Ziperovich que refiere que la menor no está en condiciones de tomar una decisión de hacerse un ADN, que no está preparada aun para afrontar esa prueba, y que exigirle o forzar esa situación puede ser iatrogénico para su psiquismo aun en formación; (vii) manifiesta que más allá de que la opinión de S. sea respetada de no realizarse la prueba de ADN, lo que se pretende es proteger a la familia de la joven.

IV. Examen de admisibilidad: Se tratan de recursos admisibles, pues se interpusieron dentro del plazo, impugnan una sentencia asimilable a definitiva, y los recurrentes se encuentran exentos de la carga del depósito económico. Ello pues, si bien el depósito para interposición de la impugnación extraordinaria local, como para la queja por su denegatoria (arts. 272 y 279, Cód. Proc. Civ. y Comercial), no participa de la naturaleza del impuesto o de otro tipo de gravamen fiscal ya que constituye una exigencia procesal para que el Superior Tribunal conozca del recurso (STJCtes. Res N° 40/10; Fuero: Civil), se consideró razonable ampliar los casos exceptuados del art. 272, 3° párrafo del Cód. Proc. Civ. y Comercial, a las exenciones que prevé el art. 238 del Código Fiscal, y en general a todos aquellos supuestos que, conforme a las disposiciones

de las leyes provinciales se encuentren eximidos de abonar la tasas de justicia. En ese sentido la cuestión venida a decisión de este Superior Tribunal se encuentra exenta del pago de la tasa de justicia y por ende de la carga del depósito económico, en razón de lo dispuesto por el art. 238 inc. j) del Cód. Fiscal. Por lo demás, los recursos cuentan con los recaudos técnicos para la apertura de la instancia extraordinaria, y dada la similitud de agravios, los mismos serán analizados en conjunto. Paso en consecuencia a pronunciarme sobre su mérito o demérito.

V. Legitimación activa. Caducidad de la acción: La acción desplegada por el actor se enmarca en las previsiones del art. 593 del Cód. Civ. y Com. de la Nación que prevé: "Artículo 593.- Impugnación del reconocimiento. El reconocimiento de los hijos nacidos fuera del matrimonio puede ser impugnado por los propios hijos o por los terceros que invoquen un interés legítimo. El hijo puede impugnar el reconocimiento en cualquier tiempo. Los demás interesados pueden ejercer la acción dentro de un año de haber conocido el acto de reconocimiento o desde que se tuvo conocimiento de que el niño podría no ser el hijo. Esta disposición no se aplica en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre, con independencia de quienes hayan aportado los gametos".

En efecto se trata de una acción de desplazamiento tendiente a dejar sin efecto el título de estado obtenido a través del reconocimiento, en el caso, el voluntariamente realizado por el codemandado Sr. G. D. E. el día 7 de septiembre de 2004 ante el Registro Provincial de las Personas bajo Acta N° 530, Tomo 41 Ley 1878, Folio 65 v, del año 2004 (Cfr. Partida de Nacimiento de fs. 6).

El Cód. Civ. y Comercial mantiene la legitimación activa amplia que establecía el art. 263 Código de Vélez, siendo esta la postura que adopta al regular todas las acciones de impugnación, con total independencia del tipo de filiación o de acción de que se trate.

En ese sentido, el presunto padre biológico se encuentra claramente legitimado para iniciar la presente acción contra el reconociente.

Con respecto al plazo de caducidad para promover la acción por parte de terceros que invoquen un interés legítimo —recordemos que los hijos lo pueden hacer en cualquier momento— se ha sostenido que la figura de la caducidad en sí no es inconstitucional, sino que la tensión constitucional se centra en el modo en que se la regulaba en el Cód. Civil derogado, por ello es que el Cód. Civ. y Comercial modifica desde cuándo empieza a correr, estableciendo que no es desde el acto de reconocimiento sino desde que se supo o se pudo tener conocimiento de que es posible que no sea el padre biológico el padre jurídico.

El plazo se unifica para todas las acciones en un año, a diferencia del anterior que lo fijaba en dos (art. 263). El término de inicio es del conocimiento del acto de reconocimiento o el conocimiento acerca de la no paternidad del hijo. Se señala que la norma actual recoge un criterio realista y toma en cuenta el efectivo conocimiento acerca de la no filiación del hijo (Lorenzetti, Ricardo L., Código Civil y Comercial de la Nación, T. III, ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 674). De esta manera, al introducir modificaciones sobre el comienzo o desde cuándo empieza a correr, no desde el acto de reconocimiento sino desde que se supo o se pudo tener conocimiento de que es posible ser el padre biológico, sortea cualquier atisbo de choque o enfrentamiento constitucional (Aida Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera y Nora Lloveras, Tratado de Derecho de Familia, T. II, ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2019, p. 890).

Se ha dicho que la limitación temporal impuesta por la ley, en materia de filiación, tiene fundamento en la necesidad de garantizar y preservar la estabilidad en los vínculos paterno filiales, así como cierta previsibilidad acerca de los efectos de las conductas de las partes interesadas; y que se apoya constitucionalmente en razones de seguridad jurídica (Famá, María Victoria, "La Filiación. Régimen Constitucional, Civil y Procesal, ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, ps. 184 y 518). En el mismo sentido, se postuló también que el plazo de caducidad responde a una necesidad de consolidación del estado de familia; y que así se impide que una situación jurídica valiosa —el estado de familia de un hijo— pueda quedar indiscriminadamente sometido a debates (conf. Zannoni, Eduardo A., Derecho de Familia, p. 463; CCiv. y Com. Rosario, 13/04/2011, "B., A. c. G. V. C. s/ impugnación de paternidad extramatrimonial, Expte. N° 172/09).

En el presente caso, no puede obviarse de ningún modo que el accionante dejó transcurrir un considerable lapso de tiempo para intentar la acción, presentándose a la jurisdicción luego de transcurridos más de diez años del nacimiento de su presunta hija biológica, con el objeto de impugnar el reconocimiento de la paternidad realizado por E. respecto de S. M.; sin embargo, no surge ninguna prueba que logre desvirtuar la versión dada por este en el sentido de que tomó efectivo conocimiento que la menor llevaba el apellido E. mediante una publicación en la red social Facebook, luego de lo cual se presentó ante la Asesoría de Menores a reclamar su supuesta paternidad el 10 de octubre de 2013, tal como surge del Acta agregada a fs. 8. Consecuentemente, la demanda fue interpuesta dentro del plazo legal que prevé el precepto normativo analizado.

VI. Derechos en tensión. Interés Superior del Niño. Abordando la vexata quaestio, se verifica la tensión existente entre dos derechos, por un lado el derecho del presunto padre en lograr la preeminencia de la verdad biológica respecto de una persona sobre la que tiene fundadas dudas acerca de su relación filial, y por el otro, el derecho de la niña de no querer saber su origen biológico para de ese modo preservar el contexto familiar en el que se encuentra desarrollando.

En tren de establecer la preeminencia de uno sobre el otro en el caso, resulta imperioso diferenciar, como lo sostiene la prestigiosa jurista mendocina Dra. Kemelmajer de Carlucci, el derecho a establecer lazos filiatorios al de conocer el origen biológico, pues como lo afirma Melaurie —citado por la autora— 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 de la sangre); la sociológica (que genera la posesión de estado); la verdad de la voluntad individual (para ser padre o madre es necesario quererlo); la verdad del tiempo (cada nuevo día la paternidad o la maternidad vivida vivifica y refuerza el vínculo (Kemelmajer de Carlucci, Aída, El derecho humano a conocer el origen biológico y el derecho a establecer vínculos de filiación. A propósito de la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 13/02/2003, en el caso 'Odièvre c. France', Publicado en: Abeledo-Perrot, Cita Online: 0029/000211).

En ese sentido, considero que la cuestión debe resolverse teniendo en miras el interés superior de la niña, protegida hoy a través de su familia conformada por el Sr. E. y la Sra. A., más allá del dato genético que el actor se atribuye. Se trata, afirma Kemelmajer de Carlucci, de no ejercer injerencias estatales en la vida íntima y familiar de una persona en formación, sino de priorizar su interés superior real, no abstracto, cuya determinación, por el momento, está en manos de las personas a las cuales la ley atribuye la calidad de padres, y no en la de los jueces. (Del voto de la doctora Kemelmajer de Carlucci cit.; en el fallo de la Sup. Corte de Mendoza, Sala 1ª, 12/05/2005, RDF 2005-III-165.

Acorde con lo expuesto, surge de las constancias de autos, la inexpugnable posición de la menor de autos de no querer conocer su realidad biológica. En efecto, con un lenguaje acorde a su edad (tenía 13 años en ese momento) en la audiencia celebrada el 26 de febrero de 2018 (fs. 129/132) con la presencia de la Asesora de Menores e Incapaces y la Psicóloga Forense, la menor manifiesta: "[...] Yo no quiero hacerme la prueba de ADN porque yo tengo mucha familia, muchas tías, familia numerosa, un papá que me ama un hermano, una abuela que me ama con el corazón.- [la menor se quiebra y llora], y no quiero hacerme.- La Sra. Asesora de Menores le hace saber el derecho a la identidad su pasado, su historia y después su familia, que esta realidad biológica cambie no va a perder esa realidad familiar, que ella va a tener su misma vida todo va a seguir igual. Asimismo le hace saber el derecho que ella tiene a saber S. S., le hace saber que hay una persona que se presenta de apellido S. él quiere impugnar la paternidad que él tiene una duda de que D. es su papá o no, en el expediente hay que evacuar una duda para eso es la prueba de ADN, que después para cambiar el apellido desde lo legal esa será una causa de Filiación S. S., le hace saber que la idea es que ella no esté mal que ella esté bien, sabemos que este Expte. ha generado cosas en ella y nosotros queremos escucharte, queremos contarte desde lo legal los pasos del Expte., el proceso legal del Expte.- Interrogado por la Asesora de Menores si ella tiene alguna duda de todo lo que se le está explicando la menor Contesta: "No, ninguna duda".

Luego expresa: "[...] Interrogado por S. S., a la menor S. si el miedo es porque el resultado de ADN dé negativo, Contesta: "Yo creo que si llegara a pasar eso, que mi papá biológico sea D. me sentiría aliviada pero si es otra persona no sé qué llegaría a pasar, yo quiero seguir siendo E. aunque me dé positivo o negativo que mis hijos mi familia tenga ese apellido que no tenga otro quiero tener una familia exitosa y no quiero hacerme no me importa, me importa mi papá". S. S., le hace saber a le menor si el resultado de ADN sea negativo esto seguirá siendo así, todo lo que ella está diciendo. La menor refiere pero yo no quiero hacerme por más que ustedes me digan, nadie decide por mi vida es así no quiero que otra persona decida por mi. Si sale positivo (que E. no sea su papá) me voy a quebrantar no voy a ser la misma de antes, todo va a cambiar. Porque ese tipo no me cambió los pañales, no estuvo cuando estuve enferma, no quiero tener contacto con el por mí que le pase lo que sea pero yo estoy bien con mi familia yo estoy feliz y no quiero que se meta en mi vida". Interrogado si ella no quiere que se aclare que realidad biológica Contesta: "No, yo no quiero que se aclare quién es mi papá, porque mi papá D. es mi propósito de vida. Mi papá es el ser que más amo en la vida le quiero con todo mi corazón y no me importa nadie más". S. S., le hace saber que acá hay una duda si D. es su papá o no. Interrogado por S. S., si ella supiera que él es o no su papá eso le cambiará a ella, o su realidad Contesta: "Sí.- Me va a romper la ilusión que él fue mi padre que él me crió, pero no me importa la verdad es que yo tengo un vínculo muy especial porque él me crió más que mi mamá porque ella iba a la peluquería y mi papá me cuidaba porque él iba a la facultad y se iba después a la mañana y esa mañana mi mamá me cuidaba o mis abuelos y aprovechaba el momento es que con mamá

disfruté muy poco tiempo porque trabajaba y le veía los fines de semanas. La verdad es que ahora dejó la peluquería y tuvo a mi hermano y está más apegado a mamá y yo a papá y estoy muy apegado a papá y me gustan las películas de Marbel como mi papá me gusta y mamá no me puede entender'."

De ello se infiere claramente que la niña S. ha crecido en la familia E.-A., estando identificada totalmente con ese apellido, el cual desea conservar. Se siente absolutamente identificada con él y no pretende cambiar —al menos por ahora el status quo—, por lo cual es conveniente, desde el punto de vista de su estructuración subjetiva, no alterar dicha situación.

En este punto resulta relevante lo informado por la Psicóloga Forense Lic. Ziperovich, quién al concluir la audiencia con la menor y no estando S. presente refiere que: "[...] "Ella [S.] hoy no está preparada para manejar un resultado no importa cuál es, aunque ella manifiesta: yo estaría tranquila si E. es mi papá pero ella no está preparada para manejar un resultado pero no se encuentra preparada para eso". La Psicóloga Forense refiere: "Esto va mucho más del derecho".- "Ella se imaginaba que algo pasaba, hace 3 años cuando le evalué ella se daba cuenta que algo estaba pasando pero esto implica arrancar de cero, se debe trabajar sobre esta verdad que ya está iniciado hasta que ella diga bueno quiero saber si es o no mi papá y después saber quién es mi papá biológico".

Este informe es ampliado a fs. 174/175, en el que la Psicóloga Forense el 10 de diciembre de 2018 entrevista y evalúa a la niña S., concluyendo que la menor repite constantemente que no desea y no acepta realizarse un ADN, porque se siente feliz con su vida actual y no desea ningún cambio y agrega: "[...] Resulta esperable que una niña de solo 14 años responda al mandato paterno y materno, o sea, que si bien S. asegura que la decisión de no hacerse el ADN es propia, de alguna manera también sería este el deseo de sus padres, al que ella debe responder por tratarse de figuras referentes y significativas para S., No implicando lo mismo que estar influenciada por ellos, resultando imposible marcar el límite de hasta donde esta idea o pensamiento es propio y hasta donde es ajeno, ya que la niña convive e interactúa permanentemente con sus padres". Y concluye aseverando que, desde el punto de vista psicológico y emocional S. no está preparada aun para afrontar este prueba, y exigirle o forzar esa situación puede ser iatrogénico para su psiquismo aún en formación, operar en contra de lo que ella cree, siente y hace consciente que debe ser, puede llegar a desestabilizarla emocionalmente.

Acorde con lo expuesto, y ponderando los derechos en contradicción y tensión, en base a las constancias comprobadas de la causa, me llevan a descartar cualquier solución que no priorice la tutela de ese interés familiar, que en el presente caso se apontoca ostensiblemente en el conteste y concordante superior interés de la joven S. (Cfr. arts. 3, 9 y 12, Convención Internacional sobre los derechos del Niño; arts. 1°, 18, 31, 33, 75 inc. 22 y ccdtes. Constitución nacional; arts. 2, 3 y ccdtes., Ley 26.061; arts. 39, 40 y 41 de la Constitución provincial).

En efecto, de las constancias de la causa surge la férrea posición de S. de no querer someterse a la realización de la prueba de ADN; los miedos ante los eventuales cambios que pudiera generar su resultado; y los perjuicios sobre la psiquis que la realización del examen genético en contra de su voluntad pudiera ocasionarle. La joven ha construido desde hace muchos años un valioso y consolidado vínculo afectivo mutuamente correspondido por la familia E.-A., conformado por sus padres, hermanos, tías, tíos, abuelos y bisabuelos, que no desea modificar, al menos por ahora. Se encuentra contenida en su familia, la que constituye ámbito de pertenencia y su centro de vida, sobre el cual ha edificado su personalidad, sus afectos, sus sentimientos, sus ansias, proyectos y sueños. El demandado E., ha asumido verdaderamente frente a la joven y ante sus ojos, en forma pública, estable, prolongada y en plenitud, los deberes propios de tal vínculo.

Por el contrario, el pretenso padre biológico no ha tenido ninguna intervención en más de diez años de vida de la joven, pese a saber que aquella podría ser su hija desde el nacimiento mismo. Se ha señalado en esta línea argumentativa que, frente al personalísimo derecho de obtener un emplazamiento filiatorio acorde con su identidad de origen, el mejor interés del menor, en este momento no puede sino materializarse a través del mantenimiento de la paz familiar construida con quienes han cumplido siempre los roles de madre y padre. El principio precautorio y la justicia del caso, que tiene por objetivo resguardar la entera situación compleja en la cual se inserta, imponen que la injerencia estatal en la vida íntima y familiar de la joven, deba hoy tutelar el mantenimiento del consolidado vínculo afectivo forjado durante todos estos años (SCBA, "L., J. A. c. J., P. V. y L., V. B. s/ impugnación de paternidad, 28/05/2014, DFyP 2014 (agosto), con nota de Fernando Millán; Sup. Const. 2014 (agosto), 44, con nota de Aída Kemelmajer de Carlucci y María de los Ángeles Davico; LA LEY, 2014-E, 88).

En consonancia con ello, teniendo presente el superior interés de la menor, corresponde hoy tutelar los lazos afectivos que la unen con quien ha asumido para con ella el rol paterno, dándole seguridad a la relación familiar en la que hoy se encuentra integrada, considera que será la joven S. M. quién —en cualquier tiempo y cuando esté preparada para hacerlo— deci-

da resolver la cuestión de su identidad de origen sin verse afectada por efecto de lo obrado en el marco de las presentes actuaciones.

Para concluir se ha señalado con agudeza que al lado de la realidad biológica, importante por cierto, existe otra verdad que el derecho no puede ignorar, la verdad sociológica, cultural y social, que también integra la identidad de la persona humana desde una perspectiva dinámica. Y que contrariamente a la opinión de los fundamentalistas del biologicismo, que imponen "derechos" a quien no quiere ejercerlos, afirmamos categóricamente que la sentencia no consolida una identidad falsa. El lazo existente es verdadero, porque responde a una filiación social. En nombre de una realidad biológica, el órgano jurisdiccional no puede afectar esta estabilidad. El Estado, a través de todos sus órganos, debe evitar injerencias indebidas a la vida íntima de la familia (Aída Kemelmajer de Carlucci y María de los Ángeles Davico, Aspectos constitucionales de la legitimación del presunto padre biológico para impugnar la filiación matrimonial. Reflexiones a partir de una sentencia, Sup. Const. 2014 (agosto), 25/08/2014, 42 - LA LEY, 2014-E, 88, Cita Online: AR/DOC/2694/2014).

Por los fundamentos expuestos, y de ser compartido este Voto por la mayoría necesaria de mis pares, corresponderá hacer lugar a los recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley interpuestos a fs. 248/261 vta. y fs. 264/269 vta. para así casar la sentencia de cámara, dejando firme el pronunciamiento de primera instancia. Con costas en todas las instancias en el orden causado dada la complejidad de la cuestión debatida. En ese sentido se ha dicho que "[...] La existencia de una situación compleja o dificultosa, tanto en lo fáctico como en lo jurídico que bien puede inducir a las partes a defender la posición sustentada en juicio, creyendo en la legitimidad de su derecho, ya que consagrar otra solución podrá importar un desaliento para el apropiado ejercicio del derecho de defensa [...]" (Loutayf Ranea, Roberto G., Condena en costas en el proceso civil, ed. Astrea, Buenos Aires, 2000, p. 82). Regular los honorarios del doctor Andrés Antonio Gauna, por la recurrida, en el 30% de los honorarios que se le fijen al vencido en primera instancia, y en la condición de monotributista frente al IVA (arts. 9 y 14, ley 5822). Así voto.

El doctor *Niz* dijo:

Que adhiere al voto del doctor *Semhan*, por compartir sus fundamentos.

El doctor *Rey Vázquez* dijo:

Que adhiere al voto del doctor *Semhan*, por compartir sus fundamentos.

El doctor *Panseri* dijo:

Que, atento al llamamiento de autos para sentencia, adhiero a la relatoría de la causa y comparto la solución propiciada por el Sr. Ministro votante en primer término a cuyos fundamentos me remito para evitar repeticiones innecesarias.

Y en este estado, considero oportuno explayarme acerca de mi reiterada postura sobre las mayorías necesarias requeridas para que las decisiones judiciales provenientes de una Cámara de Apelaciones sean válidas.

Es así que en números precedentes sostuve que el art. 28, 2° párrafo del decreto ley 26/2000 (Ley Orgánica de Administración de Justicia) prevé la forma en que deben emitir sus pronunciamientos los jueces de las Cámaras de Apelaciones, "[...] Para dictar pronunciamiento, cada Cámara de Apelaciones se constituirá por lo menos con dos de sus miembros, siendo las decisiones válidas cuando ambos estuvieren de acuerdo por voto fundado, permitiéndose la adhesión al primer voto. Si hubiere disidencia, intervendrá el presidente para decidir, en cuyo caso deberá hacerlo en forma fundada por uno de los emitidos."

Asimismo, manifesté que no coincido con la solución legislativa pues entiendo que todos los jueces de las Cámaras de Apelaciones tienen el deber constitucional de pronunciarse sobre las causas sometidas a su consideración; estimando necesario que lege ferenda, se contemple que todos los jueces integrantes de las Cámaras de Apelaciones de la provincia deban pronunciarse sobre las causas que llegan a su conocimiento, ya sea adhiriendo a un voto o, en su caso formulando el suyo, dando cabal cumplimiento con el mandato constitucional impuesto por el art. 185 de la Constitución Provincial.

Ahora bien, y no obstante la recomendación efectuada a los Sres. Magistrados, en pos del cumplimiento constitucional que les ha sido confiado, advierto que en la actualidad tal precepto continúa siendo vulnerado dado que a diferencia de los Tribunales Orales Penales (TOP), en las Cámaras de Apelaciones Civiles, Laborales y Contenciosa Administrativa y Electoral para que una decisión judicial sea válida se sigue requiriendo el conocimiento para la decisión y la firma de dos de los tres miembros que integran las Cámaras de Apelaciones, quedando excluido el tercer magistrado.

A mi entender la riqueza del órgano judicial colegiado supone el diálogo racional que tolera puntos de vista no exactamente iguales sino complementarios, al modo de caminos diferentes que sin embargo conducen al mismo destino final.

En este sentido, entiendo que la fundamentación de los pronunciamientos constituye una exigencia del funcionamiento del estado de derecho y de la forma republicana de gobierno, principalmente en los casos de las sentencias, siendo una garantía para cada ciudadano; ya que de esta manera pueden ejercer el control de los actos de los magistrados e impugnarlos.

Y es que, la sociedad democrática mayormente participativa pretende que se den a conocer las razones suficientes que justifiquen la toma de las decisiones las cuales se deben hacer conocer para someterlas a una posible crítica.

De allí que este dato propio de los Tribunales Colegiados aparece como francamente irreconciliable con la mera colección de dos opiniones y adhesiones automáticas citadas por los integrantes del cuerpo, vulnerándose así la garantía de certeza o seguridad jurídica si el Tribunal dicta una sentencia con votos aparentemente coincidentes, pero que no permiten establecer las razones que han conducido a pronunciarse de determinada manera.

Es sabido que los Tribunales se encuentran integrados por tres jueces, los cuales tienen la responsabilidad constitucional de expedirse; así lo hacen los Magistrados de los Tribunales Penales a diferencia de los miembros de las Cámaras de Apelaciones Civiles, Laborales y Contenciosa, con lo cual, entiendo, se menoscaban los principios de igualdad y equidad constitucional.

Cabe recordar que el Alto Tribunal de la Nación ha puntualizado que toda sentencia constituye una unidad lógico-jurídica, cuya parte dispositiva es la conclusión necesaria del análisis de los presupuestos fácticos y normativos efectuados en su fundamentación, ya que no es solo el imperio del Tribunal ejercido concretamente en la parte dispositiva lo que da validez y fija los alcances del pronunciamiento, sino que estos dos conceptos dependen también de las motivaciones que sirven de base a la decisión.

Finalmente, considero que los problemas planteados en cuanto a la falta de mayorías o mayorías "aparentes" acarrean un grave perjuicio tanto para los justiciables como para el efectivo servicio de justicia, ya que si bien se alega como argumento central la celeridad en el trámite de los distintos procesos, en la realidad esto no se traduce de manera absoluta en los tiempos procesales, con el agravante del desconocimiento de los estándares de legitimación.

Es por ello que exhorto —una vez más— a los Sres. Magistrados a abandonar tales prácticas de concurrencia aparente, bajo la idea de adherir a un voto, adoptando el sistema previsto en el art. 28, 2° párrafo del decreto ley 26/2000 (Ley Orgánica de Administración de Justicia), cuya genuina interpretación determina que en las sentencias —respetando el orden de sorteo— todos los miembros de la Cámara deben pronunciarse de manera individual sobre las cuestiones esenciales sometidas a su juzgamiento, de este modo a la par de garantizar la efectiva intervención personal de cada Camarista se logra plasmar la deliberación realizada que permite alcanzar el consenso y la mayoría como resguardo fundamental de una sentencia justa. Así voto.

El doctor *Chaín* dijo:

Que adhiere al voto del doctor *Semhan*, por compartir sus fundamentos.

En mérito del precedente Acuerdo el Superior Tribunal de Justicia dicta la siguiente sentencia: 1°) Hacer lugar a los recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley interpuestos a fs. 248/261 vta. y fs. 264/269 vta. para así casar la sentencia de Cámara, dejando firme el pronunciamiento de primera instancia. Con costas en todas las instancias en el orden causado dada la complejidad de la cuestión debatida. 2°) Regular los honorarios del doctor Andrés Antonio Gauna, por la recurrida, en el 30% de los honorarios que se le fijen al vencido en primera instancia, y en la condición de monotributista frente al IVA (arts. 9 y 14, ley 5822). 3°) Insértese y notifíquese. — *Luis E. Rey Vázquez. — Guillermo H. Semhan. — Fernando A. Niz. — Eduardo G. Panseri. — Alejandro A. Chaín.*

Identidad, filiación e interés superior del niño

María A. Mora (*)

Sumario: I. Propósito de estas líneas.— II. Plataforma fáctica.— III. Derechos en pugna.— IV. A modo de cierre.

I. Propósito de estas líneas

En el caso traído a examen, el Superior Tribunal de Justicia de Corrientes anuló el fallo de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral de Curuzú Cuatiá y respaldó la decisión de una adolescente que se negó a realizarse una prueba de ADN peticionada por quien dice ser su padre **(1)**.

Así se privilegió el interés superior de la joven, que en definitiva significa que no puede haber un interés superior a la vigencia efectiva de sus derechos y que ni el interés de los padres, ni de otros adultos, ni del Estado puede ser prioritario cuando se toman decisiones que afectan a los NNyA.

El análisis se centrará principalmente en la tensión existente entre los derechos en juego; por un lado, el derecho del presunto padre en lograr la preeminencia de la verdad biológica respecto de una persona sobre la que tiene fundadas dudas acerca de su vínculo filial, y, por el otro, el derecho de la adolescente de no querer saber su origen biológico y de esa manera preservar sus relaciones familiares.

II. Plataforma fáctica

El presunto padre biológico inicia acción de desplazamiento tendiente a dejar sin efecto el título de estado obtenido a través del reconocimiento, en el caso, voluntariamente realizado por el codemandado respecto de la alegada hija biológica de aquel. Dicha acción se enmarca en las previsiones del art. 593 del Cód. Civ. y Com., que prescribe que el reconocimiento de los hijos nacidos fuera del matrimonio puede ser impugnado por los propios hijos o por los terceros que invoquen un interés legítimo. De ello se sigue que el presunto padre biológico se encuentra legitimado para iniciar la presente acción.

Respecto de la caducidad, la norma citada dispone que el hijo puede impugnar el reconocimiento en cualquier tiempo y los demás interesados pueden ejercer la acción dentro de un año de haber conocido el acto de reconocimiento o desde que se tuvo conocimiento de que el niño podría no ser el hijo. En la especie, si bien el actor dejó transcurrir un tiempo considerable —más de 10 años del nacimiento de la menor de edad involucrada— no surge de la causa ninguna prueba que logre desvirtuar la versión dada por el demandante en el sentido de que tomó efectivo conocimiento de que la adolescente llevaba el apellido del reconociente mediante una publicación en la red social.

En el fallo anulado la Cámara dejaba sin efecto la sentencia dictada en primera instancia y ordenaba la realización de la prueba genética a la menor de edad, luego de lo cual el tribunal *a quo* debía dictar sentencia respecto de la identidad de las partes.

La decisión del tribunal de segunda instancia estaba fundamentada en dos cuestiones: la primera era la consideración de que la opinión de la menor de edad no resultaba vinculante para el juez, de quien se exige desentrañar si su opinión es genuina o se encuentra indebidamente

(*) Jueza de Familia de 8ª Nom. de la Ciudad de Córdoba; especialista en Derecho de Familia UNC.

(1) STJ Corrientes, 18/12/2020, "S. R. M. c. E. G. D. A., M. I. s/ impugnación de paternidad", AR/JUR/74493/2020.

influenciada por los adultos o cuando es contraria al interés superior del niño.

La segunda, que en la actualidad existen medios que permiten recoger muestras sin invadir físicamente a la persona, que es lo que se tendría que aplicar en este caso. Señaló que no puede prescindirse de los beneficios de la ciencia en las acciones de filiación como modo de alcanzar la verdad biológica, pues los demás métodos tradicionales se debilitan frente al adelanto que la ciencia proporciona con valor de certeza.

Expresó que con base en la doctrina de las cargas probatorias dinámicas —art. 710, última parte, Cód. Civ. y Com.—, la carga de la prueba recae finalmente sobre quien está en mejores condiciones de probar. Sostuvo, además, que la índole del proceso de filiación justifica una visión solidarista de la carga probatoria pues no solo está en juego el emplazamiento filial entre dos sujetos, sino que existe un interés superior que debe protegerse, encontrándose los magistrados habilitados para disponer medidas probatorias de oficio, así como también mantener la igualdad de las partes en el proceso y sancionar todo acto contrario al deber de lealtad y probidad.

Refirió que, al estar zanjada la cuestión respecto de la legitimación del presunto padre biológico, no resulta justo ni razonable impedirle la verificación de la verdad biológica con la única base de la negativa de la niña, quien no verá menoscabada su integridad en el procedimiento a emplearse para la obtención de las muestras genéticas necesarias

Resaltó que es indiscutible el derecho de la menor de edad de ejercitar en cualquier momento la acción de impugnación —art. 589, Cód. Civ. y Com.—; sin embargo, ello no puede esbozarse como fundamento para sostener que el derecho a la identidad de la menor de edad no resulta conculcado, desde que hoy se requiere una respuesta jurisdiccional por parte de quien duda acerca de la existencia de un vínculo biológico.

Destacó que, si la pretensa hija biológica demandara al presunto padre y este se negara injustificadamente a la realización de la prueba genética, todo el peso presuncional o cuando menos indiciario de la ley hubiera recaído sobre él y hubiera autorizado tener por demostrado suficientemente el vínculo, preguntándose entonces por qué razón se debe adoptar un criterio opuesto cuando quien reclamaba conocer la verdad biológica es el pretenso padre y quien se opone es la pretensa hija. Se preguntaban los camaristas por qué renunciar a la verdad biológica, aun cuando su resultado no debe conducir indefectiblemente a la alteración de los vínculos familiares de la niña.

Frente a ello, el máximo tribunal de Corrientes dejó sin efecto la realización del ADN.

III. Derechos en pugna

Como se señaló *supra,* el caso plantea una visible tensión entre el derecho del pretenso padre biológico que busca acreditar su condición de tal y el derecho de la hija biológica alegada que no quiere alterar su realidad familiar.

En aras de establecer la preeminencia de los derechos en juego —tal como lo señala el tribunal— cuadra destacar que en materia de filiación no existe una sola verdad. Así, al lado de la realidad biológica existe otra verdad sociológica, cultural, social, afectiva, que también hace a la identidad de la persona humana **(2)**. Es que la identidad de la persona no se agota con la información referida a los aspectos que hacen a la faz estática, sino que ella debe incluir el conjunto de valores espirituales que definen la identidad de cada sujeto. En este sentido, cabe señalar que el derecho a la identidad que recepta la Convención sobre los Derechos del Niño y varios instrumentos internacionales de derechos humanos no solo es el dato genético, sino que este es uno de los aspectos de la identidad, pero no el único ni el más relevante incluso dentro del ámbito de la filiación por naturaleza **(3)**.

(2) ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José, "Curso de derecho de familia", Ed. Civitas, Madrid, 1988, t. II, ps. 70-72.

(3) HERRERA, Marisa – LAMM, Eleonora, "Comentario al art. 564 del CCCN", en KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída – HERRERA, Marisa – LLOVERAS, Nora (dirs.), *Tratado de derecho de familia según el Código Civil y Comercial de 2014*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, t. II, p. 558.

Congruente con lo anterior, la CIDH ha sostenido que la identidad personal está íntimamente ligada a la persona en su individualidad específica y su vida privada, fundamentadas ambas en una experiencia histórica y biológica, así como en la forma en que se relaciona el individuo con los demás, a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social.

Ahora bien, así como debemos distinguir entre identidad estática e identidad dinámica, también debemos diferenciar el derecho a la identidad en su faz estática que alude al acceso a la verdad biológica del derecho a la filiación que refiere al derecho personalísimo que tiene la persona a tener un emplazamiento filial completo. También resulta relevante señalar que la finalidad de alcanzar la concordancia entre la realidad biológica y los vínculos jurídicos no siempre implica la realización del mejor interés del niño.

En este orden de ideas, en doctrina se ha afirmado que no siempre tiene que prevalecer el elemento biológico, afectando una identidad filiatoria que podría no ser su correlato. Ello así ya que el verdadero sustrato de la familia reside en el afecto que vincula a sus miembros, por lo que resulta inaceptable confundir el origen biológico con la identidad misma de la persona. De allí que esa "verdad dinámica" merece amparo y respeto por la justicia.

Por ello, en casos como el *sub-lite*, resulta dirimente realizar un análisis pormenorizado de las circunstancias del caso entre las cuales cabe tener especialmente en cuenta: a) la edad del niño; b) conformación del grupo familiar en el que está inserto; c) relaciones fácticas familiares previas. En definitiva, de lo que se trata es de analizar y valorar el derecho a la vida familiar desde la realidad y no desde la pura abstracción teniendo especialmente en cuenta que el ejercicio del derecho del padre no puede vulnerar el interés superior del niño **(4)**.

De otro costado, cabe resaltar que no existen dudas, tal como lo señala acertadamente el fallo, de que este conflicto de intereses debe resolverse teniendo en miras el interés superior de la adolescente, interés entendido como "la máxima satisfacción integral y simultánea de derechos" (art. 3º, ley 26.061) y analizado de manera particular y concreta en lo que hace a las propias vivencias de la menor involucrada, a la conformación de sus vínculos, a su historia vital, a sus opiniones, la que en este caso particular por su edad tienen un fuerte sustento, y a sus sentires. Asimismo, dicha norma manda respetar: i) su condición de sujeto de derecho; ii) el derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta; iii) el pleno desarrollo personal de sus derechos en medio familiar, social y cultural; iv) su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; v) su centro de vida, aclarando que cuando exista conflicto entre los derechos o intereses de los NNyA frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos prevalecerán los primeros.

Repárese que el interés superior del niño debe interpretarse como un principio garantista y por ello el juez debe ponderar en cada caso los derechos en juego, de tal manera que el interés superior del niño será la máxima satisfacción de los derechos posibles en el caso concreto. En palabras de Cecilia Grosman, ese interés representa su reconocimiento como persona, la aceptación de sus necesidades y la defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos por sí mismo. Esto significa que resultará en su interés toda acción o medida que tienda a respetar de manera más efectiva la mayor cantidad de derechos involucrados. Esta directriz cumple una función correctora e integradora de las normas legales constituyéndose en pauta de decisión ante un conflicto de intereses y en criterio para la intervención institucional destinada a proteger al niño **(5)**.

Para tutelar ese interés superior el tribunal tuvo en cuenta la opinión de la adolescente, quien expresó de manera contundente que no quería someterse al estudio de ADN y que si quien reclamaba la paternidad era su padre biológico no pretendía tener ningún contacto con él, afirmando que "ese tipo no me cambió los pañales, no estuvo cuando estuve enferma". Por

(4) HERRERA, Marisa, comentario al art. 590, en HERRERA, Marisa – CARAMELO, Gustavo – PICASSO, Sebastián, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Ed. Infojus, Buenos Aires, 2015, t. II, p. 343.

(5) GROSMAN, Cecilia P., "Significado de la Convención sobre los Derechos del Niño", LA LEY 1993-B, 1095.

su parte, la psicóloga forense en su informe sostiene que la adolescente aún no está preparada para afrontar la realización de la prueba genética y que exigirle o forzar dicha situación puede ser "iatrogénico", es decir, desfavorable para el psiquismo de la menor de edad, hasta el punto de poder desestabilizarla emocionalmente. Es en este contexto que el Superior Tribunal, ponderando los derechos en pugna y sobre la base de los elementos probatorios incorporados, resuelve dejar sin efecto la realización del estudio de ADN, ya que dicha solución es la que prioriza el interés superior de la menor de edad involucrada. Entre sus argumentos recalca que, frente al personalísimo derecho de obtener un emplazamiento filiatorio acorde con la identidad biológica, el mejor interés de la adolescente es el mantenimiento de la paz familiar construida con quienes siempre han cumplido los roles de madre y padre. Resalta que el principio precautorio y la justicia del caso imponen que la injerencia del Estado en la vida íntima y familiar de la joven deba tutelar la conservación de los vínculos afectivos consolidados. Expresa que desde el punto de vista de la estructuración subjetiva de la joven resulta conveniente mantener ese *statu quo*. Además, destaca que el pretenso padre biológico no tuvo ninguna intervención en la vida de la adolescente.

Adviértase que hace a la salud psíquica y emocional del NNyA que se respeten sus relaciones familiares, la función parental, en tanto estas se encuentren suficientemente consolidadas. Es así como debe interpretarse la Convención sobre los Derechos del Niño. Cabe señalar que, cuando dicho instrumento hace referencia a los "padres", a las "relaciones familiares" y a la "identidad", no necesariamente alude al progenitor del niño o a los vínculos derivados de la sangre. En esta dirección, la jurisprudencia ha afirmado que las relaciones familiares se vinculan estrechamente al interés familiar y al interés superior del niño, pues son los vínculos que desarrolla desde su nacimiento y que le brindan contención social, jurídica y principalmente afectiva. Frente a ello la pretensión del actor constituye una intromisión inadmisible en la vida familiar del niño ya que significa una "injerencia ilícita" según el art. 8º de la CDN **(6)**.

Bajo esta perspectiva, es dable señalar que resulta inexacto afirmar que la verdad biológica desplaza en importancia a la identidad que se ha construido y consolidado a través de los años, estableciendo vínculos familiares significativos y sobre los cuales una persona ha edificado su personalidad, sus afectos, sus sentimientos, sus proyectos y sus sueños. Nótese que ni las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño obstan para que la ley o la jurisprudencia privilegien, según las circunstancias de cada caso, una identidad filiatoria consolidada que puede ser, incluso no coincidente con la verdad biológica. Pero ello de ninguna manera implica que deba dejarse de lado otro derecho esencial como lo es la verdad biológica o de origen, sino que debe hacerse una correcta valoración en pos de resolver el conflicto conforme al mejor interés superior del NNyA en el caso concreto.

En el caso bajo examen, surge de manera indubitable la existencia de una consolidación del estado familiar y la estabilidad con que se ha mantenido en el tiempo, estabilidad que debe ser amparada y protegida, ya que así lo disponen las normas constitucionales vigentes en cuanto ordenan el deber de respetar el derecho del NNyA a preservar sus relaciones familiares (art. 8º, inc. 1º, CDN). En definitiva, en los casos de posesiones de estado consolidado no tiene por qué prevalecer el elemento biológico, afectando una identidad filiatoria que no es su correlato. Adviértase que el paradigma constitucional convencional impone considerar los contextos socioafectivos en los cuales el NNyA ha construido la identidad filiatoria.

En efecto, el tribunal destaca que la sentencia no consolida una identidad falsa, sino que, por el contrario, el lazo existente es verdadero porque responde a una filiación social. Agrega que en nombre de una realidad biológica el órgano jurisdiccional no puede afectar dicha estabilidad.

Otro factor determinante para llegar a la solución arribada es el referido a la edad de la menor involucrada y su opinión. Respecto de la edad, cabe señalar, por un lado, que, a mayor

(6) KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída – DAVICO, María de los Ángeles, "Aspectos constitucionales de la legitimación del presunto padre biológico para impugnar la filiación matrimonial. Reflexiones a partir de una sentencia", LA LEY 2014-E, 88, AR/DOC/2694/2014.

edad, mayor será la afectación a la identidad y, por otro, que a mayor edad será también mayor la madurez para decidir las cuestiones que afectan a ese derecho personalísimo. Respecto de la opinión de los NNyA en los procesos de familia es dable recordar que debe ser tenida en cuenta y valorada según su grado de discernimiento (arts. 706 y 707, Cód. Civ. y Com.) y para la valoración de esa opinión resulta fundamental la interdisciplina.

Considero que el fallo del máximo tribunal ha tutelado el derecho esencial de la adolescente a su identidad. Ello así, ya que la identidad de una persona se constituye tanto por factores estáticos —como son su genética, su filiación biológica— como por factores dinámicos —lazos y vínculos afectivos—. Es decir, la identidad de un niño no se define única ni principalmente por su origen, por su "dato biológico", sino que aquella debe abarcar la totalidad de su ser de su devenir histórico, de la construcción de su personalidad y que la distingue del resto de las personas. La identidad como derecho es definida por Fernández Sessarego **(7)** como "el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a una persona en sociedad". Identidad personal es todo aquello que hace que cada cual sea "uno mismo" y "no otro". Este plexo de características de personalidad de "cada cual" se proyecta hacia el mundo exterior, se fenomenaliza y permite a los demás conocer a la persona a cierta persona, en su "mismidad", en lo que ella es en cuanto específico ser humano. En el caso en análisis, al dejar sin efecto la realización de la prueba genética, la balanza se inclinó hacia la identidad dinámica de la joven a los fines de priorizar su interés superior, dejando la puerta abierta para que la menor de edad en cualquier tiempo y cuando esté preparada para hacerlo, pueda resolver la cuestión de su identidad de origen sin verse afectada por lo decidido en la causa. Vale destacar también que ya han existido pronunciamientos judiciales en los cuales se sostuvo que no siempre ha de operar, ni es conveniente que así sea en todos los casos, la concordancia entre la realidad biológica y vínculo jurídico atento que la identidad filiatoria tiene también una perspectiva dinámica y presupone arraigo de vínculos paternos filiales asumidos y recíprocamente aceptados por padre e hijo **(8)**.

IV. A modo de cierre

La verdad biológica es sin duda alguna un elemento muy importante en la filiación, pero dicha verdad biológica no es única ni absoluta ya que la identidad es multifacética, es decir, ostenta varias verdades que deben ser analizadas en el caso concreto. En la especie primó la identidad en su faz dinámica como la solución que mejor protege el interés superior actual de la joven, quien tiene *sine die* la posibilidad de modificar su filiación cuando esté en condiciones de hacerlo. En este sentido, se privilegió los vínculos afectivos y preservó el ámbito familiar que, en definitiva, es el ámbito de pertenencia de la menor de edad y su centro de vida sobre el cual ha construido y desarrollado su personalidad, sus relaciones, sus proyectos.

En síntesis, en casos como el analizado, cuando existan conflictos de derechos e intereses la solución debe ser aquella que se inclina por la prevalencia de aquel derecho que represente el mayor beneficio para el NNyA y que mejor responda a su interés superior. Al respecto, la CS ha sostenido que "la atención principal al interés superior del niño apunta a dos finalidades básicas, cuales son la de constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses, y la de ser un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al menor. El principio, pues, proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos. De esta manera, frente a un presunto interés del adulto, se prioriza el del niño **(9)**.

(7) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, "Derecho a la identidad personal", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 113.

(8) SC Mendoza, sala I, 12/05/2005, "L. C. F. por la menor A. M. G. c. A. C. A. G. P. A. C. p/ filiación - inc. casación", AR/JUR/1394/2005.

(9) CS, 12/06/2012, "N. N. o U., V. s/ protección y guarda de personas", LA LEY 2012-D, 182, AR/JUR/23454/2012.

ALIMENTOS

Familiares obligados. Tía paterna. Obligación subsidiaria a los parientes determinados por el Código Civil y Comercial. Valoración de la situación patrimonial del obligado.

Con nota de Susana M. Squizzato

1. — Si bien los tíos no están mencionados en el art. 537 Cód. Civ. y Com., a los efectos de una interpretación integral del artículo se deben considerar los fundamentos del mismo, los cuales no son otros que el derecho de las menores a un nivel de vida adecuado y el deber de solidaridad que existe entre los miembros de una misma familia.

2. — Si no surge la mención de que haya otro pariente más próximo o en mejores condiciones que la tía paterna de procurar alimentos a favor de las menores; y atento al carácter subsidiario de la obligación que recae en la accionada, entiendo se encuentran cumplimentados los extremos para la procedencia del reclamo, por cuanto el obligado principal (progenitor) no cumple con la cuota alimentaria, y la obligada subsidiaria (abuela paterna) afronta una cuota insuficiente para proveer a las necesidades de las alimentadas.

3. — Sin perjuicio de la aplicación de la regla de la subsidiariedad, los alimentos son debidos por los parientes que están en mejores condiciones para proporcionarlos. Es decir que los obligados del mismo grado concurren según su capacidad económica. Si el demandado considera que existe un pariente en mejores condiciones para prestarlos, puede ser desplazado de su obligación, si alega y prueba esta situación fáctica (art. 546 Cód. Civ. y Com.). El Código Civil y Comercial faculta al Juez a analizar y determinar la persona que se encuentre en mejores condiciones para realizar el aporte, aquí podemos afirmar que la distribución de las cargas respecto a la abuela y la tía permite que se cumpla el cometido del aporte y que esto no signifique un peso desmedido para ninguno de los aportantes subsidiarios.

4. — La norma de fondo ha ampliado a los legitimados pasivos de la obligación de alimentos, incluyendo en determinadas circunstancias al conviviente de la progenitora o progenitor afín, estando ya separada de ésta; es decir, que el abanico con que el Código Civil y Comercial expande la obligación, o más bien la legitimación pasiva, excede ampliamente la enumeración prevista en el art. 537, por lo que ya no corresponde hablar de una enumeración taxativa sino enumerativa.

5. — Teniendo en vistas el principio de solidaridad familiar, cabe concluir que no puede interpretarse la enumeración del art. 537 Cód. Civ. y Com. como taxativa, por cuanto el derecho alimentario se nutre de diversas normas y en tal sentido no debe interpretarse rígidamente, y menos aun cuando una de las partes involucradas, las más débil, como lo es quien necesita alimentos, es un niño o adolescente. Asimismo, es indudable que la incorporación de la CDN a la Constitución Nacional ha significado la flexibilización de ciertos preceptos legales que, con anterioridad a la reforma constitucional parecían inmutables. Con lo cual entiendo corresponde realizar una lectura que contemple el espíritu de la norma nacional, apoyándose en la legislación supranacional.

6. — Se torna justo que las obligaciones alimentarias se fijen en partes iguales respecto a los obligados en primer término (progenitores), y que en caso de incumplimiento de uno de ellos, se interponga la acción subsidiaria en contra de los obligados en orden de prelación (abuelos), y que de no darse la posibilidad de cubrir las necesidades de los menores, como en el caso, y existiendo un pariente próximo en condiciones de hacerlo, se imponga al mismo el deber de cubrir proporcionalmente dichas necesidades, también en forma subsidiaria, más allá de que la norma expresamente no los nombre (tíos), pero siempre teniendo en vistas el interés superior de las menores, sin imponer toda la carga a la rama materna, lo que sería palmariamente desproporcionado e insuficiente, como lo ha sido hasta la fecha.

JFamilia de Oberá, 18/03/2019. - B.S.C. en rep de S.H.M. c. F.E.F. s/ alimentos conexidad solicitada en autos 93947/2016 - B.S.C. y L.G.R. S/divorcio.

[Cita on line: AR/JUR/63764/2019]

COSTAS

A la demandada.

Expte. N° 62944/2018

1ª Instancia.- Oberá, marzo 18 de 2019.

Considerando:

I. Que, la actora Sra. S. C. B. en representación de sus hijas menores, interpone demanda de alimentos

en contra de la Sra. E. F. F., quien resulta ser la tía materna de las niñas.

En este orden, la accionada al contestar el traslado, plantea con carácter previo la excepción de falta de legitimación activa, argumentando que no se tiene elemento legal alguno para encasillar la pretensión, habida cuenta que como bien expresa el artículo 537 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, los parientes se deben alimentos entre a) ascendientes y descendientes; b) hermanos bilaterales y unilaterales. Y que en ninguna parte del ordenamiento jurídico se establece la obligación de los tíos respecto a los sobrinos.

Finaliza solicitando se desestime la demanda en todas sus partes con expresa imposición de costas por cuanto la acción no cumple con los requisitos establecidos en el artículo 537 del Cód. Civ. y Com. de la Nación.

II. En primer lugar corresponde analizar la naturaleza, el objeto y el fin social que tienen los alimentos a favor de menores.

A través de esta figura jurídica se pretende asegurar, o aportar por medio de un quantum económico, las necesidades básicas para que un niño se desarrolle integralmente, sea en el aspecto social, educativo como también física y psíquicamente.

Que pueda adquirir herramientas para que en un futuro sea una persona autosuficiente y que desarrolle su pleno potencial. Es por esto que entiendo que el legislador, fundado en base a la vasta jurisprudencia existente respecto al tema en nuestro país, profundiza aún más en aquellos conceptos con sustento en la "solidaridad familiar", dándole mayor sentido a la naturaleza y fin social del instituto.

¿Como se comprende la solidaridad familiar en materia de alimentos?, únicamente entendida como la búsqueda de la salvaguarda del alimentado que no puede procurarse por sí mismo lo necesario para la subsistencia, vestimenta, estudios, etc., y que cuenta con familia ampliada que se halla en condiciones de prestar la ayuda necesaria para ello en forma solidaria.

Es en este punto donde la norma, rígida en cuanto a la enumeración de los obligados, debe hacerse flexible evitando someter al débil de la relación a un proceso de agravamiento de sus situación económica y/o social, por falta de cumplimiento del obligado a preservar el bienestar de dicha persona.

Asimismo es comprender como entra en juego el entorno familiar ante un progenitor abandónico y reacio de sus obligaciones alimentarias. ¿Quienes deben ser solidarios en tal aspecto? Aquellos miembros del entorno familiar del obligado, (entiéndase su familia ampliada paterna o materna), que se encuentren en mejor situación para la colaboración en la asistencia de los alimentados.

La norma de fondo ha ampliado a los legitimados pasivos, incluyendo en determinadas circunstancias al conviviente de la progenitora o progenitor afín, estando ya separada de ésta; es decir, que el abanico con que el Cód. Civil expande la obligación, o más bien la legitimación pasiva, excede ampliamente la enumeración prevista en el art. 537, por lo que ya no corresponde hablar de una enumeración taxativa sino enumerativa.

En resumidas cuentas los alimentos reclamados a favor de las niñas tienen un gran significado social, la norma pone en cabeza de la familia la asistencia de las mismas y la distribuye equitativamente basada en la solidaridad familiar.

He de destacar en el caso que nos ocupa, que cuando se habla de asistencia a las niñas, se habla no solamente de los alimentos indispensables para su subsistencia, siendo aquella abarcativa de todos los componentes que permiten un desarrollo integral, sea la educación, el esparcimiento, deportes, salud integral, como así todo lo que pueda sumar a su crecimiento psicofísico como individuos integrantes de una sociedad que clama y brega por personas de bien.

Y en tal sentido, sea en este caso como en cualquier otro, el ejemplo lo imparten los adultos desde el seno familiar de origen, como también los familiares de la red ampliada, quienes no pueden desentenderse a la postre de sus familiares mas próximos por causa de la separación de los progenitores, ya que los indefensos no pueden ser responsables de ello y tampoco pueden ser víctimas de un mayor abandono. Familiares que seguramente se encontraban presentes en la vida de las niñas antes de la separación de los progenitores y hoy que ya no existe la pareja miran al costado evitando toda responsabilidad.

III. Dicho esto, resta ahora analizar el artículo 537 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, en cuanto enumera los parientes que se deben alimentos (ascendientes y descendientes, hermanos bilaterales y unilaterales), a fin de resolver la excepción de falta de legitimación pasiva interpuesta.

De una primera lectura se puede apreciar que los tíos no están mencionados en dicha norma, pero a los efectos de una interpretación integral del artículo en cuestión se deben considerar los fundamentos del mismo, los cuales no son otros que el derecho de las menores a un nivel de vida adecuado y el deber

de solidaridad que existe entre los miembros de una misma familia.

Por ello, teniendo en vistas el principio de solidaridad familiar y los fundamentos vertidos mas arriba, cabe concluir que no puede interpretarse dicha enumeración como taxativa, por cuanto el derecho alimentario se nutre de diversas normas del código y en tal sentido no debe interpretarse rígidamente, y menos aún cuando una de las partes involucradas, las más débil, como lo es quien necesita alimentos es un niño o adolescente. Asimismo, es indudable que la incorporación de la Convención sobre los Derechos del Niño a la Constitución Nacional ha significado la flexibilización de ciertos preceptos legales que, con anterioridad a la reforma constitucional parecían inmutables. Con lo cual entiendo corresponde realizar una lectura que contemple el espíritu de la norma nacional, apoyándose en la legislación supranacional.

En esta línea, el artículo 3 de la mencionada Convención establece el deber de tomar todas las medidas en la que estén involucrados los menores asegurando su protección y bienestar. Este precepto, implica observar y entender la norma desde el interés superior de las menores, puesto que de no ser así se estaría vulnerando el derecho de las niñas a un desarrollo integral.

La Doctrina se manifiesta al respecto "...En este contexto...cuando se trata de alimentos en beneficio de personas menores de edad, la ley debe reconocer ciertas flexibilidades aun cuando se siga tratando de alimentos entre parientes..." ("Código Civil y Comercial de la Nación Comentado", T. IV, Arts. 594 a 723. Rubinzal-Culzoni Editores, Ricardo Luis Lorenzatti Director).

En tal sentido tanto la doctrina como la jurisprudencia han propiciado el redimensionamiento mediante la flexibilización de los requisitos procesales para el reclamo. En especial merece destacarse un pronunciamiento de la Corte Federal en la causa: "F. L. c. L. V.", del 15/11/2005, que abrió camino frente a la regla de la subsidiariedad a ultranza y sentó las bases de la nueva Reforma. En definitiva, sin abandonar la regla ni el orden de prelación y sin que signifique amparar o fomentar la negligencia de los progenitores que se sustraen de las obligaciones derivadas de la responsabilidad parental, esta posición abandona el rigorismo formal que conspira contra el fin primordial del proceso: atender con inmediatez las necesidades del niño alimentado.

No debe soslayarse que en los hechos la única responsable del cuidado de las menores es y ha sido su progenitora, quien se hace cargo de todas las necesidades de sus hijas, recibiendo una cuota alimentaria ínfima solamente de parte de su abuela paterna, la cual a su vez no llega a cubrir en lo más mínimo los gastos diarios en salud, alimentación, vivienda educación, etc. de las adolescentes.

Y este es un punto central a los efectos de merituar la procedencia de la presente acción, por cuanto tenemos la rama materna que cumple con sus obligaciones parentales referente a los alimentos, y por el otro lado, tenemos a la rama paterna de las niñas, compuesta en primer término por su progenitor (quien no pasa ningún concepto de cuota alimentaria), y la Sra. R. F. L. (abuela paterna), quien percibe un haber previsional mínimo, siendo en consecuencia la cuota alimentaria insuficiente. Y así, llegamos hasta la Sra. E. F. F. (tía paterna) quien es la que se encuentra más próxima siguiendo el orden de dicha rama.

En este razonamiento, se torna justo que las obligaciones alimentarias se fijen en partes iguales respecto a los obligados en primer término (progenitores), y que en caso de incumplimiento de uno de ellos, se interponga la acción subsidiaria en contra de los obligados en orden de prelación (abuelos), y que de no darse la posibilidad de cubrir las necesidades de los menores, como en el caso de autos, y existiendo un pariente próximo en condiciones de hacerlo, se imponga al mismo el deber de cubrir proporcionalmente dichas necesidades, también en forma subsidiaria, más allá de que la norma expresamente no los nombre (tíos), pero siempre teniendo en vistas el interés superior de las menores, sin imponer toda la carga a la rama materna, lo que sería palmariamente desproporcionado e insuficiente, como lo ha sido hasta la fecha.

Sin perjuicio de la aplicación de la regla de la subsidiariedad, los alimentos son debidos por los parientes que están en mejores condiciones para proporcionarlos. Es decir que los obligados del mismo grado concurren según su capacidad económica. Si el demandado considera que existe un pariente en mejores condiciones para prestarlos, puede ser desplazado de su obligación, si alega y prueba esta situación fáctica (conf. art. 546 Cód. Civ. y Com. de la Nación), situación que no se planteó en autos.

El código faculta al Juez a analizar y determinar la persona que se encuentre en mejores condiciones para realizar el aporte, aquí podemos afirmar que la distribución de las cargas respecto a la abuela y la tía permite que se cumpla el cometido del aporte y que esto no signifique un peso desmedido para ninguno de los aportantes subsidiarios.

De conformidad a lo expresado hasta aquí, surge que no existen impedimentos para extender la obligación de prestar alimentos a los parientes aunque los

mismos no estén expresamente mencionados en la norma de fondo, es por ello que corresponde rechazar la excepción de falta de legitimación pasiva planteada por la demandada.

IV. Es prudente ahora, en atención al estado de la causa, resolver el pedido de la actora respecto a la cuota alimentaria provisoria, por cuanto la demandada está debidamente notificada, y obran pruebas suficientes en la causa a los fines de merituar lo solicitado.

Que, en primer término cabe hacer mención a los hechos acaecidos hasta la fecha respecto a la cuota alimentaria a favor de las menores M. V. y A. F.

Así, el 21 de Septiembre del año 2016 se dicta sentencia de divorcio entre los Sres. S. C. B. y G. R. L., en autos "Expte. N° 93.947/2016" —fs. 21/22—, unido por cuerda al presente; en dicha resolución se homologó un acuerdo de alimentos equivalente al 60% del S. M. V. Y. M., el cual a la fecha asciende a la suma de $11.300, arrojando un resultado de $6.780, a lo que además debía sumarse el pago mensual y la matriculación anual del colegio al que asisten las menores, como así también el pago del arancel de actividades deportivas y/o extracurriculares, que debía ser depositado mensualmente por el padre de las niñas en un cuenta judicial abierta al efecto.

Que, en fecha 12 de Diciembre de 2016, la madre de las menores interpone un incidente de ejecución de alimentos en contra del progenitor, por cuanto el obligado incumplió reiteradamente con la cuota pactada, lo cual obra en el "Expte. N° 93.947/2016 bis 1/16", unido por cuerda al presente.

Atento a la conducta evasiva del Sr. L., la Sra. B. en representación de sus hijas inicia demanda de alimentos en contra de la abuela paterna de las niñas, la Sra. R. F. L., lo cual consta en el "Expte. N° 83.802/2017", que corre unido por cuerda a las presentes actuaciones, y que tiene fecha de inicio el día 02 de Agosto del año 2017. En dicha causa se fijó una cuota alimentaria provisoria del 20% menos los descuentos de ley que percibe la Sra. R. L. como beneficiaria de una jubilación.

Que, a la fecha actual, la cuota alimentaria que están percibiendo las menores es la que se estableció respecto del haber jubilatorio de su abuela paterna, y si se tiene en cuenta que en el mes de Agosto del año 2017 dicho beneficio previsional ascendía a la suma de $6.394,85 —conforme surge del informe de fs. 24 del expediente mencionado en el párrafo que precede—, se puede concluir que no se encuentran cubiertas las necesidades mínimas de las niñas con el porcentaje descontado.

Ampliada la acción contra la Sra. F., de su contestación de demanda —fs. 152/190— no surge la mención de que haya otro pariente más próximo o en mejores condiciones de procurar alimentos a favor de las menores; por lo que teniendo presente lo expresado en los párrafos que preceden y atento al carácter subsidiario de la obligación que recae en la accionada, entiendo se encuentran cumplimentados los extremos para la procedencia del presente reclamo, por cuanto el obligado principal (progenitor) no cumple con la cuota alimentaria, y la obligada subsidiaria (abuela paterna) afronta una cuota insuficiente para proveer a las necesidades de las alimentadas.

Es por todo lo expuesto que corresponde fijar una cuota alimentaria provisoria a favor de las menores M. V. y A. F., en el equivalente al 15% de los ingresos mensuales menos los descuentos de ley, que percibe la Sra. E. F. F., DNI N° ..., como dependiente de R. D. O., CUIT N° ..., suma que será descontada y depositada por el empleador del 1° al 10 de cada mes, en una cuenta judicial que se abrirá al efecto.

V. Respecto a las costas, conforme al principio general establecido en el artículo 68 de la Ley XII-N° 27 del DJM, corresponde imponer las mismas a la vencida Sra. F. E. F.

Por todo ello, y lo determinado por los arts. 348, 162 de Ley XII - 27 D. J. M.; arts. 537, 541 del Cód. Civ. y Com. de la Nación; art. 27 de la CDN; resuelvo: 1) Rechazar la Excepción de Falta de Legitimación Pasiva planteada por la demandada, conforme los considerandos expuestos. 2) Costas a la demandada, conforme los considerandos expuestos. 3) Estando debidamente notificada la demandada de la presente acción y acreditado el vínculo, de conformidad al art. 697 de la Ley XII-27 del DJM, fijo como cuota alimentaria provisoria a favor de las menores M. V. L., DNI N° ... y A. F. L., DNI N° ..., el equivalente al 15% de los ingresos mensuales menos los descuentos de ley, que percibe la Sra. E. F. F., DNI N° ..., como dependiente de R. D. O., CUIT N° ..., suma que deberá ser descontada y depositada por el empleador del 1° al 10 de cada mes en la cuenta judicial que se abrirá al efecto. A tal fin líbrese Oficio Ley. Notifíquese personalmente o por cédula. 4) Líbrese oficio al Banco Macro SA Sucursal Oberá, Sección Depósitos Judiciales a fin de que procedan a la apertura de una cuenta judicial a nombre del juzgado y como perteneciente a la carátula del juicio y abonen a la Sra. S. C. B., DNI N° ..., las sumas allí depositadas con la sola presentación del documento. 5) Proveo las pruebas ofrecidas por la demandada, A la informativa: En la forma de estilo, líbrese oficio al Poder Judicial de la Provincia de Misiones, Registro de la Propiedad Automotor, Registro de la Propiedad Inmueble, a la AFIP, a la CELO, a los fines solicitados, con transcripción de los apercibimientos establecidos

en los Arts. 400 y 401 de la Ley XII-27 del DJM. Reconocimiento judicial: Líbrese Mandamiento de Constatación del inmueble sito en calle ... de la Ciudad de Oberá a fin de corroborar quien o quienes viven en el mismo, si tiene alquileres, si lo habitan personas ajenas a la familia, individualizándolas correctamente. Comisiono la diligencia al Oficial de justicia en turno de Oberá Misiones, a quien se faculta para allanar domicilio y hacer uso de la fuerza pública si fuere necesario, dando intervención en la misma a la Dra. Vivian Athel Casoratti y/o quien esta indique. A las testimoniales: Señalo el día 22 de Abril de 2019, a las 10.00 hs. para la declaración de los Sres. H. O. F., DNI N° ..., y H. J. G., DNI N° ..., bajo apercibimiento de ley y como suplementaria el día 06 de Mayo de 2019, a las 10.00 hs., para la declaración de los que faltaren a la preindicada. Notifíquese personalmente o por cédula en la forma prescripta por el art. 413 de la Ley XII-27 del DJM. 6) Cópiese, Regístrese y Notifíquese.— *José G. Moreira.*

Alimentos entre parientes: ¿deben los tíos alimentos a los sobrinos menores de edad?

Susana M. Squizzato (*)

Sumario: I. Introducción.— II. La resolución comentada.— III. El análisis de la resolución en el caso concreto.— IV. Algunas reflexiones.

I. Introducción

En el presente comentario se aborda la cuestión relativa a los alimentos debidos a los hijos menores de edad y, puntualmente, a la obligación que pesa sobre sus parientes, derivada de la solidaridad familiar, extendiendo el polo pasivo no solo a los abuelos y abuelas, sino también comprendiendo a los tíos y tías de los niños, niñas y adolescentes, aun en forma subsidiaria.

A tal fin, se analizarán los fundamentos de una resolución judicial en la cual —poniendo el énfasis en la necesidad de lograr la satisfacción integral de las alimentadas menores de edad— el tribunal rechaza la excepción de falta de legitimación pasiva interpuesta por la tía paterna al progreso de la demanda de alimentos incoada por la progenitora de sus sobrinas, a la vez que se establece una cuota alimentaria provisoria a su cargo.

Se pasará revista a la comprensión del concepto de solidaridad familiar, socioafectividad, coparentalidad y, puntualmente, la obligación alimentaria de origen legal que pesa sobre los progenitores y sus ascendientes. También sobre la necesaria interpretación integral de la enumeración contenida en el art. 537 del Cód. Civ. y Com. a la luz de la legislación supranacional, la obligación estatal, la extensión de la legitimación pasiva a los tíos y tías en la demanda de alimentos debidos a los niños, niñas y adolescentes y la flexibilización de los preceptos legales en aras de atender con inmediatez las necesidades de la niñez por parte de la familia ampliada cuyo interés superior debe garantizarse.

Por último, se esbozarán algunas reflexiones que se extraen del fallo comentado en torno al deber alimentario subsidiario que pesa sobre los tíos y las tías con relación a sus sobrinos y sobrinas cuando sus necesidades alimentarias se

(*) Abogada (UNC); especialista en Derecho de Familia (Facultad de Derecho, UNR); prosecretaria letrada de la CFam. 2ª Nom. de la ciudad de Córdoba; Adscripta de Derecho Privado VI (Familia y sucesiones), cátedra B (Facultad de Derecho, UNC).

encuentran insatisfechas por el incumplimiento del progenitor o progenitoras obligado y la carencia o insuficiencia del aporte que efectúan los abuelos y abuelas, también obligados alimentarios.

II. La resolución comentada

II.1. El marco fáctico

Ingresando al examen de la resolución anotada, se advierte que frente a la demanda alimentaria interpuesta por la progenitora, en representación de sus hijas menores de edad y en contra de la tía paterna de las niñas, la accionada al contestar el traslado plantea con carácter previo la excepción de falta de legitimación pasiva y solicita que se desestime la demanda por cuanto la acción no cumple con los requisitos establecidos en el art. 537 del Cód. Civ. y Com.

En efecto, mientras la progenitora ostenta legitimación activa para reclamar en nombre y representación de sus hijas menores de edad —art. 661, inc. a), Cód. Civ. y Com.—, la tía paterna se opone afirmando no encuadrar en el polo pasivo de la obligación alimentaria. En otras palabras, la tía accionada por alimentos a favor sus sobrinas interponen la excepción de falta de legitimación pasiva por cuanto estima que no se tiene elemento legal alguno para encasillar la pretensión, habida cuenta de que en ninguna parte del ordenamiento jurídico se establece la obligación de los tíos respecto de los sobrinos, es decir, entre parientes colaterales del tercer grado.

En la resolución anotada, el juzgador rechaza la excepción de falta de legitimación pasiva planteada por la accionada, con costas; y tras constatar que la demanda se encontraba debidamente notificada y acreditado el vínculo, fija como cuota alimentaria provisoria y subsidiaria a favor de las menores de edad el equivalente al 15% de los ingresos mensuales menos los descuentos de ley, que percibe la tía demandada.

Se arriba a tal decisión luego de considerar que en los hechos la única responsable del cuidado personal de las menores de edad es su progenitora y que, en cuanto a la rama paterna, el progenitor no cumple la obligación a su cargo, la abuela paterna efectúa un aporte mínimo y, por ende, la tía paterna es quien se encuentra más próxima, siguiendo el orden de dicha rama, a los fines de satisfacer las necesidades alimentarias de las niñas, derivando su obligación de la solidaridad familiar.

II.2. El debate jurídico

De la reseña de los hechos efectuada surge claro el debate jurídico planteado en el caso que gira en torno a determinar si existe o no fundamento legal para establecer una prestación alimentaria a cargo de los tíos y tías y favor de sus sobrinos y sobrinas. Es así que se analiza tanto lo referido a la correcta integración de la litis en el polo pasivo (cuestión procesal) como a la interpretación del carácter de la enumeración de los parientes obligados a prestarse alimentos. Esto es, si conforme al art. 537 del Cód. Civ. y Com. debe entenderse que el orden referido es taxativo y en consecuencia los parientes solo se deben alimentos entre: a) ascendientes y descendientes (y art. 668, Cód. Civ. y Com.); b) hermanos bilaterales y unilaterales (colaterales del segundo grado); o si por el contrario, es meramente enunciativo, lo que posibilita su fijación a cargo de otros parientes no enumerados, como lo son los tíos y tías (cuestión de fondo).

II.3. Los fundamentos del fallo

De la atenta lectura del fallo surge el itinerario racional seguido por el sentenciante a los fines de arribar a la solución recién referida.

En dicho camino, empieza por analizar la naturaleza, el objeto y el fin social que tienen los alimentos a favor de los menores de edad, afirmando que se pretende asegurar, o aportar por medio de un *quantum* económico las necesidades básicas para que un niño se desarrolle integralmente, sea en el aspecto social, educativo como también física y psíquicamente.

Seguidamente se cuestiona cómo se comprende la solidaridad familiar en materia de alimentos. Es en este punto donde finca el núcleo de su razonamiento. Ello es así desde que señala que la norma (art. 537, Cód. Civ. y Com.), rígida en cuanto a la enumeración de los obligados, debe hacerse flexible evitando someter al débil de la relación a un proceso de agravamiento

de su situación económica y/o social, por falta de cumplimiento del obligado a preservar el bienestar de dicha persona. En otros términos, afirma que ante un progenitor "abandónico" y reacio a sus obligaciones, los alimentos deberán ser prestados por los miembros del entorno familiar del obligado, apareciendo en escena así la familia ampliada, paterna o materna, que se encuentre en mejor situación para la colaboración en la asistencia de los alimentados.

A continuación, asevera que la legitimación pasiva excede ampliamente la enumeración prevista en el art. 537 del Cód. Civ. y Com., por lo que ya no corresponde hablar de una enumeración taxativa sino enumerativa; y aunque los tíos y tías no están mencionados en dicha norma, debe efectuarse una interpretación integral del artículo, teniendo en vistas el principio de solidaridad familiar que se traduce en el deber de solidaridad que existe entre los miembros de una misma familia, máxime cuando una de las partes involucradas que es quien necesita alimentos es un niño, niña o adolescente.

Concluye que, sin abandonar la regla ni el orden de prelación y sin que signifique amparar o fomentar la negligencia de los progenitores que se sustraen de las obligaciones derivadas de la responsabilidad parental, esta posición abandona el rigorismo formal que conspira contra el fin primordial del proceso: atender con inmediatez las necesidades de las niñas alimentadas, en toda su extensión y no solo lo mínimo para su subsistencia.

Lo expuesto también se ciñe a las particularidades del caso concreto desde que la demanda en contra de la tía paterna tiene lugar ante el no pago de alimentos por parte del progenitor obligado e incluso luego de haber demandado a la abuela paterna, pero ante la insuficiencia del aporte alimentario que efectúa y siempre teniendo en vistas el interés superior de las niñas.

A su vez, establece una cuota alimentaria provisoria subsidiaria a favor de las menores de edad, en la suma equivalente al 15% de los ingresos mensuales menos los descuentos de ley, que percibe la tía demandada. Arriba a tal solución luego de estimar que el único aporte efectivo que reciben es el 20% del haber jubilatorio mínimo que percibe la abuela paterna, por lo que no se encuentran cubiertas las necesidades mínimas de las niñas.

III. El análisis de la resolución en el caso concreto

III.1. El contexto jurídico del caso

A los fines de situar el caso en la institución jurídica objeto de estudio se debe partir de considerar que los niños, niñas y adolescentes son sujetos vulnerables, por lo que se debe garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva, que requiere que las resoluciones adoptadas se cumplan de manera oportuna y efectiva.

A su vez, se impone recordar que la obligación de quienes los tienen bajo su cuidado —sus progenitores, en primer lugar— de atender a su "alimentación" en sentido amplio, constituye para los niños, niñas y adolescentes un derecho humano fundamental por excelencia, en atención a su intrínseca vinculación con la subsistencia misma de la persona, y consecuente derecho a la vida **(1)**, a la salud y al desarrollo integral **(2)**.

Los alimentos debidos a los hijos importan uno de los deberes prioritarios que como regla general se encuentran en cabeza de ambos progenitores, ínsito en el concepto de coparentalidad. Mas lo cierto es que cada padre o madre debe cumplirlo según su condición y fortuna, aunque el cuidado personal esté a cargo de uno de ellos (art. 658, Cód. Civ. y Com.). Lo expuesto significa que no existe una igualdad numérica en la contribución económica que deben efectuar en pos de garantizar la alimentación del hijo o la hija; máxime si se considera el valor económico que debe acordarse a las tareas de cuidado (art. 660, Cód. Civ. y Com.) **(3)**.

(1) SQUIZZATO, Susana – SOLER, Guadalupe, "Los alimentos a cargo de los abuelos y a favor del niño, niña o adolescente: una cuestión de derechos humanos", *Temas de Derecho de Familia, Sucesiones y Bioética*, Ed. Erreius - Errepar, Buenos Aires, 2019, ps. 743-757.

(2) SOLER, Guadalupe – SQUIZZATO, Susana, "Medidas razonables frente al incumplimiento alimentario", *Revista Actualidad Jurídica de Córdoba, Familia y Niñez*, 200, dic. de 2020, ps. 469-474.

(3) RÍOS, Juan Pablo – SQUIZZATO, Susana M., "Algunas reflexiones sobre los alimentos y el cuidado personal", SJA del 17/07/2019, 9, ps. 9-18, AR/DOC/1229/2019.

En tales supuestos, cobra mayor virtualidad la aplicación del principio mencionado del art. 660 del Cód. Civ. y Com., al otorgar un valor económico a quien realiza su aporte en la manutención de las tareas cotidianas que efectúa al haber asumido el cuidado personal del hijo o la hija en común. Si bien es cierto que el cuidador o cuidadora también está obligado al mantenimiento de sus hijos e hijas, no puede desconocerse que se encuentra razonablemente más limitado o limitada para generar mayores ingresos al efecto, dado al tiempo que debe destinar al cuidado de sus hijos o hijas **(4)**. Esta norma significa un concreto avance hacia la no discriminación por razones de género **(5)**. Ello es así, desde que dar cumplimiento a las funciones de atención, supervisión, desarrollo y dirección de la vida cotidiana de los hijos implica un esfuerzo físico y mental que insume tiempo real y se resta al que se puede dedicar a obtener recursos propios; de allí que se traduzca en un valor económico **(6)**.

En esta línea, cabe señalar que son múltiples los supuestos que pueden presentarse en la praxis judicial en los que habiéndose establecido la obligación alimentaria a cargo de uno de los progenitores, el monto fijado resulta insuficiente para satisfacer plenamente las necesidades alimenticias o no puede ser cumplida, por voluntad del propio progenitor o progenitora que incumple, por falta de medios, por la constitución de una nueva familia, por su fallecimiento, por encuadrar en una modalidad de violencia económica con relación al otro, entre otras múltiples causas.

En tales hipótesis resulta relevante recordar que los alimentos debidos a los niños, niñas y adolescentes también pueden estar a cargo de los abuelos paternos o maternos (art. 668, Cód. Civ. y Com.), de otros parientes (ascendientes y hermanos, arts. 537 y 538, Cód. Civ. y Com.), es decir, alimentos derivados del parentesco; debiendo mencionarse además, los debidos por el progenitor afín (art. 676, Cód. Civ. y Com.).

Ahora bien de una rápida lectura del art. 537 de Cód. Civ. y Com. surge que la obligación —de origen legal— de prestar alimentos pesa sobre los parientes en línea recta (sin límite de grado), y a los colaterales en segundo grado, por lo que solo alcanzaría a los hermanos y no a los tíos o sobrinos **(7)** (colaterales del tercer grado).

En cuanto a los alimentos debidos por los abuelos y abuelas, sin soslayar que pueden ser requeridos en el mismo expediente en que se reclaman contra los progenitores (art. 668, Cód. Civ. y Com.), partiendo de la subsidiariedad relativa y en pos de garantizar el interés superior del niño, niña o adolescente, desde la doctrina y la jurisprudencia se han flexibilizado los recaudos de procedencia y esencialmente sobre quien recae la carga probatoria de los extremos requeridos para su admisión. Así, hay supuestos en los cuales se fijan en subsidio de los establecidos a cargo del progenitor y solo para el caso en que se verifique el incumplimiento del principal obligado **(8)**; y muchos otros, en forma complementaria **(9)**, ante la insuficiencia del aporte del progenitor o progenitora, e incluso en forma directa **(10)**.

Mas lo cierto es que, al momento de tramitar las peticiones o resolver el establecimiento de la mesada a cargo de los abuelos y abuelas, corresponde considerar especialmente aque-

(4) CNCiv., sala M, 09/06/2017, "A., K. J. y otros c. G., R. G. s/ alimentos", elDial.com del 04/08/2017, AAA076.

(5) MOLINA de JUAN, Mariel, "Código Civil y Comercial explicado - Doctrina - Jurisprudencia", en LORENZETTI, Ricardo L. (dir. gral.) – HERRERA, Marisa (dir.), *Derecho de familia*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2019, t. II, p. 281.

(6) PELLEGRINI, María Victoria, comentario al art. 660, en HERRERA, Marisa – CARAMELO, Gustavo – PICASSO, Sebastián (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación, comentado*, Ed. Infojus, Buenos Aires, 2015, t. II, p. 509.

(7) MOLINA de JUAN, Mariel, comentario al art. 537, en KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída – HERRERA, Marisa – LLOVERAS, Nora, *Tratado de derecho de familia según el Código Civil y Comercial de 2014*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, t. II, ps. 280 y ss.

(8) Juzg. Civ. Com. y Fam. 3ª Nom. Villa María, 19/03/2018, "S., R. S. c. B. P., E. y otros - juicio de alimentos - contencioso", sent. 19, disponible en *http://jurisprudenciacba.justiciacordoba.gob.ar/cordoba.php*(consultado el 10/05/2021).

(9) CFlia. 2ª Nom. Cba., 14/09/2011, "G., M. A. c. S., C. R. y otro - juicio de alimentos - contencioso", sent. 631, obra en el tribunal.

(10) MOLINA de JUAN, Mariel, ob. cit., ps. 286 y ss.

llos casos en los cuales el pretendido obligado es una persona mayor **(11)**, es decir, aquella de sesenta años o más **(12)**. Es que, la solidaridad familiar entre parientes no puede poner en riesgo la propia subsistencia del alimentante, más cuando resulta evidente que, por su edad o estado de salud, ya no puede procurarse por sí mismo ingresos mayores **(13)** y muchas veces solo perciben un haber jubilatorio mínimo, que a duras penas les permite cubrir sus gastos. En tales casos ha de considerarse que si bien el niño, niña o adolescente es un sujeto vulnerable, también lo es el adulto mayor **(14)**. En efecto, las dificultades en las capacidades funcionales para ejercer plenamente sus derechos **(15)** pueden constituir una causa de vulnerabilidad en el adulto mayor **(16)**. De allí que se postula la necesidad de incluir entre los recaudos de procedencia de la acción la especial situación de los abuelos o abuelas, no solo en su faz patrimonial (capacidad económica para hacer frente a la cuota alimentaria reclamada por sus nietos o nietas) sino también en su faz personal (edad, si es adulto o adulta mayor, estado de salud, cargas de familia, hijos menores de edad a su cargo, o con discapacidad, entre otras). Se insiste, el abuelo o la abuela puede ser un sujeto tan vulnerable como el nieto o nieta que requiere los alimentos, presentándose casos en los cuales se evidencia una verdadera tensión de derechos humanos en juego **(17)**.

Es en tal derrotero que adquiere una especial significancia el principio de solidaridad familiar **(18)** a la luz de la Constitución nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, los tratados de derechos humanos y las leyes de protección integral de la niñez y la adolescencia.

Con relación a la cuestión alimentaria, la mencionada Convención impone el deber a "los padres u otras personas encargadas del niño" de proporcionar —dentro de sus posibilidades económicas— "las condiciones de vida que se reputen como necesarias para el desarrollo del niño" (art. 27, inc. 2º, CDN); y al Estado de garantizar medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera.

Por su parte, el art. 7º, primer párrafo, de la ley nacional 26.061, dispone que "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"; mientras que el decreto reglamentario de la citada ley (dec. 415/2006) aclara que "se entenderá por familia o núcleo familiar (...), además de los progenitores, a las personas vinculadas a los niños, niñas y adolescentes, a través de líneas de parentesco por consanguinidad o por afinidad, o con otros miembros de la familia ampliada" (art. 7º).

La obligación alimentaria entre parientes (art. 537 del Cód. Civ. y Com.) implica un vínculo obligacional de origen legal que exige una prestación recíproca, para asegurar la subsistencia del pariente necesitado. Involucra una respuesta asistencial que trasunta principios de

(11) En adelante, PM.

(12) La Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores adoptada en Washington, DC, Estados Unidos el 06/15/2015; en vigor desde 01/11/2017; ratificada por Argentina el 23/10/2017. *http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_a-70_derechos_humanos_personas_mayores.asp*.

(13) CFam. Mendoza, 29/11/2010, "P. A. D. por sus hijos menores F. A. y otros", *Microjuris*, MJ-JU-M-61841-AR.

(14) CFlia. 2ª Nom. Cba., 12/09/2019, "G., V. A. c. V., A. T. - juicio de alimentos - contencioso - cuerpo de apelación", sent. 19, obra en el tribunal.

(15) Principios de las Naciones Unidas en Favor de las Personas de Edad, adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16/12/1991, res. 46/91, disponible en *https://www.un.org/development/desa/ageing/resources/international-year-of-older-persons-1999/principles/los-principios-de-las-naciones-unidas-en-favor-de-las-personas-de-edad.html* (consultado el 25/05/2021).

(16) Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, actualizadas por la Asamblea Plenaria de la XIX edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, abril de 2018, Quito – Ecuador, disponible en *https://www.justiciacordoba.gob.ar/Estatico/justiciaCordoba/files/TSJ/DDHH/100%20Reglas%20de%20Brasilia%20sobre%20Acceso%20a%20la%20Justicia.pdf* (consultado el 25/05/2021).

(17) SQUIZZATO, Susana – SOLER, Guadalupe, ob. cit., ps. 743-757.

(18) MORELLO, Augusto M. – MORELLO DE RAMÍREZ, María S., "El moderno derecho de familia", Ed. Platense, Buenos Aires, 2002, ps. 13-139.

solidaridad familiar ante las contingencias que pueden poner en peligro la subsistencia física de uno de los miembros de la familia **(19)**.

Aquí adquiere importancia recordar que "la socioafectividad como principio transversal cruza todo el derecho de las familias y, en consecuencia, desborda y va más allá de los aspectos meramente filiales (ello sin desconocer su impacto superlativo en este campo, así como su ineludible conexión con el interés superior del niño). De allí que cabe considerar su gravitación cada vez más presente y rupturista dentro del derecho de las familias" **(20)**. Más aún, se ha señalado que "el afecto es considerado como fundamento y razón de ser de la solidaridad familiar, que se expresa en el cuidado, en el compartir las cosas y en la asistencia y atención debida entre los integrantes de las familias, con una mayor protección a los más vulnerables" **(21)**.

Es así que se ha sostenido que 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 **(22)**.

Es en tal marco que se advierte el mayor reconocimiento del rol que actualmente desempeñan no solo los abuelos y abuelas en la dinámica familiar, marcado por su mayor presencia y una relación más intensa y continua con los nietos y nietas, sino también de los tíos y tías; y permiten extender la obligación alimentaria a su cargo con fuente en la mentada solidaridad familiar.

De allí que, aunque al colateral del tercer grado le puede faltar el título jurídico para cargar con la obligación alimentaria desde un punto de vista estricto y formal —precisamente por no estar expresamente incluido en la enumeración de los parientes del art. 537 del Cód. Civ. y Com.—, lo cierto es que dable predicar que ostenta legitimación pasiva a partir de un fundamento supralegal. Ello por cuanto la solidaridad familiar es un principio general del derecho de las familias que nutre todos los institutos jurídicos y que junto a los derechos que emanan de los convenios internacionales de derechos humanos, otorgan sustento suficiente para considerar al tío o a la tía, en cuanto miembro integrante de la familia, como responsable obligado al pago de los alimentos de sus sobrinos y sobrinas menores de edad. En este sentido se ha aseverado "que no esté reglamentada en el Cód. Civ. y Com. no quiere decir que no se pueda extraer dicha conclusión de la razonable aplicación de otras normas, algunas de mayor jerarquía" **(23)**.

Es así que se abre un nuevo enfoque con relación a esta cuestión y habrá que evaluar si la cuota alimentaria a cargo de los tíos y tías solo procederá en subsidio de los progenitores, ascendientes y hermanos; considerando la existencia de otro pariente más próximo o en mejores condiciones de procurar alimentos a favor de las menores de edad; o también podrá tener andamiaje en algunos supuestos incluso en forma directa en atención al principio rector en la materia: la protección del desarrollo integral del niño, niña y adolescente. Así, se ha sostenido que, "sin perjuicio de la observancia del orden de los obligados a la prestación alimentaria, debe evitarse el rigorismo formal, en cuanto a las pruebas y exigencias, para dar lugar al aspecto sustancial y primordial de la cuestión: las necesidades básicas del menor de edad" **(24)**.

Repárese en que, como surge del fallo comentado, suele ocurrir que estos familiares de la red ampliada seguramente se encontraban presentes en la vida de los NNA antes de la separación

(19) KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída – HERRERA, Marisa – LLOVERAS, Nora (dirs.), ob. cit., t. II, p. 267.

(20) SALITURI AMEZCUA, Martina – VIDETTA, Carolina A., "La interseccionalidad de tres principios del contemporáneo derecho de las familias: socioafectividad, interés superior del niñx y perspectiva de géneros", RSF 98, 10/02/2021, 71, AR/DOC/48/2021 y doctrina allí citada al pto. 16.

(21) *Ibid.*

(22) LLUGDAR, Hugo A., "Alimentos entre parientes: ¿y los tíos?", RDF 2021-II, del 08/04/2021, 171, AR/DOC/435/2021.

(23) JAUREGUI, Rodolfo G., "Otra condena alimentaria a un tío: nueva posibilidad de reflexionar sobre las prácticas judiciales y la pobreza en la argentina", DFyP del 19/11/2020, 99, AR/DOC/3410/2020.

(24) SOLARI, Néstor E., "Obligación alimentaria de los abuelos", RDF, 14, 1998, p. 244, cit. en BELLUSCIO, Claudio, "Prestación alimentaria", Ed. Universidad, Buenos Aires, 2006, p. 453.

de los progenitores y cuando la pareja ya no existe no pueden mirar al costado evitando toda la responsabilidad y abandonando también a estos parientes, que son más vulnerables. Así, se ha considerado que los tíos o tías son el eslabón más cercano al sistema familiar de todos los componentes del cuadro social **(25)**, de allí que sobre ellos recaiga la obligación de satisfacer el sustento de los sobrinos y sobrinas.

Por otra parte, deberá examinarse su extensión, esto es, si las necesidades a cubrir a fin de proveer a su desarrollo integral, no son las estrictamente vitales o meramente indispensables para su subsistencia **(26)**; y también si el límite está impuesto por la capacidad económica del alimentante, entre otros.

III.2. La relevancia de la sentencia: su importancia y repercusiones

La resolución comentada tiene una importancia vital en torno a la efectividad de los alimentos debidos a los niños, niñas y adolescentes. Ello es así desde que en las coyunturas familiares y la práctica judicial se revela el planteo de diversos casos concretos con similitudes fácticas al aquí analizado. Tal el supuesto en el cual quien acciona es una mujer cuidadora, en nombre y representación de sus hijos e hijas, y que ante la imposibilidad de satisfacer las necesidades alimentarias de aquellos, frente al incumplimiento del otro progenitor obligado, demanda alimentos en contra de los abuelos paternos, pero no logra con ello el fin último de la satisfacción integral de la necesidades alimentarias de los menores de edad. Es que, lo que también acontece en múltiples supuestos es que estos ascendientes son personas mayores, también vulnerables y sujetos de especial tutela, que cobran una jubilación mínima, sufren de padecimientos o enfermedades, cuando no de alguna discapacidad, y en caso de poder efectuar un aporte alimentario a sus nietos y nietas, este resulta insuficiente y les priva incluso de satisfacer sus propias necesidades acordes a su edad y estado de salud. Debe recordarse, también, que la solidaridad familiar no puede poner en riesgo la propia subsistencia del alimentante, motivo por el cual se debe buscar la solución que garantice la protección integral de la familia (art. 14 bis, CN).

Es aquí precisamente, en la pugna entre los derechos de dos grupos vulnerables (niños, niñas y adolescentes y persona mayor), que la respuesta dada en el fallo comentado abre una posibilidad cierta y concreta en pos de garantizar el derecho humano alimentario de la niñez y adolescencia al legitimar en el polo pasiva a los tíos y tías de las ramas paternas y maternas.

En otras palabras, la principal repercusión de la doctrina de la sentencia se encuentra en la extensión, aún subsidiaria, del polo pasivo de la obligación alimentaria a parientes que aunque no estén expresamente enumerados en la norma de fondo, deben entenderse incluidos por cuanto son la familia extensa del niño, niña o adolescente y pesan sobre ellos los deberes que emergen de la solidaridad familiar. En efecto, se sienta la interpretación de una enumeración no taxativa contenida en la prescripción del art. 537 del Cód. Civ. y Com.

Lo expuesto es sin perjuicio de la aplicación de la regla de la subsidiariedad, en cuanto a que los alimentos son debidos por los parientes que están en mejores condiciones para proporcionarlos. Es decir, que los obligados del mismo grado concurren según su capacidad económica. Si la parte demandada considera que existe un pariente en mejores condiciones para prestarlos, puede ser desplazado de su obligación, si alega y prueba esta situación fáctica (art. 546, Cód. Civ. y Com.).

A su vez, de la doctrina del fallo se extrae que el contenido de los alimentos debidos por los tíos y tías a sus sobrinos y sobrinas deben tener la misma extensión que los derivados de la responsabilidad parental (art. 659, Cód. Civ. y Com.), los cuales encuentran fundamento en la protección que requieren los menores de edad para su desarrollo integral y no son los meramente indispensables para satisfacer sus necesidades vitales (art. 541, Cód. Civ. y Com.), esto es, lo necesario para la subsistencia, habitación, vestuario y asistencia médica, correspondientes a la condición del que la recibe, en la medida de sus necesidades y de las posibilidades económicas del alimentante y como el alimentado es

(25) LLUGDAR, Hugo A., ob. cit.

(26) CFlia. 2ª Nom. Cba., 14/09/2011, "G., M. A. c. S., C. R. y otro - juicio de alimentos - contencioso", sent. 631, obra en el tribunal.

una persona menor de edad, la cuota comprende además, lo necesario para su educación.

Por último, corresponde considerar que la sentencia proveniente del juzgado de familia de la ciudad de Oberá, provincia de Misiones, se enrola en una nueva línea jurisprudencial, que se insinúa poco a poco también en las soluciones adoptadas por otros tribunales en casos similares.

A modo ejemplificativo, puede recordarse un proceso promovido por la madre en representación de su hija menor de edad y dirigida en contra del abuelo paterno de aquella, quien falleció durante el trámite. En dicho supuesto, el tribunal de familia de la ciudad de Córdoba igualmente hizo lugar al reclamo y fijó una cuota alimentaria a cargo de los herederos del abuelo paterno de la alimentada **(27)**.

En un pronunciamiento de un juzgado civil, de personas y familia de la ciudad de Salta se estableció una cuota alimentaria a cargo de un tío paterno y a favor de sus dos sobrinos, en el 15% de sus ingresos, ante la imposibilidad de la progenitora de los niños de alimentarlos y el incumplimiento del progenitor **(28)**.

También puede reseñarse una sentencia dictada por el juzgado de familia de Paraná, provincia de Entre Ríos, en la cual se estableció una cuota provisoria del 40% del SMVM a cargo de los tíos paternos y a favor de un adolescente, cuyo padre había fallecido, la abuela cobraba un beneficio mínimo y los hermanos no tenían empleo registrado **(29)**.

IV. Algunas reflexiones

De la doctrina del fallo comentado surge la imperiosa necesidad de ajustar la mirada desde lo normado por la Constitución Nacional y tratados de derechos humanos, para así contemplar la relación alimentaria a partir del diálogo de fuentes, de manera de alcanzar respuestas jurídicas integrales y valiosas para todas las personas protagonistas de la interacción, especialmente con relación a los niños, niñas y adolescentes.

La socioafectividad y específicamente la solidaridad familiar son el punto de partida que permite dar un sustento extranormativo e importa uno de los pilares constitucionales del derecho que regula las relaciones de las familias y responde a la finalidad de asegurar la digna subsistencia de los parientes más cercanos **(30)**.

Cuando está en juego el derecho a los alimentos de los niños, niñas y adolescentes se debe juzgar con perspectiva de vulnerabilidad, integrando las normas de modo coherente con todo el ordenamiento jurídico, aplicando los principios generales del derecho en general y del derecho de las familias en particular, efectuando el test de constitucionalidad y convencionalidad, y frente a la innegable realidad social se deben brindar soluciones concretas según las particularidades de cada caso.

Ahora bien, para llegar a sostener la justicia de la solución consistente en admitir la procedencia de la demanda alimentaria (aun subsidiaria) en contra de los tíos y tías, se deben presentar una serie de requisitos que la justifiquen.

Entre ellos, se estima necesario que en el proceso alimentario dirigido en contra del principal obligado por los alimentos derivados de la responsabilidad parental no se haya obtenido la satisfacción de las necesidades alimentarias, e incluso que ella tampoco se obtenga de los abuelos o abuelas y hermanos o hermanas. Además, se recomienda que se hayan adoptado medidas expresas o abiertas en aras de lograr el cumplimiento, instado incluso la ejecución de la sentencia alimentaria. No puede desconocerse el gran abanico de medidas “abiertas” que surgen del art. 553 del Cód. Civ. y Com. para asegurar la eficacia de la sentencia. Ello por cuanto

(27) Juzg. Fam. 8ª Nom. de la ciudad de Córdoba, 02/08/2019, "T., R. c. G., A. A. - juicio de alimentos - contencioso", auto 202, disponible en *http://jurisprudenciacba.justiciacordoba.gob.ar/cordoba.php*, (consultado el 25/05/2021).

(28) Juzg. Civ. Personas y Fam. Nº 3 Salta, 02/07/2020, "XXX c. XXX s/ alimentos", comentado por LLUGDAR, Hugo A., ob. cit.

(29) JAUREGUI, Rodolfo G., ob. cit.

(30) MOLINA de JUAN, Mariel, comentario al art. 537, en HERRERA, Marisa – CARAMELO, Gustavo – PICASSO, Sebastián (dirs.), ob. cit., t. II, p. 238.

siempre se pueden adoptar otras medidas razonables frente al incumplimiento alimentario en aras de compeler al progenitor o progenitora en forma previa a admitir una pretensión respecto de los parientes; máxime si se la pretende hacer valer en contra de los colaterales del tercer grado.

También se ha sostenido que resulta adecuado indagar si existen programas de asistencia y apoyo en el seno de los diferentes órdenes del gobierno para materializar los deberes estatales subsidiarios y saber a ciencia cierta si efectivamente la actora y sus representados gozan de la percepción **(31)**.

(31) JAUREGUI, Rodolfo G., ob. cit.

De allí que se estima que esta es una solución que se presenta en casos excepcionales, que debe analizarse en forma estricta y sin soslayar la responsabilidad subsidiaria del Estado a la hora de garantizar el interés superior y el derecho alimentario de los niños, niñas y adolescentes dada la íntima vinculación de la cuestión con la propia dignidad humana.

Solo para concluir corresponde enfatizar que el no pago de los alimentos es un flagelo que como sociedad debemos rechazar, y que requiere de una verdadera toma de conciencia **(32)** en pos de garantizar el interés superior del niño.

(32) MOLINA de JUAN, Mariel, comentario al art. 537, en KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída – HERRERA, Marisa – LLOVERAS, Nora, ob. cit., p. 356.

ADOPCIÓN

Mujer embarazada que manifestó su deseo de no maternar y que el niño no permanezca en el seno de la familiar de origen. Autonomía de la persona. Interés superior del niño.

Con nota de Silvina Karakasis y María Marcela Pájaro

1. — No resulta admisible la intromisión contra la voluntad expresada a lo largo del tiempo por la progenitora de no querer ejercer el maternaje. Juega un papel fundamental el principio de la autonomía de la persona, el cual veda toda actuación estatal que procure la instrumentalización de la persona, es decir, que la convierta en un medio para fines ajenos a la elección sobre su propia vida, su cuerpo y el desarrollo pleno de su personalidad, dentro de los límites que impone la Convención de los Derechos Humanos.

2. — Otorgar a un hijo en adopción es una clara demostración de amor, pues busca dar una solución ecuánime al deseo de los progenitores de decidir libremente sobre su proyecto de vida y, por el otro lado, el brindar a los niños, niñas y adolescentes la protección y derecho que merecen a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales.

3. — Los principios del derecho deben ser entendidos como tales. A diferencia de lo que acontece con las reglas, aquellos no pueden interpretarse como directrices estancas, rígidas e inmutables, sino que funcionan como guías básicas que admiten su flexibilización cuando las circunstancias así lo ameritan, siempre y cuando dicha solución sea la más armónica y respetuosa de los intereses en pugna.

4. — El plazo establecido en el art. 607 inc. b) del Código Civil y Comercial —para declarar al niño en situación de adoptabilidad— no puede nunca implicar la obligación en la progenitora de permanecer junto al niño hasta tanto el tiempo sea cumplido.

JFamilia, Niñez y Adolescencia Nro. 2 Neuquén, 30/09/2020. - N.N. s/ Medida de protección excepcional de niños y adolescentes.

[Cita on line: AR/JUR/81917/2020]

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Se declara la inconstitucionalidad de los arts. 595 inc. c) y 607 parte final del Código Civil y Comercial de la Nación.

Expte. N° 125927/2020

1ª Instancia.- Neuquén, septiembre 30 de 2020.

Antes de iniciar el análisis de la presente demanda y en respeto al deseo de M. de no conocer el sexo, nombre ni dato alguno relativo al niñx (1), aclaro que me referiré a él con las iniciales "L.R.", dejando expresa constancia que los pronombres masculinos utilizados no responden a una asignación de género, sino que se utilizarán a los fines de permitir una lectura más sencilla de la sentencia.

Vistos:

Los autos caratulados "N.N. s/medida de protección excepcional de niños y adolescentes" (Expte. Nro. 125927 / 2020), que tramitan en el Juzgado de Familia, Niñez y Adolescencia número 2 de la Ciudad de Neuquén, a cargo de la Dra. María Gabriela Ávila.

Resulta:

Que en fecha 10/08/2020 se presenta la Defensora de los Derechos del Niño y el Adolescente, relatando que recientemente había nacido un niñx, hijx de L. R., y que ella en reiteradas instancias había expresado su deseo de otorgar al niñx en adopción.

Refiere que antes del nacimiento hizo saber que quería que se le practique cesárea con anestesia total y que no deseaba saber si el niñx había nacido, si estaba con vida, qué sexo sería, cuánto pesaría. Que todas las manifestaciones de voluntad fueron respetadas desde el Hospital donde dio a luz y por parte de lxs profesionales que han abordado su situación durante el nacimiento y hasta su alta hospitalaria, producida el 7 de agosto.

Agrega que M. ha expresado que no desea que el niñx permanezca en el entorno familiar, que ello le generaría a ella una grave afectación emocional, manifestando categóricamente su negativa de cualquier tipo de convocatoria a la familia de origen a efectos de evaluar a la misma para asumir el cuidado del niñx, al punto tal que ha dado su domicilio en la ciudad de Neuquén, ya que su familia desconoce el embarazo y el actual nacimiento del niño.

Expresa la Defensora del Niño que, a pesar de haberle informado respecto de la normativa vigente, se ha mantenido en esa postura, solicitando que la misma sea respetada.

Solicita la incorporación del niñx a un programa de Familias Solidarias dependiente del Ministerio de Desarrollo Social.

Ofrece prueba y funda en derecho.

De la documental acompañada surge lo siguiente:

Un informe psicosocial elaborado por lxs profesionales intervinientes del Hospital Heller. Allí dan cuenta que M. se encontraba cursando un embarazo a término, sin controles, y que ha expresado su voluntad de dar en adopción al niñx.

Mencionan que M. habría expresado que, al momento de confirmar su embarazo, manifestó su deseo de interrumpirlo, haciendo hincapié en que ello no había sido planificado y que no se condice con el momento de la vida en la que se encuentra. Que, habiéndose constatado la edad estacional por fuera de los protocolos de acceso a la Interrupción Legal del Embarazo, se definió una estrategia alternativa.

Expresan que M. presenta un fuerte rechazo hacia su cuerpo, al embarazo, angustia, inestabilidad emocional, dificultades para dormir, para alimentarse. Que no posee ingresos propios y cursa el último año del secundario. Agregan que actualmente convive con su madre, quien desconoce la situación por expresa decisión de M. de no comunicarle a ella ni a otrx integrante de su entorno. Que ha referido no concebir la posibilidad de que su red actúe como soporte de la crianza de un niñx ni que asuma el cuidado del mismo bajo ninguna circunstancia. Que M. ha expresado que, si algún integrante de su red familiar conociese la situación, actuaría como obstaculizadora de su voluntad, manifestando gran temor ante la idea de quedar excluida tanto económica como afectivamente del núcleo familiar.

Consideran lxs profesionales que de producirse lo contrario a lo solicitado por M., se estaría impactando en aspectos relevantes de su vida, sin proteger ni respetar el proyecto de vida por ella elegido.

Del informe de fecha 6 de agosto (fs. 13 vta.), surge que M. está siendo acompañada por el equipo de ginecología, psicología y servicio social. Que luego de 48 hs. de producida la cesárea y nacimiento, M. no ha manifestado interés alguno en el niñx, que no ha hecho ninguna pregunta en torno al sexo ni a su estado de salud y mucho menos ha insinuado querer verlx. Citan de sus palabras que se siente "aliviada y que volvió a vivir".

Por último, acompaña entrevista psicosocial realizada por el Equipo Interdisciplinario de la Defensoría de los Derechos del Niño y el Adolescente. De allí surge que, en relación a su historia personal, su familia es de la localidad de Allen, lugar donde reside su progenitor, hermana y abuela. Que ha referido que sus progenitores se separaron cuando ella era muy pequeña, residiendo siempre con su progenitora y hermana. Aproximadamente a sus 14 años de edad, hace 4 años, su progenitora perdió el empleo y al encontrar mejores posibilidades laborales en Añelo se mudaron a dicha localidad. Allí se encuentra finalizando sus estudios secundarios.

Expresan lxs profesionales que M. ha referido no haber hablado con nadie de su familia ni amigos sobre el embarazo y el nacimiento del niñx. Todo este período lo ha ocultado. Que ha dicho: "El tiempo de embarazo, no me miraba al espejo, por lo menos desde los tres meses. Salía de bañarme, y no me miraba porque no quería verme embarazada" (text.). Agregan que M. quiso interrumpir el embarazo y no pudo hacerlo, que tomó pastillas, pero no funcionaron, y habiendo tomado contacto con la Red de Socorristas, le plantearon que ya no era posible la ILE y le ofrecieron como opción la adopción. Citan de sus palabras: "No estaba en mis planes, en ninguno de ellos encaja el bebé, quiero seguir estudiando, mi mamá no me va a apoyar [...] Se que nadie se va a querer hacer cargo, toda mi familia espera otra cosa de mí".

En cuanto al progenitor del niñx, menciona que no tiene una relación de pareja estable. Que no ha realizado controles médicos, desconociendo cuándo quedó embarazada. Expresa haber tenido varias relaciones ocasionales, negando en la conversación la posibilidad de abordar tal dimensión.

Concluyen lxs profesionales que M. ha expresado sin presiones su decisión, a partir de un proceso singular y de autonomía.

En fecha 11/8 se presenta M. con patrocinio letrado, solicitando se deje sin efecto lo dispuesto en el art. 607 inc. b) del Cód. Civ. y Com. de la Nación y, por lo tanto, se disponga que el niñx pueda ser cuidado provisoriamente por pretensos adoptantes, elegidos conforme el proceso de selección previsto por la legislación, por cuanto ha tomado la decisión libre e informada de que el niñx sea otorgado en adopción con anterioridad al parto, decisión que sostiene fervientemente por cuanto no tiene interés en maternar. Refiere que, no obstante ello y de así considerarlo pertinente, se compromete a ratificar la decisión luego de los 45 días.

A su vez, solicita no se aplique en el presente caso el principio establecido en el art. 595 inc. c) del mismo cuerpo normativo, no solo para garantizar y respetar sus derechos, sino también en resguardo del interés superior del niño. Solicita la declaración de inconstitucionalidad del mentado artículo en el presente caso.

Expresa que quiso interrumpir su embarazo con misoprostol cuando creía estar embarazada de 8 se-

manas. Con el correr de las semanas advirtió que continuaban los síntomas del embarazo, con lo cual se puso en contacto con la Colectiva Feminista "La Revuelta" para pedir ayuda. Refiere haber siempre usado métodos anticonceptivos orales y realizar controles ginecológicos en forma regular. Desconoce quién puede ser el progenitor del niñx.

Continúa relatando que cuando solicitó ayuda llevaba 33 semanas de gestación, con lo cual excedía el plazo permitido por los protocolos nacionales vigentes para interrumpir legalmente el embarazo. Que dicha noticia fue muy angustiante porque no es su deseo maternar. Que incluso el proyectarse dicha idea la lleva a pensar en el suicidio. Manifiesta: "...era capaz de hacer cualquier cosa para sacarme eso que llevaba adentro, incluso pensé en tirarme a las vías del tren y el suicidio se presentaba como la alternativa más viable para terminar con mi embarazo. En ese momento, tanto desde la Colectiva Feminista La Revuelta como desde el hospital, se me informó la posibilidad de continuar mi gestación para dar el bebé en adopción, proceso éste que podría garantizar mi derecho a no maternar y a desvincularme responsablemente, decidiendo sobre mi vida y mi futuro." (text. fs. 28 vta.).

Refiere haber solicitado expresamente no querer ver, escuchar ni saber sobre el sexo del bebé, y que siempre pidió y sigue sosteniendo que se mantenga su decisión en un marco de confidencialidad. Que nadie de su familia supo que estuvo embarazada y la única persona en la que confía es en su abuela, que piensa que abortó. Agrega que vive con su progenitora y que se niega rotundamente a saber que ese niño pueda estar en su casa. No quiere que el bebé esté cerca de ella ni de su familia.

Entiende que la interpretación estricta del art. 607 inc. b), en lo relativo al plazo de 45 días, resulta inconstitucional, ya que se le forzaría a maternar y se le obligaría a un niñx a permanecer junto a la persona gestante contra su voluntad. Sostiene que deben valorarse todos los elementos del caso, dando en guarda y/o acogimiento de manera inmediata a una familia seleccionada de la lista de aspirantes a guarda con fines adoptivos, tendiente a evitar los riesgos que acarrearía la permanencia del niñx junto a ella, dándole un lugar donde sí lo deseen.

Concluye que se le debe garantizar su decisión y —por el otro— respetar el interés superior del niñx, que en el caso se concreta con la protección y cuidado para integrarlo inmediatamente a una familia que le brindará el afecto y sustento, que no resulta posible se edifique en el seno de su familia biológica, asegurando su contención mediante aquellos que pueden y desean brindarle amor y cariño.

Ofrece prueba y funda en derecho.

En fecha 12 de agosto se hace lugar a la Medida de Protección Excepcional, se dispone la incorporación del niñx a una familia de acogimiento y se confiere vista a la Defensora de los Derechos del Niño y el Adolescente de lo peticionado por M.

El día 18 del mismo mes la Dra. Stornini evacua la vista conferida. Allí refiere que la cuestión aquí planteada debe ser interpretada en el marco de lo normado por el art. 2 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, es decir, teniendo en cuenta las palabras de la ley, 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.

Expresa que no hay dudas que lo más deseable es el desarrollo y crecimiento del niñx junto a su familia de origen o ampliada, en tanto su sola existencia presupone la cobertura de un vínculo innato unido por el lazo sanguíneo. De allí el principio general que manda priorizar el derecho del niñx a vivir y crecer con la familia de origen. Que dicha directiva cede frente a la carencia de sincronía de las necesidades del niñx y su progenitora y la regla general es susceptible de ser reformulada: todo NNA tiene el derecho humano fundamental a vivir y desarrollarse en el seno de una familia, preferentemente la propia.

Refiere que se trata de una preferencia de orden imperativo que puede ser válidamente desplazada por el interés superior del niñx y su derecho a vivir en familia. De allí que el régimen normativo prevea excepciones, como es la decisión de los progenitores de que su hijx sea dado en adopción.

Considera que debe efectuarse una ponderación de las normas en juego y que la decisión a adoptar debe tener como eje rector, el interés superior del niñx.

Concluye que, atento la complejidad de la situación, amerita producir otros elementos probatorios, como una pericia psicológica, a los fines de que se pueda evaluar el modo en que esta realidad impactará en la construcción subjetiva del niñx, y se pregunta: frente al entorno en el que crecerá el niñx ¿podrá construir su subjetividad en forma sana? ¿es conveniente al interés superior del niñx evaluar a la familia biológica?

No pudiendo dar respuestas a dichas preguntas, solicita se practique la pericia psicológica oportunamente peticionada.

El día 20 se celebra audiencia con M. y su abogada, en presencia de la Lic. Lucía Durán, asistente social del Hospital Heller. En dicha audiencia se hace lugar al pedido de informe peticionado por la Defensora del Niño y se remiten las actuaciones al Equipo Inter-

disciplinario para la realización de la pericia mencionada.

El día 26 se agrega informe psicodiagnóstico, en el cual se ratifica todo lo ya descripto anteriormente. De ello se confiere nueva vista a la Defensora del Niño.

El día 31 dictamina nuevamente y considera que, siendo que el informe es una entrevista que se llevó a cabo mediante video llamada, puede darnos elementos para resolver la medida cautelar, mas no la cuestión de fondo.

De ello se confiere traslado al Equipo Interdisciplinario. El día 4 de septiembre, teniendo en cuenta que en autos se ha realizado un planteo de inconstitucionalidad, se confiere vista al Ministerio Público Fiscal, quien dictamina el día 18.

El Dr. Pablo Vignaroli, fiscal jefe, realiza un análisis del caso y concluye que, habiéndose cumplido con los recaudos exigidos por la ley y sobre todo a la luz de la aplicación del interés superior del niño, debe declararse la inconstitucionalidad de la última parte del art. 607 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, deviniendo inaplicable dicho artículo y el 595 inc. c) del mismo cuerpo normativo.

El 23 de Septiembre la Lic. Ceballos aclara los puntos que fueran objetados por la Defensora de los Derechos del Niño en relación a la pericia psicológica. Producido ello, ésta última dictamina en forma definitiva el día 24, en consonancia con lo manifestado por el Ministerio Fiscal, y considera debe declararse la inconstitucionalidad de los arts. 607 última parte y 595 inc. c) del Cód. Civ. y Com. de la Nación en el presente caso.

El día 24 se llama a autos para sentencia.

Considerando:

La resolución de la situación que aquí se nos plantea demanda una interpretación y consecuente ponderación de derechos convencionales-constitucionales que se encuentran en colisión: por un lado, el derecho de M. a elegir libremente su deseo de no maternar (2) y que se respete su decisión de no indagar en su familia extensa la posibilidad de permanencia del niñx en su familia de origen y, por el otro, el derecho del niñx a permanecer en ella, salvo que tal decisión no sea respetuosa de su interés superior (3).

A fin de dar un orden conceptual al análisis del presente caso, cabe hacernos tres preguntas que nos guiarán en su desarrollo:

1) Ante la colisión de los derechos descriptos, ¿cual de ellos debe prevalecer?

2) La solución adoptada, ¿Es respetuosa del Interés Superior del Niñx?

3) La prohibición de declarar el estado de adoptabilidad antes del vencimiento de los 45 días de producido el nacimiento ¿debe interpretarse en términos absolutos?

1) Ante la colisión de los derechos descriptos, ¿cual de ellos debe prevalecer?

En primer lugar y como fuera sucintamente dicho, debemos analizar y ponderar el conflicto y colisión de los principios convencionales-constitucionales que se produce en el presente caso.

Cabe entonces hacer una primera aclaración introductoria, cuya explicación ha sido ya desarrollada por el Dr. Andrés Gil Domínguez: La diferencia entre los principios y las reglas quizás sea una de las respuestas conceptuales más elaboradas que intenta explicar el carácter abierto de los derechos, al diferenciarlo de las normas cerradas a efectos de ofrecer una respuesta a la determinación de un derecho o la colisión de los mismos mediante un mecanismo de la ponderación (4) y el principio de proporcionalidad.

La textura abierta de los derechos trae aparejada dos situaciones distintas que pueden presentarse en el plano de la realidad: por un lado, la determinación de un derecho que consiste en verificar si un determinado supuesto de hecho se subsume en el campo conceptual delimitado por un derecho fundamental y el derecho humano —sin que se observe en dicha situación ninguna antinomia o controversia entre derechos—, a partir de lo cual, una persona titulariza un derecho oponible frente al Estado y los demás particulares. Por el otro, la colisión, en donde existen dos o más derechos fundamentales y humanos que se encuentran en una situación de tensión que derivará en la prevalencia de uno respecto de otro —según las circunstancias del caso concreto— luego de haberse realizado el respectivo juicio de ponderación, sin que esto implique que el derecho prevalecido desaparezca de la faz normativa, sino por el contrario, subsiste a la espera de otra determinación o colisión para volver a actuar. En ambos supuestos, existe una necesidad ineludible de argumentar constitucionalmente, y esto implica dar razones suficientes de los resultados a los que se arriba.

La determinación o concretización consiste en posibilitar el ejercicio de un derecho respecto de un supuesto de hecho que pretende ser subsumido en su contenido, y para ello, se aplican como vectores interpretativos el principio pro persona, el principio de progresividad y no regresividad, el principio de universalidad e interdependencia de los derechos y el derecho a la no discriminación.

Entonces, la ponderación no es una "conciliación" ni supone encontrar un punto de equilibrio entre los principios, sino que consiste en la aplicación parcial o el sacrificio parcial de uno de ellos (uno se aplica, el otro se descarta). Es por ello que la colisión no se resuelve definitivamente, puesto que la solución solamente vale para el caso concreto (5).

Cabe recordar que todo principio —como todo derecho— puede ser limitado de manera razonable (6), ya que no hay derechos absolutos.

Es así entonces que corresponde evaluar ahora los derechos en pugna en el presente caso:

M. ha señalado enfáticamente su deseo de que no se indague en la búsqueda de su familia a los fines de evaluar la posibilidad de permanencia del niñx en ella.

En repetidas oportunidades ha señalado que no es su deseo maternar y que considera que su familia no sería un buen entorno de crecimiento y desarrollo, a lo cual se le agrega el total desconocimiento de dato alguno sobre la filiación paterna, habiendo ya vencido el plazo previsto por el art. 607 inc. a) del Cód. Civ. y Com. de la Nación. Considera que lo más beneficioso para el niñx es la búsqueda de una familia que lo desee y espere con amor y contención.

Claro que su decisión es irrefutable en lo que a su deseo de no maternar respecta, pero ello debe ser analizado a la luz de otros principios que se encuentran en conflicto.

Como punta pie inicial, el art. 594 del Cód. Civ. y Com. de la Nación comienza con una definición: establece que la adopción es una figura tendiente a que todo niñx que no puede vivir en su familia de origen o ampliada, pueda hacerlo en otra familia de manera permanente y estable, viendo satisfecho, de este modo, su derecho humano a tener y vivir en familia.

Así, el art. 594 del Cód. Civ. y Com. de la Nación coloca a lxs niñxs y adolescentes en el centro de la escena y afirma que la adopción tiende a proteger su derecho a vivir y desarrollarse en una familia que le procure satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, siempre y cuando ellas no puedan ser proporcionadas por la familia de origen.

El art. 595, por su parte, explica los principios constitucionales-convencionales centrales que sostienen y estructuran la regulación de la adopción: entre ellas, claro, el agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada (inc. c).

La preservación del vínculo familiar de origen es uno de los principios básicos, a tal punto que el Cód. Civ. y Com. de la Nación establece expresamente la prohibición de declarar a un niñx en situación de adoptabilidad si algún familiar o referente afectivo ofrece asumir su guarda o tutela y tal pedido es considerado adecuando en el interés de éste" (7), (8).

Ya ha dicho la Corte IDH: "Además, es pertinente recordar que la familia a la que toda niña y niño tiene derecho es, principalmente, a su familia biológica, incluyendo a los familiares más cercanos, la cual debe brindar la protección a la niña y al niño y, a su vez, debe ser objeto primordialmente de medidas de protección por parte del Estado. No obstante, la Corte recuerda que no existe un modelo único de familia. Por ello, la definición no debe restringirse por la noción tradicional de pareja y sus hijos, pues también pueden ser titulares del derecho a la vida familiar otros parientes, como los tíos, primos y abuelos, para enumerar solo algunos miembros posibles de la familia extensa, siempre que tengan lazos cercanos personales... Es por ello que el Estado tiene la obligación de determinar en cada caso la constitución del núcleo familiar de la niña o del niño... La corte utilizará en un sentido amplio el término "progenitores" de la niña o del niño y, por lo tanto, son titulares de la protección a la familia acordada en los artículos 17 de la Convención y VI de la Declaración Americana. En igual sentido, el Comité de los Derechos del Niño ha sostenido que el término "familia" debe interpretarse en un sentido amplio que incluya a los padres biológicos, adoptivos o de acogida o, en su caso, a los miembros de la familia ampliada o la comunidad, según establezca la costumbre local" (9).

Ahora bien, como fuera descripto al inicio de este análisis, no podemos perder de vista que los principios del derecho deben ser entendidos como tales. A diferencia de lo que acontece con las reglas, aquellos no pueden interpretarse como directrices estancas, rígidas e inmutables, sino que funcionan como guías básicas que admiten su flexibilización cuando las circunstancias así lo ameritan, siempre y cuando dicha solución sea la más armónica y respetuosa de los intereses en pugna. En definitiva, es la ley la que debe adaptarse al caso particular y no el caso particular el que deba adaptarse a la ley.

Claro está que el análisis de la presente situación no puede —ni debe— escapar a las circunstancias socioculturales que imperan: y es que el género como tal, concebido como una construcción histórico-cultural que prescribe determinadas formas de pensar, sentir y ser para hombres y mujeres, es siempre un referente, una especie de concreción socio-histórica que se juega en la cotidianeidad consciente y la más de las veces inconsciente, pero siempre con consecuencias: lo femenino y lo masculino son no solo construcciones sociales, sino también filtro cultural, constitución subjetiva e interpretación genérica del mundo.

En general las distintas explicaciones coinciden en la existencia de dos constantes históricas como elementos determinantes en la construcción social de la feminidad: una de ellas, lo que Bourdieu denomina el cuerpo de la mujer como capital simbólico, en tanto objeto de apropiación y deseo, como cuerpo para el otro. Por otra parte, la mujer/madre —con independencia de si lo es—, siempre al servicio y cuidado de los demás,

Para Lagarde (1997), históricamente la feminidad está atravesada por una dimensión óntica de ser para otros. Esta condición remite a la mujer a una permanente incompletitud y la ubica al servicio de una ética de cuidados, encargada de dar, preservar, proteger y reproducir la vida. Los demás siempre tendrán prioridad sobre ella vehiculizando su ser femenino en la postergación de sí misma. Así, entonces, se construye su identidad en función de esta relación de servidumbre, sometimiento y dominio históricamente dados (10).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha precisado una doble concepción del derecho a la igualdad y a la no discriminación: una relacionada con la prohibición de diferencia de trato arbitraria; y otra relacionada con la obligación de crear condiciones de igualdad real y efectiva frente a grupos que han sido históricamente excluidos y se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados (11). Es decir, el sistema interamericano no sólo recoge una noción formal de igualdad, limitada a prohibir diferencias de trato irrazonables, caprichosas o arbitrarias, sino que avanza hacia un concepto de igualdad material o estructural que parte del reconocimiento de que ciertos sectores de la población requieren la adopción de medidas de diversa naturaleza que busquen la equiparación en el acceso a derechos y a la igualdad de oportunidades (12).

A su vez, ya la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en un fallo de fecha 27/11/1998 (13), se ha expedido sobre la importancia del "proyecto de vida", al cual hace mención M. Allí la Corte asocia el concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone. Se trata de opciones que el ser humano, en cuanto libre, escoge entre una multitud de posibilidades existenciales. La opción u opciones que la persona elige son aquéllas que le han de permitir, como apunta el fallo, a "conducir su vida y alcanzar el destino que se propone" (14). En otros términos, la Corte estima que en el "proyecto de vida" está en juego nada menos que el destino del ser humano; es decir, lo que libremente ha decidido ser y hacer de su vida.

En cuanto a las opciones o posibilidades existenciales, la Corte precisa que ellas son "la garantía de la libertad". Por ello, no puede concebirse que una persona sea verdaderamente libre "si carece de opciones para encaminar su existencia y llevarla a su natural culminación" (15). La opción u opciones que la persona elige para determinar aquello que decide ser en el futuro constituyen el ingrediente de su "proyecto de vida". El "proyecto de vida" representa la máxima aspiración del ser humano, lo que él decide ser en la vida (16).

Esta interpretación se halla directamente ligada con la protección al derecho a la libertad y seguridad personales, reconocido por el art. 4 inc. c) de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (17). Dicha previsión no solo comprende que ninguna mujer puede verse privada de la libertad salvo por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), y con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos en la misma (aspecto formal) (18); sino además, el derecho de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. La libertad, definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona. Encierra 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 (19), (20).

Es entonces que debemos valorar los deseos de M. desde esta perspectiva, sin que ello implique ir en detrimento de los derechos de L. R., encontrando así la solución más pacífica para el caso concreto (21).

Resoluciones en situaciones similares

Veamos ahora cómo se ha resuelto en situaciones análogas a la presente:

Recientemente el Juzgado Civil, Comercial, Minería, Sucesiones y Familia número 9 de San Antonio Oeste (22) ha tramitado una causa similar, en la cual se ha intimado a la Secretaría de Estado de Niñez, Adolescencia y Familia —SENAF SAO— a que acredite el acto administrativo de la medida excepcional, y a dar cumplimiento con lo dispuesto en el art. 607 inc. a), indagar sobre la familia de origen y/o ampliada materna y paterna de la niña. Dicha sentencia ha sido recurrida (cuestionada) por el SENAF, por lo cual la Cámara de Apelaciones se ha expedido, revocando la sentencia de grado.

Allí ha argumentado que la medida que había tomado el organismo proteccional se encontraba dentro de sus facultades y ámbito de competencia como autoridad administrativa de aplicación, luego de haber evaluado la misma —a partir del trabajo interdisciplinario de distintos organismos de salud y del SENAF—, como la mejor alternativa de acuerdo a las

circunstancias del caso, que preserva y garantiza los derechos humanos de la niña E. y también respeta los de su progenitora. Consideraron que, frente a la decisión libre, clara e informada de la madre de que la niña sea adoptada, así como de no dar noticia a sus familiares respecto de su embarazo primero y luego del nacimiento, debe tener una valoración como expresión de voluntad de la progenitora, no pudiendo obligarse a A. I. A. a ir en su contra, correspondiendo que ello sea respetado por los organismos proteccionales y judiciales. Que a ello se le sumaba la falta de información acerca de la identidad del progenitor y que, dada la convivencia de la progenitora con su familia de origen, tampoco puede darse la guarda de la niña a su grupo familiar o ampliado, habida cuenta que quien en definitiva hubiese ejercido su cuidado hubiera sido la propia madre, dado el contexto que la rodea, y quien ya había expresado decididamente acerca de su deseo de no ver a la niña ni tener contacto.

Considero resulta acertada la solución de segunda instancia, pues no resulta admisible la intromisión contra la voluntad expresada a lo largo del tiempo por la progenitora de no querer ejercer el maternaje, más aún teniendo en consideración las circunstancias particulares de dicho caso.

Similar situación afrontamos ahora: M. actualmente reside en Añelo y junto con su progenitora. En definitiva, si considerásemos que debe prevalecer el derecho de L. R. al agotamiento de la búsqueda de familia de origen y ampliada, ¿No estaríamos obligando indirectamente a M. a maternar? ¿No es ello una clara repetición del patrón del Estado tutelar, que se inmiscuye en la vida de los particulares para signarles así la forma en que deben proyectar su individualidad? Considero que entrometerme en una decisión tan íntima y personal sería una verdadera torpeza e imprudencia jurídico-estatal.

En este orden de ideas, juega un papel fundamental el principio de la autonomía de la persona, el cual veda toda actuación estatal que procure la instrumentalización de la persona, es decir, que la convierta en un medio para fines ajenos a la elección sobre su propia vida, su cuerpo y el desarrollo pleno de su personalidad, dentro de los límites que impone la Convención de los Derechos Humanos (23).

Otros países

En países como Francia, Italia, Bélgica, Austria y Luxemburgo se encuentra previsto un instituto jurídico conocido como "parto anónimo" ("accouchement sous le secret" en Francia) que es, en esencia, la facultad que tiene la madre (24) de dar a su hijo en adopción, sin identificarse o manteniendo la reserva de su identidad al momento del parto. A pedido de ella, el hospital que registra el nacimiento omite consignar el nombre de la madre, y el hijo es entregado a un organismo estadual para luego comenzar con el proceso de adopción. Si bien en tal supuesto se enfrentan el derecho de la madre a la libertad de poder renunciar a la maternidad y el derecho del hijo a conocer su origen biológico, cuyo conflicto excede el marco de este proceso, si considero resulta aplicable en lo que respecta al derecho del niñx a vivir en su familia de origen y al agotamiento de la búsqueda de familia extensa.

Los fundamentos básicos de dicho instituto son los siguientes: evita el aborto y el infanticidio, favorece la salud del niñx y de la persona gestante, facilita la adopción, porque el niñx queda en situación de adoptabilidad desde el mismo momento del nacimiento (25).

En el año 2013, en el caso "Odièvre V. France", por diez votos contra siete, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos entendió que el sistema francés del parto anónimo no vulnera el derecho a la vida íntima previsto en el art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, en razón de que el país ha valorado los distintos intereses y derechos en juego, no excediéndose en el margen de apreciación que le corresponde al legislar (26).

El deber de agotar las medidas tendientes a la permanencia en la familia de origen frente a un desprendimiento de la persona gestante expresado antes del parto es una cuestión delicada: "Los operadores jurídicos llevarán a cabo esa tarea cuidando de no incurrir en injerencias indebidas en ámbitos privativos de la libertad de la parturienta" (27).

Es por todos los motivos expuestos que entiendo que, en la presente situación, debe prevalecer el derecho de M. a elegir libremente su deseo de no maternar (28) y que se respete su decisión de no indagar en su familia extensa la posibilidad de permanencia del niñx en su familia de origen.

2) La solución adoptada, ¿Es respetuosa del Interés Superior del Niñx?

Este principio de raigambre convencional-constitucional, invocado en los arts. 9, 18, 20, 21, 37 y 40 de la Convención de los Derechos del Niño, se encuentra definido por el art. 3 de la ley 26.061: "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 por esta ley. Debiéndose respetar: a) Su condición de sujeto de derecho; b) el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; c) el respeto pleno de su desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) su edad, grado de madurez, capacidad

de discernimiento y demás condiciones personales; e) el equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; f) su centro de vida... Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses legítimos, prevalecerán los primeros".

En este sentido, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha definido al interés superior del niño como una "pauta de hermenéutica constitucional y principio rector para la solución de los derechos en pugna, que deberá ser determinado en lo que hace a su contenido en cada caso concreto" (29). "Proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los conflictos en los que están involucrados menores, debiendo tenerse en consideración aquella solución que les resulte de mayor beneficio" (30).

En el presente caso, no podemos perder de vista que M. ha referido que vive con su progenitora y que se niega rotundamente a saber que ese niñx pueda estar en su casa. No quiere que el bebé esté cerca de ella ni de su familia.

Sostuvo que "deben valorarse todos los elementos del caso, dando en guarda y/o acogimiento de manera inmediata a una familia seleccionada de la lista de aspirantes a guarda con fines adoptivos, tendiente a evitar los riesgos que acarrearía la permanencia del niño junto a su parte, y dándole al niño un lugar donde sí lo deseen."

Concluye que se le debe garantizar su decisión y —por el otro— respetar el interés superior del niño, que en el caso se concreta con la protección y cuidado para integrarlo inmediatamente a una familia que le brindará el afecto y sustento, que no resulta posible se edifique en el seno de su familia biológica, asegurando su contención mediante aquellos que pueden y desean brindarle amor y cariño. Citando sus palabras: "Yo siento que si hay una familia que lo quiera, yo no lo quiero, nunca lo quise, nunca lo busqué, quise interrumpir el embarazo y no pude. Que otra familia pueda dale afectiva y económicamente lo que yo no puedo darle hoy. En mi casa no va a ser un bebé querido, yo prefiero mil veces la adopción. Quiero que ese bebé tenga una vida mejor, le van a dar todo el amor incondicional que yo no le puedo dar, una escolaridad, un cumpleaños. Nadie de mi familia va a hacerlo, y yo no puedo."

Para evacuar este punto, invito a proyectar lo que sucedería si resolviésemos desoyendo el pedido de M. e indagando en su familia de origen.

No podemos iniciar el análisis presumiendo que, con el solo hecho de indagar, buscar, informar, proponer y trabajar con su familia de origen, ya nos encontraríamos en condiciones certeras de otorgar el cuidado del niñx a algún integrante de su familia. Pues claro, ello debe prevalecer siempre y cuando dicha decisión sea respetuosa de su interés superior.

¿Qué implicaría indagar en dicha potencial posibilidad?

Pues para ello sí debemos partir de la base que estaríamos frente a una intromisión Estatal en los deseos de M., yendo en contra de su voluntad manifiesta.

A su vez, estaríamos quebrantando definitivamente la paz e intimidad familiar, pues en base a su deseo, M. no le ha comunicado a nadie de su familia —ni amigxs— sobre su embarazo. Con tan solo imaginar lo que sucedería si fuese el Estado quien comunique dicha circunstancia, no merece mayor análisis el impacto negativo que ello produciría.

No podemos perder de vista que la familia vive actualmente en la localidad de Añelo, de no más de 3000 habitantes, y junto con su progenitora. ¿No estaríamos obligándola —directa o indirectamente— a maternar? ¿cómo seguiría la vida de M. frente a sus amigxs y familia frente a dicha situación?

¿Podría el niñx desarrollarse en un ambiente sano en el marco de dichas circunstancias? Considero definitivamente que no.

¿Quién mejor que M. para determinar si el desarrollo del niñx en el seno de su familia redundaría en su mayor beneficio?

Coincido plenamente en lo dictaminado por la Defensora de los Derechos del Niño y el Adolescente en cuanto a que otorgar a un hijx en adopción es una clara demostración de amor, pues busca dar una solución ecuánime al deseo de lxs progenitores de decidir libremente sobre su proyecto de vida y, por el otro lado, el brindar a los niños, niñas y adolescentes la protección y derecho que merecen a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales (art. 594 del Cód. Civ. y Com. de la Nación).

No podemos omitir que es la propia Convención de los Derechos del Niño la que nos impone que nada de lo dispuesto en su cuerpo normativo puede afectar a las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño y que puedan estar recogidas en el derecho de un estado parte o bien en el derecho internacional vigente con respecto a dicho Estado (31).

Es por ello que entiendo que la resolución adoptada en el presente caso, es la más respetuosa del interés superior del niñx.

3) La prohibición de declarar el Estado de adoptabilidad antes del vencimiento de los 45 días de pro-

ducido el nacimiento ¿debe interpretarse en términos absolutos?

Sin perjuicio de que, una vez firme esta sentencia, este planteo devendrá abstracto como consecuencia de los pasos procesales que no podemos omitir, considero no puedo dejar de pronunciarme sobre el pedido expreso de M. en relación a su deseo de no aguardar el tiempo previsto por nuestra norma.

Se advierte que su principal argumento en este sentido ha sido que, si se desoyera su planteo, se la estaría forzando a maternar, obligando a un niñx a permanecer junto a otra persona contra su voluntad.

Ello en modo alguno puede suceder, pues el plazo establecido en el art. 607 inc. b) no puede nunca implicar la obligación en la progenitora de permanecer junto al niñx hasta tanto el tiempo sea cumplido. Como ha sucedido en este caso, inmediatamente luego de haberse producido el nacimiento, el niñx ingresa a una "familia solidaria" perteneciente al Ministerio de Desarrollo Social, hasta tanto su situación jurídica sea resuelta.

El recaudo del tiempo se vincula con los desajustes emocionales que provoca el embarazo y el parto en la persona gestante, conocido como puerperio.

Ahora bien, si de los antecedentes respecto de la gestación y el trabajo previo surge que la voluntad materna tiene soporte en la decisión libre de quien la emite, como así surge de los reiterados informes remitidos por el equipo técnico del Hospital, lo dicho por M. en su demanda y en la audiencia llevada a cabo, como así también de los informes psicológicos obrantes en autos, no cabe analizar la norma bajo un rigorismo formal de tal envergadura.

Si bien es cierto que ello responde a un derecho que a ella le asiste, si ya ha manifestado en reiteradas oportunidades su deseo de que dicho plazo no sea respetado, incluso mucho antes de que el nacimiento se produzca, una interpretación armónica de las normas evaluadas a la luz de los artículos 1 y 2 de nuestro Código Civil y Comercial nos exige apartarnos de la literalidad de las palabras y, como fuera ya dicho, debe ser analizado en concordancia con la situación que se presenta en el caso particular.

Palabras finales

Paula Fredes ha dicho que el patriarcado con la figura del "padre de familia" ha sido parcialmente superado por la democratización de las relaciones familiares. En consecuencia, el rol de los jueces y juezas ha cambiado, ya que se ve permanentemente confrontado por la constitucionalización del derecho privado, que lo obliga a abandonar, al momento de resolver, el modelo de la subsunción normativa, y debe recurrir a la ponderación de todo el sistema y subsistemas normativos que interactúan y se complementan en lo que los autores han llamado "el diálogo de fuentes" (arts. 1, 2 y 3 del Cód. Civ. y Com. de la Nación).

Citando sus palabras: "Actualmente, se requiere un juez creativo para poder dar solución a una sociedad que avanza a pasos agigantados en la conquista de sus derechos. Un juez especializado y proactivo para dar respuesta a los cambios familiares, a las nuevas formas de familias, a las nuevas individualidades, que lo enfrentan a renovados desafíos. Un juez que no se refugie en las formas, que vele por las garantías del debido proceso y se esmere no solo por la efectividad de sus sentencias, sino por encontrar fórmulas conciliatorias que les permitan a las partes resolver por sí sus conflictos familiares en los que se mezclan, casi sin poder distinguirse, el derecho y la interdisciplina" (32).

La interpretación progresiva de los Derechos Humanos nos demanda su lectura a la luz de las circunstancias y de los contextos, tanto jurídicos como políticos, sociales y culturales.

La vida no cabe en una norma jurídica, ni la tarea del intérprete es tal que baste con acotarla al supuesto legal, que —por definición— debe ser de tal amplitud que admita los matices de cada caso (33).

Por los motivos expuestos, fallo: 1) Declarar la inconstitucionalidad de los arts. 595 inc. c) y 607 parte final del Cód. Civ. y Com. de la Nación, puesto que, en el caso particular, esas normas no superan el test de constitucionalidad-convencionalidad en vigencia, alterando el principio de progresividad y proporcionalidad expresamente receptado en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en los que nuestro país es parte integrante (34). 2) Declarar el Estado de Adoptabilidad de L. R., DNI ... con todos los efectos que tal declaración importa. 3) Firme que se encuentre la presente, requiérase al Registro Único de Adoptantes que remita, en un plazo de cinco (5) días, una nómina conformada por tres (3) pretensos adoptantes. 4) Regular los honorarios de la Dra. María Angélica Acosta Meza, patrocinante letrada de M. en la suma de pesos ... ($...). 5) Notifíquese electrónicamente a la Defensora de los Derechos del Niño y el Adolescente, a la peticionante, a la Subsecretaría de Familia, al Ministerio Público Fiscal y al Registro Único de Adoptantes mediante la remisión de las actuaciones a su público despacho. — *María G. Ávila*.

(1) Se empleará la "x" en reemplazo de las letras "a" u "o" a los fines de evitar hacer mención al género.

(2) Art. 1, 2, 3, 4, 5, 12 de la CEDAW, aprobada por ley 23.179 en el año 1985 e incorporada a nuestra Constitución Nacional en el año 1994 (art. 75 inc. 22); art. 607 inc. b) del Cód. Civ. y Com. de la Nación.

(3) arts. 3, 5, 8, 9, 18, 20, 21, 37 y 40 de la CDN.; Arts. 595 inc. c), 607 incs. a), b) y parte final y art. 706 del (2) Art. 1, 2, 3, 4, 5, 12 de la CEDAW, aprobada por ley 23.179 en el año 1985 e incorporada a nuestra Constitución Nacional en el año 1994 (art. 75 inc. 22); art. 607 inc. b) del Cód. Civ. y Com. de la Nación; art. 3 de la ley 26.061 y art. 4 de la ley 2302.

(4) Montealegre, Eduardo (coordinador), La ponderación en el derecho, Bogotá, Universidad externado de Colombia, 2008.

(5) Andrés Gil Domínguez, "A 30 Años de la Convención Sobre los Derechos del Niño", "El Interés Superior del Niño", ps. 24/26; edición 2020; Guastini, Riccardo, "Teoría e ideología de la interpretación constitucional", Madrir, Trotta, 2008, p. 88.

(6) Art. 28 de la Constitución Nacional.

(7) Art. 607 *in fine* del Cód. Civ. y Com. de la Nación.

(8) Marisa Herrera; "A 30 Años de la Convención Sobre los Derechos del Niño"; "El Derecho a la Identidad de los Niños, Niñas y Adolescentes"; edición 2020, p. 847.

(9) Corte IDH, 19/08/2014, Opinión Consultiva 21 "Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o necesidad de protección internacional".

(10) Manuel Martínez-Herrera, "La constricción de la feminidad: la mujer como sujeto de la historia y como sujeto de deseo"; Escuela de Psicología, Universidad de Costa Rica, año 2007, ps. 87/89.

(11) IDH, demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Atala Riffo e hijas c. Chile, párrafo 80.

(12) CIDH, Hacia la garantía efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección, informe noviembre 2017.

(13) "Loayza Tamayo c. Perú"

(14) Párrafo 148 de la sentencia.

(15) Párrafo 148 de la sentencia.

(16) Carlos Fernández Sessarego; El Daño al "Proyecto de Vida" en una reciente sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; p. 455.

(17) Convención de Belém do Pará.

(18) Corte IDH, 1999, (Niños de la Calle), op. cit., párrafo 142.

(19) Corte IDH, 2012 (Caso Artavia Murillo y Otros), op. cit., párrafo 135.

(20) Guía para la aplicación de la Convención de Belém do Pará, emitida por la Organización de los Estados Americanos, 2014.

(21) Arts. 1 y 2 del Cód. Civ. y Com. de la Nación.

(22) "Secretaría de Niñez, Adolescencia y Familia - SAO (E.A.) s/ medida de protección de derechos (f)" Expte. 8719-2020-CAV; 30/03/2020.

(23) Opinión Consultiva 24/2017, p. 45.

(24) Así lo prevé la legislación francesa. A la luz de los nuevos paradigmas, la palabra "mujer" debiera sustituirse por la de "persona gestante". Ley 26.743.

(25) Kemelmajer de Carlucci, Aída; "Origen biológico - Derecho a Conocer"; Cita online 0003/014287.

(26) Poisson-Drocourt, Elisabeth, "accouchement sous X. Conflit entre père par le sang et adoptants potentiels", en Recueil Dalloz, n. 43, 2003, p. 2910.

(27) Marisa Herrera - Gustavo Caramelo - Sebastián Picasso; "Código Civil y Comercial de la Nación, Comentado"; comentario al art. 607, p. 393.

(28) Art. 1, 2, 3, 4, 5, 12 de la CEDAW, aprobada por ley 23.179 en el año 1985 e incorporada a nuestra Constitución Nacional en el año 1994 (art. 75 inc. 22); art. 607 inc. b) del Cód. Civ. y Com. de la Nación.

(29) CSJN. Fallos: 330:167

(30) Fallos: 324:975

(31) Art. 41.

(32) Paula Fredes, "A 30 Años de la Convención Sobre los Derechos del Niño"; "La convención sobre los derechos del niño y el camino hacia la coparentalidad como derecho humano"; Edición 2020, p. 680.

(33) Marisa Herrera - Gustavo Caramelo - Sebastián Picasso; "Código Civil y Comercial de la Nación, Comentado"; comentario al art. 607, p. 393.

(34) art. 28 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.

Aparentes tensiones entre la autonomía de las mujeres y el interés superior del niño, en un caso de adopción

Silvina Karakasis (*)

María Marcela Pájaro (**)

Sumario: I. Introducción.— II. Un fallo con perspectiva de género.— III. El derecho a la identidad y la adopción.— IV. Los feminismos y las familias.— V. El interés superior.— VI. Las mismas aparentes tensiones, en situaciones similares.— VII. Un mínimo desacuerdo. Colofón.

I. Introducción

En estas líneas intentaremos exponer las tensiones que se producen entre ciertos intereses —reales o aparentes— de niñxs **(1)**, en contraposición a los de las mujeres que lxs gestan, tema que el fallo que se comenta resuelve con éxito.

En apretada síntesis, se trata de un caso en el que una joven mujer embarazada decide la entrega para adopción del niñx que ha gestado. Dice vivir con su madre, a quien le ha ocultado el embarazo, y pide que no se indague con su familia la posibilidad de actuar como soporte de crianza del niñx, ni de asumir sus cuidados, ya que, obstaculizaría su voluntad de no maternar, además de poner en riesgo su propio soporte familiar, tanto afectivo como económico. Manifiesta categóricamente que la permanencia del niñx en su entorno familiar afectaría gravemente su propio proyecto de vida.

Solicita por medio de su letrada no tomar contacto con el niñx una vez producido el alumbramiento, ni ser informada de su sexo; tampoco ratificar su decisión en el plazo de 45 días que impone el art. 607, inc. b), del Cód. Civ. y Com.

Del relato de la mujer surge que se trató de un embarazo no deseado, producto de una relación ocasional. Si bien su intención fue interrumpir el embarazo, esto no fue posible. Cabe aclarar que, al tiempo del embarazo, no se había sancionado aún la ley 27.610 **(2)**. Sin embargo, existían causales admitidas, por lo que la joven recurrió al acompañamiento de una organización feminista —las Socorristas en Red—, no obstante lo cual la práctica fue desaconsejada, motivo por el cual se le ofreció como alternativa la adopción.

Se desprende de los considerandos del fallo el evidente conflicto de la mujer con esa maternidad y con las implicancias que conllevarían para su propia vida familiar y proyecto vital.

(*) Abogada; coordinadora de Asuntos Legales e Institucionales de la Secretaría de Niñez, Adolescencia y Familia de la Provincia de Río Negro.

(**) Jueza de la CCiv. Com. Min. Fam. y Cont. Adm. 3ª Circ. Judicial de la provincia de Río Negro.

(1) Para continuar con la elección de la jueza de utilizar la "x" en su fallo para no develar el sexo asignado del niñx de que se trata, este trabajo es redactado de modo inclusivo con dicha modalidad.

(2) La ley de Acceso a la Interrupción Voluntaria del Embarazo fue sancionada el 30/12/2020.

La jueza resuelve hacer lugar a los pedidos de la mujer, para lo cual —una vez producido el alumbramiento— redacta la sentencia omitiendo consignar los datos que la gestante solicitó ignorar, haciendo lugar a la adoptabilidad con declaración de inconstitucionalidad de los arts. 595, inc. c), y 607, parte final, del Cód. Civ. y Com. y disponiendo que, firme el fallo, se requieran los legajos de adoptantes para la inmediata guarda preadoptiva.

II. Un fallo con perspectiva de género

La obligación de juzgar con perspectiva de género es considerada por sus detractores como una moda pasajera y parte de la "ideología de género", entendida como una suerte de cruzada fanática en contra de los valores tradicionales de la sociedad, si es que estos valores existieran.

Muy lejos de ello, esta forma de interpretación judicial es obligatoria para la judicatura de los Estados signatarios de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), obligación que se deriva del hecho de que todos los Estados que han ratificado esta Convención se han comprometido a lograr la equidad entre mujeres y hombres, y para hacerlo en el ámbito de la administración de justicia tienen que interpretar y aplicar las leyes desde la perspectiva de género. La República Argentina, además, se ha obligado constitucionalmente a implementar acciones positivas hacia el colectivo de las mujeres, lo que incluye justamente que todos los poderes asuman esta obligación de planificar e implementar políticas específicas dirigidas hacia ese grupo históricamente desaventajado y remover los obstáculos que limitan de hecho la libertad y la igualdad.

Natalia Gherardi explica: "El Poder Judicial, como garante del acceso a la justicia, debe revisar los esquemas de desigualdad que determinan el diseño y las posibilidades para materializar los proyectos de vida de las personas. Para eso, es preciso reconocer que en su trabajo existe el potencial para transformar las desigualdades formales, materiales y estructurales de la sociedad. Para que el Poder Judicial pueda ser un agente e instrumento de cambio de las condiciones de opresión y discriminación de las mujeres, se requiere un ejercicio de deconstrucción de la forma en que hasta ahora se ha interpretado el Derecho agregando un prisma particular de análisis: la perspectiva de género" **(3)**.

Contrariamente a lo que muchos operadores del derecho creen, la perspectiva de género no implica necesariamente que exista un contradictor masculino. Juzgar con perspectiva de género requiere de quien analiza un caso un enfoque basado en los derechos humanos, para apreciar y considerar —con la debida sensibilidad— las notas y características específicas de la situación, las desigualdades, vulnerabilidades y su interseccionalidad que, como sabemos, potencian la desigualdad.

Esta mujer joven, estudiante, que aún depende de su familia y no cuenta con vínculos familiares que puedan comprender y ayudar en su decisión, demanda una mirada comprometida. Juzgarla con perspectiva de género importa, valga la aparente contradicción, no juzgarla. Apartar los sesgos moralizantes que muchas veces tiene la labor judicial y facilitar el tránsito de la situación que atraviesa, hacia una solución que proteja al niñx, pero a la vez no exponga ni revictimice a esta joven.

III. El derecho a la identidad y la adopción

El art. 8º de la Convención sobre los Derechos del Niño, es conocido —junto con el 7º y el 11— como el artículo argentino. Su texto reza que "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" y "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".

En el texto de este art. 8º subyace la parte más siniestra de la historia argentina. La apropiación criminal de niñxs durante la última dictadura cívico militar ha impactado en la regulación y las prácticas de nuestro país en materia de adopción. Está fuera de discusión que el sistema

(3) GHERARDI, N., "Juzgar con perspectiva de género. Estrategias para avanzar en el acceso a la justicia", en BERGALLO, Paola (coord.) – MORENO, Aluminé, *Hacia políticas judiciales de género*, Ed. Jusbaires, Buenos Aires, 2017, p. 290.

de apropiación organizado, con maternidades clandestinas donde tras el parto las madres eran asesinadas y desaparecidas, es un hecho brutal de semejante magnitud que no debe ser olvidado ni soslayado. Solo la organización pacífica y perseverante de Abuelas de Plaza de Mayo pudo evitar no solo que la búsqueda no cese hasta nuestros días, sino que los crímenes no quedaran en el olvido y fueran castigados.

Aquellos niñxs —y las personas adultas que hoy son— fueron apropiados en muchos casos, por los propios asesinos o cómplices de la muerte de su propia familia. Al horror de la apropiación se agregaba la inscripción falsa o las adopciones de aparente legalidad sustentadas —con connivencia judicial— en relatos falsos de los hechos por los que ese niño o niña había llegado a la familia adoptiva. Por su parte, lxs apropiadores aparecían como personas dignas y probas motivadas por intereses altruistas para salvar a esos niñxs, verdaderas "víctimas inocentes", del destino a que sus progenitores les habían condenado.

La perversidad de esas situaciones además, de resultar intolerable, ha marcado a la sociedad argentina y también a lxs operadores que tienen a cargo, en la actualidad y muy lejos de esos días siniestros, el abordaje de las situaciones de adoptabilidad.

La antropóloga social Carla Villalta analiza el impacto de la apropiación criminal y destaca, por una parte, que "el discurso construido sobre la apropiación criminal de niños, junto con la evidencia de que a muchos de esos niños —que lejos de haber sido abandonados habían sido arrebatados brutalmente a sus padres— les fueron aplicadas categorías y procedimientos diseñados y normalmente utilizados para otra población", lo que "condujo a revalorizar tales procedimientos, a otorgarles nuevos sentidos y a cuestionar las prácticas institucionales que habían regido en materia de adopción" **(4)**.

De los cuestionamientos al interior de las propias prácticas, por ejemplo, se ha mantenido en la legislación nacional la figura de la adopción simple, como herramienta para evitar que se supriman los lazos familiares de origen.

La reforma en materia de adopción que en 1997 trajo ley 24.779, ya en concordancia y armonía con la Convención sobre los Derechos del Niño, incorporó como derecho el de conocer los orígenes con el correlativo compromiso ineludible de los progenitores adoptantes a dar a conocer al hijx estos orígenes y el acceso a expediente a partir de la edad de 18 años.

En cuanto a la tramitación, la ley prohibió las entregas notariales y las guardas administrativas. La intervención judicial se impuso en todos los casos con una finalidad de garantizar la transparencia de los procesos, con participación —algo velada— de progenitores de origen. Fue recién con la entrada en vigencia del actual Código Civil y Comercial, cuando la regulación de la adopción adquiere una implementación plenamente garantista, no obstante lo cual debe reconocerse que la ley 24.779 fue un importante paso adelante en materia de reconocimiento y ejercicio de derechos.

Con el transcurso del tiempo y la revelación pública de las situaciones de apropiación criminal, podemos sostener que no hay actualmente aprobación social de aquellas prácticas. Dicho esto sin desconocer que todavía acontecen situaciones irregulares disfrazadas de adopción, pero con cabal rechazo social, en la inteligencia de que estas prácticas resultan reprochables y vulneratorias de derechos.

Hoy día, quienes buscan adoptar tienen claridad acerca de la importancia de conocer los orígenes, preservar vínculos que pudieran resultar significativos y de acceder a la información de la propia historia, por dolorosa que sea, en cualquier etapa de la vida y sin límite de edad.

Pero retomando la idea originaria de este capítulo, lo que se pretende cuestionar es que tal vez sea nuestra historia la que nos coloca en situaciones dilemáticas, cuando lo que está en juego es el derecho de las infancias a vivir en familia. Villalta **(5)** explica que este discurso biologicista ha impactado en el sistema actual de adopciones que no se producen en aquel contexto, generando tensiones en el debate acerca

(4) VILLALTA, C., "Estrategias políticas y valores locales. El impacto de la apropiación criminal de niños en la sociedad argentina", en *Pensar la infancia desde América Latina: un estado de la cuestión*, CLACSO, Buenos Aires, 2013, p. 14.

(5) Ob. cit.

de las formas de garantizar los derechos de los niños y las niñas.

El art. 8º de la Convención sobre los Derechos del Niño, manda preservar las relaciones familiares de conformidad con la ley y sin injerencias ilícitas. Una forma de preservar es justamente que el Estado sea un garante real y no meramente declamativo del derecho a conocer los orígenes. El derecho a vivir en familia se satisface primeramente en el seno de la propia familia de origen, pero esto no implica que no deba evaluarse cada caso concreto y analizar si es esa la alternativa que mejor satisface el interés superior, considerando el caso concreto y con una perspectiva de derechos humanos.

Así las cosas, tal vez deba revisarse la forma en que valoramos la necesidad de agotar los recursos familiares de origen al momento de decidir una adopción y en especial nuestra lectura del penúltimo párrafo del art. 607 del Cód. Civ. y Com., en cuanto impide la declaración de adoptabilidad cuando algún familiar o referente afectivo ofrece asumir la guarda o tutela. ¿Es esta norma un imperativo de búsqueda para los organismos proteccionales? Y si lo es, ¿cómo lo valoramos, a luz de la voluntad libre e informada de los progenitores de origen?

IV. Los feminismos y las familias (6)

Ciertos sectores del feminismo radical son especialmente críticos de las estructuras familiares modernas. Sulamyth Firestone remarcaba que las mujeres, antes del surgimiento del control de la natalidad, estuvieron subordinadas a su propia biología y que ello, las llevó a necesitar de la protección de los varones de la familia con la consecuente subordinación a ellos. Sin embargo, sostenía "la familia nuclear es tan solo de una forma evolutiva reciente, forma, que (...) intensifica aún más las servidumbres psicológicas de la familia biológica" **(7)**.

No es intención de este trabajo cuestionar la importancia de las familias y de las relaciones familiares, pero sí poner en debate el lugar preponderante que se otorga a los vínculos de sangre. Las familias pueden ser espacios democráticos de desarrollo de cada uno de los individuos que la componen y también lugares de opresión y vulneración de los derechos de dichos sujetos. En las familias puede encontrarse un remanso de amor y seguridad, pero también un espacio de sometimiento del que se quiere escapar.

La democratización familiar, la constitucionalización de los vínculos que las reformas legales han incluido, no se ven plasmadas en la realidad de muchísimas familias. Es necesario tomar conciencia de esta realidad, para no romantizar el concepto.

El constructo social al que llamamos familia ofrece múltiples formas y composiciones que deben ser analizadas en cada caso en concreto a la luz de los principios del derecho.

Cuando una mujer que ha decidido no maternar pide que se resguarde su privacidad, está defendiendo un derecho personalísimo que debería ser respetado. Si revelar su decisión pone en riesgo su proyecto de vida y su propio derecho a la vida familiar, atenta contra su derecho a la libertad y la igualdad desestimar sus requerimientos. La única igualdad posible se da entre quienes son reconocidos como individuos.

Es habitual que se asigne a las mujeres un rol de "ser para otros" con prevalencia sobre "ser para sí mismas". Se trata de exigencias de renunciamiento dentro de una cultura sacrificial, en la cual las mujeres son las víctimas propiciatorias.

Si bien los aportes de los movimientos feministas interpelan teorías y prácticas individuales y colectivas, familiares e institucionales, todavía se filtran visiones enraizadas en el mito del "instinto materno". "Este mito constituye una de las construcciones centrales a partir de las cuales la maternidad puede ser pensada, sentida y ejercida por los sujetos sociales, como una reali-

(6) "Hoy en día, hacemos uso de la palabra 'familias' —en plural— para hacer referencia a múltiples organizaciones familiares, reconociendo en ellas una de las características destacadas: la diversidad" (OTERO, M. F. – VIDETTA, C., "Adopciones. Un modelo psicojurídico para los procesos adoptivos. Análisis, acciones y propuestas concretas de abordaje", Ed. Noveduc, Buenos Aires, 2021, p. 24.

(7) FIRESTONE, Shulamith, "La dialéctica del sexo. En defensa de la revolución feminista", Ed. Kairós, Barcelona, 1973, p. 19.

dad objetiva, universal y natural que la torna incuestionable en su modo de ser y de entenderla. Opera exaltando la imagen de la 'mujer-madre' como aleación naturalmente verdadera, cimentada sobre sólidas bases objetivas de tipo biológico —capacidad reproductiva femenina—, al mismo tiempo que le otorga mágicamente una cualidad o propiedad subjetiva que le es indisociable: el 'amor materno', a partir del cual la función materna queda socialmente significada.

"En esta dinámica, la natural capacidad biológica para engendrar, es traspasada al plano social como natural capacidad amatoria, constitutiva de la 'esencia' de cada mujer, e independiente de cualquier circunstancia histórica e individual" **(8)**.

La decisión de entregar en adopción materializa una transgresión a este mito, por demoler el mandato "natural" que asigna irremediablemente a las mujeres las tareas de protección-cuidado-reproducción.

Si la mujer no desea maternar, pero cree que su familia va a forzarla a conservar a esx hijx, sabemos que más temprano que tarde esas relaciones familiares se verán afectadas negativamente. De allí que podemos cuestionar si efectivamente, mantener al niñx en su familia de origen supera el test del interés superior que marca la Convención.

La preferencia por la familia de sangre no reviste carácter absoluto y puede, en determinadas circunstancias que así lo justifiquen, ser desplazado. Para ello, el Código Civil y Comercial ha diseñado las herramientas que preservan el derecho a la identidad.

V. El interés superior

Una de las definiciones más precisas de este principio se encuentra en el art. 3º de la ley 26.061, que lo describe como "la máxima satisfacción integral y simultánea de derechos". De allí que cada situación deba ser analizada desde una mirada holística **(9)** y situada, evitando soluciones simplistas sesgadas por la imposición de dogmas y apriorismos a ultranza.

El Comité de los Derechos del Niño ha establecido que "Aplicar el enfoque del interés superior del niño en el proceso de toma de decisiones entraña evaluar la seguridad y la integridad del niño en ese preciso momento; sin embargo, el principio de precaución exige valorar también la posibilidad de riesgos y daños futuros y otras consecuencias de la decisión en la seguridad del niño" **(10)**.

Es imperioso, al decidir un caso como el de marras, encontrar un equilibrio entre el interés superior del niñx de que se trata y su madre de origen. Entendemos, al igual que la magistrada neuquina, que el requerimiento de la mujer de que no se convoque a la familia extensa, de ningún modo avasalla el interés superior de ese niñx. Al respecto, "es posible señalar que siendo legítimo que una mujer pueda no desear ser madre, la institución de la adopción se constituya en una alternativa válida, para que ese niño/a sea 'ahijado' por otras personas, principalmente en aquellos casos en que no hay presencia del padre y no existen posibilidades definidas por la madre de que otro integrante familiar asuma la crianza. En este caso y considerando el costo emocional que tal situación trae aparejada a la subjetividad del niño/a y a la constitución de su identidad, el mismo se enfrentará durante su crecimiento, a la dura realidad del 'no deseo' de su madre/padre, como motivo/verdad de la causa de su entrega. Esta entrega dolorosamente lo desvincula de sus padres de origen, pero a la vez —al ser 'en adopción'— le posibilita el acceso a otra relación vincular que garantiza su crianza" **(11)**.

(8) ALTAMIRANO, F. – ARMANINI, A. – GONZÁLEZ, M., "La adopción: una mirada no hegemónica", disponible en *http://surargentina.org.ar/material-interes/material/07_adopcion/03_articulos_de_interes/la_adopcion_una_mirada_no_hegemonica_florencia_altamirano_adriana_armanini_marcelo_gonzalez.pdf*, p. 5.

(9) Comité de los Derechos del Niño, obs. gral. 14: "El objetivo del concepto de interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño..." (párr. 4º). "El Comité espera que los Estados interpreten el término 'desarrollo' como 'concepto holístico que abarca el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social del niño'"; obs. gral. 5, párr. 12.

(10) Comité de los Derechos del Niño, obs. gral. 14, párr. 74.

(11) ALTAMIRANO, F. – ARMANINI, A. – GONZÁLEZ, M., ob. cit., ps. 3-4.

No puede tampoco soslayarse que la adopción está incorporada en la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 21) **(12)** para aquellos Estados parte que lo permiten en su sistema legal, con compromiso de que el interés superior del niño sea la consideración primordial. Solo puede ser autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niñx en relación con sus progenitores, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario.

Esto significa que, verificadas las condiciones y garantías previstas, la opción de la adopción satisface adecuadamente el derecho a vivir en familia.

Ahora bien, no ignoramos que nuestro país fue condenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos justamente en un caso de adopción, pero la situación del caso "Fornerón" dista mucho de asemejarse a la del caso que nos ocupa. En "Fornerón", la niña fue entregada por su madre en guarda preadoptiva a un matrimonio, sin el conocimiento ni el consentimiento del padre biológico, quien, además, fue privado del contacto, con absoluta pasividad estatal. La autoridad judicial, no solo cohonestó la situación irregular, sino que, con basamento en un concepto estereotipado de familia, optó por mantener a la niña con la pareja adoptante **(13)**.

Otro precedente del tribunal interamericano en esta materia es "Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala" **(14)**. Allí se condenó una adopción internacional que, sobre la base también de conceptos estereotipados y prejuicios, separó hermanos y descartó la posibilidad de que la abuela asumiera el cuidado, omitiendo además la obligación estatal de prestar asistencia a la familia extensa para permitirle ahijar a esos niños.

Pero la Corte Interamericana también ha sido clara y contundente en cuanto al derecho humano a determinar la propia biografía. En "Artavia Murillo" **(15)**, en los conceptos referidos a la privacidad y la autonomía, sostuvo "Punto 142: El art. 11 de la Convención Americana requiere la protección estatal de los individuos frente a las acciones arbitrarias de las instituciones estatales que afectan la vida privada y familiar. Prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, enunciando diversos ámbitos de la misma como la vida privada de sus familias. En ese sentido, la Corte ha sostenido que el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública. Además, esta Corte ha interpretado en forma amplia el art. 7º de la Convención Americana al señalar que este incluye un concepto de libertad en un sentido extenso como la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. La libertad, definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana. Asimismo, la Corte ha resaltado 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. Punto 143: El ámbito de protección del derecho a la vida privada ha sido interpretado en términos amplios por los tribunales internacionales de derechos humanos, al señalar que este va más allá del derecho a la privacidad. La protección a la vida privada abarca una serie de factores relacionados con la dignidad del individuo, incluyendo, por ejemplo, la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus propias relaciones personales. El concepto

(12) La República Argentina ha hecho una reserva con relación a los incs. b) a e) del art. 21, por ley 23.489, por lo que resultan inaplicables.

(13) 27/04/2012, "Fornerón e hija vs. Argentina" (fondo, reparaciones y costas).

(14) 09/03/2018, "Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala".

(15) 28/11/2012, "Artavia Murillo y otros ('fecundación *in vitro*') vs. Costa Rica" (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).

de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior. La efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada es decisiva para la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona. La vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás, y es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad. Además, la Corte ha señalado que la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres. Teniendo en cuenta todo lo anterior, la Corte considera que la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye, en el presente caso, la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico".

En "Atala Riffo" **(16)** la Corte Interamericana puso en crisis la idea de "abnegación materna", cuestionando que se exigiera a la madre renunciar a su derecho a la autodeterminación, como condición para ejercer su maternidad.

Siguiendo esta lógica, desestimar el pedido de una mujer en situación de vulnerabilidad que ha venido al sistema legal en busca de auxilio, por la interpretación rígida de la ley, no deja de configurar una vulneración de derechos.

La única conclusión posible parece ser que la definición de este tipo de situaciones debe ser estrictamente casuística y basada en un análisis y valoración de las particularidades del caso.

VI. Las mismas aparentes tensiones, en situaciones similares

En los últimos años se han suscitado diversas situaciones que más allá de sus particularidades, coinciden en gran medida con las tensiones resueltas en el fallo de Neuquén que aquí comentamos. Veamos qué aportes trae la jurisprudencia.

VI.1. Situación de Tandil **(17)**

Una mujer manifiesta a través de su letrada la voluntad de entregar en adopción a la niña recién nacida. La jueza solicita intervención al organismo de protección de derechos y la niña es acogida por una familia solidaria, mientras se indaga respecto de las posibilidades de permanencia en su familia de origen, que finalmente son descartadas por el órgano administrativo tras mantener distintas entrevistas con ella y su familia ampliada.

Por otro lado, la jueza ordena estudios de ADN de quien la progenitora consignara como presunto progenitor —tras ser intimada a ello— y de la niña recién nacida, para determinar su origen biológico. Debido a la pandemia por COVID-19, el estudio no se puede llevar a cabo. No obstante, se cita a audiencia a la progenitora y al presunto progenitor, quienes no se presentan. Finalmente, reitera la citación al hombre, advirtiendo que en caso de no comparecer se considerará que no tiene interés en ejercer su eventual responsabilidad parental y la niña será declarada en estado de adoptabilidad. Si bien otra vez no concurre, tardíamente se presenta expresando desconocer si es el progenitor de la niña, y que en nada cambiará constatarlo toda vez que considera que la decisión de la progenitora es la correcta.

Frente a esto, la jueza resuelve que, más allá de disponer el estado de adoptabilidad de la niña frente a la voluntad libre de la progenitora y el certero desinterés del presunto progenitor, se deberá realizar la pericia de compatibilidad genética a fin de garantizar a la niña, en caso de que así se constate, su derecho a la identidad y a conocer sus orígenes, así como otras cuestiones de relevancia para su salud. A tal fin, adelanta que de acuerdo con los resultados del análisis, solicitará al hospital copia de la historia clínica del señor para que sea preservada en el expediente judicial.

En su análisis, la jueza cita a Nelly Minyersky: "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 ('El

(16) 24/02/2012, "Atala Riffo y Niñas vs. Chile" (fondo, reparaciones y costas).

(17) Juzg. Fam. Nº 1 Tandil, 13/08/2020, "F. M. V. s/ abrigo", MJ-JU-M-127494-AR.

impacto del proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación en instituciones del derecho de familia', p. 80)".

En este caso, la situación concreta es examinada desde una mirada opuesta a visiones biologicistas, advirtiendo que la sola consanguinidad no determina ser parte —en el sentido de permanencia y pertenencia— de una familia, enfatizando la necesidad de las relaciones socio-afectivas: "Si tenemos en cuenta que no podemos hablar de familia, sino de familias, es también discutible a qué 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 solo 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".

La perspectiva de género también atraviesa el análisis y la resolución de este caso, en el convencimiento de que se debe "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 autonomía aparece en este fallo como eje central de la decisión frente a la tensión con el interés superior de la niña: "¿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 (...). [E]n 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".

En este sentido, con relación a las posibilidades de permanencia con la familia de origen, agrega que "citar a los abuelos u otro referente afectivo a los que alude la norma referida (...) 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".

Finalmente, se resuelve declarar anti-constitucional y anti-convencional a la última parte del art. 607, Cód. Civ. y Com., "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*".

VI.2. Situación de Viedma **(18)**

Por su parte, ante una situación similar al fallo comentado, la Cámara de Apelaciones de Viedma hace lugar a la impugnación del organismo de protección integral de derechos de San Antonio Oeste, donde se cuestiona la intimación —bajo apercibimiento de iniciar acciones penales— del Juzgado de Primera Instancia para elaborar el acto administrativo correspondiente a una medida excepcional de protección de derechos, así como la obligación de indagar respecto de la familia de origen materna y paterna de la niña recién nacida para evaluar las posibilidades de permanencia.

En este caso, la mujer oculta el embarazo, y antes de parir se traslada a otra localidad a fin de no develarlo ante su grupo familiar. Refiere que desconoce datos respecto del progenitor, y solicita que no se anoticie ni se indague con su familia ampliada. Es importante destacar que

(18) CCiv. Com. Fam. y Min. Viedma, 17/04/2020, "Secretaría de Niñez, Adolescencia y Familia (SAO – EA) s/ medida de protección de derechos (f)".

el organismo toma conocimiento acerca de la voluntad de la progenitora antes del nacimiento de la niña. Tras una serie de intervenciones concluye que su interés superior se garantiza respetando la voluntad autónoma de la mujer gestante, ya que, anoticiar al grupo familiar con el que convive, violentará su libertad y la forzará a maternar, repercutiendo esto en el desarrollo holístico y la construcción subjetiva de la niña. En este sentido, el organismo cuestiona "la postura extremadamente biologicista asumida en el fallo en crisis, la que resulta contraria tanto a la construcción subjetiva como a la salud integral y bienestar general de la recién nacida, y por ende, a su interés superior". Se argumenta que dicha acción impondrá una intervención paternalista pasible de generar violencia institucional.

También se cuestiona la orden de disponer una medida excepcional de protección de derechos en el plazo de tres horas, toda vez que el organismo ya había anticipado que no se daban los requisitos legales para su disposición. Se alega que se advierte una imposición discrecional que violenta el principio republicano de división de poderes. Según el organismo, se había alojado a la niña en una familia solidaria en el marco de una medida de protección integral de derechos ordinaria, la cual no requiere control de legalidad, hasta tanto se resolviera el trámite judicial iniciado por el art. 607, inc. b), del Cód. Civ. y Com.

El organismo objeta también "la referencia que se realiza respecto al fallo 'Fornerón' de la CIDH, alegando que las circunstancias del mismo no pueden ser aplicadas a la presente situación, en tanto aquí no hay posibilidad de identificar al presunto padre".

Por su parte del Ministerio Público adhiere en todo lo concerniente al planteo del organismo proteccional.

El tribunal considera que "la medida que ha tomado el organismo proteccional se encuentra dentro sus facultades y ámbito de competencia como autoridad administrativa de aplicación de la ley D 4109, luego de haber evaluado la misma —a partir del trabajo interdisciplinario de distintos organismos de salud y del Senaf—, como la mejor alternativa de acuerdo con las circunstancias del caso que preserva y garantiza los derechos humanos de la niña E. y también respeta los de su madre".

Agrega que "frente a la decisión libre, clara e informada de la madre (quien lo expresara en distintas ocasiones, puntualmente al iniciar con debido patrocinio letrado las actuaciones 'A. I. A. s/ declaración de adoptabilidad' (...) así como de no dar noticia a sus familiares respecto de su embarazo primero y luego del nacimiento de E. A., debe tener una valoración como expresión de voluntad de la progenitora, no pudiendo obligarse a A. I. A. a ir en su contra, correspondiendo que ello sea respetado por los organismos proteccionales y judiciales. Lo dicho, sumado a la falta de información acerca de la identidad del progenitor, y cuando dada la convivencia de la progenitora con su familia de origen tampoco puede darse la guarda de la niña a este grupo familiar o ampliado habida cuenta que quien en definitiva va a ejercer su cuidado es la propia madre dado el contexto que la rodea, quien —reiteramos— se expresó decididamente acerca de su deseo de no ver a la niña, ni tener contacto, incluso luego del alumbramiento, de modo que tal intención sería una clara intromisión contra la voluntad concreta expresada a lo largo del tiempo por la progenitora de no querer ejercer el maternaje, nos lleva a la conclusión de que la medida adoptada por el organismo proteccional ha sido razonable, fundada, ajustada a derecho, y debe ser convalidada, entendiendo que la misma lo ha sido en interés de la niña, quien se encuentra bajo el cuidado de una familia solidaria en un espacio de contención familiar y hasta tanto se resuelva su situación de adoptabilidad o se tome otra decisión a su respecto por parte de la Sra. Jueza actuante en el marco de su función jurisdiccional".

Finalmente, el Tribunal hace lugar al recurso de apelación "porque la voluntad libre e informada manifestada por la progenitora en cuanto a su decisión de no ejercer el maternaje de la recién nacida, acompañada de la decisión —sea por el motivo que fuere—, de no brindar información suficiente para identificar al progenitor de la niña, así como de no dar noticia a sus familiares respecto de su embarazo primero y luego del nacimiento de E. A., debe tener una especial valoración como expresión de voluntad de A. I. A., la que corresponde que sea respetada por los organismos proteccionales y la judicatura (más allá de las decisiones o nuevas medidas que pueda tomar la Sra. Jueza actuante en el ámbito de su función jurisdiccional". Asimismo, se hace saber al organismo que deberá remitir informes

periódicos respecto de la situación de la niña a la judicatura para su valoración.

VI.3. Situación de Córdoba **(19)**

En este caso, el organismo de protección de derechos dispone una medida excepcional implementada en una familia de acogimiento, en favor de un niño recién nacido a raíz de la voluntad de la progenitora de no maternar en el marco del art. 607, inc. b). La mujer manifiesta la "negativa a aportar datos de contacto de la familia extensa (...), como así también a identificar al progenitor y a proceder a la inscripción del niño (...) y de igual modo su negación a elegir el nombre para el recién nacido".

La Judicatura dispone el estado de adoptabilidad del niño, y argumenta que "[e]l solo hecho biológico del vínculo gestacional por sí, no puede enlazar de por vida a dos personas como si no existiese, en la persona adulta de la díada, un raciocinio propio de su humanidad y como si se redujese la relación madre-hijo a una atadura meramente biológica y definida por un hecho corporal, suprimiendo de cuajo la intervención de la voluntad".

VII. Un mínimo desacuerdo. Colofón

Si en algo disentimos con el fallo comentado, es en la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 595, inc. c), y 607, parte final, del Cód. Civ. y Com.

Consideramos más bien, que dichas normas no colisionan con la Constitución Nacional, ni con los instrumentos de Derechos Humanos que nuestro país ha suscripto, sino que resultan inaplicables al caso concreto.

Germán Bidart Campos explicaba que la cuestión radica en la aplicación o la interpretación de la norma a un caso concreto "cuyas circunstancias no toleran esa aplicación o esa interpretación. En este supuesto, que no debe ser desatendido, carece de sentido declarar la inconstitucionalidad de la norma con efecto general derogatorio, puesto que el vicio no radica en lo que ella dispone, sino que es la particularidad del caso sobre el cual recayó la que provoca la inconstitucionalidad en ese caso" **(20)**.

Los principios que rigen la adopción no pueden ser interpretados aislada o apriorísticamente, sino de manera holística y en interconexión con todo el cuerpo jurídico **(21)**, para determinar la solución que más derechos garantice para todas las personas involucradas, a través de mecanismos de ponderación. La perspectiva de género y la perspectiva de niñez deben guiar los procesos, tanto en el análisis y las decisiones, como en las prácticas de operadorxs judicialxs y administrativxs.

Las normas en cuestión son la derivación lógica de un sistema de adopción garantista que busca proteger al máximo los derechos de todas las personas involucradas en el proceso.

Para quienes deciden la entrega en adopción, que lo hagan de modo libre e informado, con tiempos suficientes para la reflexión y a salvo de presiones o intereses espurios.

Para lxs niñxs, que su interés superior sea principio rector, que tengan voz, sean oídos y que su opinión sea tenida en cuenta. Que su derecho a la identidad se vea asegurado, con acceso a su historia y preservación de sus vínculos familiares, cuando los hubiera, fuera posible y esos vínculos fuesen beneficiosos.

Para todxs, con el reaseguro de un proceso transparente, respetuoso de las individualidades y en el que las normas se ajusten a las personas, quienes, en definitiva son las protagonistas del derecho.

(19) Juzg. Niñez, Adol., Violencia Familiar y Género de 7ª Nom. Córdoba, 21/10/2019, "O. M., C. - control de legalidad (ley 9944 - art. 56)", sent. 5, disponible en *https://actualidadjuridicaonline.com/jurisprudencia-declaracion-de-adoptabilidad-concepcion-sin-voluntad-procreacional-entrega-en-adopcion-proteccion-a-la-dignidad-libertad-intimidad-y-privacidad-de-la-mujer-gestante-manifestacio/*.

(20) BIDART CAMPOS, Germán, "El derecho de la constitución y su fuerza normativa", Ed. Ediar, Buenos Aires, 2004, p. 405.

(21) Cód. Civ. y Com., arts. 1º y 2º.

GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Pareja unida en unión convivencial. Autorización de la práctica. Efectos. Inscripción.

Con nota de Paola Dauria y Romina Tissera Costamagna

1. — La gestación por sustitución debe ser autorizada, porque constituye para los solicitantes, unidos en convivencia la única oportunidad real de ejercer su derecho fundamental a formar una familia y de ejercer una maternidad y una paternidad responsables y en igualdad de condiciones que los demás. Se tiene en cuenta que la gestante tiene plena capacidad, fue debidamente informada (consentimiento médico firmado), contó con asesoramiento legal, posee buena salud física y psíquica; que uno de los integrantes de la pareja aportará sus gametos; que los peticionantes no pueden concebir y tampoco llevar un embarazo a término; que la gestante no ha aportado sus gametos; que la gestante no ha recibido retribución de ningún tipo; que prestará su vientre ahora, luego de un profundo análisis dentro de su entorno familiar.

2. — No estamos en el supuesto de cosificación o explotación de la mujer gestante. También debe descartarse el concepto de "explotación" de la madre sustituta, ya que el objetivo de la gestante es totalmente altruista, oficiando de vehículo para que el deseo de los futuros padres pueda hacerse realidad. No hay de por medio una finalidad económica. Existe entre los involucrados una relación de profunda amistad, también se ha trabajado respecto a esa cuestión, concluyéndose que ambas partes se encontrarían preparadas tanto a nivel psíquico como emocional para afrontar el embarazo y posterior nacimiento del futuro bebé, sin que se adviertan motivos para generar confusión en los roles parentales futuros.

3. — El derecho humano y fundamental de acceso integral y sin ninguna clase de discriminación a las TRHA garantiza que, en aquellos casos donde se verifica una incapacidad de desarrollo de un embarazo, se pueda acceder a la gestación por sustitución, quedando en claro que no existe vinculo genético entre la madre gestacional o portadora y el bebé. La identidad de origen y la gestacional no tienen por qué desplazar en importancia a la identidad que confiere el curso de la vida, en la faz dinámica que revela su configuración compleja y que estará a cargo de quienes tuvieron la intención y el interés procreacional, no son manifestaciones excluyentes, sino por el contrario son complementarias.

4. — El impedimento gestacional de la pareja que ha expresado ampliamente su voluntad procreacional recurriendo a una TRHA, no puede constituir un obstáculo al derecho a la identidad del niño por nacer y a la conformación de la familia. Este deberá ser inscripto como hijo de los solicitantes.

Juz. Familia. Nro7, Viedma, 31/03/2021. - Reservado s/ autorización judicial.

[Cita on line: AR/JUR/111293/2021]

Expte. N° 0740/20/UP7

1ª Instancia.- Viedma, marzo 31 de 2021.

Resulta: I. Que se presentaron los Sres. M. del C. V., DNI ... y M. S., DNI ... por derecho propio a solicitar se autorice judicialmente la implantación de sus embriones en el vientre de la Sra. R. M. A., DNI ..., quien se ofreció como portadora y gestante de hasta dos embriones por cada oportunidad que serán logrados a través de técnicas de reproducción asistida —in vitro— y a partir de óvulos de una donante anónima y del esperma aportado por el Sr. M. S. Manifiestan encontrarse unidos desde hace 18 años en unión convivencial, acreditado dicha unión con la partida de unión conviviencial de fecha 21/05/2009 compartiendo un proyecto de vida en común y familiar, aspirando desde hace largo tiempo a concretar el sueño de tener hijas/ hijos propios. En el año 2014 comenzaron la búsqueda en forma natural, luego con ayuda profesional, y ante el fracaso de la misma, realizaron una fertilización In Vitro convencional (FIV).

Luego de ello, varios intentos más con distintas técnicas hasta que llegaron al Centro de Medicina reproductiva Bariloche SRL "Fertility Patagonia" donde fueron asesorados del procedimiento de Fertilización Asistida de Alta complejidad con Ovodonación y Subrogación de vientre, requiriéndose —en tal sentido— autorización judicial para proceder a la transferencia de los embriones logrados por dicha técnica. Así en una charla muy angustiante con una amiga, R., en oportunidad de contarle que nuevamente había perdido un embarazo, ella se ofreció a llevar adelante la gestación. De esta manera, han trabajado el proyecto a nivel familiar, sobre todo con los hijos de R., dos mayores y uno menor de edad, quienes conocen completamente toda la cuestión y acuerdan acompañar a su mamá y "prestarles la panza". Aclaran que R., conoce los alcances de la práctica, ya que ella pasó por una situación similar, es decir subrogando el vientre para unos amigos en común, práctica que se autorizó en esta unidad procesal mediante expediente N° 260/17/ J7. Reafirman lo manifestado respecto de la imposibilidad de concebir de manera natural, escogiendo el mencionado método, por el cual R. será portadora, sin relación genética alguna, de hasta dos embrio-

nes producidos mediante la técnica de fecundación —in vitro— a partir de óvulos de una donante anónima y por decisión de la pareja, y el material genético del Sr. S. En función de ello, sostienen la necesidad de la autorización judicial requerida por el centro de salud para la transferencia embrionaria a los fines de evitar que la futura filiación quede determinada por las reglas de la filiación por naturaleza. Así también solicitan se ordene, al momento del parto, la inscripción del o de los nacimientos a nombre de los actores, asumiendo los mismos el compromiso de informar a su hija/o o sus hijas/os su origen gestacional en oportunidad de adquirir edad y madurez suficiente para entender los hechos acaecidos. Realizaron otras consideraciones al respecto, acompañaron prueba documental, ofrecieron la restante, fundaron en derecho y concretaron su petitorio.

II. Que atento a encontrarnos ante un caso donde la gestante se someterá por segunda vez a dicha práctica (Gestación por Subrogación), se le dio vista al Cuerpo Médico Forense del Poder judicial a los fines de evaluar: "si la gestante, tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica...", de la consideraciones periciales de dicho informe surge que: "Se han encontrado factores de vulnerabilidad que podrían afectar la voluntad de su decisión de ser gestante solidaria por segunda vez, a los 42 años de edad, llevándola a afrontar su quinta cesárea. A saber: En primer termino se debe mencionar que la peritada se encuentra sin trabajo hace casi un ano, por lo cual sin un ingreso estable mensual, habiendo solicitado a su jefe volver a realizar sus funciones laborales, sin respuesta favorable a la fecha de evaluación. Por lado expone que en el caso de llevarse a cabo la subrogación de vientre, no trabajaría en el hotel dado que se comprometería y dedicaría a su embarazo, indicando por parte de la pareja de los Sres. S. y V. una reparación de los gastos necesarios derivados de la gestación. Para mayores datos de su situación social, esta perito sugiere que deberá determinarse mediante una pericia social forense. De su estado psíquico, respecto a su funcionamiento intelectivo y razonamiento, surge que la capacidad de comprender en forma plena y acabada cada uno de los riesgos que se corren al enfrentarse a todo el proceso, durante y después, se encuentra desarrollada escasamente para su edad, con dificultad en prever ciertas situaciones y enfrentar un plan de acción para las mismas. Por su experiencia, refiere tener conciencia de que gestará un bebé que no es suyo, con empatía hacia los propensos padres. Sin embargo, describe este acto como la formación de un vinculo de amor para toda la vida. Tal es así que al referirse a la primera subrogación de vientre realizada se dirige al niño como S., a quien sus hijos le dicen primo y a sus padres tíos. Nuevamente ante esta posibilidad de ser gestante, informa que también llaman tía a la propensa madre, Sra. V., cuyo bebe será su primo/prima. Surge de la entrevista y técnicas aplicadas un intento de simulación positiva, con mejor adaptación psicosocial que aquella que realmente posee, mostrándose sumamente agradable, negando problemas psicológicos subyacentes.

Conclusiones periciales: En relación al examen pericial psicológico realizado, en función de lo solicitado, es posible concluir que: del análisis de los datos precedentes, se desprende que la Sra. A. no presenta al momento actual signos ni síntomas de patología mental que altere su Juicio de realidad, sin embargo su estado psíquico general se encuentra determinado por diversas circunstancias detalladas en las consideraciones periciales. Se encuentra, al momento de este examen, en buen estado de salud físico."

III. Así y conforme lo sugerido por el Cuerpo Médico Forense se realizó un informe social por intermedio del Equipo Técnico del Juzgado en el domicilio de la gestante, dando cuenta que: "El grupo familiar reside desde hace veinte cinco años en una vivienda de propiedad familiar que actualmente se encuentra en proceso de regularización de la misma ante el Municipio de Carmen de Patagones. La Sra. A. junto a su ex-pareja convivieron juntos durante dieciocho años en la misma vivienda. La vivienda cuenta con dos habitaciones amplias. En una de las habitaciones duerme la Sra. A. y la otra habitación es compartida por sus dos hijos. Se encuentra adaptada a las necesidades e intereses de los niños. Cuenta con un baño de uso familiar que se encuentra en buen estado, un living que se encuentra amueblado y una cocina-comedor que cuenta con el equipamiento doméstico adecuado para satisfacer las necesidades del hogar y aledaño a la cocina se encuentra el patio. Tiene los servicios básicos de luz eléctrica, agua potable pero aún no tienen instalado el servicio de gas. La familia utiliza el sistema de garrafa y de leña para garantizar las necesidades básicas del hogar. De la entrevista se desprende que la Sra. A. estuvo trabajando hasta los inicios de la pandemia en el Hotel Cristal de la ciudad de Viedma desempeñándose como recepcionista en condiciones de informalidad laboral, con ingresos de $15.000 mensuales y sin cobertura social. Anteriormente estuvo desempeñándose en casas particulares y negocios de la zona como empleada doméstica durante diez años en condiciones de formalidad laboral, con ingresos estables. Actualmente se encuentra trabajando de manera independiente realizando ventas de productos de Lencería y Cosmetología con un ingreso que varía entre los $10.000 y $15.000 mensuales. En algunas oportunidades junto con su hija mayor preparan viandas y se encargan de venderlas cerca de su domicilio obteniendo de esta manera otro ingreso familiar. La Sra. A. cuenta además con un campo de propiedad familiar que pertenece a ella y a sus cinco hermanos ubicado cerca de la localidad de Guardia Mitre. Actualmente el campo se encuentra alquila-

do percibiendo ella cada dos meses un ingreso mensual de $50.000. En relación a lo vincular y social se observa que la Sra. A. mantiene relación con su padre, sus hermanos quienes se visitan frecuentemente en el domicilio. El Sr. B., padre de sus tres hijos se hace cargo de los gastos vinculados a los alimentos y vestimenta de sus hijos y se responsabiliza del pago mensual de la prestación alimentaria de su hijo menor de $6.500. El Sr. B. cuenta con una carnicería de su propiedad y su hijo D. trabaja junto a su padre percibiendo un ingreso mensual de $10.000. Realiza tareas vinculadas al reparto de la carne en la zona de La Comarca y su hija Y. se desempeña laboralmente como empleada de seguridad en el Hospital "Pedro Ecay" de la ciudad de Carmen de Patagones con contrato laboral, con ingresos propios y con cobertura social. La Sra. A. percibe de manera mensual la asignación universal de su hijo menor de $3.800 mensuales. En contexto de pandemia percibió el IFE solo tres veces un monto de $10.000 mensuales. En relación a la Sra. A. refiere que actualmente controla su estado de salud con el Dr. Da Ruiz en el ámbito privado. Ha concurrido en el año 2017 a un espacio terapéutico durante un año, y actualmente no se encuentra realizando tratamiento psicológico. En relación al vínculo con la Sra. V. se desprende de la entrevista que el vínculo se inició hace cinco años en el Hipódromo de la ciudad de Viedma por intermedio de un amigo de Profesión Veterinario. Desde ese momento entablaron un vínculo que se fue fortaleciendo y se fue consolidando en una amistad. Compartieron momentos juntas en la Escuela de Equitación y empezaron a ser parte de sus proyectos de vida tomando conocimiento del deseo de la pareja de tener un hijo y los diferentes tipos de tratamientos de fertilización que han realizado en diferentes centros privados sin lograr hasta ahora resultados favorables. En este sentido la Sra. A. comparte su experiencia dónde en el año 2017 fue gestante sustituta de una pareja acompañando y apoyando el deseo de ellos de ser padres. A lo largo del tiempo la Sra. A. toma conocimiento de las grandes dificultades que sigue enfrentando la pareja y la imposibilidad para tener un hijo. En función de esto le manifiesta a la pareja el deseo de ser nuevamente gestante sustituta con el objetivo de acompañarlos en este proceso y por medio de esta forma puedan tener un hijo. Esto es vivido por la Sra. A. como un acto solidario que se refleja en poder ayudar a otros a que cumplan sus deseos y proyectos de vida. Esta situación movilizó mucho a la pareja tomando la decisión de iniciar los trámites de autorización judicial para dar inicio al proceso de tratamiento médico en el Centro Privado Fertility de la ciudad de San Carlos de Bariloche con el Doctor. Bonina y su equipo médico. Hasta la actualidad solo han mantenido entrevistas y estudios médicos en dicho centro. A partir de la entrevista domiciliaria realizada en la vivienda de la Sra. A. se observa que cuenta con recursos económicos y medios propios que le permite sostener las necesidades básicas del grupo familiar conviviente y los servicios esenciales del hogar. Se observa que la Sra. A. cuenta con las condiciones de vida propicias, con un contexto habitacional y socio-económico necesario para residir junto a su grupo familiar en la misma vivienda. Se observa que cuenta con un conocimiento previo acerca del trámite de autorización judicial como así también sus efectos y responsabilidades en dicho proceso. Se evidencia un acabado conocimiento sobre el proceso de subrogancia y la vinculación de ella en el mismo."

IV. Que mantuve entrevistas personales con las partes y la gestante con el acompañamiento de la psicóloga del ETI de esta unidad procesal, donde la Sra. A. manifiesta que entiende perfectamente de qué se trata el presente trámite, que ha sido entrevistada y bien informada sobre los riesgos y consecuencias de la técnica de fertilización asistida de alta complejidad a la que va a someterse, que ya conoce la intervención, pues ya lo pasó. Preguntada sobre qué dicen los hijos, manifiesta que sus hijos han entendido perfectamente y que la apoyan absolutamente. Los Sres. V. y S. manifiestan que esto implica cumplir un proyecto de vida, y que R. los ayudará en este "plan de vida" que ellos han decidido, y que entienden perfectamente el alcance de la autorización judicial que requieren.

V. Así también obra en el expediente el informe del ETI realizado luego de la audiencia personal mantenida con la gestante donde informan que: "Durante la entrevista a la Sra. A., pudimos observar un conocimiento general sobre el proceso de Subrogancia Uterina, con una conciencia acabada sobre lo que implica, riesgos, miedos. Al haber transitado un proceso similar, la ubica en un lugar de conocimiento, de seguridad, de poder diferenciar los distintos momentos y adversidades. Planteando el mismo cómo un proceso biológico, médico sin implicancias subjetivas. Es claro su deseo de no maternar, de completud respecto a la maternidad. Y algo muy diferenciado la maternidad de subrogar un vientre para otra pareja. En relación a su anterior participación en la subrogancia manifiesta un recuerdo positivo de la experiencia y un relato acorde desde lo subjetivo.

Opinión profesional: La Señora R. A. es totalmente consciente del proceso, la moviliza su voluntad y presenta un conocimiento personal y subjetivo sobre la práctica por la cual están solicitando la autorización, por tal motivo se sugiere la autorización Judicial."

Finalmente, pasan los autos a dictar sentencia.

Considerando:

Que el nuevo ordenamiento legal sistematiza específicamente la filiación por THRA donde "La voluntad procreacional es el elemento central y fundante para

la determinación de la filiación cuando se ha producido por técnicas de reproducción humana asistida, con total independencia de si el material genético pertenece a las personas que, efectivamente, tienen la voluntad de ser padres o madres, o de un tercero ajeno a ellos. De este modo, el dato genético no es el definitivo para la creación de vínculo jurídico entre una persona y el niño nacido mediante el uso de las técnicas en análisis, sino quién o quiénes han prestado el consentimiento al sometimiento a ellas. La voluntad procreacional debe ser puesta de manifiesto mediante consentimiento previo, informado, libre y formal. Todas las personas que pretendan ser padres o madres a través de esta modalidad deben esgrimir una declaración de voluntad en ese sentido, de manera clara y precisa; una vez otorgada, es irrevocable..." (art. 561 y 562 Cód. Civ. y Comercial). Estas nuevas prácticas médicas fuerzan a generar nuevos conceptos jurídicos y su implementación permite separar el hecho de tener hijos de la unión sexual entre el varón y la mujer, e incluso que se pueda procrear sin la participación biológico-genética de la pareja y/o sin su conocimiento. Nuestro Cód. Civ. y Comercial no regula la gestación por sustitución, esto es la utilización artificial del material genético de uno de los peticionantes con la donación de ovocitos de una donante anónima fecundado extracorpóreamente para ser implantado en un vientre que no es de quien aporta el material (madre gestante) como en el caso que nos ocupa. Argentina adoptó una posición abstencionista, al no establecer en el nuevo ordenamiento civil y comercial, como sí lo estaba en el anteproyecto en su texto originario del Art. 562 del anteproyecto sobre estas técnicas, siendo el mismo suprimido y la Comisión Bicameral (apart. VI ítem 62), estimó que "...encierra dilemas éticos y jurídicos de gran envergadura que ameritaría un debate más profundo de carácter interdisciplinario. En este contexto de incertidumbre y cuasi silencio legal en el derecho comparado, se propone de manera precautoria, eliminar la gestación por sustitución del proyecto de reforma.

No obstante ello, se afirma que no haber contemplado normativamente la gestación por sustitución "significaría una contradicción global con el régimen normativo argentino", porque la voluntad procreacional guarda afinidad con la ley 26.529 de Derechos del Paciente, cuyos arts. 1° y 2° señalan a la autonomía de la voluntad (art. 2° inc. e]). También se señala como relevante la ley 26.485 de Protección Integral de las Mujeres, que expresa como uno de sus objetivos que la mujer pueda "decidir sobre la vida reproductiva, número de embarazos y cuándo tenernos" (art. 3°, inc. e]), exige el respeto a sus creencias y libertad de pensamiento (art. 3°, inc. g), en tanto hay violencia sexual contra ellas cuando no pueden decidir voluntariamente acerca de su vida sexual y reproductiva (arts. 5°, inc. 3°, y 6°, incs. a, d y e) (Galeti, Elvio, "Un estudio jurídico complejo de la gestación por sustitución", en Revista de Derecho de Familia y de las Personas, año VII, N° 1, enero/febrero de 2015, p. 175). El texto legal finalmente sancionado tampoco prohíbe expresamente o sanciona con la nulidad de pleno derecho u otro tipo de reprimenda administrativa, penal o de otro orden, la gestación por sustitución, situación que genera incertidumbre para los que recurren a éste tipo de técnicas y para la sociedad en general al no tener pautas claras hasta que no exista una jurisprudencia consolidada, pues ello dependerá de la discrecionalidad del juzgador para cada caso. En el caso traído en autos, el mismo se trata de un matrimonio conformado por hombre y mujer, los cuales no cuentan con la posibilidad biológica de poder gestar, quedando como única vía posible de ser padres tener que recurrir a estas técnicas.

La gestación por sustitución es una Técnica de Reproducción Humana Asistida (TRHA) considerada como una figura jurídica compleja, que en alguna de sus modalidades —como es el caso de autos— pone en tela de juicio la célebre máxima del derecho romano mater semper certa est, lo que ha dado lugar al inicio del expediente con el objeto de solicitar autorización judicial a los fines de realizar la trasferencia embrionaria en el vientre sustituto mediante el procedimiento de fertilización asistida de alta complejidad con Ovodonación (ovulo de una donante anónima) y subrogación de vientre, aportando el futuro padre el esperma para que, luego de la fertilización in vitro, se le implantara el embrión a la mujer gestante. La gestación por sustitución tiende a formalizarse a partir de un acuerdo por el que una mujer, la gestante ("madre subrogada", "madre de alquiler" o "madre portadora") acepta someterse a las TRHA para llevar a cabo el proceso de gestación a favor de una persona o pareja comitente, también llamados progenitores intencionales, para quienes la mujer gestante se compromete a entregar el/la niño/a o niña/os que puedan nacer. (Scotti, Luciana Beatriz, "La gestación por sustitución y el Derecho Internacional Privado: Perspectivas a la luz del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina", Revista de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, N° 38, ene.-jun. 2015).

Como ya he manifestado anteriormente entiendo que la denominación más adecuada de esta modalidad no es "maternidad de sustitución" sino de una gestación de sustitución, pues la gestante no será madre genéticamente: el o los niños que dé a luz llevarán los genes de los comitentes. Ahora bien, como la gestación por sustitución en nuestro sistema jurídico no se halla regulada, corresponde aplicar el principio de legalidad en virtud del cual todo lo que no está prohibido está permitido (art. 19 de la Constitución Nacional). Así se lo ha entendido en las XXV Jornadas Nacionales de Derechos Civil, realizadas en Bahía Blanca (2015). En la Comisión 6 de Familia, sobre

"Identidad y filiación", cuando se trató la cuestión de la Gestación por sustitución, se concluyo por unanimidad que "[a]ún sin ley, al no estar prohibida, se entiende que la gestación por sustitución está permitida." (Unanimidad: Marisa Herrera (UBA), Guillermina Zabalza (UN del Centro de la Provincia de Bs. As.), Paula Fredes (UN de H. Río Negro), María Teresa Vega (UN de Catamarca), Ana Peracca (UN de Catamarca), Natalia de la Torre (UP), Federico Notrica (UP), Carolina Duprat (UNS), Adriana Krasnow) Según dichas interpretaciones, la falta de mención expresa de este tipo de TRHA no implica prohibición; ello con sustento, en el ámbito nacional, en el derecho que titulariza toda persona de poder intentar concebir un hijo mediante las posibilidades que las tecnologías derivadas del conocimiento científico ofrecen. Así, en el Cód. Civ. y Comercial en el art. 558 establece que: "la filiación puede tener lugar por naturaleza, por técnicas de reproducción humana asistida y por adopción". Se admite, así, una nueva fuente de filiación, las TRHA, que el nuevo código equipara a las ya reconocidas en la legislación anterior.

El Dr. Gil Domínguez considera que "—en nuestro ordenamiento constitucional y convencional, la voluntad procreacional es un derecho fundamental y un derecho humano que se proyecta en toda clase de relación—, sin que el Estado pueda realizar intervenciones que impliquen un obstáculo a su ejercicio. Asimismo, siguiendo el enfoque interdisciplinario, insoslayable en las decisiones a adoptar en el fuero de familia, afirma que "desde una perspectiva psico-constitucional-convencional, la voluntad procreacional puede ser definida como el deseo de tener un hijo o hija sostenido por el amor filial que emerge de la constitución subjetiva de las personas." (...) "El elemento central es el amor filial, el cual se presenta como un acto volitivo, decisional y autónomo". (Gil Domínguez, Andrés, "La voluntad procreacional como derecho y orden simbólico", Ediar, 2014, p. 13). Así, la voluntad procreacional es querer engendrar un hijo, darle afecto y asumir la responsabilidad de su formación integral, en el marco del derecho a una maternidad y a una paternidad libres y responsables, sin exclusiones irrazonables y respetando la diversidad como característica propia de la condición humana y de la familia, y se expresa mediante el otorgamiento del consentimiento previo, libre e informado. El reconocimiento de este derecho determina la contraprestación o deber estatal de garantizar, en igualdad de condiciones, el acceso a todos los medios científicos y tecnológicos tendientes a facilitar y favorecer la procreación. Las TRHA posibilitan la concreción de la igualdad normativa, a partir del reconocimiento y respeto de la diversidad humana como inherente a la condición humana. El acceso a dichos procedimientos es una muestra del derecho a la no discriminación en el ámbito filiatorio, en cuanto posibilitan que cierto universo de personas puedan "disfrutar del amor parental sobre la base de la voluntad procreacional" (Gil Domínguez, Andrés, ob. cit., p.41).

Debemos resaltar que Ley N° 26.862 constituye un instrumento para la concreción de este derecho a intentar ser padre o madre como parte del proyecto de vida, desde un enfoque respetuoso del pluralismo y la diversidad. La garantía del acceso integral a la TRHA implica un claro cumplimiento del efecto erga omnes de la norma convencional interpretada en la materia por la Corte interamericana de Derechos Humanos en el caso "Artavia Murillo y otros (FIV) c. Costa Rica" (2012). El acceso integral a los procedimientos y técnicas medico-asistenciales de reproducción médicamente asistida configura "un desarrollo progresivo normativo y simbólico de los derechos de las personas en un ámbito donde confluye el amor filial, el linaje, la existencia y la trascendencia más allá de nuestra humana finitud", dice Gil Domínguez (ob. cit., p. 39). Los derechos humanos a los que esta ley intenta dotar de virtualidad y eficacia son lo que consagró la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso "Artavia Murillo y otros (FIV) c. Costa Rica": derecho de acceder a las TRHA para intentar procrear, ya sea como un derecho autónomo o como un derecho derivado de la libertad de intimidad, del derecho a formar una familia o del derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnologías - derecho fundamental y humano que encuentra en el Estado y en los demás particulares un claro sujeto pasivo al cual se le atribuyen los deberes de atención y prestación. Por ello se considera que, en Argentina, como Estado constitucional y convencional de derecho, el acceso a las TRHA es un derecho fundamental, ya que constituye el apoyo científico-tecnológico para la tutela efectiva del derecho a intentar procrear de personas que sin dicha posibilidad no podrían llevar a cabo su proyecto parental, en igualdad de condiciones con los demás.

De esta manera de las constancias de autos surge que la pareja actora no tiene otra opción para ser padres, conforme certificado del médico ginecólogo Dr. Daruiz, siendo la única la única forma de garantizar efectivamente ese acceso la denominada gestación por sustitución. Expresa en el mismo que la Sra. V. es portadora de infertilidad secundaria. Abortadora habitual, llevando siete gestaciones que finalizaron en abortos espontáneos; dos mediante fertilización in vitro con óvulos propios y los últimos dos intentos con óvulos donados. Presenta un cuadro de insuficiencia ovárica con nulo o escasa reserva ovárica, con escasos óvulos, de mala calidad, los que le impiden arribar a una gestación a término con feto viable. En palabras de su ginecólogo: "la única opción para ella es la ovodonación y la gestación subrogada". Con lo cual, ante la imposibilidad de la pareja de llevar adelante la gestación por su cuadro clínico, la gestación

por otra mujer —en este caso su amiga— se convierte en la única TRHA idónea para la realización efectiva de los derechos a la vida privada y familiar (art. 11 CADH), a la integridad personal (art. 5.1 CADH), a la libertad personal (art. 7.1 CADH), a la igualdad y a no ser discriminada (art. 24 CADH) con relación al derecho a la maternidad y a conformar una familia, conforme art. 17 de la CADD", ello conforme con los estándares establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Artavia Murillo y otros (FIV) c. Costa Rica" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Gil Domínguez ha expresado que, en esta sentencia la Corte Interamericana, "mediante el derecho viviente convencional configuró la estructura de la voluntad procreación como derecho humano cuyo contenido iusfundamental se conforma con los contenidos derivados de los derechos humanos a la integridad personal, la libertad personal, la vida privada y familiar y el goce de los beneficios del progreso científico". Entiende el jurista que la voluntad procreacional es un derecho fundamental y un derecho humano, cuya garantía para muchas personas heterosexuales, gays, lesbianas, travestis y transexuales se traduce en el acceso integral y sin discriminación alguna a las TRHA y a la gestación por sustitución. Este derecho surge directa y operativamente de la regla de reconocimiento constitucional y convencional. Y más allá de que un código civil lo desarrolle o no de manera general, los titulares lo podrán ejercer plenamente, aunque para ello deban transitar el sendero de la jurisdicción constitucional particular en busca de poder gozar del amor filial y el linaje" (Gil Domínguez, Andrés, op.cit, p. 39).

Eleonora Lamm señala que pese a no estar regulada la gestación por sustitución no ha sido prohibida, que el tema queda sujeto a la discrecionalidad de los jueces, "cobrando especial relevancia el interés superior del niño y el derecho a la identidad como argumentos de peso fundamentales, a favor del reconocimiento del vínculo filial con los o las comitentes [...] Como se ha dicho tantas veces, la gestación por sustitución es una figura compleja, por lo que es conveniente e imperiosa la necesidad de que se establezcan reglas claras que determinen con precisión el vínculo de filiación a favor de los comitentes, de modo que cuando nazca el niño pueda ser inmediatamente inscripto como hijo de quienes han querido ser sus padres y/o madres.

De esta manera, la gestación por sustitución, constituye para esta pareja la única oportunidad real de ejercer su derecho fundamental a formar una familia y de ejercer una maternidad y una paternidad responsables y en igualdad de condiciones que los demás.

De las constancias de autos y en especial de la entrevista personal mantenida con las partes, la cual se encuentra resguardada mediante medio audiovisual, surge que la maternidad subrogada se presenta como la alternativa válida para esta pareja, teniendo en cuenta que la gestante tiene plena capacidad, fue debidamente informada (consentimiento médico firmado ante el Dr. Daruiz), contó con asesoramiento legal, posee buena salud física y psíquica; que uno de los integrantes de la pareja aportará sus gametos; que los peticionantes no pueden concebir y tampoco llevar un embarazo a término; que la gestante no ha aportado sus gametos; que la gestante no ha recibido retribución de ningún tipo; que la gestante ha parido cuatro hijos antes del caso bajo análisis; que la gestante ha prestado su vientre en forma libre por primera vez y lo prestará ahora, luego de un profundo análisis dentro de su entorno familiar; que el recurso de éstas técnicas fue utilizado como la única alternativa por los peticionantes dado su imposibilidad biológica de gestar.

Por ello es necesario resaltar:

1.- Voluntad procreacional de la pareja (comitentes): entendida esta como "el deseo de convertirse en padres de un niño asumiendo su cuidado, su protección, educación, formación y desarrollo en forma integral, dándole desde su nacimiento todo el amor y la contención necesaria. No teniendo tal voluntad la amiga de los comitentes (Sra. A.) quien lleva a cabo el embarazo, la misma no desea ejercer el rol materno, sino que su aporte ha tenido como finalidad altruista ayudar a que los comitentes concreten el ansiado deseo de ser padres. Destacando en todo momento que el rol de los progenitores se ejerce aún antes de que se geste y nazca el hijo.". El Dr. Gil Domínguez afirma que "en el ordenamiento constitucional y convencional argentino, la voluntad procreacional es un derecho fundamental y un derecho humano que se proyecta en toda clase de relación sin que el Estado pueda realizar intervenciones que impliquen un obstáculo para su ejercicio. En nuestro sistema jurídico, la gestación por sustitución no está regulada, con lo cual, se debe aplicar el principio de legalidad que sostiene que todo lo que no está prohibido está permitido. Si en algún momento se intentara establecer un régimen regulatorio que lo prohibiese sería inconstitucional e inconvencional. Si se sancionase un régimen intrusivo de la autonomía de la voluntad de las partes también sería inconstitucional e inconvencional. En la actualidad, y en virtud de los dispuesto por la ley 26.862, el decreto 956/2013 y los arts. 558 y 562 del Cód. Civ. y Comercial, la gestación por sustitución se configura como una garantía plena del derecho a la voluntad procreacional [...] En tanto Marisa Herrera señala: "...la voluntad procreacional debidamente exteriorizada mediante un consentimiento libre, formal e informado, es el elemento central para la determi-

nación de la filiación de los niños nacidos por TRHA. Así, padres serán aquellas personas que han prestado su voluntad para serlo, independientemente de que hayan aportado o no su material genético". (Preguntas y respuestas sobre las modificaciones más relevantes en materia de familia. Por Marisa Herrera. www.nuevocodigocivil.com).

2.- El vínculo genético: Con el advenimiento de las técnicas de reproducción humana asistida, gestante y madre, dejaron de ser términos sinónimos. Una madre es una gestante pero una gestante puede no ser una madre. El término madre implica una decisión adoptada en el marco de la constitución subjetiva de una mujer o de una persona autopercibida en su identidad de género como un hombre que mantiene los órganos de reproducción femeninos. Este supuesto es posible en la República Argentina en virtud de lo dispuesto por la ley 26.743 que garantiza el derecho a la identidad de género. La maternidad se basa en la elección de un plan de vida dentro del ámbito de la libertad de intimidad, el derecho a procrear y el derecho a conformar una familia. La decisión de ser madre se refleja en la asunción de la responsabilidad parental. Hay en la mujer madre voluntad procreacional y amor filial, y en algunos supuestos, vínculo genético. El término gestante adquiere un significado determinado cuando se vincula con una mujer que adoptó la decisión libre e informada de gestar a un niño o niña con quién no tiene ninguna clase de vínculo afectivo ni genético. No hay en la mujer gestante voluntad procreacional, vínculo genético o amor filial. La filiación basada en la voluntad procreacional por acceso a las técnicas de reproducción humana asistida que sólo pueda concretarse a través de la gestación por sustitución implica el ejercicio del derecho a procrear, a conformar una familia que debe ser protegida integralmente, a desarrollar un plan de vida libre de interferencias y a disfrutar del desarrollo humano vinculado al aprovechamiento del desarrollo científico y tecnológico como vectores conducente hacia la efectiva tutela de la dignidad humana. Por último, el derecho humano y fundamental de acceso integral y sin ninguna clase de discriminación a las técnicas de reproducción humana asistida garantiza que, en aquellos casos donde se verifica una incapacidad de desarrollo de un embarazo, se pueda acceder a la gestación por sustitución, quedando en claro que no existe vinculo genético entre la madre gestacional o portadora y el bebé. La identidad de origen y la gestacional no tienen por qué desplazar en importancia a la identidad que confiere el curso de la vida, en la faz dinámica que revela su configuración compleja y que estará a cargo de quienes tuvieron la intención y el interés procreacional, no son manifestaciones excluyentes, sino por el contrario son complementarias.

3.- Responsabilidad Procreacional: la misma recaerá sobre 'M. S. y M. del C. V.' quienes serán directa y efectivamente responsables de criar y educar al niño/a por nacer, sin que exista conflicto en este sentido con la gestante. Entiendo en este sentido que los actores cumplen acabadamente con esta condición, pues de las entrevistas mantenidas con el equipo técnico y la personal con la suscripta, surge que la decisión asumida por la pareja ha sido tomada con total responsabilidad, teniendo recursos suficientes, tanto sociales como culturales y también económicos para afrontar este proyecto de vida, cuentan también con el apoyo de las familias ampliadas y su círculo íntimo. Que del informe del equipo técnico, los socio-ambientales realizados a las partes, lo informado por el Cuerpo médico Forense y los certificados de las psicologías, ha quedado demostrado en el expediente que la Sra. 'A.' ha dado su consentimiento en forma totalmente libre, responsable y cuenta con el apoyo de su familia ampliada. Que la misma actúa de manera plenamente libre y con el acompañamiento de sus hijos y que ha decidido brindarle a sus amigos la posibilidad de ser padres. Que posee herramientas suficientes a nivel cognitivo y emocional, contención afectiva y una claridad en el rol que decide ocupar, para afrontar el despegue de la entrega del bebé al momento del nacimiento y las consecuencias que de ello se podrían desprender, sobre todo y porque ella así lo ha manifestado: "yo no quiero ser madre otra vez. La madre será M. "... "tengo muy claro, porque ya pasé por otra experiencia igual, que el bebé será de ellos...será su hijo y su responsabilidad" (palabras de la gestante manifestadas personalmente en la entrevista mantenida con la suscripta). Con lo cual no estamos en el supuesto de cosificación o explotación de la mujer gestante, como se ha querido llamar a la mujer que se somete a esta práctica. También debe descartarse el concepto de "explotación" de la madre sustituta, ya que el objetivo de la gestante es totalmente altruista, oficiando de vehículo para que el deseo de los futuros padres pueda hacerse realidad. No hay de por medio una finalidad económica. Es más, existiendo entre los involucrados una relación de profunda amistad, también se ha trabajado respecto a esa cuestión, concluyéndose que ambas partes se encontrarían preparadas tanto a nivel psíquico como emocional para afrontar el embarazo y posterior nacimiento del futuro bebé, sin que se adviertan motivos para generar confusión en los roles parentales futuros.

Así la doctrina ha sostenido que: "quienes se pronuncian a favor de la GS han manifestado lo contrario, refiriendo que de ningún modo se debe partir de la idea de una mujer en condiciones desiguales para poder decidir por sí; es decir, no se puede subestimar, sin más, la capacidad de consentir de la gestante con libertad y conocimiento de las consecuencias, partiendo de una idea de vulnerabilidad y/o incapacidad para decidir por sí misma. Esta mirada paternalista pone a las mujeres en un lugar de inferioridad,

presuponiendo un estado de imposible manejo de su propia vida con libertad y autonomía. Lo importante, sin duda alguna, es que todo procedimiento de GS cuente con el marco legal que asegure la protección de los derechos de todos los intervinientes. En definitiva, el argumento de la explotación que conlleva a prohibir los acuerdos de GS viola el derecho de las mujeres a la autodeterminación y refuerza el estereotipo negativo de la mujer como incapaz de brindar un consentimiento racional.....Quienes no cierran los ojos a la realidad, a sabiendas que este peligro existe, aun promoviendo lo dicho anteriormente, también refieren que no se descarta que esta explotación pueda también existir, especialmente, si se carece de regulación legal. Es decir, que la falta de regulación es funcional, justamente, a la explotación que tanto les preocupa como argumento central a los detractores de la GS. De este modo, la preocupación ante la posible explotación de mujeres es válida en muchos contextos. Indudablemente, la prohibición o silencio de la ley va a la par del aumento en el número de mujeres que pueden sufrir explotación como consecuencia de esta práctica debido a que provoca que la GS se realice al margen de la ley y, en muchos casos, en la clandestinidad, lo que incrementa los posibles abusos e injusticias (Kemelmajer de Carlucci; Lamm, Herrera, 2012, p. 1) ...En definitiva, tal como lo sostiene Lamm: Si de verdad estas prácticas preocupan porque se 'presume', muchas veces prejuiciosamente, que esto encierra una vulneración de derechos, entonces se debe prever y proyectar un formato legal que regule compensaciones —no retribuciones— que sean fijadas por la autoridad de aplicación que al prever criterios uniformes no importe un enriquecimiento de la persona gestante, evitando de esta manera que esta sea la motivación y consecuentemente reducir así la tan temida 'explotación' (2015, p. 1) ("Los débiles argumentos contrarios a la gestación por sustitución" Por Federico Notrica. Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de La Plata. UNLP. Año 15/N° 48-2018).

Por otra parte recientemente se ha presentado un proyecto de ley por parte de la Diputada Gabriela Estévez, que contempla, la modificación al art. 560, al 561; la incorporación del art. 562 bis; y en especial y en lo que quiero hacer hincapié, en la incorporación del art. 562 ter entre otras reformas, que regula la autorización judicial para realizar la gestación por sustitución, y dentro de los requisitos, establece que la gestante podrá realizarlo hasta dos veces, para lo cual se creará un registro en ámbito de la autoridad de aplicación prevista por la ley 26.862. Lo que en el caso de autos, me lleva a sostener que debe hacerse lugar a la autorización judicial solicitada siendo la Sra. A. gestante por segunda vez.

4.- Acceso a la justicia e inscripción inmediata del niño: Al no haberse contemplado específicamente la gestación por sustitución en el Cód. Civ. y Comercial, algunos interrogantes —sobre todo de orden práctico— siguen abiertos con la inseguridad jurídica que ello genera al carecer los Registros de normativa, que asegure la inmediata inscripción del nacimiento conforme a la voluntad procreacional y así evitar la indeterminación e incerteza respecto de la identidad del niño. Si bien, la jurisprudencia ha venido subsanando de alguna manera el vacío de regulación, pero es preciso legislar de modo que cuando nazca un niño pueda ser inmediatamente inscripto como hijo de quienes quieren ser sus progenitores o progenitor conforme al elemento volitivo expresado, ya que el interés superior del niño comprometido merece ser atendido con la máxima diligencia y premura. Para evitar una inscripción de nacimiento que no se corresponda con la voluntad procreacional expresada y un proceso judicial posterior al nacimiento del niño para determinar el vinculo filial, con el consumo de tiempo e producción de sufrimiento derivado de la incerteza de la resolución judicial pendiente, la regulación de la gestación por sustitución es la solución que mejor satisface el interés superior del niño, porque desde el mismo momento del nacimiento el niño se encontraría con una familia que lo desea.

En efecto, el derecho a la inscripción inmediata del nacimiento ha sido reconocido por la Convención sobre los Derechos del Niño en el art. 7 y reviste máxima relevancia porque la inscripción inmediata del nacimiento de una persona es determinante para el goce efectivo de los demás derechos que en nuestro sistema reviste jerarquía constitucional, de conformidad con el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional. En los párrafos 9, 10 y 11, se hace hincapié en la obligación de los Estados partes en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención sobre los Derechos del Niño de establecer "procedimientos administrativos y legislativos adecuados y eficaces y de otras medidas apropiadas que permitan un acceso justo, efectivo y rápido a la justicia." Así, en la Observación General N° 5 el Comité afirma que: "los Estados deben tratar particularmente de lograr que los niños y sus representantes puedan recurrir a procedimientos eficaces que tengan en cuenta las circunstancias de los niños.

Kemelmajer, Herrera y Lamm han sostenido que, si bien, el concepto jurídico del interés superior del niño es indeterminado, no es menos cierto que "el niño no estaría en este mundo de no haberse recurrido a la gestación por sustitución por parte de una o dos personas que desearon fervientemente su existencia; tanto lo quisieron, que no pudiendo hacerlo por otro método recurrieron a uno que implica dificultades de todo tipo (legales, económicas, fácticas, etc.). (Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa; Lamm, Eleonora, "Regulación de la gestación por sustitución", LA LEY, 10/09/2012, p. 1).

En este caso garantizar el interés superior de la/s niña/s o el/los niño/s que nacerá implica tutelar efectivamente, el derecho a una filiación acorde a la realidad volitiva expresada por todos los participantes de este proyecto familiar, en el que ella se incluirá como una más de la familia.

Por todo lo hasta aquí señalado, es que corresponde hacer lugar a la practica solicitada debiendo las partes suscribir ante el centro de fertilización humana asistida el consentimiento de acuerdo a los dispuesto por el art. 560 del Cód. Civ. y Com. de la Nación y hacer saber al nosocomio (privado —Clínica Viedma— o público —Hospital Artémides Zatti—) para el caso que se produzca el nacimiento como resultado de la misma que en el actual formato de los certificados de nacimiento deberán constar la huella dactilar del pie de la/s beba/s o el/los bebé/s y los de la pareja actora los Sres. M. S. y M. del C. V., sin constar el de la Sra. A., que es sólo portante, sin vinculación genética. Así también se debe dejar constancia de que los M. del C. V., DNI ... y M. S., DNI ..., en su carácter de progenitores, son los únicos autorizados a retirar a la/s beba/s o el/los bebé/s de dicha institución, todo ello, con fundamento en el derecho a constituir una familia (art. VI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y art. 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos), y en el interés superior del niño consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño en la que se reconoce a la familia como grupo fundamental de la sociedad, medio natural de crecimiento y bienestar de sus miembros en particular de los niños, en que éstos necesitan la debida protección legal tanto antes como después del nacimiento que debe ser inscripto, conocer a sus padres y ser cuidado por ellos y que el impedimento gestacional de la pareja que han expresado ampliamente su voluntad procreacional recurriendo a una TRHA, no puede constituir un obstáculo al derecho a la identidad del niño por nacer y a la conformación de la familia.

Asimismo y teniendo en cuenta el estado actual de nuestra legislación no resulta susceptible de homologación el acuerdo presentado con la solicitud de autorización judicial, el cual será recepcionado como prueba relevante de los consentimientos prestados por las partes al efecto de la filiación pretendida, lo que permite desechar la habilitación del presente convenio, pues se estaría ante un objeto prohibido que sería la entrega de un niño, lo que volvería insusceptible de ejecución forzada al mismo.

Por ello resuelvo: I. Autorizar la práctica de gestación por sustitución entre los comitentes M. del C. V., DNI ... y M. S., DNI ... y la gestante la Sra. R. M. A., DNI ... en la forma peticionada, esto es, por implantación del embrión formado por gametos del Sr. S. y ovodonación en el útero de la gestante, debiendo todos prestar su consentimiento ante el Centro de Salud elegido. II. Ordenar la inscripción de la/s niña/s o el/los niño/s dados a luz por R. M. A., DNI ... como hija/s o hijo/s de M. del C. V., DNI ... y M. S., DNI ..., debiendo el Registro Civil y de Capacidad de las Personas expedir el certificado de nacimiento correspondiente, conforme lo dispone el art. 559 del Cód. Civ. y Comercial A tal fin, líbrese el pertinente oficio. III. Hacer saber al nosocomio (privado —Clínica Viedma— o público —Hospital Artémides Zatti—) que, en el actual formato de los certificados de nacimiento, deberán constar la huella dactilar del la/s beba/s o el/los bebé/s y M. S., DNI ..., quienes resultan ser aportante del material genético, sin constar el de la Sra. A., que es sólo portante, sin vinculación genética. Así también se debe dejar constancia de que los Sres. M. del C. V., DNI ... y M. S., DNI ..., en su carácter de progenitores, son los únicos autorizados a retirar a la/s beba/s o el/los bebé/s de dicha institución. A tal fin, líbrense los pertinentes oficios. IV. Imponer a los progenitores, a partir del momento en que su/s hija/s o hijo/s adquieran edad y madurez suficiente para entender, la obligación de informarle respecto de su origen gestacional. V. Imponer las costas por su orden y regular los honorarios profesionales de manera conjunta a las letradas Dra. María Marcela Cirignoli y María Patricia Armas en la suma de ... jus (conforme lo dispone el art. 9,38 y 42 de la ley 2212). Cúmplase con la Ley 869. VI. Notifíquese a las partes en legal forma y al Instituto Fertility Patagonia Centro Reproductivo Bariloche SRL —vía mail—, regístrese y protocolícese. — *María L. Dumpé.*

Algunas tensiones en el derecho ante la doble gestación por sustitución llevada adelante por la misma gestante

Paola Dauria (*)

Romina Tissera Costamagna (**)

Sumario: I. Introducción.— II. Plataforma fáctica del caso.— III. Los considerandos.— IV. La sentencia.— V. Conclusión.

I. Introducción

Se autoriza judicialmente a una pareja heterosexual, que lleva dieciocho años de unión convivencial, a realizar una transferencia embrionaria en un útero gestante, a través de un tratamiento de reproducción humana asistida, ordenándose que la/s niña/s o el/los niño/s que nazca/n sean inscriptos como hija/s-hijo/s de la pareja, conforme lo dispone el art. 559 del Cód. Civ. y Com. Se hace saber al nosocomio público o privado de la ciudad donde posiblemente nacerá/n la/las persona/s concebida/s gracias al uso de la técnica de fertilización que en el/los certificados de nacimiento deberá constar la huella dactilar de la/s beba/s o el/los bebé/s y los datos del progenitor aportante del material genético, mas no los de la persona gestante; como así también que será la pareja comitente, en su carácter de progenitores, los únicos autorizados a retirar a la/s beba/s o el/los bebé/s de dicha institución **(1)**.

Como es sabido, en la actualidad, la escena reproductiva, gracias a los avances científicos, permite a muchas personas concretar el deseo de ser madres o padres como proyecto personal de vida en términos individuales o en conjunto.

Las técnicas de reproducción humana asistidas —en adelante, TRHA— suponen sin lugar a dudas un paso más en la disociación del binomio sexualidad/reproducción y de las tramas biológica/genética, toda vez que permiten la procreación escindida de la necesidad de mantener relaciones sexuales **(2)**, instituyendo como elemento central la voluntad procreacional, en la que el consentimiento previo, libre, informado y formal constituye la fuente y la prueba de la filiación.

En la órbita de los derechos humanos, se reconoce tanto el derecho a la salud sexual y reproductiva como así también a la planificación familiar. Los Estados están obligados a adoptar medidas conducentes a asegurar en condiciones de igualdad a varones y mujeres, el acceso a servicios de salud y atención médica, incluso aquellos relacionados con la salud reproductiva; quedando implícito el derecho a obtener

(*) Abogada (Facultad de Derecho, UNC); especialista en Derecho de Familia (Facultad de Derecho, UNC).

(**) Abogada (Facultad de Derecho, UNC); especialista en Derecho de Familia (Facultad de Derecho, UNC); profesora adjunta de Derecho Privado VII (Familia), cátedra C (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UCC); adscripta de la cátedra B de Derecho Privado VI (Facultad de Derecho, UNC).

(1) Juzg. Fam. Nº 7 de Viedma, 31/03/2021, "Reservado s/ autorización judicial (f)", expte. 0740/20/UP7.

(2) RIVAS RIVAS, A., "Pluriparentalidades y parentescos electivos. Presentación del volumen monográfico", *Revista de Antropología Social*, nro. 18, Madrid, 2009, p. 14.

información suficiente sobre planificación familiar, como así también la libre elección y acceso a métodos seguros, eficaces y aceptables de control de fecundidad, reproducción y natalidad, atención a la salud integral y suficiente que permita embarazos y partos seguros, dando la posibilidad a las personas de imaginar y diagramar su proyecto familiar y a fundar una familia.

El derecho a la libertad reproductiva guarda estrecha vinculación con aquel de gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico para en definitiva ejercer el primero. Así, en el célebre caso "Artavia Murillo vs. Costa Rica", la Corte Interamericana dejó explícitamente señalado que una derivación lógica del derecho de acceso al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar una familia es el derecho a acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva, dejando de lado las prohibiciones o restricciones desproporcionadas, para ejercer las decisiones reproductivas que correspondan en cada persona.

Por su parte, el Código Civil y Comercial de la Nación, en pos de regular las técnicas de fertilización asistida, contempla en el tít. V del Libro II de Relaciones de Familia como tercera fuente filial a las derivadas de la aplicación de técnicas de reproducción médicamente asistida, optando el legislador de aquel momento, dejar fuera de la reglamentación en nuestro sistema jurídico la gestación por sustitución **(3)** y las técnicas de reproducción caseras, particulares o privadas **(4)**.

A nivel nacional, existen múltiples causas que han sido canalizadas y resueltas por medio del Poder Judicial **(5)**; evidenciado una disparidad de criterios y variadas estrategias judiciales para su reconocimiento. Sobresale la autorización judicial previa a efectuar la TRHA, como sucede en el presente fallo que se comenta.

II. Plataforma fáctica del caso

En el caso que se nos presenta en esta oportunidad para comentar, se trata de una pareja heterosexual (V. y S.) con un proyecto de vida en

(3) El Proyecto de Reforma y Unificación del Código Civil y Comercial presentado en Congreso de la Nación en el año 2012 sufrió modificaciones, introducidas por la Comisión Bicameral que luego convalidara el Senado con la media sanción, entre las que se destaca en el Libro II de Relaciones de Familia, la eliminación de la técnica denominada gestación por sustitución la que se encontraba proyectada en el art. 562 que prescribía: "Gestación por sustitución: El consentimiento previo, informado y libre de todas la partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a lo previsto por este Código y la ley especial. La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial. El juez debe homologar solo si, además de los requisitos que prevea la ley especial, se acredita que: a) se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer; b) la gestante tiene plana capacidad, buena salud física y psíquica; c) al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos; d) el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término; e) la gestante no ha aportado sus gametos; f) la gestante no ha recibido retribución; g) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de dos veces; h) la gestante ha dado a luz, al menos, un hijo propio. Los centros de salud no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial. Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza".

(4) Caracterizadas por la ausencia de intervención de centro médico alguno para la concreción del embarazo. Actualmente, existen varios antecedentes jurisprudenciales donde se ha hecho a lugar a la petición del reconocimiento de vínculo filiatorio entre el niño o niña fruto de una TRHA casera y de la madre no gestante.

(5) Hace apenas algunos años, la gestación por sustitución era una peripecia. Cierto es que a la fecha no es sino una más de las TRHA ofrecidas por las clínicas de fertilidad de nuestro país. Existen más de cincuenta fallos a nivel nacional de lo más variados, puesto que se han presentado planteos posteriores a la determinación de la filiación, aunque algunos son anteriores a la inscripción registral del nacimiento; otros previos no solo al nacimiento sino a la TRHA en sí —como es el caso del presente comentario— donde se solicita autorización para la transferencia embrionaria uterina, es decir, previo a la práctica del tratamiento. De las presentaciones judiciales se coligen planteos de parejas del mismo y de distinto sexo, unidas en matrimonio y por unión convivencial y personas solas; con técnicas homólogas (material genético de los comitentes) y con técnicas heterólogas (tanto sea mixta: material genético aportado por uno de los comitentes y con donación de gametos, como así también ciento por ciento de gametos donados) y, siendo el vínculo que une a los comitentes y persona gestante de parentesco, de amistad íntima o por el simple hecho de ser conocidos. En otras palabras, hoy por hoy podemos encontrar antecedentes de lo más variados.

común y familiar de dieciocho años, en unión convivencial, quienes movilizados por un fuerte deseo de tener hijas/os y ante la imposibilidad de concepción de forma natural puesto que la Sra. V. es portadora de infertilidad secundaria, habiendo sufrido el fracaso de siete gestaciones que culminaron en abortos espontáneos, de los cuales dos embarazos se produjeron mediante fertilización *in vitro* convencional con óvulos propios y otros dos con óvulos donados, fueron asesorados acerca del procedimiento de fertilización asistida de alta complejidad con ovodonación y subrogación de vientre.

En este estado, y siendo la única opción viable que una tercera persona lleve adelante la gestación, se presentan ante los tribunales de la ciudad de Viedma en pos de que se los autorice judicialmente a llevar adelante la implantación de embriones logrados a través de técnicas de reproducción asistida —*in vitro*— a partir de óvulos de una persona donante anónima y el esperma aportado por el varón de la pareja, en el vientre de una tercera persona —portadora y gestante— amiga de los peticionantes.

Alegan la imperiosa necesidad de la autorización judicial previa a la realización de la técnica, a los fines de evitar en caso de un embarazo, parto y nacimiento con vida de una persona gracias a la transferencia embrionaria, la futura filiación quede determinada por las reglas de la filiación por naturaleza. Asimismo, solicitan que se ordene, al momento del parto, la inscripción del o de los nacimientos a nombre de los actores, asumiendo estos el compromiso de informar a su hija/o, o sus hijas/os su origen gestacional en oportunidad de adquirir edad y madurez suficiente para entender su realidad identitaria.

Al igual que la mayoría de los antecedentes jurisprudenciales existentes en nuestro país, en el presente caso, los comitentes son dos personas cisgénero heterosexuales que, motivados por problemas de salud y ante la imposibilidad de concebir de manera natural, reclaman poder hacer uso efectivo de su derecho a formar una familia y escogen el mencionado método, sin otra particularidad a destacar con relación a los comitentes.

La peculiaridad del caso se encuentra dada por las circunstancias que rodean a la persona gestante, que bien conocía los alcances de la práctica toda vez que se trataba de la segunda vez donde subrogaría su vientre a favor de una pareja que se encontraba imposibilitada de gestar. Recordemos sobre el punto los presupuestos de procedencia contenidos en el art. 562 del Proyecto de Reforma y Unificación del Código Civil y Comercial presentado en Congreso de la Nación en el año 2012, cuales eran: a) tener plena capacidad, buena salud física y psíquica; b) no haber aportado sus gametos; c) no haber recibido retribución alguna; d) haber dado a luz, al menos, un hijo propio y e) no haberse sometido a un proceso de gestación por sustitución más de dos veces.

II.1. Particularidades con relación a la persona gestante

La Sra. R. había subrogado hace apenas unos años **(6)**, para unos amigos en común con la pareja ahora peticionante.

De los vistos surge que la persona gestante es madre biológica de tres hijos, dos mayores y uno menor de edad, quienes habían sido informados, conociendo plenamente el proceso y prestando acuerdo de acompañar a su mamá en este.

Frente a ser esta la segunda oportunidad donde la gestante se sometería a dicha práctica, se le dio vista al Cuerpo Médico Forense del Poder judicial a los fines de evaluar si la gestante se encontraba en pleno uso de sus facultades mentales y si gozaba de buen estado de salud físico y psíquico, y se realizó informe socioambiental por intermedio del equipo técnico del juzgado en su domicilio.

De la primera intervención interdisciplinaria, surgió que la persona gestante se encontraba en buen estado de salud físico, aspecto relevante cuando se tiene presente que contaba con 42 años de edad y se enfrentaría a su quinta cesárea. No presentaba signos ni síntomas de patología mental que pudiesen alterar su juicio; sin embargo, su estado psíquico general se encontraba determinado por diversas circunstancias, entre las que se destaca que la capacidad para comprender en forma plena y acabada todos y

(6) Juzg. Fam. Nº 7 Viedma, 07/07/2017, "Reservado s/ autorización judicial", cita online AR/JUR/39473/2017.

cada uno de los riesgos a los que podría enfrentarse a lo largo de todo el proceso se encontraba desarrollada escasamente para su edad, presentando dificultad para prever ciertas situaciones y para idear un plan de acción frente a estas.

Tenía conciencia de que gestaría un bebé que no sería suyo dada la experiencia previa; a pesar de ello, describía este acto como la formación de un vínculo de amor para toda la vida, asimilándolo al que tienen los tíos con sus sobrinos.

En una primera instancia, se desprende que el cuerpo forense ha encontrado factores de vulnerabilidad que podrían afectar la voluntad en su decisión de ser gestante solidaria por segunda vez, relacionados al aspecto económico-laboral ya que, al momento de la pericia hacía casi un año que se encontraba sin trabajo ni ingreso mensual estable.

El equipo técnico, a los fines de realizar el informe social, ahondó en dichas circunstancias, haciendo saber al tribunal que la gestante residía junto a su grupo familiar en una vivienda de propiedad familiar; que si bien sus ingresos eran magros y oscilaban, trabajaba de manera independiente, complementándose aquellos con una renta de un campo que pertenecía a ella y a sus cinco hermanos, contando a su vez, con el aporte alimentario del padre de sus tres hijos y con la asignación universal por su hijo menor de edad.

A partir de la entrevista domiciliaria realizada en la vivienda de la Sra. R. se observó que cuenta con recursos económicos y medios propios que le permitían sostener las necesidades básicas del grupo familiar conviviente y los servicios esenciales del hogar, con condiciones propicias de vida.

Concluye el equipo técnico interdisciplinario que la gestante contaba con un conocimiento general sobre el proceso de subrogancia uterina y con una conciencia acabada sobre los riesgos, momento y adversidades que implica, máxime cuando ya ha transitado un proceso similar. Claro era su deseo de no maternar, percibiendo a la gestación sustituta como un acto solidario que se refleja en poder ayudar a otros a que cumplan sus deseos y proyectos de vida. Por lo que sugiere que se autorice la práctica.

II.1.a. Posible situación de vulnerabilidad de la persona gestante

Como bien es sabido, uno de los puntos álgidos en materia de gestación por sustitución es el posible aprovechamiento de situación de vulnerabilidad de la persona gestante.

Una parte de la biblioteca se enrola en la idea de que la mujer puede disponer libremente de su cuerpo en ejercicio de su autonomía personal y su derecho a la libertad reproductiva —una de las posibilidades que la biología le permite es gestar, pudiendo optar hacerlo para otro—, imperante es para ello que la persona comprenda de manera efectiva las consecuencias del proceso —pudiendo hacerlo de manera altruista o a cambio de una retribución **(7)**; mientras, otro sector afirma que la gestación por sustitución se trata de nada menos que un supuesto de cosificación, explotación y/o comercialización de la mujer gestante **(8)**, atacando su dignidad, valiéndose de alguna situación de vulnerabilidad que atraviese.

De la lectura y el análisis de las distintas resoluciones judiciales surge con meridiana claridad que uno de los considerandos siempre presente es el hecho de asimilar y descartar la explotación de la gestante siempre y cuando no exista contraprestación económica a favor de la persona. Sin embargo, parte de la doctrina expone que “existe cosificación cuando la mujer, anulada en su capacidad y/o libertad de decidir, es instrumentalizada y denigrada”**(9)**. En este orden de ideas, es posible afirmar que la cosificación de la persona gestante no está dada exclusivamente por el pago de un monto de dinero o beneficios sino que referencia a la ausencia de autonomía personal o, de un consentimiento pleno, libre e informado.

(7) Ver LAMM, E., "Repensando la gestación por sustitución desde el feminismo", *Microjuris*, MJ-DOC-13769-AR.

(8) Las que hacen referencia al temor reverencial de que se recurra para la gestación a mujeres provenientes de los sectores sociales más desfavorecidos, quienes, impulsadas por situaciones de vulnerabilidad, sean objeto de esta práctica en forma abusiva como una actividad lucrativa.

(9) DE LORENZI, M. – CAPPELLA, L., "Gestación por sustitución: cuando el derecho habla el lenguaje del amor", RDF 2016-IV-136, AP/DOC/714/2016; y DE LORENZI, M., “Gestación por sustitución: cuando la realidad supera la alegalidad", RDF 2017-II, AP/DOC/179/2017.

Conforme a los tiempos que corren, imposible es analizar cualquier situación sin la correspondiente perspectiva de género.

Los tratados de derechos humanos a nivel internacional y regional marcan lineamientos insoslayables en dicha materia. Consecuentemente, es dable mencionar la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención de Belém do Pará. También debemos resaltar la relevancia de la ley 26.485 de Protección Integral de las Mujeres, la que contempla expresamente como derecho protegidos el de decidir sobre la vida reproductiva, número de embarazos y cuándo tenerlos, el derecho a que se respeten sus creencias y libertad de pensamiento.

Pensar y concluir *a priori* que la persona gestante, en este caso una mujer por el simple hecho de serla se encuentra en una situación de vulnerabilidad la que le imposibilitaría decidir por sí enfrentar o no una práctica médica de estas características, es cuanto menos una mirada sesgada y proteccionista paternalista, negando el derecho de autodeterminación. Esto no quita la especial trascendencia que adquiere contar con elementos de convicción suficiente con relación a las causas y las circunstancias que rodean a la persona gestante en pos de concluir, en el ejercicio de la labor interpretativa judicial cuando así se requiera, con la indiscutida certeza de que la persona se encuentra despojada de cualquier tipo de condicionamientos en torno a su consentimiento, a fin de evitar una vulneración de derechos.

En el caso que nos convoca, la Sra. R. había dado su consentimiento en forma totalmente libre, responsable y contaba con el apoyo de su familia. Su actuar no se encontraba condicionado, estaba acompañada en esta decisión por sus hijos, habiendo decidido voluntariamente brindarles a sus amigos la posibilidad de ser padres. Por otro lado, tenía herramientas suficientes a nivel cognitivo y emocional, contención afectiva y una claridad en el rol que estaba decidida a ocupar. Todas circunstancias que han quedado demostradas y probadas en el expediente.

Se descartó la posible la explotación desde el plano meramente económico, ya que el objetivo de la gestante puede visualizarse como altruista, su actuar estaba por lo menos motorizado para canalizar y hacer realidad el deseo de los comitentes de ser madre y padre. Se desprende que quedó acreditada la inexistencia de una finalidad económica. La relación de profunda amistad entre las partes involucradas, es la que moviliza en definitiva el presente pedido de autorización. En el caso anterior, la misma magistrada en búsqueda de prevenir esta situación, sugirió que en el consentimiento informado se incluyeran más factores de riesgo atendiendo a las características y antecedentes clínicos y obstétricos de la gestante, cuales eran su edad, las tres cesáreas de sus hijos, entre otros, con el condicionamiento de dejar en claro que la información era recibida en primera persona y que la firma era de su puño y letra **(10)**.

Si bien es cierto que, en una primera aproximación, el cuerpo forense informó alertando factores de vulnerabilidad de índole económico y laboral que podrían llegar a afectar la voluntad de la gestante solidaria llevándola a practicar por segunda vez esta técnica, no es menos cierto que la jueza en pos de desentrañar la verdad del caso, llega a la conclusión pos pericias socioambientales, entrevista personal y documental aportada, que la Sra. R en realidad no recibiría retribución de ningún tipo y que contaba con recursos y medios económicos propios suficientes para sortear los requerimientos y necesidades con relación tanto a su persona cuanto a su familia.

II.2. Vínculo entre la pareja y la persona gestante

Las partes manifestaron que los unía un vínculo de amistad, el que inició cinco años atrás en el Hipódromo de la ciudad de Viedma por intermedio de un amigo. Desde aquel momento, el lazo que los unía se fue fortaleciendo y consolidando en una amistad. Gracias a la actividad ecuestre, compartieron muchos momentos, haciéndose partícipes de los proyectos de vida de cada uno, dando a conocer por un lado, la pareja su deseo de tener un hijo y los diferentes tipos de tratamientos de fertilización que habían realizado sin éxito, y por el otro, la experiencia

(10) Ver LLOVERAS, N. – DE LORENZI, M., "Gestación por sustitución: obstáculos, amor y alas", *Temas de Derecho de Familia, Sucesiones y Bioética*, nro. 92, Ed. Erreius, 2017.

ya vivida en el año 2017 de portar en gestación sustituta el bebé de otra pareja.

III. Los considerandos

La sentencia va indagando en una serie de considerandos, a saber: 1) principio de legalidad, 2) acceso a TRHA y voluntad procreacional, 3) vínculo genético, 4) responsabilidad procreacional y 5) acceso a la justicia e inscripción inmediata del niño.

III.1. Principio de legalidad

Bajo este apartado se analizó el reconocimiento por parte del Cód. Civ. y Com. de las TRHA como tercera fuente filiatoria, haciendo alusión a la decisión legislativa abstencionista con relación a la gestación por sustitución **(11)**.

Dicho esto, uno de los principales argumentos que se erigen en las diversas resoluciones sobre gestación por sustitución, es la situación de alegalidad. Conforme al principio de legalidad contemplado en el art. 19 de nuestra Carta Magna, todo aquello que no se encuentra expresamente prohibido está permitido. La falta de regulación y/o prohibición explícita de la gestación por sustitución da lugar a una situación de alegalidad, lo que conlleva a estar implícitamente permitida esta TRHA de alta complejidad **(12)**.

III.2. Acceso a las TRHA y voluntad procreacional

Basta con recordar que la pareja se encontraba imposibilitada de llevar adelante una gestación por el cuadro clínico que presentaba la mujer, convirtiéndose la gestación por otra persona —en este caso, su amiga— en la única posibilidad real de ver materializado su deseo de maternar y paternar respectivamente. La gestación por sustitución era la TRHA idónea para la realización efectiva de los derechos a conformar una familia **(13)**.

Para muchos individuos resulta importante que el vínculo jurídico que los une con sus hijos tenga cierta base genética **(14)**. Las TRHA en general y en particular la gestación por sustitución es el mecanismo con el que cuentan muchas personas para establecer vínculos filiales con correspondencia genética. Lo que no importa ignorar que, en la filiación derivada del uso de las TRHA, es la voluntad procreacional **(15)** la que hace nacer el vínculo jurídico-filial **(16)**.

Lo que se procura demostrar es que, el acceso a las TRHA —y a la gestación por sustitución en particular—, es una derivación necesaria del derecho a formar una familia. Importa que, aquellas personas que deseen conformar su familia a partir de vínculos filiales con base genética —

(11) El art. 562 del Cód. Civ. y Com. establece que los nacidos por técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los arts. 560 y 561, con independencia de quien haya aportado los gametos. Este modo de regular la voluntad procreacional se explica en un contexto donde la gestación por sustitución no ha sido receptada. Por tanto, el sistema supone que quien da a luz al niño o niña es quien tiene la intención de ser madre.

(12) En este sentido se ha pronunciado por unanimidad la Comisión Nº 6 en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, realizadas en Bahía Blanca (2015): "Aún sin ley, al no estar prohibida, se entiende que la gestación por sustitución está permitida".

(13) El derecho a la vida e intimidad familiar se encuentra reconocido por diversos instrumentos internacionales que cuentan con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, CN). En particular, por el art. 5º de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 12.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, arts. 17 y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 10 del Pacto de Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, arts. 11, 17 y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

(14) El Cód. Civ. y Com. contempla las TRHA tanto homólogas como heterólogas, lo que lleva implícita la posibilidad de escindir y diferenciar los aspectos biológico, genético y volitivo.

(15) Se afirma que la voluntad procreacional se identifica como el querer engendrar un hijo, asumir todas las responsabilidades que hacen a su adecuado cuidado, crianza y educación en pos de su desarrollo holístico, darle afecto y contención. Lo que sin lugar a dudas, se trata de un elemento volitivo que conlleva adquirir deberes y derechos emergentes de una relación paterno filial.

(16) El art. 562 del Cód. Civ. y Com. establece que los nacidos por técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los arts. 560 y 561, con independencia de quien haya aportado los gametos. Este modo de regular la voluntad procreacional se explica en un contexto donde la gestación por sustitución no ha sido receptada. Por tanto, el sistema supone que quien da a luz al niño o niña es quien tiene la intención de ser madre.

aunque fuera únicamente respecto de uno de los progenitores, como es el presente caso—, tengan la posibilidad de hacerlo **(17)**.

III.3. Vínculo genético

A propósito de la desbiologización de los vínculos, de la disociación del binomio sexualidad/reproducción y de las tramas biológica/genética en el marco de las TRHA, la gestación por sustitución pone en jaque principios clásicos del derecho filiatorio como el del derecho romano de que *mater semper certa est*, del mismo modo que trae aparejada la posibilidad de escindir el vínculo genético, el gestacional o biológico, incluso, el intencional.

III.4. Responsabilidad procreacional

La jueza consideró que, la responsabilidad procreacional recaería en los Sres. S. y V., "quienes serán directa y efectivamente responsables de criar y educar al niño/a por nacer, sin que exista conflicto en este sentido con la gestante".

Pues de la prueba rendida en autos se infiere que "la decisión asumida por la pareja ha sido tomada con total responsabilidad, teniendo recursos suficientes, tanto sociales como culturales y también económicos para afrontar este proyecto de vida, cuentan también con el apoyo de las familias ampliadas y su círculo íntimo".

Asimismo, evaluó la situación de la mujer gestante con una clara perspectiva de género. Con criterio atinado, distinguió el hecho de gestar y el de tener la intención de maternar. Señaló acertadamente que no es correcto presumir que toda mujer que gesta también tiene voluntad y responsabilidad procreacional. En el caso de marras, la mujer gestante "posee herramientas suficientes a nivel cognitivo y emocional, contención afectiva y una claridad en el rol que decide ocupar, para afrontar el despegue de la entrega del bebé al momento del nacimiento y las consecuencias que de ello se podrían desprender".

Además, excluyó la posibilidad de "cosificación y explotación" de quien gestaría solidariamente, toda vez que la Sra. R. comprendía acabadamente las implicancias de la práctica y su objetivo era totalmente altruista.

III.5. Acceso a la justicia e inscripción inmediata del niño

La magistrada identificó que el interés de la/s niña/s o niño/s que pudieran nacer "implica tutelar efectivamente, el derecho a una filiación acorde con la realidad volitiva expresada por todos los participantes de este proyecto familiar, en el que ella se incluirá como una más de la familia".

Del derecho de toda persona a conocer su origen biológico, permitiéndole emplazarse en el estado de familia que corresponda según aquella, es decir, tener una filiación acorde con su realidad familiar se encuentra enlazado el derecho a la identidad **(18)**. Y de la mano del derecho a la identidad, se encuentra el derecho-deber de la inscripción inmediata al nacimiento **(19)**.

La debida inscripción sigue siendo una de las mayores preocupaciones, ya que desde el punto de vista estrictamente legalista sin la correspondiente registración e identificación, estas niñas y niños ni siquiera existirían como sujetos de derechos, lo que generaría una desprotección absoluta.

Se afirma que las personas como sujetos de derechos merecen y deben ver satisfechos todos y cada uno de los derechos y garantías que les asisten y de los que son titulares, siendo ineludible y requisito *sine qua non* la debida registración conforme a su identidad, ya que el reconocimiento de la existencia de la persona y como ciudadano habilita el acceso al resto de derechos y privilegios, es decir, se trata de

(17) HUAS, M. – TISSERA COSTAMAGNA, R., "Gestación por sustitución y los principios que operan: una cuenta todavía pendiente", en KEMELMAJER de CARLUCCI, A. – HERRERA, M. – DURÁN de KAPLAN, V. (dirs.), *Práctica de las relaciones de familia y sucesorias. A un lustro del Código Civil y Comercial. Libro homenaje a Nora Lloveras*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2020, p. 3.

(18) El derecho a la identidad se consagra en los arts. 33 y 75, inc. 22, CN; arts. 7º y 8º de la Convención de los Derechos de Niño y art. 18 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Asimismo, está reconocido en el art. 11 de la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.

(19) Art. 7º, CDN, arts. 12 y 13, ley 26.061 art. 24, PIDCP y obs. gral. 17/1989.

un medio efectivo de protección de la identidad personal en definitiva.

Esta importancia es destacada por el presente fallo y por otras sentencias en general, donde los magistrados intervinientes expresan en sus resoluciones la preocupación por la inseguridad jurídica a la que podría exponerse toda niña o niño si no se efectúa la inmediata inscripción de su nacimiento conforme a la voluntad procreacional **(20)**.

IV. La sentencia

María Laura Dumpé, jueza interviniente de la causa, en consonancia con la línea trazada por la doctrina judicial de nuestro país, resuelve:

I) Autorizar la práctica de gestación por sustitución entre los comitentes y la gestante, mediante la transferencia embrionaria embrión formado por gametos masculinos de uno de los comitentes y ovodonación.

II) Ordenar la inscripción de la/s niña/s o el/los niño/s dados a luz por la persona gestante como hija/s o hijo/s de los comitentes, debiendo el Registro Civil y de Capacidad de las Personas conforme lo dispone el art. 559 del Cód. Civ. y Com.

III) Oficiar al nosocomio (privado —Clínica Viedma— o público —Hospital Artémides Zatti) donde posiblemente nacerá/n la/las personas concebidas gracias al uso de la técnica de fertilización, que en el/los certificado/s de nacimiento, deberá hacer constar la huella dactilar de la/s beba/s o el/los bebé/s y del progenitor varón aportante del material genético, más no los de la persona gestante; quien es solo portante, sin vinculación genética ni voluntad procreacional. Así también, que será la pareja comitente, en su carácter de progenitores, los únicos autorizados a retirar a la/s beba/s o el/los bebé/s de dicha institución.

IV) Imponer a los progenitores, la obligación de informarles a su/s hija/s o hijo/s, su origen gestacional cuando adquieran edad y madurez suficiente para entenderlo.

IV.1. Fundamentos de la sentencia

La resolución judicial favorable a la pretensión incoada por la pareja encuentra sustento en distintos argumentos vertidos por la magistrada que pueden bien resumirse en tres: el derecho constitucional a una familia, el derecho a la identidad del/a niño/a que vaya a nacer y su interés superior.

En este sentido, expresa que "con fundamento en el derecho a constituir una familia (art. VI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y art. 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos), y en el interés superior del niño consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño en la que se reconoce a la familia como grupo fundamental de la sociedad, medio natural de crecimiento y bienestar de sus miembros en particular de los niños, en que estos necesitan la debida protección legal tanto antes como después del nacimiento que debe ser inscripto, conocer a sus padres y ser cuidado por ellos, y que el impedimento gestacional de la pareja que han expresado ampliamente su voluntad procreacional recurriendo a una TRHA, no puede constituir un obstáculo al derecho a la identidad del niño por nacer y a la conformación de la familia".

V. Conclusión

Las técnicas de reproducción humana asistida en general y la gestación por sustitución en particular, constituyen mecanismos ciertos para alcanzar el deseo de ser madres o padres, efectivizando el derecho a diseñar su proyecto de vida familiar, formar una familia acorde con su proyecto de vida en igualdad de condiciones que los demás, estableciendo vínculos filiales con completa independencia de la correspondencia genética y/o biológico, y cuya única determinación es la voluntad procreacional.

Así, el elemento volitivo de él o los comitentes se convierte en el elemento tipificante y determinante del vínculo filiatorio.

(20) Ver: DE LORENZI, M., "El derecho a la identidad de los niños, niñas y adolescentes nacidos de técnicas de reproducción humana asistida", en FERNÁNDEZ, S. (dir.), *Tratado de Derechos de niños, niñas y adolescentes. La protección integral de derechos desde una perspectiva constitucional, legal y jurisprudencial (Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación)*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, t. I, ps. 1059-1080.

Indiscutido es que, el mejor interés de cualquier niña o niño nacido gracias a la práctica de una técnica de reproducción médicamente asistida, es que sus vínculos jurídicos filiatorios queden establecidos en relación con la o las personas adultas responsables de su existencia, quienes desearon maternar y/o paternar, desplazando del entramado filiatorio a la persona donante de gametos o en su caso, a la persona gestante, quienes no ostentan voluntad procreacional alguna.

Enlazado a la voluntad procreacional de la o las personas comitentes, se encuentra el derecho a la identidad (en su aspecto estático y dinámico) de esa hija o hijo nacida/o que solo queda efectivizado si sigue la lógica de aquella.

Siendo un derecho de la hija o hijo y un deber en cabeza de él o los progenitores, hacerles conocer sus orígenes cuando la edad y grado de madurez así lo permita, es decir, a saber su verdad gestacional. Adherimos a la postura adoptada por la magistrada donde impone a los comitentes en el último apartado del resuelvo de la sentencia, a hacer conocer el origen gestacional a su/s hija/s o hijo/s, en otras palabras, por tratarse esta de una obligación legal y no meramente moral.

De allí la importancia que conlleva la inscripción de la/s niña/s o niño/s nacido/s por gestación por sustitución como hijo exclusivamente —en el presente caso— de la pareja que detenta la voluntad procreacional. Imperioso es que, el vínculo filiatorio quede plasmado en un todo conteste con la realidad familiar de esa niña o niño recién nacido; en otras palabras, en sintonía la identidad estática y dinámica, ya que, solo de esta manera se logrará la satisfacción de su interés superior. En este orden de ideas, el resuelvo ordena no solo al Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas a efectuar la inscripción conforme a lo dispuesto por el art. 559 del Cód. Civ. y Com., sino también al nosocomio para que haga entrega del certificado de nacimiento solo con los datos del recién nacido y del progenitor, dejando de lado los datos de la persona gestante que solo es portadora más no tiene voluntad procreacional y que solo se autorice a la pareja comitente —aquí peticionantes—, en su carácter de progenitores, a retirar a la/s beba/s o el/los bebé/s de dicha institución una vez que proceda el alta médica.

Por último, destacamos el accionar judicial en pos de averiguar y revalidar no solo la capacidad, sino el buen estado de salud tanto físico como psíquico de la persona gestante, indagando a través de la entrevista personal y de las pericias del equipo técnico interdisciplinario, aquellos factores de vulnerabilidad detectados en una primera instancia que podrían bien haber afectado la voluntad de su decisión de ser gestante solidaria por segunda vez, y que de haber cotejado su incuestionabilidad, la autorización de la práctica médica con dicha persona como portadora de los embriones de la pareja comitente, hubiera sido denegada.

Dada la trascendencia del resultado de la TRHA, cual es el posible nacimiento con vida de una persona —sujeto de derechos— que debe ser emplazada como hija o hijo de quien detenta la voluntad procreacional, escindido el vínculo filiatorio de cualquier lazo con la persona portadora, es que la situación de alegalidad en la que se encuentra, puede traer aparejada situaciones irregulares, donde se genere un abuso, un beneficio a costa de la explotación de las condiciones de vulnerabilidad que rodean a la persona gestante.

Por lo que, frente al pedido de autorización de una práctica de tal jerarquía, es insoslayable profundizar en la evaluación de los motivos que llevan a la persona gestante a enfrentar un procedimiento médico de tales características, ahondando exhaustivamente en las condiciones que la rodean, resultando de trascendental importancia despejar la posible y plausible existencia de situación de vulnerabilidad que haya empujado a la persona a gestar para otro/a.

Se trata en definitiva, de (re)pensar la técnica en clave de derecho, en especial de los más vulnerables, para evitar cualquier escenario inadmisible desde la perspectiva de los derechos humanos.

SANCIONES DISCIPLINARIAS

Nulidad. Sentencia arbitraria. Actuación de profesionales en relación con prácticas de abortos no punibles.

Con nota de Valeria Durán de Kaplan

1. — En el caso, con arbitrariedad y exceso ritual, se anuló una sanción disciplinaria de un ente público legalmente autorizado con desentendimiento de las constancias y antecedentes de la causa, soslayando así el análisis de los extremos del obrar de la administración frente a la conducta reprochada a la colegiada —intervención como psicóloga de una niña de 12 años que cursaba un embarazo producto de una violación—, en el marco del control judicial suficiente respecto de sanciones administrativas. El despliegue defensivo a lo largo del proceso por el cual se descartó la violación al derecho de defensa fue soslayado luego por la Cámara al concluir con una nulidad ritual —sin reenvío efectuado— eludiendo así el análisis de la acreditación —o no— de los hechos y si los mismos se adecuaban —o no— a las tipificaciones que en fundamentación normativa sustentara el Tribunal de Ética en su pronunciamiento.

2. — El pedido de incorporar como "hecho nuevo" la testimonial de la madre de la niña ante la Corte local, alegando que no la ofreció en el marco del sumario disciplinario por el delicado y sensible cuadro que estaba atravesando la familia y tampoco la propuso en sede judicial por la grave exposición mediática que tuvo el caso, no puede admitirse, al no encuadrar sus alegaciones en el aludido supuesto.

3. — La sentencia que declaró la nulidad de la sanción disciplinaria incurrió en evidente autocontradicción, pues descartó la violación al derecho de defensa y dispuso la nulidad absoluta del pronunciamiento. Acudiendo en fundamentación al principio acusatorio, pero absteniéndose -en todo caso- de reenviar a sus efectos (del voto de la Dra. Gastaldi, al que adhiere el Dr. Erbetta).

CS Santa Fe, 23/03/2021. - Catalano, María Belen s/ su denuncia; Tribunal de Ética del Colegio de Psicólogos de Santa Fe.

[Cita on line: AR/JUR/10583/2021]

CUIJ Nº 21-512499-6. Cita: 218/21

Santa Fe, marzo 23 de 2021.

1ª ¿Es admisible el recurso interpuesto? 2ª En su caso, ¿es procedente? 3ª En consecuencia, ¿qué resolución corresponde dictar?

1ª cuestión. — La señora Ministra doctora Gastaldi dijo:

1. Mediante acuerdo registrado en A. y S. T. 289, págs. 413/420, esta Corte -por mayoría- admitió la queja por denegación del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la representación técnica de la Presidenta del Colegio de Psicólogos de la Primera Circunscripción de la Provincia de Santa Fe contra el acuerdo 1017, del 23 de octubre de 2017, dictado por los Jueces del Colegio de Cámara de Apelaciones en lo Penal de la Primera Circunscripción Judicial, doctores Bruno Netri, Gentile Bersano y Prieu Mántaras. Para ello, entendió que correspondía excepcionalmente considerar superado el recaudo de definitividad y que las postulaciones de la compareciente contaban "prima facie" con suficiente asidero en las constancias de la causa, e importaban articular con seriedad planteos que podían configurar hipótesis de arbitrariedad con idoneidad suficiente como para operar la apertura de esta instancia extraordinaria.

En el nuevo examen que prescribe el artículo 11 de la ley 7055, con los principales a la vista, ratifico la admisibilidad del recurso deducido por representación técnica de la Presidenta del Colegio de Psicólogos de la Primera Circunscripción de la Provincia de Santa Fe conforme lo expusiera esta Corte en A. y S, T. 289, págs. 413/420. Criterio del cual no creo necesario apartarme, de conformidad con lo dictaminado por el Señor Procurador General.

Voto, pues, por la afirmativa.

A la misma cuestión, el señor Ministro doctor Erbetta, expresó idénticos fundamentos a los vertidos por la señora Ministra doctora Gastaldi y votó en igual sentido.

A la misma cuestión, el señor Presidente doctor Falistocco dijo:

1. Mediante resolución registrada en A. y S. T. 289, págs. 413/420, esta Corte -integrada- admitió la queja por denegación del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la representación técnica de la Presidenta del Colegio de Psicólogos de la Primera Circunscripción de la Provincia de Santa Fe contra la resolución 1017 de fecha 23 de octubre de 2017 dictada por los vocales del Colegio de Jueces de Cámara de Apelación en lo Penal de la Primera Circunscripción, doctores Netri, Gentile Bersano y Prieu Mantaras, por

entender que las postulaciones de la compareciente contaba "prima facie" con suficiente asidero en las constancias de la causa e importaba articular con seriedad planteos con idoneidad suficiente como para lograr la apertura de esta instancia extraordinaria.

Si bien en tal ocasión, postulé -en disidencia- el rechazo del remedio intentado por entender que la resolución atacada no reunía el requisito de definitividad establecido por el artículo 1 de la ley 7055, en el nuevo examen de admisibilidad que corresponde realizar de conformidad a lo dispuesto por el artículo 11 de la ley 7055, la admisión de la queja dispuesta por la mayoría -luego de considerar superado tal recaudo formal-, me conduce a adoptar igual solución.

Voto, pues, por la afirmativa.

A la misma cuestión, los señores Ministros doctores Gutiérrez y Spuler expresaron idénticos fundamentos a los vertidos por el señor Presidente doctor Falistocco y votaron en igual sentido.

A la misma cuestión, la señora Jueza de Cámara doctora Depetris y el señor Juez de Cámara doctor Andrés, expresaron idénticos fundamentos a los vertidos por la señora Ministra doctora Gastaldi y votaron en igual sentido.

2ª cuestión. — La señora Ministra doctora Gastaldi dijo:

1. Los Jueces del Colegio de Cámara de Apelaciones en lo Penal de la Primera Circunscripción Judicial, doctores Bruno Netri, Gentile Bersano y Prieu Mántaras, por Acuerdo 1017, del 23 de octubre de 2017, declararon la nulidad de la resolución apelada, dictada el 31 de marzo de 2017 por el Tribunal de Ética Profesional y Disciplina del Colegio de Psicólogos de Santa Fe, que había aplicado a la psicóloga María Belén Catalano la sanción de apercibimiento público y suspensión de la matrícula por el término de seis meses (cfr. art. 19 del Reglamento, fs. 13/26).

2. Contra dicho decisorio interpone recurso de inconstitucionalidad la Presidenta del Colegio de Psicólogos de la ciudad de Santa Fe (fs. 31/42).

En fundamentación, de sus reproches recursivos contra el pronunciamiento anulatorio, relata los antecedentes del caso. En tal sentido, afirma que se le enrostró a la colegiada realizar intervenciones como psicóloga a una menor de 12 años recién cumplidos que estaba cursando un embarazo producto de una violación. Puntualiza que la gestante estaba internada en el Hospital Iturraspe con diagnóstico de "alto riesgo para su salud", cuando la colegiada -desplegando una intervención profesional- se superpuso a las prácticas profesionales que el equipo de salud pública y la red interinstitucional estaban realizando, de manera altamente iatrogénica, inconsulta y clandestina.

Relata que la colegiada sancionada no solo no era profesional del hospital sino que clandestinamente se hizo pasar como miembro de la Subsecretaría de la Niñez de la provincia de Santa Fe para ganarse la confianza tanto de la madre, como de la niña, cuando era solo miembro de una ONG "Grávida". Entidad ésta, que tampoco tenía autorización por parte del Hospital y a través de la realización de prácticas que hacen a su ejercicio profesional, se superpuso a los profesionales del hospital público que estaban tratando a la paciente; con el objetivo de torcer las voluntades -de la niña y la madre- para evitar la interrupción legal del embarazo (I.L.E.).

Reprocha la impugnante que con arbitrariedad sorpresiva, exceso ritual manifiesto y fundamentación contradictora, los Jueces anularon la sanción disciplinaria aplicada a la colegiada. Cuestiona que los Jueces sustentaron la nulidad en la inobservancia formal de la individualización de disposiciones del Código de Ética en la acusación (cf. art. 19 del Reglamento), pero contradictoriamente entendieron que no mediaba en el caso afectación concreta al derecho de defensa de la justiciable. Por cuanto del "contenido del descargo" (fs. 20/23), su alegato final (fs. 99/105v.) surgía que aquella revisó efectivamente todo lo actuado, contó efectivamente con patrocinio letrado y presentó descargo en relación a cada una de las acusaciones realizadas. Señalando la impugnante que los mismos Jueces afirmaron que en el caso no existió materialmente ningún perjuicio ni vulneración al derecho de defensa.

La recurrente considera que en el caso se encontraba involucrado un supuesto de afectación al "derecho a la salud" y "gravedad institucional" toda vez que la conducta impugnada a la profesional Catalano, no fue un hecho autónomo para con una paciente en su consultorio, sino una práctica desarrollada en un hospital público provincial, como parte de una Organización no Gubernamental que, más allá de sus declamados objetivos benefactores hacia el valor vida, utilizó metodologías clandestinas e inconsultas para con los profesionales actuantes en detrimento de la gestante, pasando por encima de todos los protocolos de actuación, sin presentarse formalmente ante las autoridades y/o profesionales tratantes del hospital e interfiriendo peligrosamente con prácticas altamente iatrogénicas que sólo buscaban un determinado resultado obstruir la interrupción legal del embarazo sin reparar en los medios utilizados.

Refiere la impugnante que la defensa de Catalano omitió sustentar cualquier supuesto de indefensión

en la etapa oportuna (cf. art. 22, Reglamento), para luego impetrar su defensa sustancialmente en una nulidad procesal.

Asimismo, se cuestiona centralmente por autocontradicción el pronunciamiento de la Alzada, pues si consideraba que mediaba un supuesto de nulidad absoluta por falta de individualización de la normativa; lo que hubiera correspondido era remitir los obrados por reenvío. Y la autocontradicción surgía prístina en la tesis de la recurrente en la circunstancia que la Alzada a la misma vez reconoce que no se violó el derecho de defensa.

Por todo ello, la recurrente invoca la afectación de las atribuciones del Colegio de Psicólogos en un supuesto de gravedad institucional.

3. La referida impugnación fue denegada por el A quo, motivando la presentación directa de la impugnante ante esta Sede, que fue admitida por mayoría (A. y S. T. 289, págs. 413/420).

4. Elevados los autos a la Corte, y advertida la falta de elevación -por la Alzada- del sumario disciplinario tramitado ante el Tribunal de Ética del Colegio de Psicólogos de la provincia de Santa Fe. Se formula su requerimiento, los cuales se elevan en 30.10.2019.

5. Es el caso, que elevados los autos, comparece el apoderado de la colegiada solicitando una testimonial de la madre de la niña ante esta Corte. Invocando tratarse de "un hecho nuevo", alegando que no la ofreció como testigo en el marco del sumario disciplinario por el delicado y sensible cuadro que estaba atravesando la familia y tampoco la propuso en sede judicial por la grave exposición mediática que tuvo el caso.

Petición que no puede admitirse, al no encuadrar sus alegaciones en el aludido supuesto.

6. Adelanto que habré de propiciar la procedencia del recurso de inconstitucionalidad. Ello así por cuanto, considero que la recurrente ha logrado acreditar los reproches endilgados al pronunciamiento de incurrir en arbitrariedad sorpresiva, autocontradicción, exceso ritual manifiesto. Y lleva razón sus alegaciones, que en definitiva, achacan que el tribunal sustituyó por su propio criterio el criterio de la administración; desentendiéndose de las motivaciones y antecedentes de la causa que sustentaron el pronunciamiento del Tribunal de Ética.

En efecto, de la confrontación del escrito recursivo y los elementos elevados a requerimiento de esta Corte, surge que para anular el pronunciamiento, el A quo partió primero por excluir -lisa y llanamente- la prueba incorporada a partir de la foja 17 del sumario disciplinario, que disponía el agotamiento de la investigación. Para ello, consideró como existente una renuncia tácita de los informes oportunamente ordenados (a f. 16) y hasta entonces no producidos. Sin tomar en cuenta siquiera que las partes tuvieron acceso y que oportunamente alegaron sobre los mismos. Para fundamentar tal tesitura se invocan por el A quo genéricos principios de preclusión, buena fe y progresividad, pero que en realidad se contraponen con principios indiscutidos relativos a la prueba; más tratándose de un procedimiento de tipo administrativo.

Mutilado así el sumario disciplinario, luego con evidente auto-contradicción descarta la violación al derecho de defensa y dispone la nulidad absoluta del pronunciamiento. Acudiendo en fundamentación al principio acusatorio, pero absteniéndose -en todo caso- de reenviar a sus efectos. Desde tal perspectiva, considero que lleva razón la recurrente cuando reprocha el vicio de auto-contradicción y dogmatismo.

Sin perjuicio de lo que antecede, decisivo en orden a la invalidación del pronunciamiento del A quo, cabe agregar -a mayor abundamiento- que asiste razón a la recurrente cuando cuestiona que la Alzada hiciera alusión al cercenamiento del principio acusatorio sin siquiera aludir ni hacerse cargo de las circunstancias de los hechos enrostrados e inconductas achacadas a la colegiada Catalano, que fueron precisa y puntualmente descriptas también desde inicio.

En efecto, se reprochó a la colegiada María Belén Catalano haber realizado conductas profesionales en superposición a las prácticas profesionales del equipo interdisciplinario del Hospital Iturraspe y de la red interinstitucional, de manera altamente iatrogénica e inconsulta, utilizando "medotologías clandestinas" (que fueron detalladas), interfiriendo peligrosamente con los protocolos de actuación de abortos no punibles, en el caso de una niña de 12 años, que padecía de un trastorno madurativo y cursaba un embarazo producto de una violación, con diagnóstico de "alto riesgo para su salud psíquica y física".

Hechos respecto de los cuales, ofreció descargo la colegiada, quien contestó cada una de esas inconductas que el Colegio profesional motivó como acreditadas.

Así cabe hacer mención, que en su primer descargo la colegiada efectuó una negativa general y negativas específicas de las conductas reprochadas, puntualizándolas y formulando defensas, ofreciendo pruebas, realizando reservas constitucionales y petitorio (fs. 20/23).

También consta que su representante legal (f. 27), realizó actos de control de la prueba ofrecida y amplió

ofrecimiento de pruebas testimoniales, informativa e instrumental (f. 34). Y luego de producida la prueba, a fojas 99/105 formuló su alegato y planteó nulidad invocando que nunca se le reprocharon las faltas que resultarían de los hechos denunciados. Alegando que la licenciada no fue en ejercicio de su profesión sino que concurrió como voluntaria de una ONG con el fin de ayudar a una familia que -habiendo consentido su presencia- requería mucha contención (fs. 100/101). También negó que realizara una conducta profesional en superposición al Protocolo de Interrupción Legal del Embarazo, invocando "altruismo" de la profesional Catalano respecto de la niña y su familia. Afirma que solo habrían dos testimoniales en contra de su defendida, las testimoniales de la Licenciadas Embon y Cellerino del equipo del Hospital Iturraspe. Refiriendo textualmente la defensa "En definitiva, todo hace pensar que las denuncias presentadas por la licenciada Embón y Cellerino están sustentadas en el malestar (incluso la licenciada Cellerino utiliza este término a foja 28 que ocasionó que la niña 'B' y su madre decidieran algo contrario a lo que ellas venían imponiendo). Si ellas efectivamente estaban trabajando todas las alternativas posibles y el proceso de toma de decisión no estaba culminado, no se advierte los motivos de ese malestar, porque -insisto- si ellas manejaban como alternativa la externación, no hay motivo alguno para que cuestionen el accionar de la ONG" (f. 104).

Así reseñadas sucintamente las constancias relativas a la efectiva defensa, en este aspecto, ratificado ello en la audiencia ante la Alzada. Echa de verse, que la resolución del Colegio profesional los menciona puntualmente a cada uno de los hechos intimados, y que consideró acreditados para luego subsumirlos en las disposiciones legales aplicables.

Y en este aspecto, no puede pasar desapercibido que conforme las constancias de autos a fojas 42/46 del sumario disciplinario, la instrumental-informativa del Consejo de Administración y Dirección del Hospital Iturraspe, detalla y tipifica las conductas que denunciara las profesionales de su Equipo de Salud.

Y por todo ello, considero demostrado el achacado vicio de ritualismo en el pronunciamiento anulatorio. En efecto, no pueden pasar desapercibidas las constancias del debate oral mismo que dan cuenta del amplio acceso a las actuaciones sumariales, conocimiento de la acusación y las probanzas. Por lo cual, y en tal contexto y si en todo caso, desde cualquier hipótesis pudiera haberse invocado o achacado arbitrariedad en la fundamentación normativa de la disposiciones sancionatorias; lo cierto es que la recurrente solo insiste en que "el juego" practicado en "su intervención" solo respondía a un propósito solidario como voluntaria de una asociación.

En efecto, consta en autos que la colegiada explicó que respecto "a su intervención con la niña" "lo único que hice fue asistirla en juegos, nunca hablé del bebé, sólo le pregunté porque estaba en el hospital y me respondió que estaba embarazada pero no quería tener a su bebé, a lo cual le pregunté porque no y me respondió que no sabía. Solo estuve con 'B' un sábado por la tarde y el domingo y en el consultorio una sola sesión pero no hubo ningún tipo de intervención porque me comunicaron que la atendería desde el Centro de Atención a la Víctima. El bebé nació en el Hospital Cullen y luego fue puesto en adopción, no estuvo en Casa Cuna (yo trabajo allí)" (ver foja 8, sumario disciplinario).

Respecto a su intervención en tal "juego" y sus implicancias profesionales fueron abordadas no solo en la resolución del Tribunal de Ética sino que además se explicitó en la audiencia oral. Sobre lo cual, se omite toda consideración por la Alzada, que se conformó con su propia tesitura nulificante.

Ahora bien, cabe colegir que descartada en la resolución misma y por la propia Alzada la violación al derecho de defensa, en esa tesis lo único que podía haber analizado era si los hechos enrostrados se encontraban acreditados o no, y en su caso si éstos se adecuaban a las tipificaciones que en fundamentación normativa sustentara el Tribunal de Ética en su pronunciamiento.

Es decir, el A quo desdeñó todo ello, y partiendo de una nulidad ritual eludió analizar la legitimidad del obrar del ente profesional. Con lo cual, en este aspecto, coincido con el dictamen del Procurador que los Jueces incurrieron en la "renuncia consciente a la verdad y un exceso ritual manifiesto en la declaración de nulidad".

En tal contexto, luce como comprobado que en el presente caso, con arbitrariedad la Alzada anuló una sanción disciplinaria de un ente público legalmente autorizado con desentendimiento de las constancias y antecedentes de la causa. Tales eran las cuestiones a considerar, en el marco del control judicial suficiente respecto de sanciones administrativas. Y desde tal perspectiva, debió considerar los extremos del obrar de la administración puesto en juego en su disposición sancionatoria. Es decir, si el Tribunal de Ética pudo razonablemente considerar acreditado un supuesto de actuación profesional por parte de la colegiada que persiguiendo intereses propios pudiera haber interferido en forma inconsulta o clandestina con el actuar profesional de un Equipo de Salud Pública de esta Provincia.

Por las razones expuestas, considero demostrado que en las concretas circunstancias de la causa, el pronunciamiento anulatorio de la Alzada incurrre en

el vicio de arbitrariedad y exceso ritual manifiesto con afectación del debido proceso legal. Y en el caso, con desconocimiento de las potestades disciplinarias del Colegio de Psicólogos.

Voto, pues, por la afirmativa.

A la misma cuestión, el señor Ministro doctor Erbetta expresó idénticos fundamentos a los vertidos por la señora Ministra doctora Gastaldi y votó en igual sentido.

A la misma cuestión, el señor Presidente doctor Falistocco dijo:

1. Comparto el relato de los hechos y lo expuesto por la señora Ministra doctora Gastaldi en los puntos 1 a 5 de su voto.

2. Sentado ello, adelanto que del análisis de la resolución puesta en crisis, junto con las constancias de autos y el tenor de los agravios de la recurrente, se advierte que asiste razón a esta última en cuanto achaca a la Alzada arbitrariedad por auto contradicción en su desarrollo argumental y exceso ritual manifiesto.

En efecto, coincido con lo expuesto por la señora Ministra doctora Gastaldi respecto a la exclusión efectuada por la Alzada de la prueba incorporada a partir de la foja 17 del sumario disciplinario -que disponía el agotamiento de la investigación-.

Es que la Alzada, al resolver como lo hizo, no sólo consideró como existente una renuncia tácita de los informes oportunamente ordenados sin tomar en cuenta que las partes tuvieron acceso y que oportunamente alegaron sobre los mismos, sino que para excluir la prueba en cuestión, entendió que la conclusión de la instrucción -y posterior vista a la profesional denunciada- debía ser luego de producida toda la prueba ordenada a fin de que ésta última pueda revisar todo lo actuado y así ejercer debidamente su derecho de defensa en la etapa contradictoria, al controvertir toda la prueba producida. Empero, esta circunstancia es reconocida con posterioridad en la resolución, al expresar que "del contenido de su descargo (a fs. 20/23) y de su alegato final (a fs. 99/105vta.) surge que aquélla (profesional) revisó efectivamente todo lo actuado y contó efectivamente con patrocinio letrado" (v. punto 4.2°) de los considerandos). Tal razonamiento luce contradictorio.

Por otro lado, ya al analizar los argumentos por los cuales consideró que debía anularse la resolución del Tribunal de Ética, se advierte otra contradicción por parte del A quo ya que, luego de haber descartado la violación del derecho de defensa -conforme se expuso en el párrafo anterior- sostuvo -en el entendimiento de que el Tribunal de Ética no había definido la responsabilidad a atribuir y las normas infringidas- que se ocasionó un perjuicio a la defensa por "no saber ni poder saber la profesional sometida al procedimiento de qué defenderse".

Y en ese sentido, entiendo que el accionar de la Alzada incurrió también en un exceso ritual en la declaración de nulidad al afirmar dogmáticamente que existía un perjuicio real y efectivo, más sin explicar suficientemente -con apoyo en las constancias de la causa- por qué el efecto de la intimación llevada a cabo contra la imputada, a la luz de la defensa ejercida, acarrearía el vicio invocado, sobre todo si previamente había considerado que de la actuación defensiva desplegada a lo largo del procedimiento -puntualmente del contenido de su descargo y alegato final- surgía que la colegiada, con patrocinio letrado, pudo revisar efectivamente todo lo actuado.

Al respecto, del análisis de los autos, surge que la denunciada contestó en su descargo inicial las conductas reprochadas. Realizó así negativa general y específica de las mismas, puntualizándolas y formulando defensas, ofreciendo pruebas, realizando reservas constitucionales y petitorio (fs. 20/23).

De la misma manera, consta que su representante legal realizó actos de control de la prueba ofrecida y amplió ofrecimiento de testimoniales, informativa e instrumental (f. 34). Y luego de producida la prueba, formuló su alegato y planteo de nulidad, analizando la conducta de la psicóloga a través del examen y valoración de los distintos medios de confirmación colectados (cfr. puntos IV, V, VI, VII de su memorial de fs. 99/105).

Sumado a ello, no puede pasar desapercibida la audiencia de debate del recurso de apelación, donde se advierte, por parte de los representantes de la denunciada, un amplio acceso a las actuaciones del procedimiento, conocimiento de las conductas reprochadas y de las probanzas obrantes (cfr. registro audio y video audiencia de apelación fecha 15.06.2017).

Este despliegue defensivo a lo largo del proceso que surge de las constancias de autos y al que también alude en cierto modo la Alzada para descartar la violación al derecho de defensa, fue soslayado luego por ésta al concluir con una nulidad ritual -sin reenvío efectuado- eludiendo así el análisis de la acreditación -o no- de los hechos enrostrados y si los mismos se adecuaban -o no- a las tipificaciones que en fundamentación normativa sustentara el Tribunal de Ética en su pronunciamiento.

Por todo lo expuesto, coincido con el voto precedente en que la Alzada, con arbitrariedad y exceso

ritual, anuló una sanción disciplinaria de un ente público legalmente autorizado con desentendimiento de las constancias y antecedentes de la causa, soslayando así el análisis de los extremos del obrar de la administración frente a la conducta reprochada de la colegiada, en el marco del control judicial suficiente respecto de sanciones administrativas.

En consecuencia, estimo que corresponde declarar procedente el remedio interpuesto con el alcance asignado, sin que lo que aquí decidido suponga emitir opinión alguna sobre la solución que en definitiva corresponda adoptar.

Voto, pues, por la afirmativa.

A la misma cuestión, los señores Ministros doctores Gutiérrez y Spuler expresaron idénticos fundamentos a los vertidos por la señor Presidente doctor Falistocco y votaron en igual sentido.

A la misma cuestión, la señora Jueza de Cámara doctora Depetris y el señor Juez de Cámara doctor Andrés expresaron idénticos fundamentos a los vertidos por la señora Ministra doctora Gastaldi y votaron en igual sentido.

3ª cuestión. — La señora Ministra doctora Gastaldi dijo:

Atento el resultado obtenido al tratar las cuestiones anteriores, corresponde declarar procedente el recurso interpuesto y, en consecuencia, anular el pronunciamiento impugnado. Remitir los autos al tribunal subrogante que corresponda para que juzgue nuevamente la causa conforme las pautas sentadas por este Cuerpo en el presente decisorio.

Así voto.

A la misma cuestión, el señor Ministro doctor Erbetta, el señor Presidente doctor Falistocco, los señores Ministros doctores Gutiérrez y Spuler, la señora Jueza de Cámara doctora Depetris y el señor Juez de Cámara doctor Andrés dijeron que la resolución que correspondía dictar era la propuesta por la señora Ministra doctora Gastaldi y así votaron.

En mérito a los fundamentos del acuerdo que antecede, la Corte Suprema de Justicia de la Provincia -integrada-

Resuelve:

Declarar procedente el recurso interpuesto y, en consecuencia, anular el pronunciamiento impugnado. Remitir los autos al tribunal subrogante que corresponda para que juzgue nuevamente la causa conforme las pautas sentadas por este Cuerpo en el presente decisorio. Registrarlo y hacerlo saber. Con lo que finalizó el acto. — *Jorge A. Andrés.* — *Georgina E. Depetris.* — *Daniel A. Erbetta.* — *Roberto H. Falistocco.* — *María A. Gastaldi.* — *Rafael F. Gutiérrez.* — *Eduardo G. Spuler.*

Diálogos, interrogantes y dudas a partir de un precedente jurisprudencial

Valeria Durán de Kaplan (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Cómo enmarcamos nuestras prácticas profesionales.— III. El contexto del fallo.— IV. Conclusiones.

I. Introducción

En este breve trabajo, la intención es repensar juntos un fallo desde una mirada en la que no caben afirmaciones sin dudas. Es por ello que, cuando el lector piense que las cosas son así, ha de sonarle una alarma de certezas.

El precedente jurisprudencial refiere al caso de una psicóloga, quien es denunciada por intervenir cuando una menor de 12 años se encontraba internada por una violación en un hospital de la provincia de Santa Fe. Según describe el fallo, la profesional interviene sin informar al equipo del hospital, lo que se presentaría como una falta de ética si no contase con el consentimiento de la madre de la niña.

Respecto de los interrogantes que se plantean, no quedan claro en el fallo la relación de la niña con la psicóloga y con la familia, aunque nuestra mirada tiene que elevarse y observar desde el techo de los derechos esenciales del ser humano. Al mismo tiempo, queda la duda acerca de si la psicóloga tenía una relación en la que habría oposición de la madre, en un momento de mayor debilidad psíquica y física de la menor.

En este contexto, es dable destacar que socialmente construimos las lentes a través de lo cual miramos el mundo y nos explicamos cómo surge un problema. Así pues la construcción del recorte de realidad responde a un entorno, a un contexto.

Tal vez ha llegado la hora, antes de emprender un viaje o una expedición, de tomar consciencia de la forma en la que nos posicionamos en el mundo y para cada misión.

Es necesario señalar la relevancia del concepto de presencia radical, no como una expresión vaga o abstracta, sino como una posición en el mundo, que consiste en dejar que el otro nos afecte, mientras uno mismo sostiene su propio terreno.

II. Cómo enmarcamos nuestras prácticas profesionales

La presencia radical ha sido descripta como una ética de potencial discursivo, una multiplicidad de recursos para la acción, que provee con la capacidad reflexiva para cuestionar prácticas comunes y disputar su estatus de verdad. Una

(*) Profesora y licenciada en Psicología (MP 3003); miembro de EMAF (Equipo de Abordaje Multidisciplinario); docente de Privado VI (UNC) y de Práctica III (UNC, Facultad de Derecho); investigadora del Secyt; docente de la Diplomatura en Derechos de la Niñez y Adolescencia. Abogados del NNyA (UNC, Facultad de Derecho, 2020 y 2021); docente del curso de Especialización de A. Niños Niñas y Adolescentes (Colegio de Abogados de la Provincia de Córdoba, 2020); docente del Profesorado de Educación Especial ENSAG, Alta Gracia; psicóloga del Dispensario y del Colegio de Falda del Carmen; capacitadora magistratura (El Salvador, 2019); disertante en el encuentro interdisciplinario “Las múltiples realidades y violencias invisibles en tiempos de pandemia y pos pandemia” (Colegio de Abogados de Comodoro Rivadavia, 2020); disertante "Violencias y análisis de riesgo", AMJA Asociación Mujeres Argentinas, 2020; publicaciones varias; directora de la Diplomatura de Violencias y Géneros (Colegio de Abogados de la Provincia de Córdoba, 2020 y 2021).

ética relacional también abarca la diferencia y la complejidad, evitando la búsqueda de prácticas estandarizadas. Adoptar una ética relacional requiere que abandonemos el apoyo de principios abstractos y códigos formales, no en un intento de crear caos o anarquía, sino en un intento de prestar atención a aquello que se desarrolla en los contextos y las relaciones específicas en las que nos encontramos **(1)**.

En esta línea se sostiene que no es una ética del "vale todo", sino más bien una ética de responsabilidad hacia uno mismo, hacia otros, hacia el ambiente que, como tal, demanda que cualquier set local de prácticas, creencias o valores sean considerado bajo la luz de prácticas sociales más dominantes.

No obstante, cabe preguntarse de qué modo construimos nuestro mundo, nuestra cosmovisión, y preguntarnos por los recortes que realizamos para analizar de las experiencias que no son contadas. Por ello, nuestros ensayos tienen que ser minuto a minuto en reconstruir la noción con la que fuimos moldeados los profesionales en creer en un individuo, en no mirar las redes, los contextos, en poner en cuestión las teorías dominantes que señalan un individuo y sus patologías.

De allí que nuestro entrenamiento diario consista en tener en cuenta las miles de conversaciones que son invisibles ante nuestros ojos, que aunque no las veamos siempre están. Es decir, el conjunto de conversaciones que tenemos con nosotros mismos, y si nos dejamos envolver por el otro, las nuevas conversaciones que aparecen.

Cabe preguntarnos si, al monitorear quiénes somos en las diversas conversaciones, abandonamos el lugar del experto; en efecto, ¿cómo podemos lograr dejar atrás las necesidades con las que fuimos formateados en nuestras universidades de categorizar, de nombrar lo que estamos haciendo, sin estar a entera disposición de la danza del diálogo?

Además, la relevancia de un cambio de paradigma en nuestras prácticas profesionales hace que pisemos firme en el intento de ser colaborativos constantemente, renunciando a ese lugar de poder que tuvieron los profesionales en la Modernidad del experto.

Al mismo tiempo, desatendiendo los rótulos impuestos por una concepción de un individuo independiente, y antes de arrancar la expedición a un lugar construido y desconocido, ya que no sabemos a dónde arribaremos en esa transformación mutua del diálogo, necesitaremos hacer *zoom* y cuestionar: ¿a quién le sirve esta construcción del problema?, ¿para quién es un problema? y ¿quién determina que es un problema?

Quizá sea relevante cuestionar los modelos vigentes de moda en donde la mayoría de los diagnósticos son el síndrome de Asperger; es allí entonces que nos cuestionemos: ¿para quién es un negocio?; ¿a quién le sirve esta categoría?

Es decir, como redefinimos con responsabilidad y compartimos el poder de las decisiones, la corresponsabilidad de a dónde llevamos al otro, hacia dónde lo empujamos y si es que podemos dejarnos empujar por el otro.

Esto es, nos incluimos en las conversaciones dispuestas a un encuentro de cuerpos, a esa transformación de lo no verbal que surge en todo encuentro, desistiendo de la idea propuesta por la Modernidad de colonizar al otro, de imponer nuestros criterios y categorías, alineados para el diálogo.

Asimismo, el diálogo se refiere al encuentro que solidariza la reflexión y la acción de sus sujetos orientado a transformar la realidad. Al incorporar la palabra "solidaridad" se recupera el valor y la dignidad de todas las personas que se predisponen a entrar en comunión. Es una invitación para abrir la mente y el corazón a las razones de cada uno y entrar en un acto valiente de revisar creencias y posiciones, pero también es la búsqueda horizontal y fraternal para encontrar nuevos caminos que transitar. Transformar la realidad tiene un profundo sentido, porque nos está diciendo que no se refiere a imponer una realidad sobre la otra sino de transformarnos mutuamente.

(1) MCNAMEE, Sheila, "Presencia Radical: alternativas para el estado terapéutico", *European Journal of Psychotherapy & Counselling*, vol. 17, issue 4, 2015, ps. 373-383, disponible en *https://mypages.unh.edu/sites/default/files/sheilamcnamee/files/presencia_radical_spanish.pdf* (consultado el 17/06/2021).

¿De qué manera cuidamos nuestro propio proceso en esta transición de paradigma?; el terremoto, se nos mueve el piso, estamos desorientados, o sea, en la comprensión de nuestro *self*, ¿cómo incorporamos a la identidad profesional nuevas maneras no estigmatizantes?

Conviene repreguntarnos cuál es el juego que jugamos, colonizar, evangelizar, o si el juego es querer entender el punto de vista del otro para acercarme a un terreno común. No obstante, cuando aparece el quiebre obliga a renegociar, a ampliar los significados.

Pero el papel positivo de la confusión de la incertidumbre, de las dudas, contradicciones, que posibilitan el renegociar, no cierra sino que abre otro espiral, renegocia y enriquece.

Cabe señalar la gran dificultad de comentar, ya que la psicología no se ocupa de opinar y menos aún de hechos relatados en un papel. Es por ello que consideramos tan delicado comentar un fallo, porque la escritura es estática, no se ve un proceso, es como una fotografía de un momento, no aparece reflejado el proceso de las tramas interpersonales.

Así pues, queda escrita una historia oficial, y las historias omitidas, las historias no contadas, no forman parte de un expediente.

En efecto, aparecen preguntas como: ¿quién permitió que una niña de doce años tenga contacto con una psicóloga, con la que con posterioridad no se permite la continuidad de un vínculo?

Posiblemente, la intención de la profesional fue contener, sostener a una niña violada; sin embargo queda claro que no nos es permitido a los psicólogos la intervención de varios profesionales al mismo tiempo, no operamos como los médicos.

En particular, detengamos nuestro viaje en una primera parada, es necesario esclarecer, quién le dio el permiso para actuar a la profesional interviniente, es decir, quién le otorgó el consentimiento informado, al ser menor la niña. ¿Se lo otorgó la madre, o es que la psicóloga consideró un caso de urgencia y allí intervino a pedido de la niña sin el apoyo de la madre? Esta es una incógnita de este fallo.

Se trae a colación el Código de Ética del Colegio de Psicólogos de la Provincia de Santa Fe, que expresa claramente: “

I.1. Los psicólogos deben obtener consentimiento informado de aquellas personas con las que trabajan en su práctica profesional”.

”Esta obligación se sustenta en el respeto por la autonomía, entendiendo que es válido cuando la persona que lo brinda lo hace voluntariamente, y con capacidad para comprender los alcances de su acto. Ello supone capacidad legal para consentir, libertad de decisión e información suficiente y significativa sobre la práctica de la que participa. La implementación del consentimiento informado, considerado aquí como un proceso, implica su construcción y revisión permanente en función de las características cambiantes y dinámicas de la relación profesional-consultante.

”I.2. La obtención del consentimiento informado implica para el profesional psicólogo, brindar información sobre los alcances de la intervención para la cual es solicitado en relación con: a) el propósito y naturaleza de la actividad profesional, b) responsabilidades mutuas, c) protección de la confidencialidad y limitaciones de la misma consignadas en el presente código, d) probables beneficios y riesgos, e) alternativas posibles, f) opción de rehusar o retractarse en cualquier momento.

”I.3. La obligación y la responsabilidad de evaluar las condiciones en las cuales el consultante da su consentimiento, incumben al psicólogo responsable de la práctica de que se trate. Esta obligación y esta responsabilidad no son delegables.

”I.4. En los casos en los que las personas involucradas no se encuentren en condiciones legales, intelectuales o emocionales de brindar su consentimiento, los psicólogos deberán ocuparse de obtener el mismo de los responsables legales, de acuerdo a las normativas vigentes.

”I.5. Aún con el consentimiento de los responsables legales, los psicólogos procurarán el acuerdo que las personas involucradas puedan

dar, dentro de los márgenes que su capacidad legal, intelectual o emocional permita, y cuidarán que su intervención profesional respete al máximo posible el derecho a la intimidad.

"I.6. Los psicólogos podrán intervenir sin el consentimiento del o los consultantes en casos de catástrofes, urgencia y/o situaciones de riesgo.

"I.7. El consentimiento de las personas involucradas no exime a los psicólogos de evaluar la continuidad de la práctica que estén desarrollando, siendo parte de su responsabilidad interrumpirla si existen elementos que lo lleven a suponer que no se están obteniendo los efectos deseables, o que la continuación podría implicar riesgos serios para las personas involucradas o a terceros".

Por su parte, el art. 3.2.11 del Código de Ética de la Provincia de Santa Fe establece la prohibición de intervenir profesionalmente con personas asistidas por colegas, excepto en dos supuestos.

En primer lugar, en el art. 3.2.11.1, expresa que el psicólogo puede intervenir cuando sea una respuesta a la solicitud del profesional que conduce la intervención. Aquí, advertimos que este no fue el caso del fallo.

Por su parte, el art. 3.2.11.2., establece como otra excepción cuando la urgencia así lo requiera, tras lo cual dará inmediato conocimiento al profesional responsable. La pregunta en este punto es si lo comunicó al equipo que estaba trabajando en el Hospital donde se encontraba internada la niña.

En última instancia, en el art. 3.2.11.3, se estipula que se podrá intervenir cuando el consultante, en condiciones adecuadas de autodeterminación, interrumpiera voluntaria y definitivamente el vínculo con el primer profesional, o requiriera una interconsulta. Para ello, necesitaríamos conocer la historia del vínculo de la niña, la familia y la profesional sancionada.

Igualmente, el Código de Ética de la República Argentina, presenta normas asociadas, las cuales necesitamos delimitar si tienen relación con el fallo que estamos especificando desde una mirada psicológica.

Además las normas asociadas, en relación con la responsabilidad con la colegiación y los colegas nos advierte: aquí se vuelve necesario pensar en el conjunto de las prácticas éticas de ambos profesionales, ¿fueron tratadas las divergencias por medios pertinentes y con la responsabilidad profesional puesta en la urgencia de una menor de edad víctima de un ataque sexual?

Cabe preguntarnos si en este caso intentaron razonar con el profesional demandado y hubo instancias de diálogos. Nos cabe la pregunta: ¿existió la instancia sugerida por el código deontológico?, ¿conversaron con la psicóloga cuestionada en este fallo, con la intención de una crítica constructiva? ¿Es que acaso hubo solidaridad entre los colegas y tuvieron por objetivo el cuidado de la salud de la menor de edad?

En este punto, tenemos que subrayar la duda de si se cumplió un derecho humano básico que es el cuidado de la salud de una niña.

III. El contexto del fallo

Por otra parte, es imprescindible recalcar la imperiosa necesidad de políticas públicas respecto de la prevención de abusos y de embarazo. Para ello nuestra ley de ESI tiene que ser llevada a todos los rincones de nuestro país.

Al mismo tiempo, es hora de reflexionar acerca de lo tarde que llega el Estado cuando hay derechos vulnerados, y la urgencia de una visión multidisciplinar para afrontar la escucha y la atención a los más vulnerables.

En cuanto al foco, tiene que estar puesto en el violador, quien abusó de la debilidad, al doblegar a otro en una relación de desigualdades de poder. En relación con la vergüenza, tiene que estar no en esta familia que es víctima de una violación, sino más bien en quien merece una pena y una condena social.

Aun cabe abrir la ventana y mirar a quienes permitieron que estos hechos lamentables ocurriesen para comenzar un camino de igualdades de géneros, en donde el cuerpo de una niña no sea el lugar de goce de ningún adulto; esto no es respeto.

Tal vez la represalia o sanción que recae sobre una profesional con buena intención no debiese ser el marco, ¿porque buscar culpables, soluciona un problema de todos? ¿A quién le conviene la industria del juicio? Ante problemas humanos tan complejos, las malas praxis, ¿las denuncias a abogados, psicólogos, es una salida?

Por lo que se refiere a este caso; la alarma tiene que sonar antes como sociedad de que continúen impunes y guardados en pactos de silencios los abusos de las debilidades. ¿Es que acaso pensábamos el siglo pasado que las violaciones iban a continuar? ¿Y dónde quedan todos los derechos de los niños, niñas y adolescentes y todos los pactos firmados internacionalmente?

Pongamos atención nuevamente, y no estemos al costado del camino; nuestra ruta es multidisciplinar, ¿podrían levantar la mano los profesionales que nunca cometieron un yerro?

A pesar de la buena voluntad, es preciso pensar en un profesional acudiendo a la ayuda de una niña por propia voluntad, con el permiso de quien lo hizo, por lo cual si todas las ONG con diversas ideologías iniciaran diálogos con la niña, es sumar perturbaciones a un psiquismo que estaba ya en cortocircuito.En este andar, el buscar culpables nos tranquiliza y distrae nuestra atención de los errores; aprendamos a construir, a sistematizar modos de operar en conjunto, entre los juzgados y los profesionales intervinientes ante los problemas de la humana condición.

De ahí que nuestro conocimiento de los conflictos humanos, de la categoría que construimos para separar, para delimitar, para estudiar, e investigar, son construcciones teóricas correspondientes a un momentos histórico-cultural social, y vista desde una mirada. Por ello, nuestra guía en todo momento es la conciencia de que el conocimiento no es un espejo de la realidad, sino está atravesado por procesos culturales.

Acerca de nuestra responsabilidad profesional, pensar en el bien familiar, sin potenciar los modos adversariales.

Por esto, un aparato de justicia no puede hacer el caldo gordo de lo omnívoro, ni mucho menos terapeutas aliados al enfrentamiento.

Por lo cual los terapeutas operamos ante el sufrimiento humano empujando siempre a una familia hacia el bienestar. Las perspectivas de la simplicidad nacen del enfoque analítico que reduce el mundo a la unidad y que conciben la diversidad como mera combinatoria de unidades.

Sin embargo, con relación a la complejidad nos propone Denise Najmanovic que es algo muy diferente de mera complicación: implica forjar un marco conceptual completamente distinto que permita concebir sistemas multidimensionales nacidos en una dinámica relacional y que nos llevan a pensar y a construir mundos de sentido muy diferentes a las que surgen de los modelos de pensamiento basados en oposiciones binarias.

También, en este momento sociocultural del país, ya no podemos pensar desde un pensamiento binario, y esto es lo que necesariamente nos fuerza a un pensamiento multidisciplinario que significa aceptar lo complejo. Admitir que Newton, en lo que predijo, estaba errado, que hay un fin en las ciencias posmodernas de la predicción.

Ya que la herramienta de escucha somos nosotros, que vemos a través de nuestros ojos y que tenemos anteojos que guían nuestras investigaciones; lo que guía nuestras investigaciones son nuestros preconceptos.

IV. Conclusiones

Para concluir, de este producto de múltiples violencias sociales, institucionales, simbólicas, comencemos la coconstrucción de una nueva autopista, en la cual los negocios no pueden poner carteles en este asfalto.

En suma, el suelo está lleno de semillas de bienestar que sembramos las disciplinas constructoras de lo multidisciplinar. El peaje es el respeto, la escucha atenta, y en el pedestal están las prácticas reflexivas de nuestros modos de operar como profesionales.

En pocas palabras, este escrito pretende ser un diálogo abierto a las múltiples conversaciones del lector consigo mismo, pero al mismo tiempo siempre encendida la luz titilante que nos recuerde que el expediente no es el reflejo

de la realidad, sino de una parte de la realidad escrita por operadores judiciales de las historias escuchadas.

Es hora de vencer uno de los obstáculos principales, el trabajo dislocado de equipos intervinientes, para aunar esfuerzos en pos de los derechos de los más débiles. Sin encontrar culpables, responsables de los chivos emisarios de nuestras desigualdades, sino más bien aportando puentes que transporten a lugares de construcciones de equidad.

Por ende, un fallo muestra una parte estática, no un proceso y he aquí la invitación a un proceso de un trabajo multidisciplinar, a un verdadero proceso de intersección y encuentro entre la Psicología y el Derecho.

De ahí que surge la pregunta: si la terapeuta demandada tenía conocimiento de la niña y la familia, ¿cómo no pudieron encontrar juntos con los profesionales del hospital un modo de aportar y sumar datos para que el trabajo no pierda de vista la ayuda a una menor que vivió un ataque sexual?

En esta última parada se detiene nuestro viaje para diseñar juntos modos de operar, de diseñar el respeto por los profesionales intervinientes y que el foco no quede fijado en puntos que aportan visiones adversariales.

IDENTIDAD DE GÉNERO

Rechazo de la acción de amparo por planteo conjetural. Rectificación de DNI por cambio de género.

Con nota de Emiliano Litardo

> La acción de amparo debe ser rechazada si la parte actora asume que no le tomarán el trámite para rectificación del DNI y que eventualmente no se expedirá documento que refleje su cambio de identidad de género, pero no hay norma cuestionada, es decir que no estamos en presencia de una causa judicial o caso, en el que se cuestione una norma determinada que debe confrontarse con los principios contenidos en la Constitución Nacional, no existe acto u omisión cuestionable, sino que se trata más bien de un planteo meramente conjetural, sin que se advierta una fuerte probabilidad de su concreción.

JFed. Nro. 1, Rosario, 23/03/2021. - Guanco, Tegan Mai c. Estado Nacional s/ amparo ley 16.986.

[Cita on line: AR/JUR/5940/2021]

COSTAS

En el orden causado.

Expte. N° 23479/2020.

1ª Instancia.- Rosario, marzo 23 de 2021.

Resulta: 1. En fecha 26/10/2020 comparece Tegan Mai Guanco, por derecho propio, con patrocinio letrado y promueve acción de amparo contra el Estado Nacional (Registro Nacional de las Personas) pretendiendo se ordene a la demandada tomar el trámite del documento nacional de identidad como así también su emisión y entrega conforme los parámetros de su cambio de identidad de género, esto es como autopercibido y/o no binario u otra categoría que refleje, en su identificación, la que responda a su género sin discriminación.

Relata que bajo el amparo de la ley nacional 26.473 y ante su requerimiento, el Registro Civil de la Provincia de Santa Fe emitió disposición N° 126/RC16/2019 Expte. 5883/19 y Disposición 263-RC16/20 haciendo lugar a lo solicitado y emitió una nueva acta de nacimiento consignando en el campo de sexo como "autopercibido".

Expresa que posteriormente intentó obtener la modificación de su DNI pero el RENAPER rechazó su pretensión al considerar "nula" el acta de nacimiento por no contar con el requisito, para dicha entidad ineludible, de determinación de sexo.

Sostiene que este rechazo le impide contar con un DNI que acredite su verdadera identidad de género, constituyendo un acto arbitrario y de ilegalidad manifiesta en tanto violenta su derecho subjetivo a autodeterminarse como persona.

Cita normativa. Analiza los requisitos de procedencia de la acción. Ofrece prueba. Formula reserva.

2. En fecha 28/10/2020 se dispone, previo a todo trámite, que la actora acredite la negativa del Registro Nacional de las Personas que invoca.

3. En fecha 12/11/2020 la actora aclara que en su caso particular no obra negativa expresa por parte del RENAPER a realizar su trámite de identificación. Que actualmente se encuentra en la imposibilidad de conseguir un turno para la confección del trámite del DNI, tal como puede constatarse en la página del organismo. Advierte que aun consiguiendo turno, le han informado verbalmente que el mismo no puede ser completado con el campo "autopercibido", pues el sistema digital de toma de trámites solo permita —y en forma de campo obligatorio— marcar como sexo femenino o masculino.

4. En fecha 13/11/2020 se tiene por iniciada la acción y se requiere a la demandada el informe previsto en el art. 8 de la ley 16.986.

5. En fecha 24/02/2021 comparece el Estado Nacional - Registro Nacional de las Personas mediante Asistentes del Cuerpo de Abogados del Estado y produce el informe circunstanciado. Opone excepción de falta de legitimación activa. Manifiesta que la actora carece de acción para reclamar algo que jamás se le negó Contesta demanda en forma subsidiaria. Formulan negativa. Plantea inadmisibilidad de la acción. Sostiene que existen vías administrativas para pedir el DNI, evitando la sede judicial, que se ha encarada suponiendo una negativa a la expedición del mismo. Ofrece prueba. Formula reserva.

6. Corrido el pertinente traslado del planteo de falta de legitimación activa interpuesta, la actora contesta en fecha 08/03/2021.

7. En fecha 12/03/2021 se provee la prueba documental ofrecida por las partes y pasan los autos a despacho para resolver, decreto que firme y consentido deja la causa en estado de dictar sentencia.

Considerando:

Del análisis de la demanda surge que la materia principal objeto de debate radica en la solicitud de

que se ordene al RENAPER tomar el trámite del documento nacional de identidad, confeccionar y emitir el mismo conforme la identidad de género autopercibido y/o no binario de Tegan Mai Guanco.

Conforme ya he dicho en reiterados precedentes atento a la nueva redacción del art. 43 de la Constitución Nacional y la modificación que respecto a la anterior legislación el mismo conlleva, debe entenderse que la garantía hoy dispuesta deberá obrar sin impedimentos ni otros condicionamientos que no sean los que el citado expresamente establece. Ello así, por cuanto al ampliarse el ámbito normativo de protección a los tratados y leyes que dicha ley no mencionaba, obliga a tener en cuenta la influencia que tiene que tener esa alusión respecto de la subsidiariedad. "Por un lado el art. 43 comienza expresando a una vía rápida y expedita; por otro el derecho a la celeridad en los procesos se pide a través de numerosas declaraciones internacionales, tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 1966), la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, entre muchos más. Por tanto el registro constitucional que reclama la "acción rápida y expedita" no puede tomarse sin referenciar este cuadro de aptitudes y posibilidades". Gozaíni, Osvaldo A., El derecho del amparo, 2ª Ed., Depalma, 1998, ps. 3/12.

Ahora bien, lo afirmado precedentemente no importa admitir la idoneidad de la vía en total abstracción de las circunstancias particulares, dado que ello provocaría una sustracción de la realidad ontológico jurídica subyacente, con el riesgo de una solución jurídicamente reprochable. Ello así, por cuanto la viabilidad del amparo, requiere no solo la invocación de un derecho indiscutible cierto, de jerarquía constitucional, sino también que la conducta impugnada sea manifiestamente arbitraria o ilegítima y que el daño no pueda evitarse o repararse adecuadamente por medio de otras vías, debiendo los jueces extremar la ponderación y la prudencia a fin de no decidir, por el sumarísimo trámite del amparo, cuestiones susceptibles de mayor debate y que corresponde resolver de acuerdo con los procedimientos ordinarios.

Sentado ello, surge de las propias manifestaciones de la parte actora en su escrito de fecha 12/11/2021 que en su caso particular no obra negativa expresa por parte del Registro Nacional de las Personas a realizar el trámite de identificación.

Manifiesta que actualmente se encuentra ante la imposibilidad de conseguir un turno en la página web del organismo y sostiene —sin ofrecer ni producir prueba al respecto— que ha sido informado verbalmente que el trámite no puede ser completado con el campo "autopercibido" ya que el sistema de trámites de DNI solo permite y como campo obligatorio marcar como sexo femenino o masculino.

Esto último ha sido refutado por la demandada, quien niega expresamente que algún funcionario estatal le anticipara a la actora que no conseguiría la expedición de su DNI.

Tampoco acredita la parte actora haber dado cumplimiento a las disposiciones de la ley 26.743 de Identidad de Género —norma que no ha sido cuestionada en autos— en cuanto dispone en art. 4, entre los requisitos para la solicitud de rectificación registral del sexo: "...2) Presentar ante el Registro Nacional de las Personas o sus oficinas seccionales correspondientes, una solicitud manifestando encontrarse amparada por la presente ley, requiriendo la rectificación registral de la partida de nacimiento y el nuevo documento nacional de identidad correspondiente, conservándose el número original..."

En suma, la parte actora asume que no le tomarán el trámite y que eventualmente no se expedirá el DNI que refleje su cambio de identidad de género.

Cabe señalar que en los presentes no hay norma cuestionada, es decir que no estamos en presencia de una causa judicial o caso, en el que se cuestione una norma determinada que debe confrontarse con los principios contenidos en la Constitución Nacional.

Es requisito esencial a los fines de la admisibilidad de la acción que exista un acto u omisión de autoridad pública que en forma actual o inminente lesione, restrinja altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta derechos y garantías reconocidos por la Constitución, tratado o ley.

La acreditación de estos requisitos resulta imprescindible para la procedencia de la acción (Fallos: 306/788; 319/2955 y 323/1825).

"...El amparo actúa en principio ante la transgresión de un derecho constitucional, pero también en circunstancias excepcionales, cuando hubiera contra tal derecho "una amenaza ilegal de tal magnitud que le pusiera en peligro efectivo e inminente". Procura entonces, prevenir toda lesión cuando ello resulta de indudable cometido (...) pero en este caso, debe existir más que una mera probabilidad, una verdadera certeza fundada de agravio" (Sagüés Néstor P., "Derecho Procesal Constitucional - Acción de amparo", Ed. Astrea, 3ª Edición actualizada p. 114).

Al respecto, la Sala A de la Cámara Federal de Rosario ha dicho en voto mayoritario: "La controversia debe versar sobre hechos actuales, evitando someter

a decisión cuestiones abstractas. Los hechos inciertos o eventuales no resultan eficientes para acreditar la producción del acto o amenaza que se pretende evitar." (...) "En tal sentido se ha dicho que el requisito de lesión o amenaza actual o inminente excluye la admisibilidad del amparo ante la mera existencia de opiniones o dictámenes emitidos en el procedimiento preparatorio de la voluntad administrativa, ya que ante la falta de inminencia en el agravio, el planteo del amparo es meramente conjetural (CFed. CAdm, Sala III, 22/09/1988, LA LEY 1989-240) (Gozaíni, Osvaldo "Derecho Procesal Constitucional. Amparo. Doctrina y Jurisprudencia", Rubiznal Culzoni Editores 2004, p. 280)" (voto mayoritario autos Gallardo, Osvaldo c. Poder Ejecutivo Nacional s/ amparo Ley 16.986" FRO 41.885/2015).

En el caso de autos, el accionante no ha acreditado que el daño o amenaza que invoca sea cierto, actual o inminente, en los términos previstos por la Constitución Nacional a los fines de la viabilidad de la acción.

Se trata más bien de un planteo meramente conjetural, sin que se advierta una fuerte probabilidad de su concreción.

Siendo la acción de amparo de carácter excepcional "...sólo procede si dicha inminencia es tal que autorice a considerar ilusoria una reparación ulterior..." (Sagüés, Néstor P., op. cit., p. 114).

Al respecto la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha entendido que: la amenaza ilegal contra un derecho constitucional, que habilita la acción de amparo, debe ser "de tal magnitud que le pusiera en peligro efectivo e inminente" (Fallos: 244:68); "la razón de ser de la institución del amparo no es la de someter a la supervisión judicial el desempeño de los funcionarios y organismos administrativos ni el contralor del acierto o error con que ellos cumplen las funciones que la ley les encomienda, sino la de proveer de un remedio contra la arbitrariedad de sus actos que puedan lesionar los derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional (Fallos: 295:636; 296:527; 307:1932) (citados en autos: "Recurso de hecho - Consumidores Libres Cooperativa Limitada de Provisión de Servicios de Acción Comunitaria s/ amparo", 07/05/1998).

En igual sentido dijo la Cámara Federal De Apelaciones de Bahía Blanca, Sala I "el objeto directo de la acción de amparo y de la pretensión en ella perseguida, debe radicar en una actuación concretizada o en una conducta omisiva que, con actualidad o inminencia lesione, restrinja, altere o amenace, derechos y garantías reconocidos por la Constitución, un tratado o una ley. De allí que, para la procedencia del amparo, la cuestión constitucional deba necesariamente relacionarse con un proceder o una omisión, ya provenga de autoridad pública o de particulares, fundada en normativas específicas. No obstante, en el sub examine, tal como lo ha señalado el Juez de grado, los accionantes no han individualizado acto lesivo alguno que les haya causado un perjuicio concreto a los fines de habilitar la procedencia de la presente vía" (Autos Morán, María del C. y otros c. Ministerio de Salud de la Nación s/ Amparo Ley 16.986 02/03/2021).

Por otra parte, tratándose del ejercicio de funciones propias del Poder Ejecutivo, cabe destacar que el respeto a la garantía constitucional de la división de poderes resulta trascendental.

"La acción de amparo no puede convertirse en un medio hábil para imponer la sumisión de los restantes poderes al Poder Judicial, creando una situación de absolutismo legalista que arrase con el ordenamiento jurídico, la división de poderes y las facultades administrativas y legislativas constitucionalmente reconocidas C3ª CCMPaz y Tribut Mendoza, 25/06/1996, Rep. LA LEY, 1997, p. 9 citado en Gozaíni, Osvaldo, op. Cit., p. 269).

Por todo lo expuesto, habré de rechazar la acción de amparo interpuesta por Tegan Mai Guanco.

En virtud de lo resuelto, deviene inoficioso pronunciarme acerca del planteo de falta de legitimación activa interpuesto por la demandada.

Atento las particularidades de la causa, habré de distribuir las costas en el orden causado (art. 68 2° párrafo del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

Por tanto, resuelvo: I. Rechazar la presente acción de amparo interpuesta por Guanco Tegan Mai contra el poder ejecutivo - registro nacional de las personas; por los fundamentos vertidos en el presente pronunciamiento. II) Distribuir las costas en el orden causado (art. 68 2° párrafo del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Insértese y hágase saber. — *Sylvia R. Aramberri.*

Actos de justicia y actos de género: la teoría (jurídica) sí importa (*)

Emiliano Litardo (**)

"El discurso jurídico se construye en un entretejido de discursos sociales diversos, aludidos y eludidos en cada tramo de esa construcción; y no por azar. El derecho no deviene ni de la pura razón, ni de dios; es parte de la cultura, es contingente y cambiante".
Alicia E. C. Ruiz, "Cuestiones acerca de mujeres y derecho"

"Presuponiendo que quienes nos dedicamos a la investigación, a la educación y al activismo antidiscriminación somos conscientes de que debemos responder por las consecuencias de nuestras teorías, parece evidente entonces la necesidad de renunciar a la metáfora de la 'perspectiva de género'. Si los universalismos de la humanidad nos resultan sospechosos, debemos asumir que los universalismos de género también lo son".
Paula Viturro, "Constancias"

La jueza subrogante del Juzgado Federal de Rosario Nº 1, de la provincia de Santa Fe, resolvió rechazar una acción de amparo interpuesta por una persona autoidentificada como no binaria contra el Registro Nacional de las Personas (Renaper). T. demandó a dicho organismo para que tome el trámite para la emisión y entrega de un nuevo documento nacional de identidad de acuerdo con los datos que, en su partida de nacimiento, fueron rectificados, relativos al casillero nombre y sexo. En este último, el Registro Civil de la provincia registró "autopercibido".

La magistrada interpretó, básicamente, que los planteos desarrollados por la parte actora —denegación verbal a registrar en el marcador sexo "autopercibido" e imposibilidad para conseguir turnos ante el organismo para llevar adelante el trámite— carecían de una "fuerte probabilidad" en su concreción: eran formulaciones conjeturales. Señaló como falta determinante para la procedencia de la acción de amparo, la acreditación de una negativa expresa por parte del Renaper. Agregó que la acción de amparo es una vía excepcional de protección de derechos y debe atenderse a un daño inminente de un derecho constitucional. Para el caso, dijo que "el accionante no ha acreditado que el daño o amenaza que invoca sea cierto, actual o inminente, en los términos previstos por la Constitución Nacional a los fines de la viabilidad de la acción".

En "Teorías e instituciones penales" **(1)**, Foucault señala como una característica de la justicia de la Edad Media, o más precisamente del acto judicial, el despliegue en forma de batalla. Para el autor, los litigios privados se manifestaban a través de lógicas rivales y de fuerzas que, en ese tiempo, se desarrollaban en función de ciertas reglas, de manera voluntaria, a riesgo de perder y a instancia de un aparato judicial surgido del poder real y con pretensiones de ser específico. El juicio era un episodio de guerra.

Si bien ese sistema experimentó transformaciones (por la crisis de las estructuras feudales, la estatización del Poder Judicial, la producción capitalista, entre otros acontecimientos), la idea foucaultiana según la cual "lo que define el orden jurídico es la manera de enfrentarse, la manera de luchar" no fue del todo conmovida por

(*) Agradezco a Josefina Fernández por la discusión de ideas y la lectura atenta de este texto.

(**) Abogado, activista legal miembro de Abosex-Alitt, docente y bordador; coautor de la ley 26.743.

(1) FOUCAULT, M., "Teorías e instituciones penales. Curso en el Collège de France (1971-1972)", Ed. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2021.

la modernidad. Por su parte, es significativa a los fines de describir el sistema judicial y el régimen de litigio contemporáneo, donde podemos insertar esta sentencia en cuanto discurso.

Así, la noción de guerra a la que hace referencia Foucault tiene que ver con el enfrentamiento y el ejercicio de relaciones de poder-saber. Es justamente este punto descriptivo de la institución judicial que me resulta útil para comentar algunos de los términos de producción de la decisión judicial y mostrar, en particular, que la invocación neutral a reglas y principios del derecho es una estrategia de poder desplegada por el dispositivo judicial dirigida a producir determinadas condiciones para existir, tal lo ocurrido en esta situación. El rechazo de la acción no es la derivación lógica y lineal de reglas y principios, aunque se pretenda como tal dado el carácter racional de su formación. En cambio, es el resultado de una puja de saberes que demuestran la falta de uniformidad entre eso que llamamos decisión judicial y su proceso de construcción.

Dice Marí que "[u]na decisión judicial (...) tiene un proceso de formación, descomposición y recomposición en el que intervienen otros discursos que diferentes por su origen y función, se entrecruzan con él (...) este resultado no es una operación deductiva que descubre significados ya presentes en la norma como esencia. Tampoco es una 'creación' judicial que pueda ser interpretada como decisión individual. En todo caso, tal decisión refleja la relación de fuerzas de los discursos en pugna. En muchas ocasiones un discurso ausente es el condicionante principal, provenga de razones económicas (modo de organización del sistema productivo), de razones políticas ('razón de Estado', etc.), morales, ideológicas, etcétera" **(2)**.

Una primera tensión que aparece en el texto tiene que ver con el modo de nombrar. La sentencia se refiere a T. en casi todo momento como "parte actora", hasta que, en una parte —citada al comienzo de este comentario—, trasluce una asignación de género masculina. Esto es particularmente destacable porque el proceso judicial que T. inició trata, ni más ni menos, que de obtener la inscripción registral de su identidad de género no binari*. Hay algo del orden de la escritura judicial, en los contextos donde se pone en juego el derecho al reconocimiento de la identidad de género, que reconecta con el orden de género y en consecuencia, se nombra generizando. Es el momento de la sentencia donde la matriz de inteligibilidad de género impone su régimen expresivo y el trato se vuelve des-trato.

La segunda puja proviene de la incidencia del orden de género y un modelo distributivo de justicia, funcional a esta perspectiva de género. Ambos son discursos ausentes, tal como lo apuntado por Marí en la cita precedente.

Repasemos que el género es un ideal regulador de la diferencia sexual que determina la subjetividad corporal, las relaciones sociales y los accesos a recursos simbólicos y materiales. La regulación se sustenta en una serie de principios tales como que solo existen dos géneros para dos sexos, que el sexo es atributo genital y base material del género, que la dicotomía masculino/femenino es natural, y que existen en la naturaleza algo así como cuerpos sexuados. El Estado, las instituciones, la sociedad y la familia están atravesados por la identificación prescriptiva de género, a la vez que sostienen y perpetúan los estándares de coherencia y continuidad entre la identidad de género, la expresión de género, las características sexuales y la práctica y deseo sexual **(3)**. Así, el género en cuanto régimen habilita la inteligibilidad pública de las personas cuando delimita entre sujet*s normales y fallid*s (quienes expresan o se identifican con un género que no se corresponde con las expectativas sociales del género o con el sexo asignado al nacer). Y les asigna a un*s más recompensas que a otr*s en términos materiales y simbólicos.

Este modo de organización de las reglas de género es una construcción política. Como tal, es contingente y permite su alteración mediante reformulaciones y resistencias de sus catego-

(2) MARÍ, E. E., "Papeles de filosofía", Ed. Biblos, Buenos Aires, 1993.

(3) "La matriz cultural mediante la cual se ha hecho inteligible la identidad de género requiere que algunos tipos de 'identidades' no puedan 'existir': aquellas en que el género no es consecuencia del sexo y otras en las que las prácticas del deseo no son "consecuencia" ni del sexo ni del género" (BUTLER, J., "El género en disputa", Paidós, Barcelona, 2001).

rías normativas. En este sentido, la Argentina sancionó la ley 26743 de Identidad de Género y resolvió no solo la tensión entre la regulación médica de la identidad de género vista históricamente como una categoría diagnóstica de trastorno mental y el sentido de agencia de las personas, sino que produjo otra forma de asegurar derechos a partir de una nueva dimensión epistémica del género, basada en su afirmación declarativa tal como cada persona la siente profundamente (revísese el art. 2º de la referida ley). Este cambio de mirada provino de ciertas posiciones teóricas del feminismo crítico que, a partir de la década de los 80, argumentó contra la perspectiva ontológica del género y develó su carácter performativo (Butler) o como despliegue de una tecnología política compleja (De Lauretis), o como dinámica jerárquica (Bornstein). En este contexto de quiebre epistémico, previsor de las relaciones de fuerza y posiciones sociales, se sospecha del género como algo que es dado, descriptivo o encarnado como atributo natural de un cuerpo.

Sin embargo, las condiciones institucionales de dominación y opresión que impiden "el desarrollo y ejercicio de las capacidades individuales, de la comunicación colectiva y de la cooperación" **(4)** no han desaparecido y siguen presentando desafíos a las luchas antidiscriminatoria. Esto lleva a pensar en modelos de justicia distributiva que ocultan las relaciones sociales donde tienen lugar los reclamos de derecho. Estos modelos prescinden de los contextos de racialización, generización y sexualización que conducen a situaciones de marginación, estigmatización y expulsión de quienes encarnan cuerpos e identidades interpretadas como fallidas. Es una idea de justicia que ve al género como algo innato o como una construcción social pero cimentada en las características sexuales de las personas. Es decir, un modo de pensar la justicia con una perspectiva de género que oculta su carácter performativo.

Young propone un modelo de justicia como no opresión y no dominación; "como el conjunto de condiciones institucionales que hacen posible que todas las personas adquieran ciertas capacidades y las utilicen satisfactoriamente en ámbitos socialmente reconocidos, para participar en la toma de decisiones y para expresar sus sentimientos, experiencias y perspectivas sobre la vida social, en contextos en los que otras personas puedan escucharlas" **(5)**. Esta dimensión no solo involucra aspectos distributivos (reparto de bienes y servicios), sino demanda que las instituciones asuman un compromiso ético para la discusión pública y reconocimiento para la participación activa de las personas por cuanto las decisiones que emanen de estas las afectan.

El Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, "Personas Trans y de Género Diverso y sus derechos económicos, sociales, culturales y ambientales", OEA/Ser.L/V/II. Doc. 239, del 07/08/2020, subraya la situación de marginalidad estructural de las personas trans y personas no binarias, lo que las enfrenta a ciclos de pobreza. Recuerda que la protección integral para el efectivo reconocimiento del derecho a la identidad de género está intrínsecamente ligado a la garantía de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, entre los cuales está el derecho a acceder a una vivienda adecuada. En particular destaca que "las personas no binarias, personas de género no binario o *gender queer*, se enfrentan, a menudo, al desconocimiento debido a la falta de materiales educativos accesibles para el público. Ello resulta en dificultades en el ejercicio de actividades diarias, incluyendo el ámbito laboral y la interacción con registros públicos" (punto 91).

En la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Vicky Hernández y Otras vs. Honduras, del 26/03/2021, se puede leer que "las personas LGBTI han sido históricamente víctimas de discriminación estructural, estigmatización, diversas formas de violencia y violaciones a sus derechos fundamentales. Del mismo modo, (...) la orientación sexual, identidad de género o expresión de género de la persona son categorías protegidas por la Convención" (punto 67). Con esto en mira, la Corte otorga relevancia a los indicios y a las presunciones dentro de los cuales pueden encontrarse los contextos de vulneraciones a los derechos fundamentales.

(4) YOUNG, I. M., "La justicia y la política de la diferencia", Ed. Cátedra, Valencia, 2000.

(5) *Ibid.*, ps. 156-157.

Las condiciones de contexto de vulneraciones no fueron tenidas en cuenta por la magistrada. Decidió el rechazo de la acción apelando a figuraciones legales de carácter instrumental y calculístico con abstracción de los factores estructurantes del género y de los condicionamientos sociopolíticos, que son constitutivos de las vidas de las personas no binarias, en esta situación. Pero no es una sentencia que carezca de perspectiva de género. Es justamente su perspectiva descriptiva del género lo que conduce a invisibilizar las circunstancias del planteo de T.

Puede verse como T. y la jueza tienen miradas distintas acerca del género, lo cual ha sido determinante para el despliegue de sus estrategias dentro del tablero judicial. Así, la estrategia de T., más allá de su acierto o no, confrontó con el Renaper, porque sabía que la dimensión declarativa del género en la Argentina sigue siendo un campo de fuerte disputa y que no hay mucho margen de posibilidades para que el Estado reconozca el género afirmado mediante una categoría relevante en términos registrales. Quienes asumen el carácter regulador del género y deben confrontar probatoriamente sus reclamos de derecho ante el aparato judicial, saben de la exposición al riesgo que significa la apuesta por transversalizar los contextos de opresión con pruebas indiciarias (en el caso, una negativa verbal). Y en esto se juega la chance de que no sean tenidos en consideración y no conmuevan en nada a la institución judicial ni a l*s operador*s del derecho, la que aplicará con rigor formal reglas y principios procesales (en el caso, aludir al error incierto o conjetural).

En contraste, la jueza tiene una mirada descriptiva del género dada la manera en que decidió el curso de su acción, y que está ligada a una visión instrumental del derecho. El género, según este punto de vista, es un atributo dado en las personas, como lo puede ser el largo de los brazos, que puede ser segmentado y catalogado según un esquema nominal de uso corriente. El género no hace más que estar ahí como elemento adscripto a la condición innata de varón o de mujer. Dicha comprensión no deja margen para complejizar sus efectos, no permite ver las barreras institucionales que frecuentemente limitan y violentan a las personas no binarias, y dejan pasar su carácter relacional y jerárquico. La percepción del género como tal es una forma que asume el dispositivo de género para encubrir sin dejar marcas, sus efectos prescriptivos y reguladores de la diferencia sexual.

El desconocimiento o la falta de consideración del contexto, tiene un impacto degradante sobre el nivel de credibilidad de T. en su condición de sujet* de derecho y como integrant* de un grupo en situación de persistente vulnerabilidad social. Así, la jueza subrogante descree de sus argumentos por considerarlos presuntuosos. Si bien no se constituye lo que Fricker denomina injusticia testimonial **(6)** —en la medida en que no veo que opere un estereotipo prejuicioso identitario negativo—, no puedo dejar de señalar que sí se produce una reducción del lugar de expresión de T. ligado, por un lado, al descrédito a su testimonio referido a los obstáculos burocráticos que debió enfrentar y a la negativa verbal recibida por parte del organismo demandado y, por el otro lado, el rechazo a su decisión de buscar apoyo institucional apelando al recurso de amparo; uno de los recursos legales claves y funcionales en términos de estrategia de supervivencia que dispone la disidencia sexogenérica, frente a las violencias sistemáticas por motivos de identidad de género y sexualidad.

Esta circunstancia, además, se correlaciona con la carga de la prueba recaída enteramente en T. En efecto, la aplicación abstracta de la regla civil según la cual quien afirma un hecho, debe probarlo, permitió el desplazamiento testimonial de T. Redujo su chance de acceso efectivo a la justicia. El uso formal de las reglas del derecho opera como una forma de ejercicio anestésico de poder porque se cree en la neutralidad de la ley y lejos de cualquier criterio de empatía o de sensibilidad proveniente, por ejemplo, de ubicar en contexto las demandas particulares de justicia o de hacer uso de la inversión de la carga probatoria. Es que el Estado tiene un deber de protección integral respecto del derecho a la identidad de género. Por lo que la jueza subrogante debió, al menos, merituar cuál de las dos partes estaba en mejores condiciones para acreditar el nivel de plena satisfacción de derechos, o al menos, convocar a una audiencia para intentar reencauzar la pretensión para asegurar

(6) FRICKER, M., "Injusticia epistémica", Ed. Herder, Barcelona, 2017.

el acceso a la justicia de T. Perdido el contexto, también se diluye cualquier dimensión creativa del orden de la justicia.

Esto último me lleva a pensar que las cuestiones de género y las demandas por su justicia siguen siendo agendas a las que el aparato judicial, poca atención les confiere. Es que la magistrada pudo haber actuado como una suerte de puente para hallar una salida empática y sustentada en la idea de una justicia como no opresión y no dominación. Acercar a las partes y redefinir las condiciones de posibilidad de una justicia que no solo monitoree los aspectos formales de la ley, sino que se conduzca con un sentido material de justicia.

Litigar conlleva riesgos. Y más cuando se trata de una agenda de género. El riesgo no se reduce solo a la posibilidad de perder el juicio, es también exponerse a duelar aquello que, en el acto de juzgar, nos es sustraído en cuanto seres vivos que pretendemos persistir en nuestra existencia. La jueza con su "actuación conforme a derecho", lejos de reducir las condiciones de precariedad de T., con su temperamento, las profundizó. A pesar de tener a su alcance alternativas posibles para evitarlo, la magistrada decidió escoger aquella que obturó la chance de justicia como no opresión y no dominación. En su decisión judicial, encontramos su apuesta política y su perspectiva de género.

El resultado de la batalla en el campo del derecho es importante, pero más importante es prestar atención a las estrategias desarrolladas por quienes activan el dispositivo judicial. Es que allí se pueden extraer las condiciones de posibilidad que tenemos quienes estamos dentro del lado *queer* del tablero del litigio.

Por fin, considero oportuno mencionar que al momento de la escritura de este comentario, el Poder Ejecutivo Nacional emitió el dec. 476/2021, a través del cual se ordena agregar a la nomenclatura a utilizarse en los documentos nacionales de identidad y en los pasaportes ordinarios para argentin*s en el marcador sexo, la categoría X como tercera opción respecto de las tradicionales F (femenino) y M (masculino).

La categoría X comprende, según lo prevé el art. 4º, las acepciones no binaria, indeterminada, no especificada, indefinida, no informada, autopercibida, no consignada; u otra acepción con la que pudiera indentificarse la persona que no se sienta comprendida en el binomio masculino/femenino.

El art. 9º dispone que el Renaper tiene que informar a las personas que opten por registrar la X en su marcador sexo, las posibilidades de ver restringido su ingreso, permanencia y/o situación de tránsito en aquellos Estados en los cuales no se reconozcan otras categorías de sexo que no sean las binarias, independientemente de que su documento de viaje sea un documento nacional de identidad o un pasaporte.

La medida adoptada se basa en dos argumentos que, a mi parecer, están en pugna: por un lado, el derecho a la identidad de género según los términos previstos por la Ley de Identidad de Género, en particular con cita de los arts. 1º, 2º, 3º y 13. Por otro lado, el criterio registral según las especificaciones para los documentos de viaje de lectura mecánica del doc. 9303 del Organismo Internacional de Aviación Civil (OACI), a los que la Argentina adhirió en el marco del Convenio Provisional de Aviación Civil Internacional a la Convención de Aviación Civil Internacional y al Convenio relativo al Tránsito de los Servicios Internacionales (Convención de Chicago de 1944).

Ahora bien, en la Argentina, por imperio de la ley 26.743, la información que se consigna en el marcador sexo proviene de la expresión declarativa y voluntaria relativa a la identidad de género según cada persona la afirme y decide con independencia de la que le fuera consignada al momento de nacer. Así, dicha ley (arts. 1º y 2º) y el Código Civil y Comercial reformado (art. 62 y ss.) permiten que una persona —sin judicializar ni patologizar— declare: i) una identidad de género distinta a la consignada en su certificado de nacimiento dentro del espectro binario del sexo mujer-varón; ii) mantenga la identidad de género que se condice con el sexo que figura en dicho certificado; iii) pueda solicitar la consignación de otra variable de identidad dentro del rubro sexo (como por ejemplo travesti, transgénero, varón trans o mujer trans) o iv) pueda no declarar ningún sexo y pedir que se le consigne en el casillero sexo "no declara" o dejarlo vacío. Insistimos, así como se declara la identidad de

género puede también no declararse y lo que se declara puede ser un sexo del espectro mujer-varón como otra identificación que se condiga con el género afirmado. La denominada autodeterminación de género contenida en la norma citada es el estándar que se le impone al Estado para que garantice el reconocimiento efectivo del derecho a la identidad de género.

Por su parte, la OACI en el doc. 9303, relativo al dato sexo, determina que "[e]l sexo del titular se especificará mediante la inicial utilizada comúnmente en el idioma del Estado expedidor u organización expedidora del documento y si es necesario la traducción al español, francés o inglés irá seguida de una barra y la mayúscula F para el femenino o M para el masculino o bien X cuando no se especifique" **(7)**. La OACI es un organismo internacional que, sustancialmente, regula principios y técnicas relativas a la navegación aérea internacional. En la parte 1 del doc. 9303, se lee que las "especificaciones no tendrían carácter de normas para los documentos nacionales de identidad. No obstante, un Estado cuyos documentos de identidad son reconocidos por otros Estados como documentos de viaje válidos diseñará estos documentos de identidad de modo que se ajuste a las especificidades de los doc. 9303-3, doc. 9303-4, doc. 9303-5 o doc. 9303-6". Y agrega que los términos del doc. 9303 están concebidos para el pasaporte, como regla.

La OACI desarrolla los criterios de estandarización para que, básicamente, pasaportes y otros documentos de viaje provean de seguridad a los Estados receptores y se facilite la inspección en el tránsito de pasajer*s por las líneas aéreas. Por lo cual, las variables que la OACI recoge para registro de los atributos de las personas tiene sentido en el marco del sistema de aeronaves civiles.

Hasta aquí basta para advertir que la política de extrapolar los criterios de la OACI para los documentos de viaje a los documentos nacionales de identidad confronta con los términos internos en materia de registro de identificación por motivos de identidad de género, y resulta un tanto regresivo porque se impone una nomenclatura, sustentada —podríamos decir— en un consenso hegemónico, hacia aquellas personas que pretendan que sus documentos nacionales de identidad recojan sus identidades conforme a su voluntad. El decreto en cuestión define la X como toda otra identidad que no sea F o M. Y ese acto definitorio borra cualquier identidad relevante que las personas pudieran tener manifestada en sus registros.

Además, desde una teórica crítica de género, tal el encuadre asignado a la Ley de Identidad de Género argentina, la X no hace más que fortalecer el binario F-M, porque en la misma operación de objetarlo, lo confirma. La propia designación F-M es una X: se reúne bajo una identidad femenina o masculina una diversidad de "ser/estar mujer" o "ser/estar varón". Podemos pensar que se crea la X para salirse del binario pero se acepta el binario como algo dado y a partir de su creación, se construye todo un andamiaje que clausura la autodeterminación de identidad de género. En definitiva, lo que la Ley de Identidad explícitamente defiende.

La ley 26.743 obliga al Estado a atender la autodeterminación de género. Durante un tiempo se reorientó la asignación registral en F-M, pero no por ser binaria la ley en sí, sino porque las demandas de rectificación se correspondían con esos nomencladores. Con nuevos reclamos y logros parciales que empezaron a reconocer identidades de género por fuera del espectro F-M, el Estado optó —a través de una alineación con el temperamento OACI— por una reorientación del registro al crear una tercera categoría. Y es aquí que acaba con la autodeterminación. La X no da diferencia entre quien pretende que se consigne como información en el marcador sexo, la identidad travesti o no binarie. Obtura las múltiples experiencias que supone al género como performativo.

Haberse tomado los lineamientos de la OACI como una opción entre otras es perder un poco la batalla por el sentido de disputa que la ley 26.743 instaló a partir de 2012 respecto del género como declarativo y del compromiso performativo del género. Entendemos que podía acudirse a otras formas de resolver el asunto hasta tanto el marcador sexo deje de ser un imperativo registral. Por ejemplo, emitir una documentación para uso exclusivo de viaje. Incluso,

(7) *https://www.icao.int/publications/Documents/9303_p3_cons_es.pdf.*

si el obstáculo es el doc. 9303 de la OACI, el país pudo haber hecho uso del art. 38 del Convenio de Chicago **(8)**, y dar cuenta a dicho organismo que debe adoptar reglamentos y procedimientos que, en materia de identificación registral para los documentos de viaje, difieren de las especificaciones internacionales en función de su legislación interna. Una manera de resguardar el temperamento de la ley de identidad argentina.

(8) Art. 38: "Si un estado se ve imposibilitado de cumplir en todos los aspectos con alguna de dichas normas o procedimientos internacionales, o de hacer que sus propios reglamentos y procedimientos concuerden con normas internacionales que hayan sido objeto de enmiendas, o si el Estado considera necesario adoptar reglamentos y procedimientos que difieran en algún particular de los establecidos por las normas internacionales informará inmediatamente al Organismo Internacional de Aviación Civil las diferencias entre sus propios procedimientos y los que establezcan las normas internacionales en el caso de enmiendas a estas últimas, el Estado que no enmiende debidamente sus propios reglamentos y procedimientos lo informará así al Consejo dentro de 60 días a contar de la fecha en que se adopte la enmienda a las normas internacionales, o indicará las medidas que piensa adoptar. En tal caso el Consejo notificará inmediatamente a todos los demás Estados la diferencia que exista entre uno o más particulares de una norma internacional y el procedimiento nacional correspondiente en el Estado en cuestión".

JURISPRUDENCIA ANOTADA EXTRANJERA

DERECHO A UNA MUERTE DIGNA

Mujer que padece polimiositis. Enfermedad autoinmune, incurable, degenerativa y progresiva. Inaplicación del art. 112 del Código Penal peruano. Homicidio piadoso. Principio del doble efecto. Excepción legítima de no punibilidad. Orden dada al Ministerio de Salud de respetar la decisión de la demandante de poner fin a su vida. Procedimiento técnico de la eutanasia.

Con nota de Alex D. Marroquín Martínez

1. — Corresponde declarar fundada en parte la demanda interpuesta por la Defensoría del Pueblo, en beneficio de la demandante, al considerarse afectados los derechos a la dignidad, autonomía, libre desarrollo de su personalidad y de la amenaza de no sufrir tratos crueles e inhumanos. En consecuencia, consentida que sea la sentencia: se dispone que se inaplique el art. 112 del Código Penal peruano vigente, para el caso; por lo que los sujetos activos no podrán ser procesados, siempre que los actos tendientes a su muerte en condiciones dignas se practiquen de manera institucional y sujeta al control de su legalidad, en el tiempo y oportunidad que lo especifique; en tanto ella no puede hacerlo por sí misma.

2. — Debe ordenarse al Ministerio de Salud y a la codemandada respetar la decisión de la demandante, de poner fin a su vida a través del procedimiento técnico de la eutanasia; mediante la acción de un médico de suministrar de manera directa (oral o intravenosa) un fármaco destinado a poner fin a su vida, u otra intervención médica destinada a tal fin.

3. — Se declara improcedente la pretensión de que se ordene al Ministerio de Salud peruano que cumpla con emitir una Directiva que regule el procedimiento médico para la aplicación de la eutanasia para situaciones similares a las de la demandante, del derecho fundamental a la muerte en condiciones dignas y derechos conexos.

4. — El derecho a la dignidad debe entenderse desde su faz de no ser víctima de tratos crueles e inhumanos y del uso de su libertad, en situaciones en que la libertad física puede estar afectada por la enfermedad, incurable, degenerativa, progresiva, en situación terminal, e irreversible, como la concreta situación que devendría del agravamiento progresivo de la condición de la beneficiaria de esta demanda, situación que permitiría considerar que la intervención del Estado mediante el tipo penal del art. 112 del Código Penal es, en su caso, excesivo, y no es proporcional al derecho que protege, pues afecta derechos fundamentales de esta persona, por lo que debería inaplicarse, siempre que sea el mismo Estado el que garantice que no se suprimirá la obligación genérica de proteger la vida humana, por lo que deberá hacerse siempre que se cumpla determinado protocolo para su determinación y ejecución.

5. — Si se acredita, de manera previa y mediante un mecanismo o protocolo legal que garantice la firmeza y autenticidad del pedido del sujeto activo/pasivo, debe considerarse que se acredita el derecho de este. Asimismo, si quien ejecuta lo hace bajo la autoridad y control institucional y es además un profesional médico o un equipo médico, debe considerarse que se garantiza la ausencia de un móvil egoísta y la aplicación de la decisión de muerte digna, de manera que no sea dolorosa (o que sea lo menos dolorosa y menos prolongada posible), a fin de que no afecte física ni psicológicamente, así como que se respete la dignidad del sujeto activo/pasivo y de su familia. En este último caso, y solo en este caso, podría considerarse que la muerte digna es constitucional y, por tanto, es procedente y fundada la inaplicación del art. 112 del Código Penal peruano.

6. — Habiéndose considerado que el procedimiento de muerte digna es un derecho, genera una excepción legítima, bajo ciertas condiciones, de la protección estatal de la vida y que el art. 112 del Código Penal peruano, en efecto, afecta derechos fundamentales; en consecuencia, es razonable que se estime la pretensión. Asimismo, se tiene presente que la demandada es la institución que está obligada a otorgar el servicio prestacional de salud a la asegurada, cumple con los requisitos de institucionalidad necesarios para excluir la posibilidad de un móvil egoísta y puede conformar médicos que cumplan tal finalidad.

7. — Existe el derecho a una vida digna, que tiene como base a la libertad y autonomía; empero, la misma validez de este concepto implica que exista el derecho a proyectar su vida y en ese proyecto pensar en su final, lo que la demandante considera: una muerte digna. Algunos podrían entenderla como una muerte natural, una muerte heroica, una muerte trascendente, tal vez solo una muerte sin sufrimientos de ningún tipo; es decir libre, como la quiere la mayoría de los mortales. El mismo derecho que sostiene la libertad de vivir o de vivir con libertad sostiene el derecho a concluirla, si la vida carece de dignidad, de morir cuando aún la vida es digna o de no pasar una situación de indignidad que arrastre a la muerte indefectiblemente.

8. — Existe un derecho a una vida digna y consecuentemente a una muerte digna; sin embargo, no puede considerarse un derecho fundamental. El suicidio no es un derecho, es más bien una libertad fáctica.

9. — La muerte digna es un derecho, y es evidente que puede derivarse del propio derecho a la dignidad; pero, siendo un derecho derivado, que asimismo su nacimiento está supeditado al nacimiento de la vida misma, que no es un bien jurídico absolutamente disponible, que configurado, como lo ha expuesto la demandante y como lo entiende la judicatura, tiene límites intrínsecos y que en gran parte de los casos el Estado está obligado a proteger este derecho, pero no a promoverlo; debe considerarse que el derecho a la muerte digna, sin ser un derecho fundamental, da lugar a que exista una excepción legítima de no punibilidad, bajo ciertas condiciones, de la protección estatal de la vida.

10. — No tendría sentido considerar que la muerte digna es un derecho y al mismo tiempo aplicar la sanción a quien ayude a cumplir ese derecho.

11. — La eutanasia en un caso como el de la demandante, más que un homicidio piadoso, como lo denomina el tipo penal, es permitir que la naturaleza humana concluya su trabajo; ello, teniendo en cuenta que, si no se le hubieran aplicado los necesarios tratamientos a los que se le ha sometido, ella, tal vez, habría fallecido. Estos tratamientos eran necesarios, los ha deseado y aceptado ella misma, su familia y el Estado en nombre de una sociedad solidaria; pero, llegado un momento en el que se ofende a su propia dignidad y sin tener al otro lado una real posibilidad de curación y de vida digna, solo se llegará al punto en el que se le estará impidiendo morir naturalmente, como corresponde a todo ser humano. El estado vegetativo, y sus similares clínicos, no son estados naturales, dicen los médicos.

12. — En principio es válido tomar la doctrina del doble efecto para analizar la licitud del suicidio asistido, en tanto la prohibición absoluta anularía derechos como la dignidad, la autonomía y la libertad, los mismos que deben incluirse en la mensura de la proporcionalidad, considerando además que no existen derechos absolutos y que el derecho a la vida igualmente tiene límites o situaciones de excepción, en la legítima defensa, la actuación conforme al deber de la policía, la guerra, la pena de muerte y aun en los casos del inocente, como la acción terapéutica de efectos nocivos, el aborto terapéutico o situaciones límite, como el ejemplo en el que un salvavidas debe escoger entre dos personas que se están ahogando, sabiendo que dejar por unos minutos el otro significará su muerte; así preservar la dignidad, la libertad del solicitante, evitar el dolor, en los casos del enfermo terminal o incurable, en determinados casos, puede significar también una excepción no punible.

13. — No hay un límite preciso entre el encarnizamiento y los cuidados paliativos. La demandante ya tiene una traqueotomía, una sonda de alimentación gástrica y se conecta a un respirador, dos tercios del tiempo de cada día; sin contar con los tratamientos y medicinas que consume. De no mediar estos elementos podría sufrir mucho y eventualmente fallecer a muy corto plazo. El médico así tendría que escoger entre dos elementos igualmente prohibidos; el encarnizamiento y la eutanasia. Suprimir la respiración finalmente podría significar una suerte de eutanasia con sufrimiento. Nos encontramos en el debate sobre el principio del doble efecto y su proporcionalidad.

14. — De acuerdo con el artículo 1º de la Constitución peruana, la defensa de la persona humana y su dignidad es el primero entre los derechos fundamentales, al ser el fin supremo del Estado. La lectura constitucional, con relación a la ubicación formal de este artículo, determina la importancia de la dignidad y al punto que precede al derecho a la vida, sin perder de vista que la libertad, en sus diversas expresiones, es también un bien protegido, un derecho fundamental, ubicado en un inciso del artículo 2º, de donde se puede colegir que, por encima de la vida biológica, lo que el Estado protege y promueve es la dignidad de la persona, su libertad, siendo su integridad física (la vida biológica) un aspecto de los derechos de la persona humana. De ello es que la demandante interpreta que debe reconocerse como derecho fundamental la muerte digna, lo que resulta defendible; empero, el modelo peruano tiene contradicciones, pues existe la norma penal prohibitiva.

15. — En el presente caso no se está debatiendo la eutanasia propiamente, sino el suicidio asistido. La diferencia es realmente sustancial, en tanto, en la eutanasia pura no importa o se presume la voluntad del sujeto pasivo, mientras que en la muerte asistida o muerte digna implica necesariamente la voluntad del sujeto del derecho, que es sujeto activo y pasivo a la vez, porque sin su decisión no es posible aplicarla ni concebirla como un derecho de ningún tipo. No es posible presumir la voluntad.

16. — La dignidad es un derecho fundamental de primerísimo orden, reconocido también en casi todos los sistemas jurídicos del mundo y que puede anteponerse al derecho a la vida inclusive, si se considera que el derecho a la vida humana tiene límites, establecidos en la propia ley, mientras que la dignidad es un derecho que no debería tener límites aceptables en el derecho; sin embargo, no es posible sostener que uno sea excluyente del otro, pues la vida biológica es base para el nacimiento del derecho a la dignidad, aun cuando la dignidad pudiera extenderse hasta más allá de su existencia biológica.

17. — En el caso de la muerte asistida, existiendo una causal distinta al suicidio puro, que es el principio de solidaridad con el dolor ajeno en casos extremos, como el caso de la demandante, esa libertad fáctica pasa a ser un derecho que permite la limitación de esa obligación de protección del Estado, un límite también a su legitimidad para perseguir el delito y una obligación de viabilizar, dentro de un sistema de garantías y atención prestacional.

18. — En el derecho peruano se presume la capacidad, incluso de las personas con discapacidad. Así, una situación de distorsión debe probarse. Lo que sí puede hacerse es asegurar de que la expresión de voluntad sea genuina y se sostenga en el tiempo. En el caso de la demandante, viene acompañando esta causa y en un último escrito ha adjuntado una escritura pública con su declaración de voluntad, en relación de apoyos y salvaguardias y en relación con su decisión de ser asistida en caso de que lícitamente le sea permitido. Esa decisión puede ser revocada en cualquier momento, mientras pueda expresar su voluntad.

19. — Aun cuando no existe en la legislación positiva peruana un enunciado normativo que declare el derecho a la muerte digna, procesalmente es posible hacerse desde la interpretación de los derechos fundamentales. En efecto, debe hacerse un juicio de relevancia y de proporcionalidad respecto de los derechos que serían afectados, especialmente el derecho a la dignidad y de libre determinación.

20. — Existen otros fundamentos que obligan a un pronunciamiento sobre la materia puesta a este despacho, como el principio de inexcusabilidad, que implica que, cuando se observa, de manera evidente, la necesidad de resolver un conflicto o declarar el derecho de una persona, no es posible que el juez deje de atender, bajo el fundamento de la inexistencia de un texto normativo en que pueda subsumirse el requerimiento. Desde el derecho civil, se ha entendido tradicionalmente como una garantía de acceso a la justicia al ciudadano, por parte del juez.

21. — De acuerdo con la experiencia internacional, no es que, una vez levantada la sanción penal, cualquier persona y, de cualquier modo, puede acudir a la petición de muerte digna de la persona que lo solicite. Esta es la parte en que mayores cuestionamientos ha generado el caso y es la que a criterio de la parte demandada constituye el elemento que podría afectar los principios de separación de poderes y corrección funcional.

22. — Si el solo hecho de legalizar el suicidio asistido (lo que podría hacerse con una norma legislativa) es de por sí un espacio de debate para cuestionar si puede ser dispuesto por el Juez Constitucional, es más debatible y cuestionable el establecer la funcionalidad de la pretensión. Más aún, una parte de las pretensiones de la demanda es que el protocolo se establezca para la aplicación en casos similares. Esto es, que se establezca una norma general y no para el caso concreto.

23. — El derecho ha logrado un avance al reconocerle dignidad a las personas con cualquier discapacidad, de acuerdo a la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad. La dignidad es inherente a la persona humana, aun cuando esté afectada, en ese punto, su propia autopercepción. La capacidad no puede ser considerada como sinónimo de dignidad o único fundamento de ella, ni siquiera como su único receptáculo. En efecto, la dignidad se configura en el respeto que se tiene por el otro, cualquiera que fuese su condición. Pero también, por la percepción que la propia persona tiene de sí misma, esto es, de su propia dignidad.

24. — La demandante, para el sistema jurídico y para la sociedad, es una persona que goza del derecho a la dignidad. Precisamente, en uso de su libertad de elegir, de exigir tutela jurídica y de decidir, es que se admite su participación en esta causa, interpuesta por la Defensoría del Pueblo en su beneficio. Seguirá siendo digna si, eventualmente, no puede expresar su voluntad; y lo seguirá siendo si, también, pierde el uso de su razón.

25. — La razón es la referencia de la dignidad; y ello se reafirma de manera fáctica en el hecho de que la demandante ha otorgado una escritura pública, designando voluntariamente apoyos y salvaguardias, en el presente, cuando está vigente y lúcido su razonamiento, para que se obre conforme a su voluntad, cuando no pueda

expresarla o cuando haya perdido sus facultades de raciocinio, precisando las decisiones sobre sus bienes, sus actos jurídicos, su salud e incluso su vida. Este acto jurídico, empero, mientras tenga capacidad de raciocinio, es revocable o modificable, en tanto son decisiones unilaterales.

26. — La vida digna es aquella que tiene un sentido mutuo, aquella que nos reconoce el derecho y la sociedad, y aquella que percibe cada uno sobre su propia persona. Para que esto último ocurra, es preciso el uso de la razón y es por eso la mejor referencia de su propia dignidad; sin embargo, esta dignidad trasciende a la razón, porque es inherente a la persona humana, sea cual fuere su condición y capacidad.

27. — La noticia de que no hay cura, que el sufrimiento se haga intenso, que incapacite, puede hacer que la persona se sienta sumida en una situación que perciba como la pérdida de su dignidad o que esa forma de morir afecte severamente su dignidad. Así, no solo es la falta de razón la que generaría una pérdida efectiva de dignidad, sino la percepción clara, por medio de la razón, de que no es posible hacer uso de su libertad para seguir viviendo de una manera que espera. El dolor no es solo dolor físico.

28. — En el caso de la demandante, puede verse que narra una progresiva pérdida de sus afectos; como la pérdida de su intimidad, la pérdida de los momentos de estar a solas consigo misma y con sus pensamientos, el dolor físico que causan las "atenciones" e intervenciones de su tratamiento, la paulatina pérdida de movimiento personal, la dependencia progresiva y severa, la sensación de ser una "carga" para su familia, la pérdida de sus amores y deseos truncos y seguramente una lista más larga de sufrimientos, de pérdidas, incluso de los sueños, construyen en ella una percepción de pérdida de su dignidad y de vida digna. Entonces con lo poco que le queda, precisamente de esa libertad que está perdiendo, pide justicia, lo que para ella significa poner fin, en determinado momento, a esa paulatina pérdida de dignidad. Consideramos que esta es una razón para que la justicia exista. El Estado solo puede respetar ese acto de rebeldía frente a la ley. El Estado no puede dejar de tener piedad.

29. — El suicidio (la tentativa) no es sancionado en las normas positivas; es impune. Si bien la moralidad religiosa de un sector rechaza este acto, de manera absoluta como una irreverencia a quien le otorgó la vida, hay otro sector que admite o deja al debate en determinados casos, precisamente, con base en el uso de la libertad y la dignidad. El Estado laico, el sistema jurídico constitucional de valores, cuyo elemento central es precisamente la libertad y la dignidad, tiene una misión más allá del punto vista religioso y es la parte primera de que ocuparse, esto es, la de hacer justicia ante el reclamo de una persona.

CSup. de Justicia de Lima, Décimo Primer Juzg. Const., 22/02/2021. - Defensoría del Pueblo c. El Ministerio de Salud, (MINSA), Seguro social de Salud (EsSalud) y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (MINJUSDH).

[Cita on line: AR/JUR/991/2021]

Expediente 00573-2020-0-1801-JR-DC-11

Lima, febrero 22 de 2021.

Con el escrito de fecha 18 de febrero de 2021, presentado por la demandante y que se tiene presente.

Vistos: El expediente, encontrándose el proceso en estado de expedir sentencia, se procede a resolver en atención a los siguientes hechos y considerandos:

I. Parte Expositiva:

Demanda

La Defensoría del Pueblo, representada por el Defensor del Pueblo; Walter Francisco Gutiérrez Camacho; promueve un Proceso de amparo, en beneficio de la ciudadana Ana Milagros Estrada Ugarte contra el Ministerio de Salud, (MINSA), Seguro social de Salud (EsSalud) y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (MINJUSDH), a fin de que:

A. Se declare inaplicable el artículo 112° del Colegio Penal (Dec. Leg. N° 635) que tipifica el delito de homicidio piadoso, para el caso de la Sra. Ana Estrada Ugarte diagnosticada con una enfermedad incurable, progresiva y degenerativa, llamada polimiositis, ello con la finalidad de que pueda elegir, sin que los terceros sean procesados penalmente, al momento en el cual las emplazadas deberán procurarle un procedimiento médico de eutanasia.

B. Se declare inaplicable el artículo 112° del Colegio Penal (Dec. Leg. N° 635) por considerar que los efectos desplegados por dicha norma constituyen una lesión al derecho fundamental de la Sra. Ana Estrada Ugarte a una muerte digna, así como a sus derechos fundamentales a la dignidad, a la vida digna, al libre desarrollo de la personalidad y amenaza cierta a no sufrir tratos crueles e inhumanos.

C. Se ordene a consecuencia de lo anterior a EsSalud, como entidad encargada de la gestión de las prestaciones de salud de la Sra. Ana Estrada Ugarte:

(i) respetar la decisión de su representada de poner fin a su vida a través del procedimiento técnico de la eutanasia; debiéndose entender por "eutanasia" a la acción de un médico de suministrar de manera directa (oral o intravenosa), un fármaco destinado poner fin a su vida, u otra intervención médica destinada a tal fin; (ii) conformar de manera inmediata una Junta Médica interdisciplinaria que deberá iniciar sus funciones dentro de los 7 días siguientes a la emisión de la resolución judicial, para el ejercicio del derecho a la muerte en condiciones dignas, a través de la eutanasia; entre sus funciones, estará el acompañamiento integral antes y durante el proceso, el aseguramiento del respeto a la decisión de la Sra. Ana Estrada Ugarte, el establecimiento de un plan que especifique los aspectos asistenciales y técnicos de la decisión tomada y la designación de los profesionales médicos que se encargaran de la ejecución de la eutanasia; (iii) brindar todas las condiciones administrativas, prestacionales y sanitarias para el ejercicio del derecho a la muerte en condiciones dignas de la Sra. Ana Estrada Ugarte a través del procedimiento de la eutanasia. El adecuado ejercicio de este derecho implica que el procedimiento solicitado y diseñado por la Junta Médica debe ejecutarse dentro de los diez días hábiles contados a partir del momento en que ella manifieste su voluntad de poner fin a su vida. Para cuando Ana Estrada tome esa decisión, el plan debe estar aprobado y validado por el Ministerio de Salud, para lo cual el Juez deberá establecer plazos perentorios de cumplimiento obligatorio para la ejecución de etapas previas (conformación de la Junta Médica por parte de EsSalud, diseño del plan por parte de la Junta Médica, validación de plan por parte del Minsa y aprobación final de EsSalud).

D. Se ordene a consecuencia de lo anterior al Ministerio de Salud, en tanto ente rector del sector salud: (i) respetar la decisión de la Sra. Ana Estrada Ugarte de poner fin a su vida a través del procedimiento técnico de la eutanasia; en virtud del reconocimiento judicial del derecho a la muerte en condiciones dignas, así como de los demás derechos fundamentales vinculados; (ii) validar en el plazo de 7 días hábiles el plan del procedimiento de eutanasia diseñado y propuesto por la Junta Médica para el ejercicio de la muerte en condiciones de dignidad de la Sra. Ana Estrada Ugarte.

E. Se ordene al Ministerio de Salud que cumpla con emitir una Directiva que regule el procedimiento médico para la aplicación de la eutanasia para situaciones similares a las de la Sra. Ana Estrada Ugarte, que involucren el reconocimiento judicial del derecho fundamental a la muerte en condiciones dignas y derechos conexos.

II. Derechos Constitucionales que se Consideran Vulnerados

a. Derecho a la muerte en condiciones dignas

b. Derecho a la muerte en condiciones dignas Derecho a la dignidad

c. Derecho al libre desarrollo de la personalidad

d. Derecho a la vida diana

e. Derecho a no ser sometido a tratos crueles e inhumanos

II. Fundamentos de Hecho:

1. Expone que, se pretende proteger los derechos fundamentales lesionados y amenazados de la ciudadana Ana Milagros Estrada Ugarte, quien padece de Polimiositis, enfermedad incurable, degenerativa, en etapa avanzada; que deteriora progresivamente sus capacidades motoras y la ha mantenido en un estado de dependencia alta en los últimos 12 meses.

2. Según el Informe Médico de un especialista en neumología, basados en la historia clínica de EsSalud de la beneficiaria y evaluaciones directas, que se pretende, sea independiente, así como de testimonios propios de Ana Estrada, (Tomados de su Blog electrónico), y diversos documentos; se tiene que su enfermedad se inició cuando tenía 12 años de edad y a los 14 se diagnosticó como Dermatomiositis, para lo cual se hicieron biopsias y otras intervenciones dolorosas y traumatizantes. Las primeras medicaciones con corticoides hincharon su cuerpo y deformaron su rostro, cuando tenía su primer enamorado, lo que en su momento le parecía lo más importante frente a las continuas citas médicas. A los 20 años, la debilidad muscular, la obligó a usar silla de ruedas. Recibió medicaciones con corticoesteroides, azatioprina, metotrexato, ciclosporina y otros, pese a lo cual la enfermedad ha progresado. Textualmente dice:

"...mientras no tenga el poder de mi libertad seguiré viviendo presa en un cuerpo que se está deteriorando cada minuto y que me atará a mi cama conectada las 24 horas al respirador y empezarán las úlceras en la piel que no son otra cosa que heridas que se expanden y profundizan hasta que se logra ver el hueso. Esas heridas supurarán pus y olerán a podrido y el tejido se va a necrosar. Pero eso será solo el comienzo de sendas infecciones y más medios invasivos y amputaciones y no moriré. Ese infierno será eterno y, repito, mi mente estará completamente lúcida para vivir cada dolor en una cama de hospital sola y queriendo morir."

3. Ha recurrido a consultas en los Estados Unidos, con el mismo diagnóstico y previsiones que en el medio local, mientras el tratamiento, (con inmunoglobulina y otros), ha resultado infructuoso e interrumpido por periodos ante la falta de respuesta. El 2015, empezó a tener problemas frecuentes por acumulación de secreciones respiratorias, por falta de movilización.

En abril de 2019, Ana Estrada Escribió:

"Esta búsqueda por la muerte se convirtió paradójicamente, en una motivación para vivir. Todavía no he tenido un proceso infeccioso este año y no sé cuándo lo tendré, pero lo que digo es que, si yo tuviera el "permiso" del Estado para morir, estoy segura de que esos procesos infecciosos no serían así de terribles y los llevaría en paz, con esperanza y libertad".

4. En julio del 2015 la Sra. Ana Estrada Ugarte desarrolló una falla respiratoria que la llevó a ser hospitalizada en cuidados intensivos durante 6 meses, en los que tuvo complicaciones de infecciones respiratorias y fue intubada, le hicieron catéteres endovenosos y se le hizo una traqueostomía y gastrostomía, para respirar y alimentarse, respectivamente. Consideró ese proceso, traumático; ya que le generó total dependencia, al punto que decidió raparse el cabello, pues era doloroso hasta el lavado de cabellos que se le hacía, con guantes de jebe, con mucha premura y dolor y que en conjunto, significó que perdiera todo lo que significó su vida anterior, además del continuo riesgo de infecciones que significa la traqueostomía (Neumonías, traqueítis, obstrucción de cánula, etc.), y la gastrostomía; todo lo cual no significa que mejore su salud general.

5. Posteriormente, se indujo a un programa denominado Clínica en casa, por el cual es monitorizada por EsSalud, con médicos, psicólogos, nutricionistas, etc. Ello significa que ha perdido su intimidad y privacidad, no tiene un momento a solas, perdió su trabajo, lo que considera: "mi propia muerte". Al retorno a su domicilio pesaba 35 kilos, rapada, con la atención de numerosas personas para su instalación y coordinaciones, todo lo cual fue traumatizante.

Considera también una afectación al libre desarrollo de su personalidad, lo que incluye el ejercicio de su sexualidad, pues entre otras cosas; el Hospital Rebagliatti, dispuso que firmara un escrito legalizado por su abogado y un médico, para consignar su responsabilidad por cualquier incidente que derive de tener relaciones sexuales.

6. De manera continua requiere el uso de un respirador artificial, pues solo puede espirar sin ese aditamento 4 o 6 horas al día como máximo, recibe tratamientos contra las infecciones y exámenes auxiliares continuos. Es dependiente para sus actividades de vida diaria, como su aseo personal, necesidades fisiológicas, su alimentación, usa una silla de ruedas. No puede trasladarse de la silla a su cama por sí sola.

7. Su diagnóstico es de miopatía primaria, conocida como polimiositis. La causa es inmunológica. En teoría, el sistema inmunológico, encargado de defender el organismo humano, rechaza y ataca sus propios músculos, lo que termina dañándolos. Por ello, se le aplican medicamentos inmunosupresores. Hasta la fecha, su organismo no ha respondido positivamente a los diversos tratamientos.

8. El pronóstico de su enfermedad es negativo. Es probable que su alimentación por sonda sea más frecuente o permanente, el uso de respirador, igualmente.

Frente a ello, es que solicita tener el control de su vida, a fin de poder ejercer el derecho a una muerte en condiciones dignas, lo que describe textualmente:

"...les diré de mi deseo de morir porque llevo 3 años investigando, preguntando, conectando, elucubrando mil formas de hallar la muerte sin que mi familia salga perjudicada. Y hasta he tratado de ahorrar (ingenuamente) para ir a Suiza. Pues bien, me cansé y decido que lo último que me queda por hacer es contarles de mi historia y mi lucha y así encontrar apoyo no solo de los que me conocen sino también de cualquiera que crea en el derecho a la libertad. Creo que no hay mayor gesto de amor que pide ayudar y apoyar a un ser amado a hallar su muerte y ponerla fin al sufrimiento. Es una decisión que tomé el día que volvía a UCI por segunda vez por una recaída con neumonía. Cuando la ambulancia llegó a mi casa para llevarme al hospital, mi hermano llegó en ese instante y escuché que dijo a todos que esperen un momento, pidió a la enfermera que salga del cuarto y nos quedamos a solas. Se acercó a mi cama y oramos."

9. El proceso natural de deterioro de su organismo no será detenido por las medidas de soporte vital que recibe (como respiradores, sondas, etc.) y serán insuficientes para mantenerla con vida. Requerirá de mayor sofisticación (máquinas más complejas), mayor dolor, incomodidad y sufrimiento físico y psicológico, y ello generará complicaciones causadas por la misma terapia. Sin embargo, dice:

"¿por qué querer morir si soy capaz de encarnar la fiera tibieza del amor hasta llegar a explotar de felicidad? ¿Tan egoísta soy que no pienso en los que me aman? ¿Estoy deprimida y solo necesitaría antidepresivos para pensar "positivo"? ¿A dónde se fue la fuerza de la "guerrera", luchadora", "ejemplo y lección-de-vida"? Pues aquí estoy, con más fuerza que nunca para pechar y gritar al mundo que quiero mi derecho a elegir y decidir sobre mi vida y mi cuerpo. Y les tengo noticias, lo intenté, pero no lo puedo hacer sola. Por eso hago este *blog* y la publicación de mi vida que no solo tratará de mi enfermedad sino también de la niña deprimida y sola, de la adolescente perdida y, finalmente, de todo este camino recorrido hasta aquí"

10. Busca que se reconozca, proteja y garantice los derechos que, están sido lesionados con la prohibición penal: precisa que no se trata de buscar la muerte a como dé lugar, sino de decidir sobre el fin de la

vida como resultado del ejercicio de un derecho y, por ende, de una decisión libre, informada y legitimada en un Estado Social y Democrático de Derecho, como es el Perú.

Contestación de Demanda. Procuraduría del MINSA.

11. Se apersona el Procurador Público y contesta la demanda, solicitando se declare la Improcedencia de la demanda, exponiendo que; en este caso se trata de establecer si corresponde a la demandante el derecho a poner punto final a su vida y elija, cómo, cuándo y dónde morir. Al respecto, el Numeral 1 del artículo 2° de la Constitución Política, establece el derecho a la vida, su identidad, integridad moral, psíquica y física, su libre desarrollo y bienestar y a su vez el artículo 1° establece que el fin supremo del Estado es la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad. El Código Penal, en su artículo 112 regula el homicidio piadoso, sancionando con pena privativa de libertad no mayor a tres años.

12. Así, la Señorita Ana Estrada, dado su grave estado de salud, solicita la aplicación de la eutanasia, siendo que, para su caso, solicita que este acto sea llevado a cabo por un médico, lo que no está permitido, pues la norma dice "El que, por piedad, mata a un enfermo incurable que le solicita de manera expresa y consciente para poner fin a sus intolerables dolores, será reprimido con pena privativa de la libertad no mayor de tres años". La norma hace referencia a una enfermedad incurable y ese es uno de los escollos desde el punto de vista legal que sería un impedimento para que el Juez Constitucional pueda declarar la inaplicación del citado artículo para el caso concreto. Empero, hay enfermedades que, siendo incurables, pueden ser tratadas, como el asma, la gripe, etc. La polimiositis, resulta ser una enfermedad incurable conforme lo refieren los médicos y expertos consignados en la demanda; sin embargo, pese a no ser una enfermedad que esté en fase terminal (no hay evidencia que dicha enfermedad esté en esa etapa) es una enfermedad cuyas características en el caso concreto, no encajarían de manera puntual en el art. 112°, nos habla de intolerables dolores; y según la demanda, la Señorita. Ana estaría sometida a tratos crueles e inhumanos; sin embargo, en la demanda, no acredita y no aporta prueba o evidencia que dicha enfermedad le haya causado intolerables dolores, sino que como consecuencia de la enfermedad incurable que padece viene siendo sometida a tratos crueles e inhumanos; por lo que no se ajustaría a la norma, cuya inaplicación se demanda.

13. Si bien es cierto el artículo 112° del Código Penal, es una norma autoaplicativa, no es cierto que dicha disposición crea una situación jurídica inconstitucional, que impida el derecho de la Sra. Ana Estrada Ugarte a tomar el control sobre su vida y disponer de manera consciente poner fin a sus sufrimientos por la enfermedad incurable y degenerativa que padece, a ejercer su derecho a una muerte digna.

14. La demandante solicita un procedimiento a seguir, en caso se declare fundada la inaplicación del artículo 112° del C.P. establecer plazos perentorios de cumplimiento obligatorio para la ejecución, de las etapas previas (conformación de la Junta Médica por parte de EsSalud, diseño del plan por parte de la Junta Médica, validación del plan por parte del Minsa y aprobación final de EsSalud). Luego; que el Juez ordene al Ministerio de Salud: a) Respetar la decisión de la Sra. Ana Estraga; b) Validar en el plazo de 7 días hábiles del plan de procedimiento de la eutanasia diseñado y propuesto por la Junta Médica. En ese sentido, señala que el MINSA no está facultada a realizar los procedimientos para la ejecución respecto de la inaplicación del artículo 112 del C.P. En tanto que, conforme al literal a) del artículo 5° del Decreto Legislativo 1161, el Ministerio de Salud es el órgano rector de la política de salud a nivel nacional, y como tal está facultado a formular, planear, dirigir, coordinar, ejecutar, supervisar y evaluar la política nacional (...) aplicable a todos los niveles de gobierno; siempre que esta no transgreda la normatividad vigente. Nótese, además que, la Sra. Estrada es una paciente atendida por EsSalud; entidad que finalmente de ser el caso, le correspondería la conformación de la Junta Médica, la elaboración del protocolo y otros para su ejecución.

15. El Ministerio de Salud, como órgano rector de la política de salud a nivel nacional, no puede dictar normas, ni aprobar, ni validar procedimientos de una Junta Médica para un caso particular, porque ello no forma parte de la política de salud que, es de carácter general a nivel nacional, y menos es aceptable que el Juez Constitucional ordene al Ministerio de Salud a cumplir con el procedimiento médico aprobado por una Junta Médica para un caso concreto; ello porque es contrario a la norma, pretender que el MINSA actúe en contra de las facultades que tiene como órgano rector.

16. Respecto de la pretensión de que el Ministerio de Salud cumpla con emitir una Directiva que regule el procedimiento médico para la aplicación de la eutanasia para situaciones similares a las de la Sra. Ana Estrada Ugarte, que involucren el reconocimiento judicial del derecho fundamental a la muerte en condiciones dignas y derechos conexos, se opone, en tanto ello no puede hacerse mediante una Directiva y menos de manera general. En todo caso, el Juez Constitucional estaría facultado a dictar una sentencia exhortativa para que el Poder Legislativo legisle sobre la eutanasia.

17. Por el artículo 4° de la Ley 26.842, Ley General de Salud, el Estado está obligado a preservar la vida y la salud de los ciudadanos, bajo ciertos parámetros como es, que el tratamiento médico o quirúrgico

tiene que ser informado y la negativa del paciente al tratamiento o intervención exime de responsabilidad al médico tratante y a la entidad. En ese sentido discrepan de los fundamentos de la demanda, en el extremo negado que la interpretación del demandante sea cierta, ello no es suficiente, pues para ejercer plenamente sus derechos a la dignidad, a la vida digna, a decidir sobre cuándo, cómo y dónde acabar con su vida, vía la eutanasia, se requiere una norma expresa que desarrolle el derecho a la eutanasia.

18. Considera que no podría el Ministerio de Salud emitir normas o directivas generales a partir de un caso particular, porque el Minsa tiene como función central ser ente rector en materia de salud, es decir está facultado a formular, planear, dirigir, coordinar, ejecutar, supervisar y evaluar la política nacional (...) aplicable a todos los niveles de gobierno. El Minsa solo podría emitir los, protocolos, directivas y el tratamiento a seguir, siempre que la eutanasia sea legislada en nuestro país.

El Juez constitucional solo podría, emitir el protocolo o directiva para el caso concreto, la misma que no podría ser de carácter general o que tenga efectos extensivos para otros casos similares.

19. Conforme al Código de Deontología Forense del Colegio Médico del Perú y del Código Internacional de Ética Médica elaborado por la Asociación Médica Mundial, sostienen la plena vigencia del Juramento Hipocrático por el que debe cuidarse la vida de los pacientes y enfermos a toda costa, y debe respetarse el proceso natural de la muerte, sin acudir a métodos de acortamiento de la vida (eutanasia).

20. Existe debate sobre el concepto o significado de dignidad humana y calidad de vida.

Unos identifican lo indigno, como la carencia o falta de capacidad para la autodeterminación frente a circunstancias difíciles como las que atraviesa la Sra. Estrada. Otro sector de la doctrina sostiene que la dignidad humana no puede ser reducida a la calidad de vida, en tanto esta se mide por las condiciones físicas y psíquicas que permiten el desarrollo armónico de la personalidad, pues podría haber condiciones físicas y psíquicas contrarias a la dignidad humana, pero no la convierten necesariamente en una vida indigna; por lo que este sector de la doctrina concluye que no sería ética la eliminación deliberada de la vida porque la dignidad no dependería de las condiciones físicas o psíquicas precarias.

Excepción y Contestación de Demanda del Ministerio de Justicia.

21. Deduce excepción de falta de legitimidad para obrar pasiva del Ministerio de justicia y derechos humanos. Fundamenta este medio de defensa expresando que las pretensiones de la demanda, tienen por finalidad la inaplicación del artículo 112 del Código Penal y actos de ejecución relacionados, pero en ninguno de estos, se observa que el Ministerio de Justicia deba realizar un acto de ejecución o pueda afectarlo, que el MINJUS haya afectado alguno de los derechos de la demandante y no ha tenido intervención alguna en la etapa previa al proceso judicial, por lo que este emplazamiento es un grave error.

22. Señala asimismo que, de acuerdo al criterio de la demandante, se le emplaza porque este sector refrendó la norma o que sería el defensor de la constitucionalidad de las normas. Así, el MINJUS no necesariamente debe ser emplazado en los procesos donde se haga control difuso de las normas, como ha ocurrido en innumerables casos. El control difuso no es un petitorio en sí mismo, sino una institución que debe surgir en el debate del caso concreto, donde haya una norma legal relevante para resolver el caso que viole los derechos fundamentales o principio constitucionales. Es distinto el caso de los procesos constitucionales de control normativo, donde el único debate es la constitucionalidad de las leyes en abstracto, como la Acción Popular.

Sobre el fondo.

23. Conforme señala la propia demandante, no existe una regulación nacional sobre la Eutanasia, por lo que recurre a esta vía. Así, pretende que la sentencia sea por sí misma un protocolo médico y regulando el procedimiento administrativo, de modo tal que, el Juez Constitucional, se convierta en órgano legislador, lo que contraviene a nuestro sistema democrático.

24. Fundamenta que el amparo no es un procedimiento para constituir derechos. El Juez no legisla, ello afecta el principio de corrección funcional como límite de la interpretación de los derechos fundamentales que, supone que el Juez no puede desvirtuar las funciones y competencias que el Constituyente ha asignado a cada uno de los órganos constitucionales. Consideran así, que, si no existe un marco legal, no es posible que el Juez resuelva en el sentido que se solicita. El marco legal debe dictarlo el legislativo.

25. Expone que, en el caso de Colombia, que cita la demanda, existió en efecto, una decisión del Tribunal Constitucional, pero que esta resolvió, exhortar al legislativo para que legisle este derecho y solo con una norma dictada por el legislativo, se hizo posible el ejercicio del derecho como tal.

26. Expone asimismo que, la Carta Americana de Derechos Humanos no regula ni la Corte se ha pronunciado en este extremo, por lo que no puede haber afectación de este derecho en el plano convencional. Añade que el Tribunal Europeo se ha pronunciado en varias oportunidades sobre el tema de la muerte dig-

na, sin embargo, estudiada su jurisprudencia, se observa que tiene a dejar que sean los Estados nacionales, los que regulen a través de su órgano legislativo, lo que en efecto han hecho varios Estados, mientras que otros no, lo que en ningún caso significa la afectación de los derechos convencionales.

Bajo esos fundamentos, se considera que, la falta de regulación, por sí misma no viola derecho fundamental alguno, ni de la Constitución ni de la Carta Americana de Derechos Humanos.

Contestación de Demanda. Procurador Público de EsSalud.

27. Se apersona el Procurador y expone que, de acuerdo al artículo 1° de la Ley N° 27.056, la finalidad de EsSalud consiste en brindar cobertura a los asegurados y sus derechohabientes, a través del otorgamiento de prestaciones de prevención, promoción, recuperación, rehabilitación, prestaciones económicas, y prestaciones sociales que corresponden al régimen contributivo de la Seguridad Social en Salud, así como otros seguros de riesgos humanos, que en el artículo 39° de la Ley N° 29.158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo se establece que EsSalud constituye una entidad administradora de fondos intangibles de la seguridad social, distinguiéndola así de las entidades que realizan actividad empresarial, esto es, de las empresas del Estado. Sobre el principio de legalidad y su cumplimiento por parte de las entidades públicas. El Tribunal Constitucional ha señalado se tiene tres exigencias; existencia de la ley, que esta sea previa y describa un hecho determinado, Asimismo, según la Corte Interamericana este principio exige que en la elaboración de los tipos penales exista una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales.

28. El subprincipio de tipicidad o taxatividad es otra de las manifestaciones o concreciones del principio-derecho de legalidad que tiene como destinatarios al legislador penal o administrativo que, exige la precisa definición de la conducta que la ley o norma con rango de ley considera como delito o falta. EsSalud, como entidad pública del Gobierno Nacional, se encuentra inexorablemente sujeta al Principio de Legalidad. Todo lo que haga o decida hacer debe tener como fundamento una disposición expresa que le asigne la competencia para poder actuar de tal o cual manera. El funcionario de la administración en ejercicio de sus funciones solo puede hacer lo que la ley le permite hacer y está impedido de hacer lo que ella no le faculta. Es un mero "aplicador literal" de la norma. Por otro lado, EsSalud no solo se encuentra sujeto a las normas que lo regulan sino también a las políticas nacionales de salud que el Estado emite a través de su ente rector el Ministerio de Salud, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 9° de la Constitución Política del Perú, el artículo 7° de la Constitución Política del Perú, que establece que todas las personas tienen derecho a la protección de su salud, medio familiar y comunidad, así como el deber de contribuir a su promoción y defensa.

29. EsSalud es un organismo público administrador de fondos intangibles de la seguridad social con personería jurídica de derecho público interno y, como tal, sujeto al Principio de Legalidad, solo puede emitir directivas y protocolos médicos dentro los alcances de las disposiciones normativas y reglamentos previamente emitidos por el Poder Legislativo. En esa misma línea, la sola despenalización de la responsabilidad penal de la persona quien por piedad mata a un enfermo incurable que le solicita de manera expresa y consciente para poner fin a sus intolerables dolores, no sostiene ni justifica la emisión de directivas y/o protocolos por parte de EsSalud, ya que necesita de una norma que expresamente desarrolle la figura de la eutanasia como parte de nuestro ordenamiento jurídico. La Administración se sujeta especialmente a la Ley, entendida como norma jurídica emitida por quien representa a la sociedad en su conjunto, vale decir, el Congreso de la República. Lo que ocurre es que en el Estado de Derecho se ubica a la Administración como esencialmente ejecutiva, encontrando en la ley su fundamento y el límite de su acción. EsSalud, a diferencia de los particulares, no goza de la llamada libertad negativa (nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido a hacer lo que esta no prohíbe) dado que solo puede hacer aquello para lo cual está facultada en forma expresa; y no cuenta con norma que la habilite brindar asistencia para finalizar la vida de una persona, cuando su norma de creación dispone todo lo contrario.

"La elaboración de un procedimiento médico se encuentra sujeto a la norma técnica de salud para la elaboración y uso de guías de práctica clínica del Ministerio de Salud.

30. Las Guías de Práctica Clínica que aprueba el Ministerio de Salud mediante Resolución Ministerial, son documentos normativos correspondiente al tipo de las Guías Técnicas, y que se aboca al diagnóstico o tratamiento de un problema clínico considerado por la Autoridad Nacional de Salud como un problema de salud pública o una prioridad sanitaria nacional o regional, y que contiene recomendaciones basadas en la mejor evidencia científica aplicable, desarrolladas sistemáticamente de modo que orienten y faciliten el proceso de toma de decisiones al personal profesional para una apropiada y oportuna atención de salud. Se basa en la revisión científica, tecnológica y la experiencia sistematizada y documentada, sobre el tema que aborda. La norma técnica en mención es de aplicación, entre otros prestadores de servicios de salud, a

EsSalud, por lo que, encontrándose dentro de esa disposición legal, emite su directiva con la finalidad de establecer normas, criterios y procedimientos, dentro del marco de acción establecido por el ente rector. La creación e implementación de un procedimiento médico se sujeta a los lineamientos del ente rector, (MINSA), y estas a su vez, a las políticas nacionales, por lo que EsSalud no puede aprobar procedimientos, juntas médicas ni normas de salud. La sola despenalización es insuficiente. Las normas técnicas nacen por ley N° 26.842, Ley general de Salud y el Decreto legislativo 1161, Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Salud, que regula lo antes expresado.

31. No existe una guía ni norma técnica que recoja la figura de la eutanasia. No existen estudios oficiales, en los que se haya identificado los criterios clínicos que definan la procedencia del procedimiento, los pronósticos de los tipos de enfermedades que pueden ser sujeto de este tipo prácticas, las inclusiones y las exclusiones médicas, los tipos de medicamentos a utilizar que garanticen que el procedimiento de la eutanasia sea corto y certero, el procedimiento para la expresión indubitable de la aceptación voluntaria del profesional médico que aplicará el fármaco con el que le quitará la vida a otra persona, etc. En ese sentido, al no existir una norma que expresamente reconozca a la eutanasia, no se han desarrollado procedimientos médicos en los que se establezca el protocolo de acción del personal médico; teniendo en cuenta que un protocolo médico no es una seguidilla de acciones a realizar sino una norma técnica que es resultado del trabajo de un grupo multidisciplinario que se encargue de examinar de manera sistemática cuatro grandes temas íntimamente relacionados a la eutanasia: la correcta definición de intolerable dolor (en esta valoración se reúne tanto la percepción del médico tratante como la expresión del solicitante), la medición del carácter irremediable e inevitablemente incurable del padecimiento, la verificación de la competencia mental y la preservación del juicio, así como los procedimientos más correctos y seguros que garanticen la muerte, en tiempo corto y sin sufrimiento.

32. La creación e implementación de un procedimiento médico se sujeta a los lineamientos del ente rector, (MINSA), y estas a su vez, a las políticas nacionales, por lo que EsSalud no puede aprobar procedimientos, juntas médicas ni normas de salud. La sola despenalización es insuficiente. Las normas técnicas nacen por ley N° 26.842, Ley general de Salud y el Decreto legislativo 1161, Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Salud, que regula lo antes expresado.

Se pretende que el Juez Constitucional se convierta en un legislador positivo, creando un nuevo derecho con rango constitucional, soslayando el procedimiento legislativo y con ello vulnerando el principio de separación de poderes.

33. Considera asimismo que, se afectan los principios de Separación de poderes y Corrección funcional. El Juez al realizar su labor de interpretación, no debe desvirtuar las funciones y competencias que la Constitución Política del Estado asigna de manera distinta a cada órgano de la Administración. El órgano jurisdiccional puede emitir Acuerdos Plenarios o sentencias con condición de precedentes vinculantes, ello obedece a una necesidad de interpretación legislativa de normas ya existentes, labor distinta de la labor principal del Poder Legislativo; expedir leyes con mandato y fuerza constitucional y legal. La regulación legal de la eutanasia en Perú, es competencia del legislador. Tampoco es amparable el pedido de la emisión de una Directiva que regule el procedimiento médico para la aplicación de la eutanasia para situaciones similares a las de la Sra. Ana Estrada Ugarte; porque es incongruente con la naturaleza jurídica del proceso de amparo.

Amicus Curiae. Sociedad Peruana de Cuidados Paliativos.

Se ha apersonado al proceso la Sociedad Peruana de Cuidados Paliativos, solicitando incorporarse en calidad de *Amicus Curae*, lo que esta judicatura accede, considerando que deben escucharse el mayor número de voces. La entidad agrupa a profesionales de la medicina, (Médicos, Enfermera(o)s, Psicólogo(a)s, y Trabajadores Sociales), que se encargan de brindar calidad de vida y evitar el sufrimiento en pacientes con enfermedades que limitan o acortan su vida, especialmente en fase de terminales. Se señala que, existen situaciones en las que en el intento de salvar la vida y salud de la persona se puede caer en situaciones de encarnizamiento o ensañamiento terapéutico, por lo que es preciso tener presente la proporcionalidad entre la eficacia del tratamiento y el sufrimiento del paciente, así como del consentimiento informado de este. El consentimiento, debe ser en principio consciente y expreso, incluso mediante expresión de voluntad anticipada, empero, pueden darse situaciones en las que el paciente no pudo o no está en situación de otorgar su expresión de voluntad, como las situaciones de emergencia, en las que se toma la voluntad de los familiares o en todo caso, se considera la expresión de la voluntad tácita, considerando que toda persona, tiene la voluntad de conservar su vida, siendo el médico que aplica el tratamiento, con criterios de proporcionalidad; existiendo por ello el concepto de Adecuación del esfuerzo terapéutico. Uno de los instrumentos, es la sedación paliativa, es la administración de fármacos a un paciente cuya muerte esta próxima reduciendo la conciencia para aliviar el sufrimiento, acción que requiere voluntad expresa, en sus diversas formas.

34. Sobre la autonomía señalan que, en efecto, la muerte digna es un derecho, siendo que la dignidad alcanza hasta más allá de la muerte. El Código Civil proscribe incluso la disposición del cadáver, pero les preocupa que se confunda ello, con la eutanasia, como único mecanismo de muerte digna. No es lo mismo pedirlo sano que pedirlo enfermo, pues la enfermedad condiciona la variabilidad de la manifestación de voluntad, siendo que en 12 horas una persona puede variar en un 30% y en un mes un 70%, por diversos factores.

35. La voluntad del paciente está regulada en el Reglamento de Ley 29.414, articulo 16 con el reconocimiento del derecho de negarse a recibir o continuar un tratamiento siempre que conozca el plan terapéutico contra la enfermedad, lo que no implica el abandono de los cuidados, más bien, se disponen los programas de acompañamiento y cuidados paliativos según sea el caso.

36. Los Comités de Ética Clínica, permiten determinar el tratamiento médico, por ejemplo, cuando no hay suficientes máquinas para mayor demanda de enfermos, o cuando un determinado tratamiento generará mala calidad de vida del paciente, en cuyo caso, este o en su defecto, su familia tienen derecho a rechazarlo, que asimismo ninguna persona puede ser excluida, por ejemplo, por razón de su discapacidad. Por ello, consideran que lo resuelto en esta causa podría generar conflictos éticos entre el personal médico. Como la objeción de conciencia, las medidas para garantizar voluntades sin vicios. En nuestro país existe únicamente un Comité de Ética Clínica que funciona en el Hospital del Niño, dedicada a la resolución y atención de estos conflictos en pediatría, por lo que consideran que es preciso analizar la pretensión desde la perspectiva de los médicos quienes serían los ejecutantes.

37. El Código de Ética y Deontología del Colegio Médico del Perú en su artículo 72 indica:

"El médico no debe propiciar el encarnizamiento terapéutico. Ha de entenderse por tal, la adopción de medidas terapéuticas desproporcionadas a la naturaleza del caso. El médico debe propiciar el respeto a las directivas anticipadas del paciente en lo referente al cuidado de su vida. El médico no debe realizar acciones cuyo objetivo directo sea la muerte de la persona".

Con lo cual de la demanda va más allá de un reconocimiento de un derecho, enfrentando lo ético y lo jurídico.

38. Los Cuidados Paliativos se plantean como una forma de atención integral, holística de personas con enfermedades severas que limitan o acortan sus vidas, que busca tener impacto sobre la calidad de vida y el alivio del sufrimiento, y que reconocen a la muerte como un proceso natural. Además son: "(...) fundamentales para mejorar la calidad de vida y el bienestar de las personas, aumentar su alivio y reforzar su dignidad humana(...)".

Los CP comprenden los siguientes aspectos:

- Políticas apropiadas

- Disponibilidad y acceso a medicamentos esenciales para dolor y CP.

- Educación para profesionales de salud y público en general.

- Implementación de CP en todos los niveles de atención.

39. El 2018, la Ley 30.846, Ley que creó el Plan Nacional de Cuidados Paliativos para Enfermedades Oncológicas y No oncológicas, cuya implementación permitirá brindar los cuidados paliativos a las personas que experimentan dolor y sufren como consecuencia de enfermedades crónicas en fase terminal, mediante la atención de sus necesidades físicas, psicológicas, espirituales y sociales, con apoyo a su familia.

La OMS declaró el 2014 los Cuidados Paliativos como un derecho humano, lo que hace vinculante el desarrollo de esta forma de atención al Estado Peruano, de esta manera se estaría reconociendo la necesidad de un sector de la población que actualmente tiene dolor, y sufrimiento intenso, a que se le brinden los cuidados médicos adecuados y proporcionales a fin de tener una muerte digna. Sin embargo, el desarrollo de los CP en el país ha sido limitado, las instituciones que brindan CP están en su mayoría concentradas en la capital y corresponden a una IPRESS del tercer nivel de atención.

Inicialmente era brindado a pacientes oncológicos, pero después se reconoce la necesidad de extender a otras enfermedades.

40. Los CP, al tratar asuntos del final de la vida, donde se toman decisiones difíciles, toman parte importante en la discusión sobre morir con dignidad. Su normativa tiene un referente ético normativo que lo sustenta respetando los Principios bioéticos que los rigen, y los Derechos de los pacientes, curadores o tutores y las familias respectivamente.

Los beneficios de los CP, entre otros son; la menor necesidad de ingresos a Unidades de Cuidados Intensivos de pacientes en la etapa final de la enfermedad, permitiendo la compañía familiar y; el menor uso de tratamientos complejos y de alto costo, que lo que hacen es prolongar agonías y sufrimiento.

41. La muerte digna no es sinónimo de eutanasia, sino que es mucho más congruente con la atención paliativa, lo que podría ayudar a desistir de una pro-

bable decisión por la eutanasia; esto con atención a que la voluntad por adelantar la muerte puede estar condicionada. La voluntad de Eutanasia en un paciente con enfermedad en fase terminal es variable constantemente por factores psicológicos, ambientales, familiares, lo cual, con su ejecución apresurada, causa un daño irreparable.

Amicus Curiae PUCP

42. La Clínica Jurídica en Derecho Penal de la Pontificia Universidad Católica del Perú, ha sido presentada también por la propia demandante como *Amicus Curiae*, con un informe en favor de la beneficiaria. Para ello expone que la libertad del individuo frente a los abusos del poder es una preocupación vigente, en el contexto del Estado Social y Democrático el Derecho Penal y forma parte central de esta actividad estatal, estando legitimado y limitado por el derecho del individuo. El Estado para llevar a cabo tales actividades de persecución penal tiene como límite al que debe atenerse el legislador penal se contiene en las disposiciones constitucionales.

43. La dignidad humana, conforme a la teoría kantiana prohíbe al Estado a instrumentalizar a las personas, y le obliga a tratarlas como fines, más no medios. La autodeterminación de la persona humana es así el límite principal. Esta debe ser entendida como la libertad y capacidad de las personas para tomar decisiones sobre sí mismas, lo que consecuentemente implica aceptar o rechazar determinadas situaciones o intervenciones que pueden incidir en sus derechos y libertades. Así se establece el consentimiento informado en el ámbito médico que consiste en una decisión previa de aceptar o someterse a un acto médico en sentido amplio, obtenida de manera libre (sin amenazas, coerción, inducción o alicientes impropios), manifestada con posterioridad al acceso y obtención de información adecuada, completa, fidedigna, comprensible y accesible. El consentimiento genera la exclusión de la responsabilidad penal, no especifica si ello se debe a una exclusión de tipicidad o antijuridicidad. Estos conceptos son propios de la teoría del delito. Por un lado, una conducta es típica cuando en ella se presentan todos los elementos del tipo penal, (objetivos y subjetivos). Por otro lado, la antijuridicidad consiste en la contradicción que existe entre la conducta típica y el ordenamiento jurídico, en específico, el mandato normativo. En esa línea, los vicios de voluntad (error, engaño y fuerza) serían irrelevantes para el acuerdo, pero no para el consentimiento, pues este último, como consecuencia de estos vicios, devendría en ineficaz.

Para la validez del consentimiento informado es preciso por ello el carácter previo, que sea libre, sin coacción y sea de carácter pleno e informado.

44. Sobre la disponibilidad del bien jurídico: vida, sostiene que, existe una tesis que sostiene que el Estado debe proteger la vida, aún en contra de la voluntad de su titular, de acuerdo con esta tesis, prevalece la voluntad del Estado, que el derecho a la vida no implicaría un derecho a morir.

45. Sostiene que uno de los hitos de la tesis de la autodeterminación y disposición del bien jurídico: vida, se da en la Sentencia española 120/1990, de fecha 27 de junio de 1990, que se pronuncia sobre el caso de la huelga de hambre en el Centro Penitenciario Soria de Madrid. Esta huelga puso en tela de juicio la intervención paternalista del Estado español para proteger a sus ciudadanos, al alimentar forzosamente a los participantes de la huelga, desconociendo la libertad de decidir que estos tienen sobre su propia vida y muerte.

46. El presunto bien jurídico protegido en el artículo 112 del código penal, debe ser analizando a partir de lo que el Tribunal Constitucional, considera como que, el bien jurídico constituye un mecanismo de limitación, así como un mecanismo de legitimación de la intervención penal. Respecto a la limitación, el bien jurídico exige que la ley penal solo describa conductas merecedoras de pena, sea porque lesionan un bien jurídico o lo ponen en peligro.

47. Para explicar el delito de homicidio piadoso expone que debe hacerse un primer acercamiento: vida, por pertenecer, sistemáticamente el delito de homicidio piadoso, al capítulo de delitos contra la vida. Un segundo acercamiento: la concepción sacrosanta de vida, lo que explica la forma de protección de la legislación penal actual. De ello concluyen que, es una intromisión ilegítima a la esfera de autonomía de la víctima consideran que la vida desprovista de autonomía no puede ser objeto de protección del derecho penal. Por el contrario, la autonomía es un presupuesto para la vida concebida como aquella que implica la dignidad de principio a fin. En ese sentido, resulta errónea la aproximación del Código Penal cuando pretende proteger a la vida como una entidad biológica, sin tomar en consideración la dignidad y la autonomía de la persona. Por ello señalan que el artículo 112 del c.p. es incompatible con un Estado Constitucional de derecho. La vida es un bien jurídico inherentemente ligado a la dignidad y la voluntad. No es solo un sustrato biológico. Desde una dimensión meramente biológica, al momento de prohibir y sancionar el delito de homicidio piadoso en el artículo 112° del Código Penal contraviene el contenido que debe tener todo bien jurídico para justificar la intervención del Derecho Penal en un Estado Constitucional de Derecho, basado en la autonomía y la libertad de la persona.

48. La protección que debe tener el bien jurídico penal "vida" trasciende del sentido meramente biológico de esta y abarca un fundamento ius-filosófico inescindible de la dignidad y la autonomía de la voluntad. La aplicación del artículo 112° del Código Penal, por tanto, antes que proteger el derecho a la vida (digna), la desprotege, si la entendemos bajo estos términos. De lo anterior se sigue que es perfectamente compatible con los fundamentos del Derecho Penal democrático que ampara la Constitución Política del Perú, la inaplicación del delito de homicidio por piedad en el caso de la Sra. Ana Estrada Ugarte, a efectos de proteger los derechos fundamentales que dicha ley estaría lesionando y amenazando.

Apoyos y salvaguardias y declaración de penúltima voluntad.

49. Con fecha 18 de diciembre de 2020, doña Ana Estrada Ugarte ha otorgado Escritura Pública designando apoyos y salvaguardias, adicionalmente en el mismo documento ha expresado su voluntad de rechazar tratamientos que prolonguen su vida de manera que ella considera injustificada, así como tratamientos, operaciones invasivas que no garanticen un tratamiento efectivo y finalmente, en caso de que se apruebe su pretensión de otorgársele el derecho a la muerte digna o se legalice está otorga facultades a sus apoyos a efecto de que realicen los trámites necesarios para efectivizar y dar cumplimiento a su voluntad. El documento ha sido adjuntado a un escrito presentado ante esta judicatura.

Con lo que la causa está en situación de sentenciarse.

II. Análisis.

Excepción de falta de legitimidad para obrar de la demandada.

50. El Procurador de del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos deduce excepción de falta de legitimidad para obrar de la demandada, expresando que, de las pretensiones de la demanda, no se observa que el Ministerio de Justicia deba realizar un acto de ejecución o pueda afectarlo, que tampoco ha afectado alguno de los derechos de la demandante y no ha tenido intervención alguna en la etapa previa al proceso judicial. El MINJUS no necesariamente debe ser emplazado en los procesos donde se haga control difuso de las normas. El control difuso no es un petitorio en sí mismo, sino una institución que debe surgir en el debate del caso concreto. Es distinto el caso de los procesos constitucionales de control normativo, donde el único debate es la constitucionalidad de las leyes en abstracto, como la de Acción Popular.

51. En relación a la excepción de falta de legitimidad para obrar de la emplazada; se tiene que, esta judicatura admitió la demanda, aceptando el emplazamiento de este Ministerio, en tanto se solicita, la inaplicación de normas del Código Penal, argumentando afectaciones a los derechos constitucionales invocados.

Debe tenerse presente que, el artículo 4° de la Ley 29.809, Ley de Organización y funciones del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, establece, en su artículo 4° el Ámbito de competencia, precisando en el inciso:

F) Defensa, coherencia y perfeccionamiento del ordenamiento jurídico.

Por lo que, debe entenderse que es competencia de este Ministerio, pronunciarse sobre el cuestionamiento a las normas de todo el ordenamiento jurídico y, muy en especial de normas relacionadas a su sector, como es el Código Penal, razón por la que debe desestimarse la excepción deducida, puesto que la Ley, de manera expresa, responsabiliza a este sector, la defensa del ordenamiento jurídico.

Otras cuestiones de procedencia.

Principios de Separación de poderes y Corrección funcional.

52. Las demandadas, sin proponer una excepción formal, han señalado, de manera genérica que, las pretensiones propuestas por la parte demandante implicarían una afectación a los principios de Separación de Poderes y Corrección Funcional, en tanto, no solo se propone la inaplicación para el caso concreto, de un artículo del Código Penal, sino la generación de una norma que establezca el derecho a la denominada muerte digna que, es la pretensión principal de la demandante y en tanto, no solo no está regulado ni permitido, en la legislación peruana, siendo que, por el contrario, está penado en el código penal y que, asimismo, son parte de sus pretensiones; la generación de protocolos para que se hagan efectivas sus propias pretensiones, incluyendo para futuros casos similares, lo que excede a la facultad de interpretación del Juez Constitucional.

53. Analizadas las pretensiones, sin perjuicio del orden propuesto por la demandante, para efectos del análisis de su procedibilidad, vamos a agruparlas de la siguiente forma:

A. Declaración judicial de la existencia del derecho a la muerte digna.

B. Inaplicación de norma penal; Art. 112 del Código Penal a fin de que pueda ser asistida, en tanto no le es posible hacerlo por sí misma.

C. Establecimiento de un mecanismo y criterios de aplicabilidad del derecho a la muerte digna.

D. Establecimiento de protocolos para viabilizar la ejecución del derecho invocado, por parte dos instituciones del Estado.

E. Establecimiento de protocolos para casos similares.

De las pretensiones enunciadas, se tiene que; existe cuestionamiento respecto del enunciado A, en tanto, no existe formal y expresamente este enunciado normativo, siendo que la demandante, sostiene que es posible determinarlo vía interpretación de los derechos fundamentales invocados, de modo que, antes que prohibirlo y sancionarlo, el Estado está en la obligación de cumplirlo, viabilizarlo y establecerlo formalmente, sobre lo que las demandadas sostienen que, el Juez Constitucional no debería hacerlo, pues ello es una función del legislador.

Respecto del punto B, inaplicación del artículo 112 del Código Penal, el cuestionamiento procesal señala que es, igualmente, la derogatoria de normas es función legislativa.

En cuanto a los puntos C y D, establecimiento de mecanismos, criterios de aplicabilidad y protocolos de ejecución, son también función ajena a la función jurisdiccional, pues tanto la función legislativa, de dictado de políticas generales, como reglamentarias, no corresponden a la labor jurisdiccional

En cuanto al punto E, del mismo modo, consideran que además de ser ajena a la labor jurisdiccional, se pretende una norma de alcance general y no de aplicación al caso concreto.

54. Previo a un pronunciamiento sobre la procedencia de cada uno de estos puntos es menester hacer un análisis interpretativo y doctrinal de la materia a fin de determinar si, en efecto, se afectarían estos principios constitucionales de Separación de poderes y Corrección funcional.

Nuevos derechos y derechos innominados.

55. El Tribunal Constitucional, en varias oportunidades se ha pronunciado sobre la existencia de derechos innominados, derechos nuevos o derechos derivados de aquellos expresamente establecidos en la tabla del articulado de la Constitución. Pondremos uno, solo por ser ilustrativo y no reciente: (EXP. N° 2488-2002-HC/TC).

"13. Así, el derecho a la verdad, aunque no tiene un reconocimiento expreso en nuestro texto constitucional, es un derecho plenamente protegido, derivado en primer lugar de la obligación estatal de proteger los derechos fundamentales y de la tutela jurisdiccional. Sin embargo, el Tribunal Constitucional considera que, en una medida razonablemente posible y en casos especiales y novísimos, deben desarrollarse los derechos constitucionales implícitos, permitiendo así una mejor garantía y respeto a los derechos del hombre, pues ello contribuirá a fortalecer la democracia y el Estado, tal como lo ordena la Constitución vigente.

14. El Tribunal Constitucional considera que, si bien detrás del derecho a la verdad se encuentra comprometidos otros derechos fundamentales, como la vida, la libertad o la seguridad personal, entre otros, este tiene una configuración autónoma, una textura propia, que la distingue de los otros derechos fundamentales a los cuales se encuentra vinculado, debido tanto al objeto protegido, como al *telos* que con su reconocimiento se persigue alcanzar.

15. Sin perjuicio del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la verdad, este también ostenta rango constitucional, pues es una expresión concreta de los principios constitucionales de la dignidad humana, del Estado democrático y social de derecho y de la forma republicana de gobierno."

56. En nuestro caso, la demandante invoca la existencia de un derecho fundamental a la muerte digna, sobre cuya fundabilidad o no, nos pronunciaremos más adelante, pero que en esta parte, solo señalaremos que, los fundamentos arriba citados, son parte de una Sentencia del Tribunal Constitucional en un Proceso de Habeas Corpus; vale decir que, se hace en un proceso de garantías constitucionales que se inicia en un Juzgado de primera instancia o especializado, lo que implica que, desde este nivel, era perfectamente posible su construcción argumental y dogmática para pronunciarse sobre la existencia de un derecho, sea este un derecho fundamental o de menor nivel; nótese que, según la propia sentencia, la pretensión fue declarada fundada en la primera instancia. Así, aun cuando no existe en nuestra legislación positiva un enunciado normativo que declare el derecho a la muerte digna, procesalmente es posible hacerse desde la interpretación de los derechos fundamentales. Será materia de un análisis más exhaustivo, en adelante, su formulación o negación, siendo que, en esta parte, queremos solo fundamentar la procedencia, de manera general.

57. La demandante ha invocado, como fundamentos que; la prohibición penal, no le permitiría ejercer, los derechos a una muerte en condiciones dignas, su derecho a la dignidad, a la vida digna, al libre desarrollo de la personalidad y una amenaza cierta al derecho a no sufrir tratos crueles e inhumanos. Sostiene para ello que, viene padeciendo de una enfermedad degenerativa, (polimiositis), incurable e irreversible, que determinará su muerte en tiempo prolongado, en cuyo transcurso se verá sometida a intervenciones y prácticas que le significarán gran sufrimiento, sin que exista la posibilidad de acabar con dicho sufrimiento por sí misma, como forma de ejercer su vo-

luntad, libertad y demás derechos invocados. Así; no existiendo en nuestra legislación una declaración o reconocimiento expreso de ese derecho, sostiene que debe considerarse el principio de *numerus apertus* de nuestro sistema de derechos fundamentales, establecido en el artículo 3° de la constitución Política vigente. En tal sentido, siendo una invocación de un derecho no expreso, es preciso analizar y determinar si en efecto, es atendible la argumentación de la demandante.

El control difuso.

58. El Tribunal Constitucional ha establecido normas para el control difuso, así por ejemplo en el EXP. N° 1680-2005-PA/TC, señala que:

"...el control judicial de constitucionalidad de las leyes es una competencia reconocida a todos los órganos jurisdiccionales para declarar la inaplicabilidad de la ley, con efectos particulares, cuando la ley aplicable para resolver una controversia. Se trata de un poder deber del juez, consustancial a la Constitución del Estado Constitucional. Es una auténtica norma jurídica, constituir la Ley Fundamental de la Sociedad y del Estado, un derecho directamente aplicable. Siguiendo al *Chief Justice* John Marshall al redactar la opinión de la Corte Suprema en el *Leading Case* Marbury v. Madison, resuelto en 1803, se le cita:

El poder de interpretar la ley (...), necesariamente implica el poder de determinar si una ley es conforme con la Constitución. En cualquier causa que involucre dos leyes en conflicto, el juez debe decidir cuál es la que debe regir. Así, si una ley está en oposición con la constitución, si la ley y la Constitución son ambas aplicables a un caso particular, de manera que la Corte deba decidir esa causa conforme a la ley, sin atender a la Constitución, o conforme a la Constitución, sin atender a la ley; la Corte debe determinar cuál de estas normas en conflicto rige en el caso. Esto es de la misma esencia de los deberes judiciales.

En tanto la ley es expresión de la voluntad general representada en el parlamento, su uso debe ser de última ratio. Así, las leyes deben sujetarse a la Constitución, pero también es el límite al ejercicio del control judicial, por lo que debe procurarse una interpretación, dentro de lo razonable y posible, conforme a la constitución".

59. De esta manera, en nuestro caso, no se trata de una derogación de la norma, que en efecto es facultad del legislativo, tampoco es una declaración de inconstitucionalidad en abstracto, puesto que la demandante invoca la afectación personal de sus derechos fundamentales, los mismos que serán analizados más adelante, pero que evidencian una relación relevante, en tanto su pretensión es que, en su momento, se le acuda mediante asistencia profesional, a que se dé cumplimiento de su voluntad, en cuyo caso, quien lo haga, sería pasible de ser sancionado, pues dicha acción encuadra en el tipo penal establecido en el artículo 112 del Código Penal, materia de la pretensión.

60. Solo puede hacerse dentro de un caso, puesto a la dirimencia del Juez, siempre que sea relevante para el caso, (Juicio de relevancia). No puede hacerse si no hay suficiente relación, ni por curiosidad académica del juez. En consecuencia, la declaración importa para el caso, tanto la pretensión principal como las accesorias, debiendo quedar acreditada la afectación de la ley a su derecho fundamental. En este punto, queda claro que, siendo un proceso de amparo, los efectos deben ser inter-partes, esto es que, podría afectar la última pretensión de la demandante, sobre lo que volveremos más adelante.

En efecto, debe hacerse un juicio de relevancia y de proporcionalidad respecto de los derechos que serían afectados, especialmente el derecho a la dignidad y de libre determinación.

61. No puede hacerse, respecto de normas cuya validez, el Tribunal Constitucional haya sido confirmada en control abstracto, o sobre los que se establezca una contravención con una norma convencional; sin perjuicio de que, en un caso concreto y distinto a los evaluados por el Tribunal, pudiera demostrarse la afectación, (Balancing). Al respecto, de una revisión de las resoluciones del Supremo intérprete, (Sobre Inconstitucionalidad) y de la Corte Suprema, (Sobre Acción Popular), en caso de alguna norma reglamentaria relacionada, no se ha encontrado pronunciamiento alguno, como tampoco ha sido invocado o señalado por la defensa.

Queda claro así que, la norma impugnada, no ha sido atacada de inconstitucionalidad, es una norma vigente y autoaplicativa, en tanto no se requiere reglamentación ni remisión alguna para su aplicación en un caso concreto.

Finalmente, debe señalarse que, más adelante deberá hacerse un análisis interpretativo de las posibles hipótesis fácticas de la aplicación de la norma, a fin de establecer en qué casos resultaría o no inaplicable o inconstitucional la norma legal y en su caso, determinar su inaplicación en algún extremo interpretativo.

62. Siendo el tema de fondo, la determinación de estos derechos invocados, por razones de orden procesal, vamos a dejar aún sin contestar esta pregunta o como hipotética la cuestión de que le asisten a la demandante los derechos invocados.

En efecto, la parte demandada, (los tres procuradores), han sostenido que, un derecho que no está consagrado en la Constitución, no es posible de ser declarada y menos ejercida en la vía del proceso de ampa-

ro, tampoco en otras vías de la jurisdicción constitucional, debiendo dejarse, (invocarse o esperarse), esa facultad para el legislador. Uno de los Procuradores, ha sugerido más bien a la demandante, (siendo que la Defensoría tiene legitimidad para presentar proyectos de leyes), proponerlos ante el Congreso de la República, empero, con lo señalado en estas líneas, podemos sostener que procesalmente, es válido sostener que, el derecho, aun cuando no tenga un enunciado normativo en legislación positiva, reiteramos, es posible derivarlo de los derechos fundamentales, siempre que se cumplan con los requisitos y no se incurra en el exceso que el propio Tribunal Constitucional señala en tales casos. Es preciso además abundar en que existen otros fundamentos que nos obligan a un pronunciamiento sobre la materia puesta a este despacho, como el principio de inexcusabilidad, que implica que, cuando se observa, de manera evidente, la necesidad de resolver un conflicto o declarar el derecho de una persona, no es posible que el Juez deje de atender, bajo el fundamento de la inexistencia de un texto normativo en que pueda subsumirse el requerimiento.

El principio de inexcusabilidad.

63. En la Constitución peruana de 1979, se elevó al nivel constitucional un principio ya existente, aquel que determina el deber de fallar del juez aún ante la inexistencia de ley. La Constitución de 1993, igualmente dice: Artículo 139.- Principios de la Administración de Justicia Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 8. El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley.

64. Este principio, históricamente nace del derecho civil, entendiéndose la necesidad de resolver los conflictos entre privados, aun cuando no existiese una ley que resolviese el caso en concreto y considerando la variedad de las situaciones y el desarrollo de la sociedad que siempre es capaz de presentar nuevas situaciones. El principio tiene larga vida en el Perú. Ya estaba el Código Civil de 1936 (1) y, más antes en el de 1852, como heredero de la influencia del Código Napoleónico. Cierto es también que, desde sus orígenes, se generó la discusión sobre el papel del Juez, que necesariamente crea derecho, en este punto. En esta causa, se propone igualmente que, sería un exceso que el Juez Constitucional resuelva sin norma expresa del legislador, aun cuando hay normas generales y principios aplicables, en la Constitución y en otras leyes. Es la otra cara del derecho a la tutela jurisdiccional. Claro está que, aun siendo un derecho constitucional, no es aplicable a todo el derecho. Así, en el derecho penal, existe más bien, el principio de legalidad y taxatividad. Esto es que, en el derecho penal, no es posible condenar cuando hay un vacío o laguna en la ley. El acto no establecido positivamente como delito no es sancionable, aunque socialmente, política o moralmente sea reprochado. Se entiende en este punto, el cuestionamiento de los procuradores, posiblemente desde la perspectiva del derecho administrativo, especialmente desde el derecho administrativo sancionador, donde también, el principio de legalidad, resulta imperativo. De hecho, nuestro Tribunal Constitucional sustrajo una pasajera atribución de hacer control difuso a los órganos administrativos; pero al mismo tiempo, debe entenderse que la norma administrativa no es tal, si no está conforme a la Constitución

65. En el derecho constitucional y más exactamente en la jurisdicción constitucional, en caso se constate el derecho, por ejemplo, en los principios constitucionales, existe la obligación de fallar, de parte del Juez. Este elemento debe unirse a otros dos; la aplicabilidad de las normas constitucionales a los casos concretos, que se hace efectiva a partir del constitucionalismo de post guerra, corriente que considera que, las normas y principios constitucionales, no solo tienen carácter programático, sino de aplicación inmediata actual y real y, el control constitucional, sobre todos los actos del Estado, de modo tal que, no hay zonas exentas del control de constitucionalidad. Nos explicamos. El Tribunal Constitucional, en numerosas situaciones ha resuelto inaplicando una norma y ante la ausencia de norma expresa, conforme hemos glosado, al inicio de esta resolución, la genera, a partir de los principios constitucionales, a fin de establecer. A) La constitucionalidad de todos los actos de los órganos del Estado y b), resolver conforme al derecho y la Constitución estimando la demanda. Así, se tiene por ejemplo que; de acuerdo a la propia Constitución, las decisiones del Jurando Nacional de Elecciones no pueden ser materia de cuestionamiento en sede judicial, sin embargo, el Tribunal Constitucional, ha resuelto reiteradamente que, no puede escapar al control de constitucionalidad. Así, establece el precedente Exp. N. 0 5854-2005-PA/TC. Caso Lizana Puelles:

"5. La Constitución es, pues, norma jurídica y, como tal, vincula. De ahí que, con acierto, pueda hacerse referencia a ella aludiendo al "Derecho de la Constitución", esto es, al conjunto de valores, derechos y principios que, por pertenecer a ella, limitan y delimitan jurídicamente los actos de los poderes públicos.

6. Bajo tal perspectiva, la supremacía normativa de la Constitución de 1993 se encuentra recogida en sus dos vertientes: tanto aquella objetiva, conforme a la cual la Constitución preside el ordenamiento jurídico (artículo 51°), como aquella subjetiva, en cuyo mérito ningún acto de los poderes públicos (artículo 45°) o de la colectividad en general (artículo 38°) puede vulnerarla válidamente."

(...)

Parte resolutiva: (Precedente).

"2. De acuerdo con los artículos 201° de la Constitución y 1° de la LOTC, este Tribunal, en su calidad de supremo intérprete de la Constitución, según ha quedado dicho en el Fundamento 35, supra, establece que toda interpretación de los artículos 142° y 181° de la Constitución que realice un poder público en el sentido de considerar que una resolución del JNE que afecta derechos fundamentales, se encuentra exenta de control constitucional a través del proceso constitucional de amparo, es una interpretación inconstitucional. Consecuentemente, cada vez que el JNE emita una resolución que vulnere los derechos fundamentales, la demanda de amparo planteada en su contra resultará plenamente procedente."

Reiterando así, se tiene que, desde el derecho civil, se ha entendido tradicionalmente, como una garantía de acceso a la justicia al ciudadano, por parte del Juez. Aun en pleno auge de las corrientes positivistas, se tenía esta institución como una prohibición para el juez, de no dejar de solucionar un conflicto de intereses o de declarar un derecho, a falta de norma expresa o como excepción para la integración con el principio de equidad. Recuérdese que el Código Civil ha tenido tradicionalmente, normas de aplicación de ciudadanía o derechos civiles que se han constitucionalizado con el tiempo.

66. La jurisdicción no puede dejar de ejercer su función de declarar el derecho entre las partes mediante la emisión de una resolución, considerándose la jurisdicción como una potestad, tanto del constituyente como del legislador. En su evolución al derecho constitucional, se convierte auténticamente en una cláusula de autorización a crear derecho para el caso concreto (2).

67. Tenemos presente que, en la base del Estado Legislativo, se ubica la supremacía de la ley, al ser el producto de la voluntad del soberano. Sin embargo, paradójicamente, si el sistema legal determinase que en caso de laguna, u oscuridad, el Juez tuviera que elevar consulta al legislador, (Pedir norma), nos encontraríamos en una situación en la que el legislador tuviera que emitir la norma en relación al caso en concreto, aunque su eficacia fuese con efectos generales, que además, la norma se tendría que aplicar con efecto retroactivo, cuestiones que, contrariamente al fin propuesto, implicaría la invasión del legislativo en las funciones de la jurisdicción. Surge así, el principio de completitud del sistema constitucional, según el cual, el juez constitucional debe resolver con base a los principios generales, por lo que se considera, como consecuencia que: "No hay vacíos legales, porque hay jueces".

68. Hans Kelsen, formalmente niega la existencia de las lagunas o de su teoría. Cuestiona la idea de que, partiendo del principio de que; aquello que no está prohibido, está permitido dice más bien que la completitud de la ley, debe entenderse, considerando que, los principios del derecho, son también derecho.

"Esta teoría es errada, puesto que reposa en la ignorancia del hecho de que cuando el orden jurídico no estatuye ninguna obligación a cargo de un individuo, su comportamiento está permitido. La aplicación del orden jurídico válido no es lógicamente imposible en el caso en que la teoría tradicional supone una laguna. Puesto que, si bien en el caso de que no sea posible la aplicación de una norma jurídica aislada, es posible en cambio la aplicación del orden jurídico, y ello también constituye aplicación de derecho. La aplicación del derecho no está lógicamente excluida De hecho no se recurre de ninguna manera en todos los casos en que la obligación del demandado o acusado, afirmada por el demandante o acusador, no se encuentra estatuida por ninguna norma del derecho válido, a suponer la existencia de una "laguna" (3).

69. Sea cual fuese la teoría que podamos asumir, en nuestro sistema constitucional, el alcance del principio de inexcusabilidad, siendo una norma de excepción, ha determinado al juez, el deber de cumplir con la función jurisdiccional, de pronunciarse, de fundamentar sus resoluciones y con ello de crear la norma para el caso concreto.

70. El paso del Estado Legislativo al Estado Constitucional, supone básicamente, la centralidad de la norma constitucional y con ello la labor interpretativa del Juez. Es el paso de identificar la ley con el derecho y el ejercicio de la subsunción, para pasar a la declaración del derecho objetivo, a la luz de los principios procesales y sustanciales contenidos en la Constitución, especialmente en los derechos fundamentales.

Habiendo señalado que, el deber de no dejar de administrar justicia es un principio, de acuerdo al texto de nuestra Constitución, (1993), debe considerarse que no se trata solo de un texto legal con sentido de leguaje cotidiano. Consideremos así que, jurídica y filosóficamente; principio es un concepto amplio, pero que, para nuestros fines, lo consideraremos como la base de ideales, fundamentos y reglas generalmente aceptadas y aplicables y, punto de partida para el desarrollo de la teoría. Entonces, el deber de no dejar de administrar justicia o principio de inexcusabilidad del Juez, lo reconoceremos como fundamento para elevar su importancia. En palabras de Robert Alexy, como "mandatos de optimización", del sistema judicial, pues si un caso o una persona, necesita de una declaración de sus derechos, será preciso que el Juez se pronuncie; señalando sus fundamentos, (Interpretación), en tanto no solo es una subsunción y, subsecuentemente de la construcción del enunciado normativo. Si tenemos en cuenta que una de las características del Estado, (Inclusive un Estado primitivo),

es la de administrar justicia, que la administración de justicia es previa a la norma positiva y que la construcción de los principios es propia del desarrollo jurídico, debemos entender que, en el Estado Constitucional, el principio de no dejar de administrar justicia es un mandato de optimización. Así, siguiendo a este jurista diremos que, para la aplicación de la teoría general de los principios, resulta útil otro principio, el principio de proporcionalidad, sobre el que más adelante, en la aplicación del caso en concreto de la pretensión, volveremos; pero que en esta parte lo enunciamos, para decir que, el principio de inexcusabilidad es tal, en tanto que a él se unen consecuencias jurídicas y fácticas como, el acceso a la tutela judicial, (la otra cara de este principio), y otros como, el monopolio del Estado en la administración de justicia, la propia separación de poderes que se cuestiona y nos ocupa, pues, reiteramos, esperar que el legislativo legisle para el caso concreto, implicaría precisamente la afectación del principio de separación de poderes, aun cuando a futuro, la norma tenga efectos generales. En conclusión, el principio de inexcusabilidad y el de supremacía de la Constitución, son principios de optimización de los citados principios de separación de poderes y corrección funcional, del Estado democrático constitucional y que, para su aplicación, el Juez debe hacer un esfuerzo en el mismo sentido de la teoría desarrollada por Alexy, en tanto lo contrario sería, no otorgar tutela jurídica.

71. La ausencia de norma no es un hecho general y cotidiano. Es una excepción en los estados modernos. Solo para determinar la procedencia de las pretensiones, empero, hemos partido del enunciado de que a la demandante le asistirían los derechos invocados y como tal debiera ser inaplicada la sanción a su caso en concreto y sobre lo que más adelante nos pronunciaremos.

En la práctica jurídica constitucional de hacer el control difuso nos encontramos con varias situaciones, entre ellas las más usuales son, a) Inaplicar una norma al considerarla inconstitucional, dejando el hecho, por ejemplo; sin sanción; b)Inaplicar una norma inconstitucional para dar lugar a la aplicación de la norma establecida en la propia constitución, como en los casos de igualdad de derechos y no discriminación, c) Inaplicar la norma para aplicar otra norma que se considere constitucional, esto es, cuando el hecho o situación fáctica tiene una cobertura de dos normas o existen norma supletorias; entre otros casos; d) En el presente caso, empero, se nos solicita la inaplicación de la norma penal, (artículo 112 del Código Penal), con lo que, de por sí, ya se estaría estimando la pretensión principal, pero que dadas las características del caso en concreto, en el que, no se solicita que cualquier persona sea la que la acuda, sino que sea el Estado quien lo haga, en ejercicio de sus funciones para dar cumplimiento a su derecho, es preciso, 1) Distinguir los diversos supuestos que tiene la norma legal, 2) establecer los criterios y protocolos de su determinación en modo y tiempo, que son parte las pretensiones subordinadas y 3) los criterios y protocolos de su ejecución una vez determinado el modo y tiempo u oportunidad. Así, en punto 1) ha sido materia de oposición por los procuradores en menor medida que las pretensiones subordinadas. Esto es que, la inaplicación de la prohibición penal como tal, no es el tema central de las contestaciones de demanda, sino la actividad de creación de norma que se pretende y sin cuya determinación, podría hacer que la sentencia resulte inocua, inejecutable e intrascendente en su propio caso.

72. Es decir que, no basta con que se prescinda de la sanción penal, sino que sería preciso, en este caso que, el Estado, por intermedio de sus instituciones médicas, cumpla con los derechos invocados; es decir que se determine cómo, cuándo y bajo qué criterios es que podrá obrar quien realice el acto. Vale decir que, de acuerdo a la experiencia internacional, no es que una vez levantada la sanción penal; cualquier persona y, de cualquier modo, puede acudir a la petición de muerte digna de la persona que lo solicite. Esta es la parte que mayores cuestionamientos ha generado el caso y es la que a criterio de la parte demandada, constituye el elemento que podría afectar los principios de separación de poderes y corrección funcional.

73. Distinto habría sido el caso, de un Amparo en el cual, un médico hubiera asistido en la muerte a solicitud de la persona sufriente y que, al ser pasible de sanción penal, invocase los derechos de muerte digna de la fallecida, (con la correspondiente prueba de ello), para que se inaplique a su caso. De estimarse una demanda de ese tipo, no sería preciso establecer criterios, mecanismos ni protocolos para la funcionalidad de este “derecho” a la muerte digna.

Así, si el solo hecho de legalizar el suicidio asistido, (lo que podría hacerse con una norma legislativa), es de por sí un espacio de debate para cuestionar si puede ser dispuesto por el Juez Constitucional, es más debatible y cuestionable el establecer la funcionalidad de la pretensión.

Más aún, una parte de las pretensiones de la demanda es que el protocolo se establezca para la aplicación en casos similares. Esto es que se establezca una norma general y no para el caso concreto.

74. Sobre la fundabilidad y procedencia de cada una de las pretensiones volveremos más adelante. En esta parte, aunque de forma extensa, solo nos hemos ocupado de la procedencia de la demanda en la vía del amparo, lo que implica la posibilidad de estimar el derecho de la demandante en la vía del amparo y la presunta afectación de los principios de separación de poderes y corrección funcional. Ello poniendo

como premisa, aun sin debate, de la fundabilidad de cuando menos la pretensión principal.

75. Es preciso, sin embargo, añadir, ya a modo de conclusión primaria que la labor de interpretación, del juez no puede desvirtuar las funciones y competencias que el Constituyente ha asignado a cada uno de los órganos constitucionales, conforme señala el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia. Así, esta judicatura, al realizar su labor de interpretación, cuidará de no desvirtuar las funciones y competencias a fin de que, el equilibrio de poderes inherente al Estado Constitucional y Democrático, se encuentre garantizado.

76. El principio de corrección funcional, o de conformidad funcional; limita las competencias y facultades otorgadas por el esquema constitucional a las instituciones políticas que reconoce. La Constitución de 1993, ha establecido así, el rol del Ejecutivo, como el ejecutor de las políticas de gobierno, el legislativo, como el órgano de fiscalización y formación de leyes y el Poder Judicial, para la administración de justicia con las normas que el legislativo emite. Sin embargo, la estructura del Estado moderno no es tan simple. Existen órganos constitucionales autónomos con diversas funciones, como el Tribunal constitucional que, por definición es un legislador negativo, cuando declara la inconstitucionalidad de una norma especialmente, pero también cuando inaplica una norma legal para un caso en concreto, sin perjuicio de las funciones de innovación del sistema jurídico vía interpretación, como ocurre en las sentencias manipulativas o aditivas. Esta facultad de órgano constitucional de legislador negativo excepcional, se extiende al Poder Judicial, (cada uno de los Jueces), cuando se establece el control difuso y de inconstitucionalidad de normas reglamentarias; en cuyo caso, deberá además determinar la consecuencia jurídica. En el caso de los procesos constitucionales, esta facultad se intensifica, pues la inaplicación del caso en concreto puede implicar efectos para la doctrina y casuística en general, aun cuando no se le reconozca a cada Juez la facultad de establecer jurisprudencia vinculante, a lo que se llama efecto de irradiación, en una de sus acepciones.

77. Esta facultad de inaplicar normas legales, en efecto, puede llevar a la denominada hiperactividad de los jueces o activismo judicial. Esta judicatura pretende no caer en esa crítica, menos hacer esa práctica. Consideramos que, en principio, se cae en esa práctica cuando el Juez desarrolla interpretaciones forzadas de la norma constitucional para no cumplir, o no acatar las leyes que dicta el legislativo; tal vez porque no las comparte, porque su moral o su ideología particular lo inclinan a una contradicción con las leyes vigentes o una norma concreta dictada por el legislador en uso de sus funciones.

78. No es activismo en cambio cuando; el debate o cuestionamiento de la norma legal se hace para el estricto cumplimiento de la Constitución, cuando la inaplicación y subsecuente generación de un enunciado normativo para el caso, se hace por estricta necesidad del cumplimiento de la propia sentencia, cuando el conflicto de intereses o la declaración judicial hace ineludible un pronunciamiento del juez en ausencia de norma o cuando al inaplicar una norma legal, por algún extremo de su interpretación, debe establecerse un procedimiento, protocolo o criterios de su cumplimiento. Esta judicatura, considera así, a modo de ejemplo el siguiente caso.

Caso perros guía. Inaplicación, enunciado normativo y protocolos de cumplimiento.

79. El Tribunal Constitucional, en el Exp N 02437 2013-PA/TC, ante una demanda de personas con discapacidad visual a quienes no se les permitía el ingreso con sus perros guía; dispuso inaplicar el artículo 88° de la Ley N° 26.842, de la Ley General de Salud y el artículo 8° del Decreto Supremo N° 022-2001-SA, Reglamento Sanitario para las Actividades de Saneamiento Ambiental en Viviendas y Establecimientos Comerciales, Industriales y de Servicios, "...para permitir que los demandantes con discapacidad visual ingresen en sus instalaciones acompañados de sus perros guía, garantizando su permanencia en tales locales de manera ilimitada, constante y sin trabas", lo que significaba el efectivo ejercicio de su derecho en uso de la Ley N° 29.830 y de derechos fundamentales a la igualdad y no discriminación, ejercicio de su capacidad, entre otros. El TC así, consideró que la intervención que se hacía al derecho de las personas con discapacidad, en uso de normas sanitarias, era excesiva y desproporcionada, por lo que dispone la inaplicación de las citadas normas sanitarias, permitiendo que los demandantes, ingresen sin esa limitación. Para su ejecución, el Juez dispone el cúmplase en el plazo de ley. La demandada, en respuesta solicita que los demandantes, cuando quieran hacer uso de su derecho lo hagan, con su debida identificación, para anunciarse al ingresar a la tienda, a efectos de la ejecución. El suscrito en calidad de Juez de la ejecución,(2° Juzgado Constitucional de Lima), consideró que, el hecho de tener que identificarse, o portar consigo una copia de la sentencia o cualquier otro formalismo implicaba una limitación en sí misma y siendo que en la sentencia establecía que se ejerciese el derecho, de manera ilimitada, constante y sin trabas. Era preciso establecer un protocolo de cumplimiento de la decisión del Supremo Intérprete; por lo que se dispuso: 1) La demandada debía instalar en todos sus locales un anuncio por cartel, donde se señale la permisión de ingreso de las personas invidentes con perros guía, (para conocimiento del personal nuevo y del público), 2) la socialización y concienciación a todo el personal de lo dispuesto en la sentencia; 3) lo

que se debía acreditar con un informe documentado. El abogado consideró que el Juez estaba legislando e impugnó la resolución, pero la cumplió y está vigente, al punto que se ha convertido en una buena práctica que otras empresas han imitado, sin sentencia ni norma adicional.

80. En el citado caso, el Tribunal inaplica una norma por afectar derechos fundamentales, (Igualdad y otros), no precisamente por ser una norma inconstitucional y dispone la aplicabilidad, sin límites, de una ley existente; sin embargo, la idea de cumplimiento de la demandada, era generar una nueva traba, (que los dos demandantes se identifiquen con sus DNI cada vez que pretendan ingresar), mecanismo que incumplía el mandato de no limitación, pues no se le exige a ningún otro cliente una identificación previa; por lo que la forma más adecuada de cumplimiento resultó ser la apertura general para toda persona con las mismas condiciones. Restringir el cumplimiento a los demandantes debidamente identificados, habría implicado, además de permitir la afectación del derecho de otras personas con discapacidad visual, una nueva forma de afectación discriminatoria. Así; no puede decirse que el juez legisló, pues la legislación ya existía en la Ley 29830, pero su cumplimiento a partir del caso en concreto, hizo necesario un protocolo en tres pasos; 1, carteles, 2 socialización de la sentencia entre trabajadores y 3, informe, para su cumplimiento de manera ilimitada, constante y sin trabas, como era el mandato del Tribunal.

81. Nuestra Constitución en su artículo 1° de los Derechos fundamentales de la persona, y del título I. De la persona y de la sociedad, de la Constitución del Perú de 1993, señala que: "la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado". La demandante ha invocado, en principio estos derechos fundamentales y este artículo constitucional. Se considera que ello es fundamental para determinar la estructura del Estado y su modelo económico, social y sus principios axiológicos. Bajo la lectura de este artículo, debemos tener presente el desarrollo del derecho constitucional que, se inicia con la idea que el Estado debe abstenerse, para respetar el desarrollo de la autonomía de la persona humana que cuenta con capacidades y potencialidades; pero que al agregarse el concepto de dignidad, pasamos a reconocer la libertad en su estatus positivo por el que se entiende que las personas tienen las mismas capacidades y posibilidades para realizarse y el Estado debe promocionar y hacer cumplir estos derechos. La dignidad como tal, importa el aspecto corporal y racional; siendo que lo racional implica elementos como su sociabilidad, responsabilidad y trascendencia.

La dignidad es, de otro lado, una suerte de principio de principios o base de otros derechos, pues sobre esta se construyen otros derechos fundamentales, tanto frente al Estado, como entre los particulares.

82. En el caso que nos ocupa, la demandante fundamenta su derecho a morir en condiciones dignas, con lo que sustenta la primera parte de sus pretensiones, esto es, el reconocimiento mismo a concluir su proceso vital, es decir su vida, pero que, hasta en ese punto, se respete lo que ella considera una condición digna. Considerando además que, en su caso, no podrá ejecutar por sí misma su voluntad, pues se encuentra en una situación de dependencia; plantea dos pretensiones, a) Que se inaplique la sanción penal personal a quien contribuya o haga cumplir esa su voluntad, lo que implica el respeto del Estado por su libertad y que el acto sea legal, y b) Sea el Estado quien haga cumplir, mediante sus órganos ejecutivos o administrativos, (Entre los que deberá encontrarse la o las personas que materialicen esa voluntad); lo que implica la actividad positiva del Estado para hacer efectivo el derecho reclamado por la demandante.

83. La dignidad humana, como derecho fundamental se ha desarrollado en el constitucionalismo, como un elemento muy gravitante después de la segunda guerra mundial y frente al totalitarismo que disminuye la voluntad del ser humano. Reconociendo que los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y en derechos, dotados como están de razón y de conciencia. El propio derecho constitucional, hace al texto constitucional norma de aplicación inmediata. Un fundamento para la aplicación sobre las leyes y de sujeción de estas al derecho fundamental.

Norma autoaplicativa.

84. De conformidad con el artículo 3° del Código Procesal Constitucional, es procedente el Proceso de Amparo contra actos basados en normas, cuando se invoque la amenaza o violación que tiene como sustento la aplicación de normas. Es preciso concordar esta norma con lo establecido en el artículo 200° de la Constitución. El Tribunal Constitucional ha desarrollado al respecto, la distinción teórica entre normas hetero aplicativas y normas autoaplicativas u operativas; EXP. N.° 01893-2009-PA/TC.

"3. Que las normas heteroaplicativas, también denominadas de efectos mediatos, pueden ser definidas como aquellas normas que, luego de su entrada en vigencia, requieren indefectiblemente de un acto de ejecución posterior para poder ser efectivas. Es decir, que la eficacia de este tipo de normas está condicionada a la realización de actos posteriores y concretos de aplicación. Por ende, la posible afectación del derecho no se presenta con la sola entrada en vigencia de la norma, sino que necesariamente requiere de un acto concreto de aplicación para que proceda el amparo a fin de evaluar su constitucionalidad.

En sentido contrario, las normas autoaplicativas pueden ser definidas como aquellas que llevan incorporadas en sí mismas un acto de ejecución, de modo tal que la posible afectación al derecho se produce con la sola entrada en vigencia de la norma, pues esta produce efectos jurídicos inmediatos en la esfera jurídica de los sujetos de derechos. Es decir, que este tipo de normas con su sola entrada en vigencia crean situaciones jurídicas concretas, no siendo necesario actos posteriores y concretos de aplicación para que genere efectos".

Así, es ya pacífico sostener que, las normas del Código Penal son operativas o autoaplicativas, en tanto, no requiere Reglamento o acto administrativo previo, que determine su aplicación. Cualquier persona que, "...por piedad mata a un enfermo incurable que le solicita de manera expresa y consciente para poner fin a sus intolerables dolores, ..." podrá ser denunciado, investigado, procesado y sancionado con la pena establecida en el artículo 112 del Código Penal. Así, no se requerirá que exista acto o reglamento, previos para que se le aplique la norma.

85. En el caso de la demanda, se solicita la inaplicación de esta norma, en tanto considera que, su sola existencia impide el ejercicio de, lo que considera un derecho fundamental a la muerte digna. Sostiene además que en este caso se trata de una amenaza, pues considerando como su derecho a la dignidad, autonomía, la libertad, entre otros derechos invocados; en el caso de que solicitara el auxilio a un médico, este se abstendría, bajo la disuasión que surge de la aplicación, indefectiblemente, de la norma. Una de las causas por las que se determina esta distinción, entre normas heteroaplicativas y autoaplicativas, es que existen además otras vías para cuestionar la inconstitucionalidad o afectación de un derecho fundamental, como la acción de Inconstitucionalidad, por lo que es preciso que exista un acto o amenaza que afecte directamente a quien lo solicita. En el presente caso, la demandante sostiene que la beneficiaria tiene una condición de salud particular que en determinado momento tendría el derecho de solicitar asistencia en concluir su ciclo vital biológico lo que, esta norma impide. La intención de esta normativa es evitar el control abstracto de las normas en la vía del Amparo. En el presente caso, se ha señalado que esta sería una causal de improcedencia, esto es que la demandante está pretendiendo un control abstracto de la norma; sin embargo, esta judicatura tiene suficientes elementos para determinar que, a) Existe una situación concreta y real en el estado de salud de la beneficiaria Ana Estrada, lo que obliga a determinar si existe o no una amenaza a su derecho, que implicaría una declaración de fondo, antes que una cuestión procesal, b) La beneficiaria ha manifestado de forma expresa su deseo de recurrir a terceros para cumplir con su deseo de concluir su vida, lo que además considera un derecho fundamental. Establecer si tiene el derecho o no, es también un pronunciamiento de fondo, c) No se trata del derecho del tercero, esto es del médico o Comisión médica ejecutante lo que lo afecta, de manera directa, sino que la norma disuade a estas personas, impidiendo el cumplimiento de lo que considera un derecho fundamental a ser asistida. Así, no observamos que se pretenda un control abstracto. Nótese que el homicidio piadoso, implica necesariamente la participación de dos sujetos activos: 1) El que lo solicita y 2) el que lo asiste o ejecuta el homicidio, siendo que el primer sujeto, (activo y pasivo a la vez), no es punible.

De hecho, esta judicatura no hará un control abstracto de norma alguna, sino que hará un pronunciamiento de fondo en relación a los derechos invocados por la demandante y su beneficiaria. Debe entenderse que, el Juez debe proteger los derechos constitucionales con el mayor criterio de tutela, a fin de que se logre la plena vigencia de estos derechos, incluso cuando la lesión provenga de una norma legal y conservando la validez constitucional de la norma hasta donde sea razonable.

Respecto de lo señalado, Castillo Córdova, dice:

"Una interpretación en contrario será inconstitucional, ya sea porque entonces el poder político (en su función legislativa, judicial o ejecutiva) no está cumpliendo con uno de sus deberes primordiales: garantizar la plena vigencia de los derechos humanos (artículo 44CP), como porque no se estaría cumpliendo con el principal criterio hermenéutico constitucional: la persona humana es el fin y la sociedad y el Estado se encuentran a su servicio (4).

Tema probatorio. El estado de salud de la beneficiaria Ana Estrada Ugarte.

86. El diagnóstico expuesto en el Informe médico adjuntado a la demanda, es el elemento de prueba más evidente del estado de salud de doña Ana Estrada Ugarte. En la demanda se ha narrado sus sensaciones y descrito sus dolencias y la situación de discapacidad progresiva a la que la somete la enfermedad. Clínicamente se le ha diagnosticado Polimiositis, una enfermedad autoinmune que afecta el tejido muscular. Se considera que es incurable, con lo que se tienen en el nivel de la ciencia actual. Es degenerativa, en tanto destruye las capacidades orgánicas de sus músculos y su organismo en general. Es progresiva porque se va agravando con el paso del tiempo, siendo que, se determinaron sus primeros síntomas a los 12 años de edad, y tiene en la actualidad 44 años de edad, fecha a la cual se le considera la enfermedad, avanzada.

87. Como parte de su tratamiento ha consumido o consume principalmente corticoides, medicamentos inmunosupresores, (ciclosporina e imurán), metrotexato e inmunoglobulinas, entre otros.

Ha tenido sucesivas y frecuentes intervenciones médicas, ha estado en Cuidados intensivos y cuidados intermedios en oportunidades, se le ha practicado o aplicado un tubo endotraqueal, una traqueotomía, (para poder respirar), una gastrostomía en cuanto no puede deglutir normalmente o cuando su estado de salud se hace crítico y debe ser alimentada mediante esta sonda, entre otras intervenciones.

Se puede probar y observar los periodos de crisis y mejoras temporales, así como el progresivo agravamiento de sus dolencias, con la historia clínica que adjunta a la demanda en Disco compacto, que se ha tenido a la vista.

Con lo señalado, esta judicatura puede considerar que, en efecto, su grado de dolencia es muy grave, no evidencia una muerte en el corto plazo, pero sí, situaciones insufribles, que afectan sus derechos, su libertad física, su condición psicológica, su desarrollo personal y profesional, pese a muchos esfuerzos, realizados por ella misma y su familia.

Sobre los Derechos Fundamentales Invocados.

Derecho a la dignidad

88. En este punto, es preciso tener presente el debate sobre la expresión de voluntad como expresión de la razón y fundamento de la dignidad, respecto de la dignidad que debe reconocerse también en las personas con discapacidad psicosocial. La tradición Kantiana ha influido de tal forma en el derecho que, somos tributarios de la diosa Razón. Así, Dworkin, establece una relación entre la razón y la dignidad al punto que, de una primera lectura puede considerarse que solo es digno quien tenga razón y es solo pasible de beneficencia quien, a consecuencia de una discapacidad no puede expresar su voluntad o esta, está afectada. Sin embargo, el propio autor, se encarga de distinguir entre lo que es la dignidad, la indignidad, la conciencia de indignidad y la beneficencia. A nuestra consideración, sin embargo, al haberse cargado a la razón, como fundamento de la dignidad, el debate quedó abierto, puesto que no satisface plenamente establecer que hay dignidad después de la razón, solo cuando se ha tenido razón previamente, y sin un fundamento suficientemente claro, respecto de aquellos que nunca tuvieron uso de razón o no la pudieron expresar.

89. El derecho ha desarrollado un avance al reconocerle dignidad a las personas con cualquier discapacidad, de acuerdo a la Convención de los derechos de las personas con discapacidad. Consideramos por ello que, la dignidad es inherente a la persona humana, aun cuando esté afectada, en ese punto, su propia autopercepción (5). La capacidad no puede ser considerada como sinónimo de dignidad o único fundamento de ella, ni siquiera el único receptáculo de la dignidad.

En efecto, la dignidad, se configura en el respeto que se tiene por el otro, cualquiera que fuese su condición. Pero también, por la percepción que la propia persona tiene de sí misma, esto es, de su propia dignidad.

90. Existen otras facetas de la dignidad, como la que se inicia en su versión de lenguaje común, esto es el de ser "merecedor de respeto", es decir, la cualidad de la persona que se evidencia por su obra o actitud que lo hace digno, lo que implica; una medida de la justicia. En términos políticos, la dignidad es también base del pluralismo, como respeto de las ideas del otro, empero estas son más bien derivaciones, antes que el aspecto central de la idea que nos ocupa.

Dignidad de personas con discapacidad y dignidad como concepto de interpretación no pacífica.

91. Es necesaria esta reflexión en tanto el concepto de dignidad mismo, ha evolucionado en el tiempo, sin que el debate se haya cerrado y esta judicatura debe exponer su idea sobre este concepto a fin de determinar a partir de ello, lo que se considera como una vida o una muerte digna a partir del texto constitucional. Así, si se considera que la dignidad tiene como fundamento la libertad de elegir entre varias alternativas sobre su propia vida y decisiones, lo que podemos conocer como expresión de voluntad, ello implica la capacidad de razonar. Empero, no podemos considerar, esta como la única medida para reconocer o presumir la competencia y la propia dignidad. La capacidad de tener un mejor, peor, menor o mayor razonamiento o, el que el razonamiento pudiera estar perturbado por diversas causas, (imaginarias o reales), la capacidad de negociar o la imposibilidad de hacerlo, por la deficiencia de los medios para hacerlo, etc., son elementos propios del ser humano y son la mejor medida de su individualización, respecto de los otros seres. Partimos del hecho de que los seres humanos, nos diferenciamos de los otros animales, por el uso de la razón, pero no todos los seres humanos tenemos un coeficiente intelectual homogéneo, considerando además que el IQ es también una medida convencional. Podemos imputar en otros términos este atributo a una persona jurídica o una computadora, esto es capacidad de "elegir" y "razonar", o la omnipotencia de Dios; empero, no es esta la dignidad ni la libertad que jurídicamente entendemos. La dignidad, sin embargo, es base axiológica en la comunidad cristiana como el elemento "otorgado por Dios" que, igualmente sería independiente de la razón y por lo mismo, base para contradecir los fundamentos de la demandante. Consideramos, sin embargo, que el fundamento jurídico que se inscribe en la Constitución, si bien tiene antecedentes de diversa vertiente e interpretaciones también diversas, incluidos los funda-

mentos religiosos o n religiosos; es fundamentalmente, la idea respeto por el otro que, es medida de la justicia que se tiene y se debe, y que, de otro lado, la persona tiene de sí misma.

92. Así, la razón es instrumento de referencia fundamental, pero no es solo la razón el elemento que configura la dignidad. En efecto, hace falta un mínimo de razón para hacer efectivo un derecho por uno mismo. La razón, es la base para hacer uso efectivo de la libertad. No es posible elegir, (uso de la libertad), si no se distingue entre las alternativas a elegir. Sin embargo, la justicia no puede tener como única base la capacidad de razonar o de negociar. El acto jurídico puede ser válido aun si se demuestra que la decisión fue emitida sin uso efectivo de la razón, siempre que se pruebe la buena fe y la ausencia de perjuicio.

93. Ana Estrada, para el sistema jurídico y para la sociedad, es una persona que goza del derecho a la dignidad. Precisamente, en uso de su libertad de elegir, de exigir tutela jurídica y de decidir, es que se admite su participación en esta causa, interpuesta por la Defensoría del Pueblo en su beneficio. Seguirá siendo digna si eventualmente, no puede expresar su voluntad y lo seguirá siendo si, también pierde el uso de su razón.

94. La dignidad, sin embargo, tiene el componente de la autopercepción. Coloquialmente puede decirse que, una persona no se siente digna de un atributo otorgado, pero ello no implica que jurídicamente se le desconozca ese derecho. Un delincuente, al ser sancionado, perderá su libertad y las mayores restricciones dada su peligrosidad, sin embargo, el sistema jurídico, dispone que, dentro de lo posible, debe respetarse su dignidad. Habría que preguntarse, si el delincuente tiene una determinada percepción de su dignidad, pues puede sentirse miserable, como puede sentirse solo restringido de ella y hasta puede concebirse digno o su autopercepción puede estar distorsionada, sin que se anule su percepción o no tenga un juicio moral de su dignidad. Así, tanto la percepción exterior de la sociedad, como moral social, puede presentarse distorsionada, del mismo modo, la auto percepción puede estar distorsionada por diversos elementos, empero, ello no implica que no exista.

95. En otro extremo, una persona con pérdida de sus capacidades cognitivas, (Con Alzheimer avanzado, por ejemplo), podría no tener una percepción de su propia dignidad, empero, no es pura compasión o beneficencia la que debe tener el sistema jurídico y la sociedad respecto de esta persona, sino reconocerle, auténticamente, su dignidad. Sin embargo, esa misma persona, antes de ingresar a esa situación, cuando aún hace uso de su razón y aunque fuere parcialmente, sentirá que, en esa situación futura, habrá perdido su dignidad, porque la medida de su propia percepción de dignidad, será su estado de conciencia y razón. A muchas personas, nada nos da más miedo y sensación de miseria, (Es decir indignidad); que la pérdida de conciencia. A Ana Estrada le atemoriza la posibilidad cierta e indefectible, de perder las facultades físicas para ejercer su libertad, su propio pensamiento que podría estar vigente, pero piensa que se sentirá sumida en la miseria. Es una autopercepción de su dignidad y por tanto de su autonomía. Y, eso debe reconocerle el sistema jurídico, como un derecho, en tanto la medida de su propia percepción de su dignidad es aquella que expresa en el momento de lucidez y razonabilidad.

Apoyos y salvaguardias como expresión de la razón.

96. Reiteramos la idea de que la razón es la referencia de la dignidad, y ello se reafirma de manera fáctica en el hecho de que Ana Estrada ha otorgado una Escritura Pública, designando voluntariamente apoyos y salvaguardias, en el presente, (18 de diciembre de 2020), cuando está vigente y lúcido su razonamiento, que así lo ha determinado la Notaria, para que se obre conforme a su voluntad, cuando no pueda expresarla o cuando haya perdido sus facultades de raciocinio, precisando sus decisiones sobre sus bienes, sus actos jurídicos, su salud e inclusive su vida. Este acto jurídico, empero, mientras tenga capacidad de raciocinio; es revocable o modificable, en tanto son decisiones unilaterales. No se está amarrando al mástil, como en la figura literaria de Ulises frente al canto de las sirenas. Sin embargo, debe presumirse que esta sigue siendo su voluntad, cuando no pueda expresar un cambio de esa voluntad o, su raciocinio haya sido afectado por una discapacidad mental.

El ser humano como acto de libertad.

97. El individuo es propietario de su libertad, pero nada lo hará menos libre que la pérdida de razón y consecuentemente, de su conciencia, respecto de esa libertad.

La vida digna, entonces es aquella que tiene un sentido mutuo, aquella, que nos reconoce el derecho y la sociedad y aquella que percibimos cada uno de nosotros, sobre nuestra propia persona. Para que esto último ocurra, es preciso el uso de la razón y es por eso la mejor referencia de su propia dignidad, sin embargo, esta dignidad trasciende a la razón porque es inherente a la persona humana, sea cual fuere su condición y capacidad.

Hemos hablado también de la expresión de voluntad, lo que a su vez implica el uso de la libertad. La libertad es, antes que la razón, lo que hace al ser humano. Fernández Sesarego, concibe el derecho como libertad y la libertad lo que hace al hombre.

"...somos conscientes en la actualidad que el ser del hombre, aquello que lo hace ser lo que es, no es la

razón, sino la libertad. Se ha comprobado científicamente que los mamíferos, especie a la que pertenece el ser humano, poseen psiquismo. Luego, no es la razón, los sentimientos o la voluntad lo que diferencia al ser humano de los demás mamíferos. El ser humano es el único mamífero cuyo ser es la libertad, lo que lo hace capaz de sensibilizar o vivenciar valores abrirse a la espiritualidad, y crear reglas jurídicas. La libertad es lo que hace al ser humano un ente diferente a todos los demás entes del mundo" (6).

98. Siguiendo a este jurista diremos que, en uso de esa libertad, el ser humano se proyecta, hace planes y su vida es una sucesión, concreción y nuevos planes en una lucha por logarlos y alcanzar su propia perfección que, aunque no la consiga nunca, determina su dignidad o hace que la dignidad le sea inherente, porque no lo hace objeto (7), sino fin. A partir del pienso luego existo o luego soy, cartesiano el ser humano se percibe a sí mismo, se asume, elige y al elegir, hace uso de su libertad.

99. La libertad está también consagrada en nuestra Constitución, ella es también inherente al ser humano y la libertad significa la autonomía de tomar decisiones, incluso la de vivir. Vivir así, no es un deber, ser libre sí lo es y en esa medida puede proyectar su vida, también su muerte. La libertad, empero, es también un bien que puede ser limitado, de hecho, el ser humano se limita en su libertad para no hacer daño a otros, el Estado es un límite a su libertad, pero es también garante de ella. Al ser límite y garante, es posible que legisle, o decida mediante actos concretos esos límites y, estos son excepcionales.

El dolor

100. El sufrimiento físico o psicológico puede generar un dolor trascendente, esto es que afecte a la condición humana misma, a la dignidad. Frente a ello es un derecho el no sufrir ese dolor, sea por causa de un tercero, del Estado, de una situación estructural o de su salud.

"La vía negativa a la que se refiere Vásquez supone entender que la dignidad lo que viene a fijar es algo así como un "umbral mínimo", ciertos "mínimos inalterables" vinculados con "nociones negativas" como las de privación, enajenación, vulnerabilidad o incapacidad y que podrían resumirse en esta fórmula: "no ser tratado con crueldad, ni con humillación".

Aclara además que, si enfatiza la vía negativa, es porque "quizá los liberales hemos puesto el acento, unilateralmente, en la versión positiva del liberalismo con el concepto de autonomía", lo que supone haber descuidado "la otra cara del liberalismo", lo que Judith Shklar llamo "el liberalismo del miedo" y que significa precisamente la ausencia de temores, o sea, de nuevo el "ser tratados sin crueldad y sin humillación" (8).

101. Los seres humanos tenemos claro que, la enfermedad es sinónimo de dolor y más que eso, es la referencia más cercana al final del ciclo vital. Si bien la salud, es también un concepto no pacífico y discutible, todo ser humano, percibe que la falta de salud es la puerta que se abre a la muerte. Así, todo ser humano tiene ante sí dos opciones; la curación o la muerte. La noticia de que no hay cura, que el sufrimiento se haga intenso, que incapacite, puede hacer que la persona se sienta sumida en una situación que perciba como la pérdida de su dignidad o que esa forma de morir afecte severamente su dignidad. Una percepción kafkiana. Así, no solo es la falta de razón, la que generaría una pérdida efectiva de dignidad, sino la percepción clara por medio de la razón, de que no es posible hacer uso de su libertad para seguir viviendo de una manera que espera. El dolor, no es solo dolor físico.

102. En el caso de Ana Estrada, puede verse que narra una progresiva pérdida de sus afectos; como la pérdida de su intimidad, la pérdida de los momentos de estar a solas consigo misma y con sus pensamientos, el dolor físico que causan las "atenciones" e intervenciones de su tratamiento, la paulatina pérdida de movimiento personal, la dependencia progresiva y severa, la sensación de ser una "carga" para su familia, la pérdida de sus amores y deseos truncos y seguramente una lista más larga de sufrimientos, de pérdidas, incluso de los sueños, construyen en ella una percepción de pérdida de su dignidad y de vida digna. Entonces con lo poco que le queda, precisamente de esa libertad que está perdiendo, pide justicia, lo que para ella significa, poner fin, en determinado momento a esa paulatina pérdida de dignidad.

Consideramos así que, esta es una razón para que la justicia exista. El Estado, solo puede respetar ese acto de rebeldía frente a la ley. El Estado no puede dejar de tener piedad (9).

103. El suicidio (la tentativa), no es sancionado en las normas positivas, es impune. Si bien la moralidad religiosa de un sector, rechaza este acto, de manera absoluta como una irreverencia a quien la otorgó, sin embargo, hay otro sector y una teoría que admite o deja al debate en determinados casos, precisamente con base al uso de la libertad y la dignidad. Nuestro Estado laico, el sistema jurídico Constitucional de valores cuyo elemento central es precisamente la libertad y la dignidad, tiene una misión más allá del punto vista religioso y es de la parte que nos ocupamos primero, esto es, la de hacer justicia ante el reclamo de una persona.

104. Habíamos dicho que, la medida de esa vida digna es la propia persona. La medida de la intimidad, (un elemento de la dignidad), la puede dar solo la misma persona. En la actual sociedad de masificación de medios, muchas personas exponen sus vivencias en los medios y redes sociales, unos más que otros y el grado

de exposición, solo lo pueden dar esas mismas personas, es decir, que cada quien expone lo que considera aceptable y no publica lo que considera su intimidad. Así, solo puede reclamar y proteger el espacio que la misma persona no expuso. De hecho, tiene derecho a proteger ese grado de intimidad que la misma persona considera tal. Ana Estrada reclama estar un tiempo a solas, pues considera que, tener una persona que la cuide las veinticuatro horas al día, implica también que se restrinja o elimine su intimidad, pero hay otra parte que expone, en redes sociales, en medios de comunicación; habrá una parte que aún considera que es su intimidad y tiene derecho a proteger ese espacio, aunque minimizado, es parte de su intimidad y es una circunstancia de afectación a su libertad. De ello podemos concluir que aun el tratamiento en su favor, puede tener una consecuencia que afecte otro derecho, que en algún momento puede ser más apreciable o importante.

105. De este modo, podemos concluir válidamente que, existe el derecho a una vida digna, que tiene como base a la libertad y autonomía; empero, la misma validez de este concepto, implica que exista el derecho a proyectar su vida y en ese proyecto pensar en su final, lo que la demandante considera; una muerte digna. Algunos podrían entenderla, como una muerte natural, una muerte heroica, una muerte trascendente, tal vez solo una muerte sin sufrimientos de cualquier tipo; es decir libre, como la queremos la mayoría de los mortales. El mismo derecho que sostiene la libertad de vivir o de vivir con libertad, sostiene el derecho a concluirla, si la vida carece de dignidad, de morir cuando aún la vida es digna o de no pasar una situación de indignidad que arrastre a la muerte indefectiblemente.

106. En el acto de audiencia, se le preguntó a la demandante a cerca de su estado de salud mental y de ser el caso, de su tratamiento psicológico y psiquiátrico, a fin de determinar con claridad, si esta percepción de indignidad tenía bases en el razonamiento que ella tiene sobre su estado de salud o si independientemente de esas bases fácticas, subyace una condición psicológica únicamente; pues puede considerarse que algunas personas, por cualquier causa, prefieren seguir viviendo a pesar del dolor y deterioro. Es decir que, es preciso distinguir la percepción basada en una situación específica y de dolor o limitación física, causante del sufrimiento; respecto de una patología psicológica, (depresión), que conduzca al deseo suicida.

107. Nuestra legislación, (nuevamente), no distingue entre el suicidio por causas patológicas de la psiquis, respecto de condiciones reales y objetivas que determinen alcanzar el derecho que en esta parte hemos considerado. Empero, está claro que el deseo suicida por causas patológicas, a lo que tiene derecho, es a un tratamiento. Una persona que, padece de una enfermedad momentánea o incluso reiterada de acabar con su vida, por causas atribuibles a una patología, luego de un tratamiento, posiblemente agradecerá a quien lo haya acudido en su momento de crisis, cuando haya vuelto a su normalidad. La autopercepción, en este caso no tendría bases para acceder a un nivel de derecho a acabar con su sufrimiento por medio de la muerte, sino por medio de un tratamiento. En caso de que la afectación psíquica no tuviera tratamiento efectivo, igualmente, ese deseo suicida no es atendible como un derecho, en tanto, la voluntad, la libertad, está afectada de una distorsión por la enfermedad que afecta precisamente su razón y su voluntad, que como hemos dicho, es la medida de su libertad y de su dignidad. Como tal, no es propiamente expresión de su voluntad. En tales casos es, además, sancionable, la asistencia al suicidio, aun cuando reúna las condiciones de piedad y petición de parte.

108. La demandante sostiene como el derecho a"... decidir de manera informada y expresa, controlar el fin de la vida debido a dolores incurables y condiciones de deterioro que vulneran la dignidad de quien padece una enfermedad incurable, degenerativa y progresiva", añade que, este es un derecho que si bien no está inscrito en el listado de derechos constitucionales en la Carta de 1993, ello no impide que se le considere como tal, de acuerdo a lo señalado en el artículo 3° de la Constitución que establece la cláusula de númerus apertus o lista abierta, de derechos constitucionales al ser, la muerte, una fase esencial de la vida misma, que no es posible mantenerse inerte ante ella, cuando la vida no merece la pena vivirla, lo que implica solo reconocer la autonomía del individuo, de decidir su propia existencia con dignidad. Argumenta además que "…. la norma constitucional que exige al Estado proteger la vida frente a privaciones arbitrarias no se contrapone al reconocimiento del derecho fundamental a la muerte en condiciones dignas". Sostiene que se trata de un derecho que puede ejercerse solo en condiciones específicas y extraordinarias, donde se busca efectivizar el último espacio de libertad disponible en el cuerpo y su vida, cuando prolongar la vida significa una afectación irreversible a su dignidad y una forma de trato cruel.

109. Uno de los procuradores sostiene que, el hecho de no haberse demostrado que Ana Estrada padezca de dolores intolerables, sería fundamento para no inaplicar la norma, en el entendido de que solo se trata de dolor físico. En efecto, Ana Estrada no ha manifestado que padezca de dolores insufribles o intolerables, lo que padece es de una enfermedad incapacitante, lo cual sí es físico. Está perdiendo paulatinamente la capacidad motora y algunas capacidades orgánicas, que algunas intervenciones como la gastrostomía son dolorosas en algunos momentos, pero no es lo que describe como insufribles. Así, según el procurador, no se cumpliría taxativamente con la parte del texto legal que dice, "...que lo solicita de manera expresa y

consciente poner fin a intolerables dolores...". En caso fuese válida la interpretación del Procurador que solo puede aplicarse este artículo en caso de dolores (físicos), intolerables, deberíamos interpretar, a contrario sensu, que en caso de que no existiesen dolores, el homicidio piadoso no es punible, como lo es el suicidio, por falta de tipicidad. Esta judicatura entiende así, sin que ello sea analogía, o interpretación extensiva, que cuando la norme dice dolores, se está refiriendo a la sensación íntima de sufrimiento. El dolor finalmente puede ser intolerable para algunas personas más que para otras, frente a una misma lesión y los analgésicos pueden evitar significativamente el dolor, aunque en algunos casos implique afectación de otras sensaciones y de la conciencia.

Homicidio piadoso.

110. Se ha solicitado la inaplicación del artículo 112 del Código Penal cuyo texto dice:

El que, por piedad, mata a un enfermo incurable que le solicita de manera expresa y consciente para poner fin a sus intolerables dolores, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años.

Es en efecto una norma autoaplicativa; no requiere acto adicional o reglamento que viabilice su aplicación. En caso una persona, especialmente un médico, (responsable de su cuidado), realice tal acto, será pasible de procesamiento y sanción de oficio.

111. Habíamos señalado antes que, no se trata de un caso ya consumado donde, por ejemplo, un médico a quien se le imputa el hecho típico, haya interpuesto un Amparo. En este caso, es la propia persona que pide ser asistida en la consumación de su muerte quien solicita la inaplicación para su cooperante. Así, el acto, no está consumado, es futuro y no inminente, (en el sentido de próximo en el tiempo), más bien condicionado a la estimación de su pretensión y a su propia voluntad. Sin embargo, de acogerse la pretensión, en el sentido de que estimar el derecho a morir por voluntad propia, pero con ayuda, es ineludible pronunciarse sobre este extremo; pues no tendría sentido considerar que la muerte digna es un derecho y al mismo tiempo, aplicar la sanción a quien ayude a cumplir ese derecho.

Empero, es preciso tener en cuenta que no se trata de un caso consumado, más bien, se solicita su inaplicación para el caso futuro pero factible, de lo que considera el cumplimiento de su derecho a la muerte digna.

112. La demandante sostiene así que, es una norma cuyos efectos jurídicos crean una situación inconstitucional que impide el ejercicio del derecho fundamental a decidir las circunstancias en las que la señora Ana Estrada Ugarte desea tomar control sobre su vida y poner fin a sus sufrimientos intolerables que experimenta producto de la enfermedad que padece. Ello, en tanto impide a los profesionales médicos ejecutar el procedimiento médico cuando ello sea factible y así lo decida, que también impide una regulación sanitaria al respecto, por lo que considera procedente. Añade que ninguna persona puede ser sometida a tratamiento médico o quirúrgico, sin consentimiento previo y como tal tiene derecho a negarse a recibir o continuar el tratamiento y a que se le explique las consecuencias de esa negativa, de acuerdo a la Ley general de Salud, lo que constituye el reconocimiento del derecho a la autodeterminación y de tomar una decisión consentida e informada, pero que además, implica que el Estado asume el reconocimiento de que su deber de proteger la salud y la vida de las personas es desplazado por el derecho a la autonomía del individuo, pasando del modelo de beneficencia de la ética médica al modelo de la autonomía que toma a la persona, como la más capacitada y legitimada para decidir en base a sus valores y creencias personales. La regla señalada solo tiene como excepción los casos de emergencia, donde no es necesario recabar el consentimiento informado del paciente o cuando existe riesgo comprobado para la salud de terceros o de grave riesgo para la salud pública, lo que implica que este derecho tiene su límite en el derecho de los terceros.

113. Reitera que, su pedido no es que la dejen morir rechazando los tratamientos requeridos en su caso, sino que el Estado le permita controlar y decidir en uso de su autonomía y en ejercicio del libre desarrollo de su personalidad, así como a su derecho a no recibir tratos crueles e inhumanos y que, para la materialización de ello, requiere que la participación de terceros, no sea criminalizada.

Cita el caso de la Sentencia 970-14 del Tribunal Constitucional de Colombia, donde se dispuso la creación de comités cuyas funciones fuesen las de acompañar a la familia y al paciente en ayuda psicológica, médica y social para que la decisión no genere efectos negativos, atención que debe ser constante, durante las fases de decisión y ejecución del procedimiento, mediante Comités de tipo científico - interdisciplinario para el derecho a Morir con Dignidad, como garantes de todo el procedimiento.

114. Vamos a recoger de la demanda, también las definiciones; teniendo el concepto de:

A. Suicidio asistido o auxilio al suicidio, como la acción del tercero que, sin contribuir a la formación de voluntad del suicida, lo ayuda a que se concrete. Distinto a la instigación al suicidio donde el tercero "siembra la idea", penalizado en el artículo 113 del Código Penal. B. La eutanasia; que supone la intervención de un profesional médico a petición expresa del paciente que padece de enfermedad incurable y que procura poner fin a sus dolores. C. El homici-

dio piadoso, tipificado en el artículo 112 del Código Penal como delito a el que por piedad mata a un enfermo incurable que le solicita de manera expresa y consciente poner fin a sus intolerables dolores, D. cuidados paliativos. "un planteamiento que permite mejorar la calidad de vida de los pacientes (adultos y niños) y sus allegados cuando afrontan los problemas inherentes a una enfermedad potencialmente mortal, planteamiento que se concreta en la prevención y el alivio del sufrimiento mediante la detección precoz y la correcta evaluación y terapia del dolor y otros problemas, ya sean estos de orden físico, psicosocial o espiritual" y E. Muerte en condiciones dignas: Acorde a la Corte Constitucional de Colombia, es un derecho que garantiza que, "luego de un ejercicio sensato e informado de toma de decisiones, la persona pueda optar por dejar de vivir una vida con sufrimientos y dolores intensos".

El tipo penal cuestionado, en la doctrina.

115. Existe ya un largo debate en sede nacional sobre este artículo, donde los juristas, se han mostrado mayoritariamente críticos. Así; para Javier Villa Stein (10), este tipo penal se incorpora en el Código Penal de 1991 y considera que:

"Al codificador se le pasó por alto la eventual anticonstitucionalidad del tipo penal creado pues la Constitución de 1979, consagraba en su Art. 2 él «derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad» y este derecho de rango constitucional, se ve atacado en la hipótesis de una agonía o muerte indigna. Respecto de la Constitución de 1993, ocurre otro tanto, pues en este caso se colisiona el tipo penal del homicidio pietista, con lo dispuesto. Con el Art. 1 del estatuto peruano que consagra «la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado» pues se mata por piedad y en precisa salvaguarda de la vida y muerte digna, este acto de supremo amor no puede ser castigado sin caer en la inmoralidad y la estupidez. El artículo 2 del estatuto peruano asimismo defiende el libre desarrollo de la persona, derecho que igualmente se pone a salvo en la dogmática, pero justa hipótesis del homicidio por piedad".

El ex Juez hace además un análisis y recuento de las distintas figuras que pueden darse dentro de este artículo del código penal, sobre las que también nos ocuparemos más adelante, para determinar los casos de interpretación conforme a la constitución o en contra de la misma, a fin de determinar su inaplicación. Es de notar también que concluye con un breve comentario sobre el principio de oportunidad y su aplicación al caso.

116. Es interesante un artículo de Reyna Alfaro (11), por el recuento que hace de los juristas peruanos y su posición u omisión al respecto, denotando la tendencia mayoritaria por la descriminalización; citando a Salinas Siccha, Villavicencio Terreros, Villa Stein, Chirinos soto, Bramont Arias, García Cantizano y Momethiano Santiago; el autor por su parte sostiene:

"Justamente la configuración de una especie de deber constitucional de tutelar la vida contra la voluntad de su titular colisiona con el principio de dignidad de la persona. La con figuración constitucional del derecho a la vida no se limita a reconocer el derecho a vivir en términos estrictamente biológicos, si no que compren de las condiciones de vida que, en un Estado de derecho, deben necesariamente ser compatibles con el principio de dignidad de la persona. Esta configuración constitucional del derecho a la vida, por otra parte, no puede vincularse a determinadas concepciones religiosas que propugnan la santidad de la vida..."

Más adelante, sobre el bien jurídico; vida y su disponibilidad dice:

"La calificación de la vida humana como bien jurídico absolutamente indisponible supone una suerte de reconocimiento de su absoluta falta de relación con la voluntad de vivir de su titular, y constituye, además, una contradicción total con la existencia de supuestos reconocidos constitucionalmente de disposición de la vida por parte del Estado, como la pena de muerte en casos de traición a la patria durante guerra exterior".

117. Resultan también importantes las consideraciones técnicas de este tipo penal, al señalar que su principal elemento es que es un homicidio a petición, sea de su forma activa o pasiva, es decir, por acción directa u omisión del acto necesario para que siga con vida y que determine el alargamiento de la vida, siendo que, para el autor, estos casos no serían típicos, puesto que no se provoca la muerte ni se adelanta la misma, solo se hace más tolerable. Precisa que el único sujeto pasivo del delito, es un enfermo incurable, que sufre intolerables dolores y excluyendo a las enfermedades psíquicas, puesto que resulta discutible establecer que la expresión de voluntad se hace en estado de conciencia. Ello implica además que el consentimiento es necesariamente expreso. Precisa además que:

El móvil es indudablemente el piadoso que es uno de los sustentos del menor desvalor de la acción que justifica la menor carga punitiva del homicidio a petición, relacionado a la menor peligrosidad del autor en relación al homicida ordinario. No obstante, conviene recordar —con Eser— que la mayoría de ordenamientos jurídico-penales considera irrelevante el motivo del autor para realizar el homicidio, en la medida que lo realmente trascendente es la petición expresa de morir de la víctima.

118. Asimismo, se puede comprobar que, es solo desde el actual Código Penal que se tipifica este acto

como delito; esto es que más antes fue un acto no punible, pues el texto del anterior código de 1924 dice:

Código penal de 1924. Art 157. El que por móvil egoísta instigare a otro al suicidio o lo ayudare a cometerlo, será reprimido si el suicidio se ha consumado o intentado, con penitenciaría o con prisión no mayor de cinco años.

Se observa así, que se sanciona solo el móvil egoísta, no el móvil piadoso que, al no nombrarse, se entiende que no es punible, por el principio de legalidad y tipicidad penal.

119. Un artículo más extenso y muy interesante es el de Claus Roxin, con una detallada tipología de la eutanasia y figuras relacionadas, que incluyen el tipo penal del caso que nos ocupa. Esta resolución no pretende ser un recuento de lo señalado por estos juristas, por lo que tomamos de este artículo únicamente la Toma de posición, en tanto considera que:

"Por otro lado, aún hoy en día no pueden ser controladas suficientemente todas las situaciones de profundo padecimiento (65); y suceden realmente casos en los que existe un deseo de morir apremiante y comprensible como lo demuestran sobradamente los ejemplos ya expuestos extraídos de la jurisprudencia. Pero se debe tener presente que, de acuerdo con el Derecho alemán —a diferencia de lo que ocurre con la mayoría de los Ordenamientos jurídicos extranjeros—, la complicidad en el suicidio siempre ha sido impune. La forma de intervenir desarrollada por Hackethal (*vid. supra* E I) permanece bajo el Derecho vigente como la última salida posible, cuando fracasan todos los medios para hacer superfluo el inaplazable deseo de morir. Si en un caso de esta naturaleza quien desea morir bebe por sí mismo el vaso cuyo contenido le depara una muerte plácida, solo él ha dado el último paso. Esto me parece siempre más tolerable que un homicidio ajeno legalmente institucionalizado y procedimentalmente regulado.

Si se tiene esto en cuenta, únicamente subsisten raros y extremos supuestos en los que quepa practicar legítimamente una eutanasia activa, por encontrarnos con una persona deseosa de morir por estar mortalmente enferma y padecer graves sufrimientos, que ni puede ser liberada de sus padecimientos ni está en situación de poner fin a su vida por sí misma. Así, esto puede suceder con una persona completamente paralizada y amenazada por una muerte por asfixia. Me parece que un caso como el resuelto por el Tribunal de Ravensburg (supra D I 4) pertenece a esta categoría. El marido, que en este caso proporcionó la muerte a su mujer mediante la desconexión de un aparato de respiración artificial, tampoco habría merecido pena alguna si, en vez de la interrupción técnica del tratamiento, hubiera recurrido a su muerte directa" (12).

Nótese que el jurista considera que es más tolerable el suicidio por mano propia que el "homicidio ajeno legalmente institucionalizado y procedimentalmente regulado"; sin embargo, considera que en el caso en el que la persona, siendo víctima de sufrimientos desmedidos y deseosa de morir, no puede poner fin a su vida por sí misma, que sería el caso que nos ocupa, dice que este sería un caso "en los que quepa practicar legítimamente una eutanasia activa".

120. Frente a estas posiciones existen por supuesto, opiniones en contra en la doctrina, basadas fundamentalmente en el valor de la vida como bien absoluto y respecto del cual, diremos que está claro que, la vida, como todo derecho, tiene límites, en nuestra constitución, tales como la pena de muerte en caso de guerra exterior y la defensa propia y situaciones no punibles, como el suicidio, el duelo, el aborto terapéutico, la defensa propia y la acción necesaria de la policía, (actuación conforme al deber). Aun así, es posible defender el fundamento, señalando que dichos límites, debieran ser abolidos. Esta judicatura, al respecto, debe expresar que, no es posible en esta resolución hacer una toma de posición sobre todos los extremos, puesto que no son materia de esta causa, no han sido expuestos por las partes y no es preciso hacer un ejercicio académico, pues precisamente ese es el límite de una decisión jurisdiccional, esto es, el de no hacer pronunciamientos sobre temas que no son puestos a consideración del Juez.

121. Debemos entender así, en relación al caso en concreto que, sobre la base de lo expuesto por la doctrina, la eutanasia en un caso como el de Ana Estrada, más que un homicidio piadoso, como lo denomina el tipo penal en cuestión, es permitir que la naturaleza humana concluya su trabajo; ello, teniendo en cuenta que, si no se le hubiera aplicado los necesarios tratamientos a los que se le ha sometido, ella tal vez, ya habría fallecido. Estos tratamientos eran necesarios, los ha deseado y aceptado ella misma, su familia y el Estado en nombre de una sociedad solidaria; pero, llegado un momento en el que se ofende a su propia dignidad y sin tener al otro lado una real posibilidad de curación y de vida digna; solo se llegará al punto en el que se le estará impidiendo morir naturalmente, como corresponde a todo ser humano. El estado vegetativo, y sus similares clínicos, no son estados naturales, dicen los médicos.

122. De otro lado, tenemos presente que, el debate también se ha dado en sede legislativa, así, se tiene conocimiento de la Página Web del Congreso de la República que, el 04 de marzo del año 2015, se presentó un Proyecto de Ley N° 04215/2014 CR, Ley que despenaliza el homicidio piadoso y declara de necesidad pública e interés nacional la implementación de la eutanasia", proyecto que no tuviera éxito en el trámite parlamentario. Así mismo, se ha tomado conocimiento por medios de comunicación públicos,

que se habría presentado un nuevo proyecto de ley, recientemente, cuyo trámite apenas inicia. No es posible, para esta judicatura, empero, esperar o suspender el proceso, en relación al anterior ni al nuevo proyecto de ley, por las razones que hemos señalado en la primera parte de esta resolución.

La doctrina del doble efecto (PDE).

123. En el debate de la eutanasia, se ha tomado, reiteradamente, como criterio de su fundabilidad, (o infundabilidad), el principio o doctrina del doble efecto. Es de verse que, este principio, se usa extensamente y en diversos grados. En el presente caso, nos guiaremos de Alejandro Miranda Montesinos (13). Este Principio o Doctrina, nace de la situación en que, para conseguir un determinado fin o efecto bueno, se producirá un efecto malo, dependiendo de la proporcionalidad de uno y otro; es lícito o no, ese acto. La doctrina viene desde Grecia, pasando por los filósofos escolásticos, Santo Tomás de Aquino y vuelve a aparecer entre la moral y el derecho del *Common Law* del siglo pasado, siendo un hito el caso *Vecco c. Quill* de 1997, en la Corte Suprema de Estados Unidos.

124. En nuestro medio, los denominados límites o excepciones al derecho a la vida, pueden fundamentarse precisamente en este principio, tales como la legítima defensa, la actuación conforme al deber de la policía, el aborto terapéutico y la praxis médica. En efecto, los médicos a menudo se ven en esta disyuntiva, pues un medicamento alivia o cura un mal, pero tiene efectos secundarios nocivos, donde tendrá que contemplar la proporcionalidad de efecto secundario, si el efecto, secundario es insignificante, el criterio de proporcionalidad, será sencillo, pero a medida que el riesgo o mala consecuencia se incrementa, se inicia el debate sobre la punibilidad. Así, es necesario distinguir entre lo directamente voluntario y lo indirectamente voluntario; esto es, lo que se quiere alcanzar, (fin) y aquellos efectos colaterales que se debe o puede prever, pero que no es el fin ni el medio. En consecuencia, no es responsable, de todos los efectos malos por igual, sino que existe una diferencia entre lo que se pretende y aquello que solo se prevé y será medido en proporción a la importancia de la finalidad de su acción, frente al mal causado.

125. El efecto malo, que prima facie sería imputable ad culpan al agente por haber sido causado a sabiendas, deja de serle así imputable "consideradas todas las cosas". El principio no opera, pues, como una causa de excusa, ya que el efecto malo no es causado involuntariamente. Tal efecto es considerado en la deliberación que precede a la elección de la acción, y el agente tiene la posibilidad física de evitarlo, absteniéndose de realizar esa acción. Por eso es voluntario. Pero no lo es directamente, porque no es considerado como una razón para la acción, es decir, no es el efecto malo la razón por la que el agente hace la elección que hace. En este sentido, debe decirse que el efecto malo no es querido o buscado por sí mismo, pero sí es deliberadamente aceptado.

126. Esta doctrina establece condiciones para su admisibilidad:

1° que el fin del agente sea honesto; 2° que la causa sea en sí misma buena o al menos indiferente; 3° que el efecto bueno se siga de la causa [al menos] con igual inmediatez que el malo; 4° que el efecto bueno al menos compense al malo". A su vez, si se cumplen simultáneamente los dos requisitos siguientes: (i) que el efecto malo no se busque ni como fin ni como medio; y (ii) que exista una razón proporcionalmente grave para aceptarlo. En *Summa theologiae*, (II-11, q. 64, a. 7, c,) donde expone las razones para probar que no es ilícito a alguien matar a un hombre en defensa de sí mismo.

127. Dice allí santo Tomás que "nada impide que un solo acto produzca dos efectos (*duos effectus*), de los cuales solo uno sea intencional (*sit in intentioné*) y el otro esté fuera de la intención (*praeter intentionem*). Tal cosa es precisamente lo que sucede en el caso de la defensa occisiva, pues "del acto de alguien que se defiende a sí mismo pueden seguirse dos efectos (*duplex effectus*): uno, la conservación de la propia vida; otro, la muerte del agresor" Ahora bien, para que la defensa sea lícita es necesario que exista una debida proporción entre la acción y su fin, ya que "un acto que proviene de buena intención puede hacerse ilícito si no es proporcionado al fin (*proportionatus fini*). El agente debe estar más obligado a conseguir el primero que a evitar el segundo: Francisco de Vitoria, recoge la distinción entre matar per se (o *ex intentione*) y matar per accidens (o *praeter intentionem*) y recurre a ella, en su tratamiento del *ius* in bello, para justificar la aceptación de bajas civiles como efecto colateral de acciones bélicas.

128. Se da un debate sobre si existen bienes o derechos absolutos, John Finnis, dice que; una doctrina de esta naturaleza elimina por su base la posibilidad de que existan derechos humanos absolutos (como el derecho a no ser privado directamente de la vida como medio para ningún fin ulterior, y otros que constituyen la garantía de la dignidad de las personas), ya que, según ella, no hay formas de tratar a un ser humano respecto de las cuales se pueda decir que, cualesquiera que sean las consecuencias, nadie debe ser jamás tratado de esa forma.

129. El juicio de proporcionalidad o la ponderación no puede medir o comparar bienes de manera simple. Alguien puede defenderse matando a cinco agresores; y la madre puede someterse a la quimioterapia a pesar de que espere mellizos. Dos muertes no son peor ni mejor que una.

130. Así, en la sistematización común de estos autores se dice que la causa o razón excusante (i.e., el efecto bueno) debe ser tanto mayor cuanto: (i) más grave es el efecto malo; (ii) más próximo es el efecto malo; (iii) más seguro es que se seguirá el efecto malo; y (iv) mayor es la obligación de impedir el efecto malo.

Si el militar, sin otra razón, elige la bomba de mayor potencia, eso no puede ser sino señal de que intentaba la muerte de los civiles, a lo menos como fin secundario o suplementario de su acción. Por el contrario, la falta de proporción entre el efecto bueno y el efecto malo no implica necesariamente que el agente intente el efecto malo.

De lo glosado, sobre las tesis este autor, Alejandro Miranda, podemos concluir que; desde la decisión que un médico toma para recetar a un paciente un medicamento con efectos adversos, hace una valoración del bien que decide proteger, considerando en este caso que, el efecto adverso es menor o más soportable, frente al beneficio que se pretende lograr; de ello pasar a la valoración del excesivo sufrimiento, frente a una vida indigna, es cuestión de asumir cuál es el bien de menor valor y por tanto a sacrificar.

El principio del doble efecto y la eutanasia.

131. Se distingue la eutanasia voluntaria y el suicidio médicamente asistido, cuyo objeto es matar al enfermo para poner fin al sufrimiento; de la sedación terminal o los tratamientos paliativos del dolor que pueden acortar la expectativa de vida, pero que busca únicamente aliviar su dolor, aunque en ellas el agente prevea el efecto colateral muerte. John Finnis (14) dice que, existe una diferencia moral y jurídica fundamental.

132. En los casos Rodríguez c. British Columbia (1993) y Vacco c. Quill (1997), las Supremas Cortes de Canadá y de los Estados Unidos, respectivamente, apelan a la distinción entre intención y efecto colateral para justificar el distinto tratamiento que da el Derecho a la eutanasia o al suicidio asistido, por una parte, y a los tratamientos paliativos que aceleran o pueden acelerar la muerte, por la otra.

133. Un debate adicional es la determinación de la intención, pues bajo esta doctrina, el juicio de proporcionalidad mide el efecto más que la intención.

El principio del doble efecto en la protección constitucional de los derechos fundamentales es de una aplicación extensiva, en la que el principio se emplea como criterio para juzgar la conformidad de las leyes u otras disposiciones inferiores con los preceptos constitucionales. En el moderno derecho constitucional, el principio de proporcionalidad, tiene su antecedente, en esta doctrina del doble efecto.

Un ejemplo fue el caso de dos personas que cuestionaban la prohibición de drogas, alegando que era parte de su rito religioso; sobre lo que la suprema Corte de EE.UU. resolvió que si la intención de la prohibición, no estaba dirigida a afectar la religión, pero esta tenía un efecto colateral, no había afectación de le Primera enmiendo que protege el derecho de culto.

134. En otro artículo (15) el mismo autor hace una más extensa explicación con aplicación del principio de dignidad humana, considerando que, si bien hay una faz prohibitiva de este principio, según la cual, existen derechos absolutos, que siempre estará prohibido afectar, empero existe una faz permisiva. Así, en el ejemplo del homicidio, esta teoría vendría a decir que se viola la dignidad humana en el homicidio del inocente y, es siempre injusto, si esa muerte es un efecto colateral previsto de lo que el agente elige.

135. Una posición que niegue tanto el consecuencialismo como la faz permisiva del PDE solo podría decir que el homicidio, como acto siempre prohibido, consiste en (a) realizar una acción positiva de la que se sigue previsiblemente la muerte de un ser humano inocente, o en (b) optar por un curso de acción (acción positiva u omisión) del que se sigue previsiblemente la muerte de un ser humano inocente.

Sin embargo, una norma absoluta que prohíba (b) debe descartarse, pues es imposible de cumplir. Así, un médico que solo puede salvar la vida de la madre con una acción de la que se sigue la muerte del feto, y viceversa, sería necesariamente culpable de homicidio, lo que es absurdo. Una prohibición absoluta de (a) no produce tal incoherencia, ya que siempre puede cumplirse mediante la omisión. Con todo, cabe objetar que la distinción acción/omisión solo implica diferencias en el orden de la causalidad física, por lo que no hay razones para sostener que un agente, obligado prima facie a evitar dos efectos colaterales malos, esté siempre más obligado a evitar el que resulta de su acción que el que resulta de su omisión, cuando la acción con la que impide uno es la causa del otro. Todo dependerá, aquí, de la razón proporcionada para actuar. En cambio, la distinción; intentado/colateral implica diferencias en la voluntariedad, que es de donde fluye la moralidad de los actos humanos, pues los actos se consideran humanos o morales en la medida en que son voluntarios. De ahí, pues, que sea esta la distinción moralmente relevante para fijar el alcance de una norma moral o jurídica absoluta como la que prohíbe el homicidio.

Considera además que un rigorismo absoluto limitaría inclusive los tratamientos paliativos, pues de esa acción puede preverse la muerte del inocente, incluso como efecto colateral

136. De lo expuesto, podemos decir que; en principio es válido tomar esta doctrina para analizar la licitud del suicidio asistido, en tanto, la prohibición absoluta anularía derechos como la dignidad, la autonomía y la libertad, los mismos que deben incluirse en la mensura de la proporcionalidad, considerando además que no existe, como ya hemos señalado derechos absolutos y que el derecho a la vida, igualmente tiene límites o situaciones de excepción, en la legítima defensa, la actuación conforme al deber de la policía, la guerra, la pena de muerte y aún en los casos del inocente, como la acción terapéutica de efectos nocivos, el aborto terapéutico o situaciones límite, como el ejemplo en el que un salvavidas debe escoger entre dos personas que se están ahogando, sabiendo que dejar por unos minutos el otro, significará su muerte, así; preservar la dignidad, la libertad del solicitante, evitar el dolor, en los casos del enfermo terminal o incurable, en determinados casos, puede significar también una excepción no punible.

Amicus Curiae. Proponen Cuidados paliativos.

137. Conforme resumimos en la parte expositiva, la Sociedad Peruana de Cuidados Paliativos, propone que, en efecto, la muerte digna es un derecho, pero que, no debe confundirse la muerte digna con la eutanasia, pues a criterio de esta entidad, afecta el derecho fundamental, vida. Que, lo que en realidad es muerte digna, es aquella en la que no interviene un tercero, menos un médico en calidad de ejecutante, sino aquella en la que solo se procura evitar el sufrimiento de la persona en la última etapa de su vida.

138. Sobre este extremo debe tenerse presente que, acoger la propuesta de esta entidad, implicaría solo desestimar la demanda, pues la demandante ya cuenta con cuidados paliativos, con el Programa Clínica en tu casa de Essalud. Empero, debe considerarse que, siempre será una alternativa para la demandante. En efecto, la muerte digna. No es sinónimo de la eutanasia, pero, no puede considerarse que sea excluyente, conforme señalamos en otra parte, al señalar que no existen bienes jurídicos absolutos.

139. Otro elemento significativo del aporte de esta entidad es el debate ético de los médicos, tanto por el juramento hipocrático y el texto actual del Código de Ética y deontología del Colegio Médico del Perú, como por una eventual objeción de conciencia de algún médico y finalmente el debate jurídico, a cerca de la posible distorsión de la voluntad del solicitante, en relación a la enfermedad como condicionante. Respeto de la objeción de conciencia podemos decir, únicamente que, es una decisión respetable de toda persona, especialmente de un profesional, con base a sus criterios éticos, religiosos, ideológicos o de cualquier índole, por lo que, en caso de disponerse un cuerpo médico ejecutante, este no podría ser obligatorio.

140. En cuanto a la distorsión o condicionamiento de la voluntad de la persona enferma, en efecto, todo entorno o situación personal influye necesariamente en la persona, en menor o mayor grado. Una persona saludable, tendrá una perspectiva distinta de la eutanasia, pues probablemente no se pondrá en la situación de ser la persona pasiva del hecho y aun cuando racionalmente lo hiciere, no tendrá la carga subjetiva que tiene una persona con enfermedad terminal, del mismo modo que, una persona cuyo familiar está en situación de ser pasible de una decisión de ese tipo. Sin embargo, son condicionantes también la ideología, la religión, la cultura, entre otros elementos aparentemente externos que se internalizan tanto en la persona que determinan sus decisiones. De hecho, en el caso de Sociedad Peruana de Cuidados Paliativos, se observa una posición inspirada en sus ideas religiosas. Ello es legítimo. Todas las personas que profesamos una religión posiblemente tomemos decisiones bajo influencia de nuestras creencias. Sin embargo, las personas en general, tenemos que tomar decisiones de todo tipo y en todas las circunstancias, por lo que no puede discutirse la validez de un derecho ni la licitud de un acto, bajo la subjetividad de que las ideas externas o las circunstancias propias puedan condicionarlas. Presumir una suerte de incapacidad de hecho a todas las personas en esas situaciones, sí sería una afectación de sus derechos. En el derecho peruano se presume la capacidad, incluso de las personas con discapacidad. Así, una situación de distorsión debe probarse. Lo que sí puede hacerse es asegurar de que la expresión de voluntad sea genuina y se sostenga en el tiempo. En el Caso de Ana Estrada, viene acompañando esta causa y en un último escrito ha adjuntado una Escritura Pública con su declaración de voluntad, en relación de apoyos y salvaguardias y en relación a su decisión de ser asistida en caso que lícitamente le sea permitido. Esa decisión puede ser revocada en cualquier momento, mientras pueda expresar su voluntad.

Enfermedad terminal e ideación suicida.

141. En relación al cuestionamiento de la distorsión de la voluntad en el momento de la enfermedad, es preciso no solo hacer un ejercicio lógico, sino analizar estudios existentes sobre la materia a fin de no caer en solo conjeturas. En efecto, para fundamentar estas cuestiones, si bien los fundamentos parecen muy atendibles, empero, no son respaldados con prueba o data alguna. Ciertamente, no es posible ponerse en situaciones de laboratorio y muchas veces la propia información estadística puede presentar una faz que a primera vista respalda una posición o una tesis, sin embargo, el apoyarse en datos, resulta ser lo más cercano a una actuación probatoria, siendo que, tanto por las características del proceso de amparo, como por el tema en debate, no es posible hacer una actuación y debate probatorio en forma, respecto de cada uno de los elementos en cuestión y que otros temas son de puro derecho.

142. Así; no es posible, en esta causa, hacer un estudio, encuesta o actividad probatoria para determinar cuántas personas de una muestra pueden tomar una decisión en determinada situación de salud, respecto de la eutanasia asistida; nos permitimos tomar como referencia los estudios que sí existen sobre temas relacionados al suicidio en pacientes de enfermedades terminales, considerando este, como el escenario más cercano. Así, tenemos dos estudios, uno en Lambayeque y otro en Arequipa, sobre ideación suicida en pacientes terminales.

"Niveles de ideación suicida. Los pacientes con cáncer de mama en estadíos III y IV, obtuvieron nivel bajo de ideación suicida, evidenciándose en un 100%.

Niveles de ideación suicida según dimensión.

Con respecto a las dimensiones de ideación suicida: actitud hacia la vida/muerte, proyecto de intento suicida y desesperanza, se evidenció 99 % en el nivel bajo y 1% en el nivel medio. En lo referente a la dimensión de pensamientos/deseos suicidas, fue el nivel bajo el cual obtuvo 100%.

Apaza (2012) analizó la ideación suicida con la Escala de Beck en 95 pacientes con cáncer en estadías terminales que recibieron quimioterapia en el Instituto Regional de Enfermedades Neoplásicas del Sur de Arequipa, evidenciándose que 29,47% de los pacientes presentan un nivel alto de ideación suicida. Asimismo, se encontró que las personas con edades comprendidas entre 30-60 años evidenciaron 25% de ideación suicida y los participantes entre los 65 y 80 años, 50% de ideación suicida; de los varones encuestados el 57, 14% presenta ideación suicida y las mujeres 42, 86%" (16).

143. Otro estudio muestra:

Nuestro estudio obtuvo una prevalencia de ideación suicida de 9.8%, lo cual guarda congruencia con lo publicado por Hernández y cols (33) quienes refieren que la ideación suicida en pacientes con cáncer varía entre el 1 al 20%. A sí mismo la prevalencia de depresión en nuestro estudio fue del 45.4% dato que es coherente con el estudio publicado por García (34) donde menciona que la prevalencia de depresión en pacientes con cáncer oscila entre 4 a 58% dependiendo del estadio clínico de la población y de los instrumentos utilizados (17).

144. Es preciso tener presente, las diferencias entre; depresión, ideación suicida, (pensamientos relacionados), intentos, (actos tendientes a eliminarse o autolesionarse), y suicidio propiamente dicho.

"En el Perú, se estima que el 25% de la población sufre de depresión, y que de estos un 15% es considerado como grupo de riesgo de suicidio; además, los motivos de la decisión suicida responden, en su mayoría, a conflictos de pareja y familiares (10-12). La tasa de suicidio ha aumentado de 0,9 en el año 2000 hasta 1,01 en el año 2009 por cada 100 000 habitantes (13,14), mostrando un crecimiento que podría seguir aumentando y que genera la necesidad de estudiar en profundidad sus factores asociados." (18).

De una muestra de 405 personas con sintomatología depresiva, se encontró así que, el 56% no tenía conducta suicida, (ni ideación ni tentativas), un 23% sí tenía ideación suicida; un 10.1% había tenido una tentativa no grave y un 9.9% había tenido tentativas graves (19).

Así, si comparamos las estadísticas de la población general, respecto de muestras en personas con enfermedades terminales, encontramos que, los grupos con depresión, ideación suicida y tentativas son relativamente similares o pueden variar significativamente, dependiendo del grupo, sexo, edad, etc, Esto es que, antes de que una persona pueda tomar una decisión, debería hacérsele un examen de su estado de salud mental y en su caso, disponerse un tratamiento, antes que pueda tomar una decisión, como la que se solicita en esta causa.

Ética médica.

145. El Código de Ética y Deontología del Colegio Médico del Perú, establece:

Art. 72° El médico no debe propiciar el encarnizamiento terapéutico. Ha de entenderse portal, la adopción de medidas terapéuticas desproporcionadas a la naturaleza del caso. El médico debe propiciar el respeto a las directivas anticipadas del paciente en lo referente al cuidado de su vida. El médico no debe realizar acciones cuyo objetivo directo sea la muerte de la persona.

Art. 69° El médico debe rechazar toda solicitud u orden para actuar en contra de la dignidad, autonomía e integridad del paciente, sea que provenga de una persona natural o de una persona jurídica.

No son normas exactamente análogas al artículo 112 del Código Penal. Sin embargo, un médico que incurre en un acto contrario a las normas éticas, podría ser sancionado de acuerdo a su Estatuto. Asimismo, un médico por sus propios criterios éticos, podría negarse a participar de una petición como la de Ana Estrada, aun cuando lo ordenase un Juez e inclusive una ley dictada por el Congreso. Al respecto, deben considerarse dos elementos; a) No existe contravención de las citadas normas del Código de Ética y Deontología del Colegio Médico, b) La participación de un Comité, como el que señala la demandante deberá tener una cláusula de reserva de identidad.

Respecto de las citadas normas debe considerarse, el extremo que se considera que contravendría es la

frase: El médico no debe realizar acciones cuyo objetivo directo sea la muerte de la persona. La Sociedad de cuidados paliativos considera que la asistencia en el suicidio, es una acción cuyo objeto directo es la muerte de la persona. La interpretación, sin embargo, debe tener presente el contexto legal externo, esto es que aún sin la norma ética; a) en la actualidad, ese acto es sancionado y debe entenderse que la norma ética se encuadra bajo ese contexto y b) aun con la inaplicación de la norma penal, podría decirse que no está salvada la norma ética, por lo que es preciso tener presente que, el otro extremo del contexto es que en esa norma ética, es evidente que está regulando la decisión independiente del médico, vale decir, sin que el paciente se lo solicite lícitamente, o cuando el paciente lo solicita por una ideación suicida patológica; empero, si la petición, tiene un fundamento en otros bienes jurídicos que el médico no puede ignorar y que en determinada circunstancia, son de mayor valor que una vida disminuida y dolorosa que debe proteger, en cuyo caso la norma ética queda sin base lógica, pues no es lo mismo que un médico decida por sí y ante sí, aplicar la eutanasia, que, cumplir con la petición de un paciente, que lo hace lícitamente, en uso de una libertad no sancionada penalmente y en uso de derechos como su dignidad, su libertad y su autonomía. Esta es la principal razón por la que en esta resolución hemos sustentado ampliamente los criterios jurídicos, éticos y filosóficos del doble efecto y de los derechos fundamentales inmersos. En general, la eutanasia, es penalmente sancionable, éticamente inadmisible, sin embargo, tanto penal como éticamente, es preciso hacer un análisis de proporcionalidad entre la acción solicitada y las circunstancias especiales de la persona enferma que generan una situación de no punibilidad. En adelante, haremos un análisis de los modelos de interpretación constitucional en los que se enmarca el criterio que se establece en esta resolución, los que incluyen normas de carácter ético.

146. Otro aspecto que debe ser evaluado es que, no hay un límite preciso entre el encarnizamiento y los cuidados paliativos. Ana Estrada ya tiene una traqueotomía, una sonda de alimentación gástrica y se conecta a un respirador, dos tercios del tiempo de cada día; sin contar con los tratamientos y medicinas que consume. De no mediar estos elementos podría sufrir mucho y eventualmente fallecer a muy corto plazo. ¿Se puede calificar ello de cuidados paliativos o encarnizamiento progresivo? El médico así, tendría que escoger entre dos elementos igualmente prohibidos; el encarnizamiento y la eutanasia. Suprimir la respiración, finalmente podría significar una suerte de eutanasia con sufrimiento. Nuevamente, nos encontramos en el debate sobre el principio del doble efecto y su proporcionalidad.

Modelos de interpretación constitucional de la eutanasia y concretamente del suicidio asistido.

147. Tomamos como base la tipología elaborada por Fernando Rey Martínez (20), sobre este tema en el derecho comparado, y que propone cuatro modelos jurídicos, que los denomina; 1) de la eutanasia prohibida, b) de la eutanasia como derecho fundamental, c) de la eutanasia como libertad constitucional de configuración legislativa y de la eutanasia como excepción legítima, bajo ciertas condiciones, de la protección jurídica de la vida.

148. La eutanasia prohibida, es aquel sistema legal en el que existe una norma específica que lo prohíbe, que podría ser de nivel constitucional o legal. De manera que dentro del propio modelo pueden darse variantes y hasta contradicciones.

Como podemos ver, en el caso peruano, está en este modelo con ciertas contradicciones, pues existen los artículos 112 y 113 que prohíben el denominado homicidio piadoso y la instigación y ayuda al suicidio, sin perjuicio del homicidio como figura típica general, en la que en algunas veces pueden subsumirse diferentes formas de eutanasia; lo que formalmente equivale a una prohibición de la eutanasia. Es preciso, sin embargo, señalar que la Constitución Política no lo prohíbe expresamente, puesto que podría darse el caso en el que, en algún país, esté expresamente señalado en este nivel normativo. También tenemos presente que, la Constitución de 1993 en su artículo 1. Inc. 2° establece el derecho a la vida, sin que ello implique que, por ejemplo, el suicidio (Su tentativa) o el duelo sean penalizados; asimismo, en doctrina se entiende como límites al derecho a la vida, el caso de la guerra, la legítima defensa, (Const. art. 2 inc. 23), la actuación conforme al deber de un policía y la pena de muerte, (Const. art. 140), y finalmente la no punibilidad del aborto terapéutico, señalado en el artículo 119 del Código Penal. Así, no es posible interpretar, directamente de la Constitución que, el derecho a la vida sea un derecho absoluto.

149. La eutanasia como derecho fundamental y su fórmula legal; como modelo opuesto al anterior, también recoge en sus constituciones y otras normas el derecho a la vida como un derecho fundamental; sin embargo, se establece una relación con otros derechos fundamentales, como el derecho a la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la integridad y a no sufrir tratos inhumanos y degradantes y la valoración de la autonomía de la persona; derechos sobre los que se construye el derecho a la eutanasia, al suicidio asistido y a la eutanasia activa directa, (por mano de un tercero). Este modelo es acusado de permisivo y excesivo, que podría permitir el uso abusivo del derecho reconocido y que es el mecanismo abierto para la denominada pendiente peligrosa, donde la vida humana pierde su valor y el Estado, prioriza razones económicas inclusive, antes que la vida humana, al establecer razones de costos

de los tratamientos paliativos u operaciones que podrían prolongar la vida. Ciertamente, las acusaciones más graves, no han sido probadas fácticamente, pero está claro que, es el modelo opuesto a la prohibición de la eutanasia y el suicidio asistido. Es importante tener presente que, en este modelo, existe una abundante y estricta legislación y presencia de la acción del Estado en su procedimiento y ejecución, así como un control judicial de los actos, tanto previos como posteriores al acto.

150. Como podemos ver, nuevamente, al caso peruano también puede leerse bajo este modelo, vale decir que, de acuerdo al artículo 1° de nuestra Constitución, la defensa de la persona humana y su dignidad, es el primero entre los derechos fundamentales, al ser el fin supremo del Estado. La lectura constitucional, en relación a la ubicación formal de este artículo de la Constitución, determina la importancia de la dignidad y al punto que precede al derecho a la vida, sin perder de vista que la libertad, en sus diversas expresiones, es también un bien protegido, un derecho fundamental; ubicado en un inciso del artículo 2°; de donde se puede colegir que, por encima de la vida biológica, lo que el Estado protege y promueve es la dignidad de la persona, su libertad, siendo su integridad física (La vida biológica), un aspecto de los derechos de la persona humana. De ello, es que la demandante, precisamente interpreta que debe reconocerse como derecho fundamental, la muerte digna, lo que resulta defendible, empero, conforme señalamos antes, nuestro modelo tiene contradicciones, pues existe la norma penal prohibitiva.

La eutanasia como libertad constitucional legislativamente limitable.

151. No ha sido materia de comentario ni alegación en esta causa. Esta teoría, propuesta en España, (antes de la modificación legislativa), se expone que, en términos teóricos, la muerte digna no se desprende de forma directa de los derechos fundamentales. Cuestiona asimismo que la base del derecho a dar fin a la vida por decisión propia, tenga base en el concepto de dignidad. Señala asimismo que, la dignidad es un concepto muy lato, que es una cláusula muy difusa. Dice por el contrario que el suicidio, en general, es un acto de libertad, si bien no está protegido como derecho. El Poder Público como tal, no puede establecer limitaciones a este acto, en principio por razones prácticas, pues no es posible sancionar al fallecido, pero tampoco lo hace al que lo intentó sin éxito, principalmente porque no hay daños a bienes jurídicos ajenos. Sin embargo, una prohibición de la eutanasia no es una restricción irrazonable ni arbitraria, porque perseguiría evitar riesgos de abuso y esto último sí es un interés público. Se considera así que, el derecho penal, en atención al interés público puede limitar esa libertad constitucional que permita justificar la penalización de la eutanasia activa directa, pero también despenalizarla bajo ciertas condiciones.

152. En este modelo sí habría diferencias de régimen jurídico relevantes entre la eutanasia activa (libertad constitucional legislativamente limitable) y la pasiva e indirecta (que formarían parte del derecho fundamental a la integridad del art. 15 CE).

A lo glosado, añadiremos que, en el caso peruano, existe como derecho del paciente, la posibilidad de rechazar el tratamiento, aun cuando eso lo conduzca a la muerte, de modo tal que, es parcialmente asimilable a esta figura la Eutanasia pasiva que consiste en la inhibición de actuar o en el abandono en el tratamiento iniciado, evitando intervenir en el proceso hacia la muerte y en su caso la eutanasia indirecta, cuando el paciente ha rechazado el tratamiento, pero se le aplican analgésicos que evitan el dolor, pero que eventualmente aceleran la muerte como efecto secundario.

La eutanasia como excepción legítima, bajo ciertas condiciones, de la protección estatal de la vida.

153. Una interpretación que el citado autor propone y que tampoco ha sido debatido en este proceso, empero, siendo una doctrina expuesta en foros académicos, lo analizamos. Consideramos que estos fundamentos son aplicables, en este caso al suicidio asistido o su forma jurídica, muerte digna. Esta tipología, parte de la sospecha, antes que concebirla como derecho fundamental o libertad. El suicidio no es un derecho, es una libertad fáctica no prohibida. En cuanto a la eutanasia activa directa, considera que debe limitarse para evitar el riesgo de abuso, en tanto implica la participación de un tercero que estaría jurídicamente obligado a poner fin a la vida de quien lo solicite bajo ciertas condiciones, por lo que se le consideraría un contenido prestacional administrado y controlado por un órgano del Estado, con controles externos, lo que la haría plenamente constitucional. Así, el Estado protege el bien vida e integridad personal, penalizando la acción, pero estableciendo la excepción bajo ciertos supuestos y condiciones en cuanto a los sujetos de hecho habilitantes y los procedimientos, para asegurar la protección constitucional de la vida, la libertad y el consentimiento.

154. Al igual que en los casos anteriores, observamos que, en el caso peruano, este modelo, es compatible con las normas constitucionales vigentes a excepción del artículo 112° del Código Penal que, no precisa excepción alguna. De lo expuesto en esta resolución, se tiene así que, es preciso tener en cuenta que; el derecho a la dignidad, determina al juzgador, al derecho y al Estado la máxima protección de la dignidad de las personas, del bien jurídico; vida, de la integridad física y psicológica de las personas y si se establecen límites al bien jurídico; vida, estos deben ser excepcionales. Es preciso señalar

que, el citado autor señala que el suicidio no es un derecho, sino una libertad fáctica, con lo que concordamos, sin embargo, el suicidio se puede dar en cualquier situación, solo importa que la persona esté previamente con vida, empero, en el cado de la muerte digna, encontramos que se trata de una condición especial, de afectación de otros derechos fundamentales de la persona, como la dignidad, la autonomía, la libertad, entre otros, situación que es determinante para configurar el nacimiento de un derecho a tomar decisión, sobre el momento, situación o punto en el que la persona, considera que ya no le es más posible soportar y, la sociedad, por intermedio de los profesionales médicos, está en condiciones de verificar un grado extremo de sufrimiento, con lo que es admisible que tome una decisión, dentro de esta excepción a la legalidad. Este derecho, siendo un derecho derivado de otros derechos, mencionados, si bien no llega a ser un derecho fundamental, es uno que permite abrir esta situación excepcional a la protección penal del derecho a la vida.

155. Habíamos ya señalado que, este bien jurídico tiene límites, que estos límites son excepcionales y claramente regulados; así, en el caso de guerra, el Perú está adscrita a varias normas convencionales sobre el derecho a la guerra, en el caso de la legítima defensa, el código penal, establece como límite el principio de proporcionalidad, en el caso de la pena de muerte, se tiene como excepción la traición a la patria en caso de guerra exterior, asimismo; son excepciones el uso de la fuerza letal por parte de los órganos del Estado, como la policía, en protección a la seguridad pública, cuya acción puede ser impune, (Un policía que da muerte a un delincuente en una situación de peligro, lo hace bajo el principio de la extensión del principio de legítima defensa), siempre bajo criterios de proporcionalidad, la figura del duelo a muerte, principalmente por desuso, las especiales situaciones del aborto terapéutico, que solo lo puede practicar personal médico, en circunstancias precisas, hecho que, igualmente no es un derecho, sino una excepción como la situación de no punibilidad de las aplicaciones médicas de doble efecto. Del mismo modo, la eutanasia activa directa, no puede ser un derecho fundamental, sino que solo algunas de sus excepcionales circunstancias puede ser no punible, estableciéndose debidamente la proporcionalidad de las circunstancias de excepcionalidad, por situación extrema, a fin de proteger otros derechos de la persona, como el enfermo que sufre una enfermedad terminal o incurable que le causa extremo dolor o limita su vida radicalmente, al punto de afectarse sus derechos a la dignidad, la autonomía, al libre desarrollo de su personalidad, como es el caso que nos ocupa.

Paternalismo.

156. Señalamos que, de acuerdo con nuestra Constitución Política, el fin supremo de la sociedad y del Estado, es la persona humana y el respeto de su dignidad; ello implica la obligación del Estado de proteger estos bienes jurídicos, siempre que no se afecten estos mismos bienes jurídicos, por lo que debe hacerse en libertad que, es otro de los bienes jurídicos esenciales. Sin embargo, las leyes en algunos casos han establecido que esta protección puede coaccionar al individuo, lo cual debe hacerse muy excepcionalmente. A ello se le ha llamado paternalismo. Dworkin hace una clasificación de este fenómeno político y jurídico de acuerdo a su grado (21) y, considerando su doctrina general, es claro que no se trata solo de una descripción, sino que toma posición por el mayor grado de libertad. Todas las sociedades realmente existentes, empero, han recurrido a algún grado de paternalismo para organizarse, creando diversos mecanismos como la seguridad social; normas de tránsito, como el casco del motociclista y el cinturón de seguridad de los pasajeros del automóvil, bajo sanciones diversas, desde medidas administrativas hasta la legislación penal, lo que implica un grado de intervención en la libertad del individuo. En el caso de la protección de la vida, se establecen las penas más severas, considerando el bien de mayor importancia, sin embargo, se han despenalizado algunas figuras como el Duelo, principalmente por desuso; pero en el caso del homicidio piadoso, más bien se ha establecido como figura típica, a partir de 1991 en que se promulga el actual código, cuando el de 1924, solo se sancionaba, en caso de móvil egoísta. Al respecto debemos señalar que; conforme al análisis, visto líneas atrás, la casi inexistente casuística de este tipo penal, hemos considerado varias posibilidades; entre ellas la del desuso, que las causas concluyan en etapas preliminares, (Principio de oportunidad),Etc, pero, aún en el caso de la clandestinidad o criptanasia, es menester una nueva regulación; la norma, hasta donde y como la tenemos, resulta entonces, pura e ineficazmente paternalista. Ante esta situación podremos decir que, puede subsistir el paternalismo cuando, por ejemplo, el ejercicio de la autonomía o la libertad no son comprobables.

157. Nos explicamos; el Estado, sin ser su titular, está en la obligación de proteger el bien jurídico, vida, aún en contra de la voluntad de su titular si este está afectado precisamente en su voluntad, como en el caso de las personas con enfermedades mentales donde, lo que se requiere es tratamiento médico. Hemos señalado que, es un derecho fundamental el libre ejercicio de su capacidad de parte de las personas con discapacidad, sin embargo, está claro que, como dice Atienza; ello debe hacerse; "en la medida de lo posible" (22), considerando que debe respetarse y promocionarse su voluntad, empero, tanto la figura de los apoyos, como de los casos de protección en crisis, debe hacerse una conjugación fina, entre la voluntad de su titular y la protección; rol que debe ejercer la sociedad y el Estado. Por ello, está claro que

la discapacidad, por sí misma, ni es causal de eutanasia, ni de protección de un derecho a muerte digna, por lo que el Estado, debe cumplir su rol paternalista, también "en la medida de lo posible". De hecho, existen otras situaciones más, en las que el paternalismo debe subsistir; sin embargo, en situaciones donde la libertad y la razón de la persona no está afectada, esta debe ser respetada, precisamente porque es el uso de su libertad y autonomía. Es preciso señalar que, hay en nuestra legislación, otros casos de libertad fáctica o no penalización como, el suicidio o el duelo, figuras no son punibles por razones diferentes al caso del suicidio asistido o muerte digna que tiene características, razones y fines distintos.

158. Sobre la acepción del término de dignidad en relación a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, Manuel Atienza dice:

"...las cosas que no pueden ser objeto de apropiación, porque, por esencia, son cosas de nadie: las cosas sagradas, religiosas o santas, como las murallas y las puertas de la ciudad. Y así, la idea de que la persona es un fin en sí mismo —que tiene dignidad— significa que no puede pertenecer a nadie; ni siquiera, digamos, a su portador..." (23).

159. El respeto, protección y promoción del derecho a la vida, en nuestra sociedad es necesaria. Nuestra historia jurídica, política y social es más bien una tradición de poco respeto. En nuestro pasado político reciente, hemos tenido una guerra interna y fratricida, donde la violencia de organizaciones terroristas no respetó este derecho fundamental, ni aun los derechos de la guerra y, del otro lado, generó una respuesta del Estado, también violenta y de poco respeto a la vida. Sabemos además que, este último fenómeno político, tuvo bases en una historia de violencia, desde tiempos coloniales y que, lamentablemente no ha acabado. No se trata de una violencia ejercida solo, por organismos políticos, sino que está inmersa en la sociedad misma. Según cifras del Banco Mundial (24), en el Perú se tiene una tasa de 8,2 homicidios intencionales por cada 100,000 habitantes, (2017), frente a 0,8 por cada 100,000 habitantes en los Países Bajos, en el mismo año, (Diez a uno de diferencia proporcional, en un lugar donde la eutanasia tiene la legislación más liberal). El INEI25 en el 2018, registró 2,452, de ellos 150, se consideraron feminicidios. Por ello es necesario una vigilancia extrema del derecho a la vida pues, pueden ser causa de abuso, por lo que, en democracia, debe regularse y garantizarse el uso y despenalización de toda figura que se despenalice o autorice, con los mecanismos y protocolos que sean necesarios, esto es, con los límites que el derecho penal debe imponer. Es, bajo estos criterios que, el suicidio asistido, debe considerarse como una libertad constitucional legislativamente limitable, posición distinta a la posición de la demandante que solicita se considere como un Derecho Fundamental; sobre lo que manifestamos una posición, es decir que como todas las libertades, es un derecho, pero siendo limitable, (contrario a ser promocionable) y derivado, no llega a ser un derecho fundamental.

¿Criptotanasia?

160. Se conoce así, a la realización encubierta o clandestina de prácticas de eutanasia, tanto a petición de los pacientes como sin ella. A efectos de esta resolución, no existiendo un registro formal ni confiable; se ha buscado jurisprudencia o casuística de aplicación del artículo 112 del Código Penal Peruano, primero en libros de la especialidad penal, donde puede ubicarse abundante casuística por cada uno de los artículos del citado código; se ha utilizado buscadores habituales de la internet y el Sistema informático del Poder Judicial y finalmente se ha consultado a algunos Magistrados del área penal, Jueces y Fiscales, sobre casos en esta materia, todo lo cual nos ha sido infructuoso. No se duda que existan casos poco comunes o bibliografía muy especializada que la contenga; sin embargo, es preciso señalar que no es común, no es abundante, que nos permita hacer un análisis de casos concretos para analizar las posibilidades fuera de lo estrictamente doctrinario y teórico, pues pese a que muchos juristas han tratado el tema, (aquí citados varios),y en numerosas tesis sobre despenalización que hemos encontrado, sin embargo, ninguno de los que hemos tenido acceso, adjunta un caso en concreto. De lo que podemos colegir varias posibilidades: a) Nunca o casi nunca se ha cometido este delito desde 1991, fecha de promulgación del Código Penal vigente, ni por particulares ni personal médico, lo cual debe considerarse muy extraño, (Delito huérfano), b) Los casos que hayan ocurrido han sido concluidos en el estadío procesal del Principio de Oportunidad, situación más posible, si no está la presunta víctima para que reclame, los familiares podrían optar por un arreglo económico y la pena conminada lo permite y c) Los casos han sido tramitados bajo otros tipos penales, como el homicidio simple, posibilidad más plausible, en tanto es difícil probar la petición expresa. Precisamente, en esta situación, nos ha sido facilitado un único caso. (R.N N° 2507-2015 Lima, de la Sala Penal Permanente. 10 de enero de 2017).

"3.1.2. Al respecto, este Supremo Tribunal considera que la pena determinada por el Colegiado Superior es acorde a derecho, en el presente caso, por las siguientes consideraciones. Es indudable que la muerte provocada por el hijo de la occisa no fue un acto abyecto, cruel o motivado por un móvil pueril, despreciable o fútil. En el contexto, en el que se produjo la muerte debe asumirse que el sentenciado fue llevado por una actitud desesperada. El sentenciado es una persona de responsabilidad restringida, no tiene antecedentes penales, nunca mostró actitudes contrarias a la observancia de la norma. Está probado

que su madre le pidió expresamente que le pusiese fin a su vida. Ciertamente, esta Suprema Corte no está reconduciendo el tipo penal de homicidio piadoso, pero puede soslayar que en puridad, había un pedido constante y apremiante de parte de la víctima...” (26).

161. El caso, se habría tramitado bajo la tipificación del artículo 107 del Código Penal, (Parricidio), cuya pena máxima es de quince años, empero, considerando la edad del sentenciado, (18 años), y las circunstancias especiales, contempladas en el caso, pues la madre sufría de una enfermedad en estado terminal, estaba probado que reiteradamente había pedido a su propio hijo, que pusiese fin a su vida. El sentenciado no tenía antecedentes penales, ni se observaba un móvil distinto; la Corte Suprema, sin realizar una reconducción del tipo penal, es decir cambiar el tipo penal, como tampoco lo habían hecho las instancias previas; decide ratificar la pena dictada por debajo del mínimo y, además, una pena suspendida.

162. Así, esta judicatura considera que, existe la posibilidad de una situación de hecho en la que se ejecuta la Eutanasia o el suicidio asistido, no contabilizada o subrepticia, criptanasia o criptotanasia, pues casi todos los tipos penales de nuestro Código tienen abundante casuística que citar y personas que han sido penadas por estos delitos, sin embargo, resulta extraño que en este tipo penal no encontremos suficiente casuística que analizar, pues diferentes ejemplos habrían permitido ilustrar en qué casos, es razonable la inaplicación, por su inconstitucionalidad y en qué casos, debiera estar protegido por el derecho penal.

Pendiente resbaladiza.

163. La idea de considerar la muerte digna como un derecho, (aunque no fuere un derecho fundamental), y aunque lo sea en casos absolutamente limitados, podría ser pasible de una crítica frecuente que considera que se incrementa la probabilidad de que también sea establecida como derecho o legalizada en otros casos más dudosos, al punto de establecerse sistemas de abuso como el de la Alemania Nazi o tan extensos como el de Holanda, donde supuestamente existiría ya un abuso. En el citado libro de Dworkin, ya había expuestos sus puntos de vista sobre este tema; señalando que precisamente una adecuada regulación evitaría caer en los extremos, que definir reglas dejando claro los casos para el futuro, lo que es preferible que abandonar a las personas que ahora lo requieren, a quienes además se les hace más daño al no aplicar la eutanasia, que asimismo, en los casos de pacientes que no hubieran expresado su deseo sobre este tema, deben pasar por un examen probatorio muy severo, entre otras razones. A lo glosado, consideramos adecuado añadir que, en el presente caso, no se está debatiendo la eutanasia propiamente, sino el suicidio asistido. La diferencia es realmente sustancial en tanto, en la eutanasia pura, no importa o se presume la voluntad del sujeto pasivo, mientras que, en la muerte asistida o muerte digna, implica necesariamente la voluntad del sujeto del derecho, que es sujeto activo y pasivo a la vez porque sin su decisión no es posible aplicarla ni concebirla como un derecho de ningún tipo. No es posible presumir la voluntad.

De otro lado, hemos señalado en el caso peruano que, el número de casos judiciales de aplicación del artículo 112 del Código Penal es casi de cero, lo que evidenciaría, bien una situación de criptanasia o bien que la norma es innecesaria por desuso. En cualquiera de los casos, requiere un pronunciamiento jurídico o una nueva legislación.

Test de proporcionalidad.

164. El Tribunal Constitucional, ha señalado que, para evaluar la constitucionalidad de una norma o acto basado en norma, es necesario hacer un análisis, teniendo como instrumento el test de proporcionalidad, que tiene como base el principio del mismo nombre. Este principio, surge en el derecho penal a partir de la prohibición del exceso y como un criterio de limitación del exceso de poder y arbitrariedad de las autoridades y policía. Como derecho fundamental, se inicia también en la ley antes que en la constitución. El supremo intérprete, sobre el particular dice en la Resolución N° 050-2004-AI/TC:

“El test de razonabilidad es un análisis de proporcionalidad que está directamente vinculado con el valor superior justicia; constituye, por lo tanto, un parámetro indispensable de constitucionalidad para determinar la actuación de los poderes públicos, sobre todo cuando esta afecta el ejercicio de los derechos fundamentales. Para que la aplicación del test sea adecuada, corresponde utilizar los tres principios que lo integran, estos son; el principio de idoneidad o adecuación; por el que debe considerarse que, toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo, suponiendo dos cosas: primero, la legitimidad constitucional del objetivo y, segundo: La idoneidad de la medida sub examine. El principio de necesidad significa que, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado. Requiere analizar, de un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo, y, de otro, el menor grado en que este intervenga en el derecho fundamental. Por último, el principio de proporcionalidad strictu sensu; por el que se entiende que, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de esta debe ser por lo menos equivalente o proporcio-

nal al grado de afectación del derecho fundamental, comparándose dos intensidades o grados: el de la realización del fin de la medida examinada y el de la afectación del derecho fundamental".

165. Con lo señalado en esta resolución, respecto de la opinión de diversos juristas sobre el tipo penal de Homicidio Culposo, introducido en el Código Penal de 1991 y considerando que el Código Penal de 1924 solo castigaba la ayuda al suicidio cuando el móvil era egoísta, tenemos que, la mayoría de los tratadistas dicen que; es inconstitucional porque afecta el derecho a la dignidad de la persona que lo solicita, en tanto, el sufrimiento extremo destruye fácticamente la libertad, la autonomía y el derecho de dignidad de la persona, principalmente en su faz de no ser tratado con crueldad ni humillación. Veamos así.

166. Idoneidad. Este sub principio, exige que la restricción o medida tomada sea la más idónea para lograr el fin perseguido. El bien jurídico protegido en este delito es la vida humana, de acuerdo a su ubicación en la estructura de nuestro código Penal, junto con los otros delitos de homicidio. Los juristas citados dicen que se debió tomar en cuenta que, si bien este bien jurídico es de capital importancia en nuestro sistema jurídico, desde la Constitución, debió ponderarse que la dignidad estaba también en ese nivel y analizando su ubicación, la dignidad está antes que el bien jurídico, vida.

167. Si bien no es posible hacer una analogía simple, como en el caso de otros bienes, como el caso de la propiedad, donde si se le sustrae a su titular, en contra de su voluntad; es delito, (Robo, apropiación, hurto), si la transferencia se hace con la anuencia del titular, es un contrato, (Venta, donación, etc), o la libertad sexual, si es contra la voluntad de su titular es delito, (Violación), y con su anuencia deja de serlo; sin embargo la solicitud del bien jurídico vida, debe ser analizado con un criterio de proporcionalidad, puesto que no toda petición de ayuda al suicidio puede ser razonable, ni toda ayuda a esa petición puede ser impune; especialmente si el móvil, como lo sancionaba el código de 1924, es un móvil egoísta y considerando que el Estado debe proteger muchos bienes jurídicos, aún en contra de la voluntad de su titular, entre ellos la vida y la propia dignidad. En este punto, reiteramos /y concordamos), lo señalado por Manuel Atienza, en el sentido de que, algunos bienes jurídicos, como la propia dignidad, la libertad, la vida humana y demás derechos fundamentales, si bien tienen un portador o titular, esa titularidad no es exclusiva. No es como un bien mueble o inmueble, sobre el que su titular puede disponer e inclusive destruir o donar si así lo desea. Estos son bienes de todos y el Estado tiene obligación de protegerlos, lo cual no quiere decir que sea el Estado su titular, pero en tanto representa a la sociedad, es preciso que respete, proteja y promueva por su esencialidad. Así, es nulo el contrato, (por el interés público), que disponga de la dignidad de la persona aun cuando lo firme su titular, del mismo modo, el que disponga de su libertad, (esclavitud), o disponga la vida. De este modo, la intervención de su propio titular, como del Estado, en cada uno de estos bienes, solo puede ser limitable de manera excepcional, pero también el paternalismo ejercido con base a esa obligación, no puede llegar a extremos donde afecte de manera desproporcionada los derechos de la misma persona que protege. El Estado protege la libertad de las personas, pero somete a cárcel a quien afecte derechos ajenos, protege la vida de las personas, pero no podría tener desprecio del dolor extremo del portador de esa vida, al punto de impedirle acabar su dolor, acabando su vida.

168. Hemos observado en otra parte de esta resolución que, es muy escasa en nuestra jurisprudencia la casuística de este delito, de donde señalábamos que podrían surgir varias hipótesis; la primera que nunca o casi nunca se comete este delito, lo que significaría que el tipo penal es innecesario, pues no tiene sentido sancionar algo que no ocurre; otra hipótesis es que el tipo penal sea suficientemente disuasivo, lo cual es poco probable, pues en delitos cuyas penas son mucho mayores, la disuasión es irrelevante si existen incentivos contrarios. La tercera hipótesis es que existiría un número de delitos que no generan jurisprudencia formal, porque concluyen en las etapas básicas del proceso, como el principio de oportunidad, hipótesis que es más factible en tanto, la familia podría acceder fácilmente a un acuerdo de reparación civil y que la pena señalada para el delito lo permite, pero ello aparentemente es también poco frecuente, (Se corrobora de averiguaciones realizadas por el suscrito), finalmente, es más probable que exista un número no contabilizado de este delito, conocido como criptanasia o criptotanasia, que queda dentro de la familia o en las instalaciones de hospitales, lo cual podría ser más bien peligroso, pues no es posible probar si realmente existe una petición de la persona enferma o el pedido se da en situaciones en las que podría estar afectada la voluntad o la expresión de voluntad.

169. De lo expuesto podemos concluir que; a) La tipificación, técnicamente y principistamente, no es idónea, en tanto existe contradicción con otros derechos fundamentales; asimismo, la codificación precedente solo sancionaba esta figura cuando el móvil era egoísta, lo que contradice la tendencia despenalizadora en la jurisprudencia internacional, sin que hubiera una motivación fáctica, (muchos casos o delitos) o teórica que, sostenga la medida; considerando que, al sancionar se ha sacrificado otros bienes jurídicos, (dignidad, autonomía), para proteger el bien jurídico vida, frente a la solicitud de su titular que se encuentra en una situación de salud extrema y dolorosa; consideraciones que permiten señalar que esta intervención no es del todo idónea.

170. Es preciso añadir además que, en cuanto a la idoneidad, el tipo penal es por demás impreciso; así, pone como sujeto pasivo a la persona al enfermo incurable, categoría discutible pues son incurables numerosas enfermedades no necesariamente mortales, (Hipertensión, diabetes, etc) que, asimismo, es una contradicción considerar sujeto pasivo a quien realiza una actividad, esto es, realizar la petición expresa y consciente, lo que lo convierte en sujeto activo/pasivo. Aun cuando el verbo rector del delito es matar, en la petición expresa, está implícito el acto suicida, que es matarse a sí mismo.

171. Necesidad. Este sub principio de necesidad, exige examinar si existe algún medio alternativo disponible que permita alcanzar la misma finalidad, en la misma medida, pero con una restricción menor para el derecho afectado. Nuevamente considerando el bien jurídico, vida, debe pensarse que el Estado tiene varias formas de intervención además de la legislación penal, esto es, en qué otra vía puede ser más razonable o menos perjudicial, su regulación, como ocurre en otros países, donde al suicidio asistido es legal, siempre que su ejecución se haga bajo mecanismos y garantías del propio Estado.

172. El Estado, en efecto tiene la obligación de proteger la vida de la persona, incluso contra la voluntad de su titular. Así, en el caso de las personas con depresión, que presentan riesgo suicida, debe acudírseles con tratamientos preventivos, con un sistema de soporte y no es posible admitirse una petición de ellas.

173. Además de la despenalización de esta acción, encontramos que existen alternativas a la penalización, por medios no necesariamente disuasivos o de castigo; tales como un buen sistema de soporte médico de tratamiento paliativo del dolor, que aunada a la cultura social de respeto a la vida y temor de Dios, puede hacer que, muchos enfermos, inclusive en situación de solicitarlo, pueden estar dispuestos a soportar su agonía; de este modo, en caso de una despenalización legal, debería legislarse necesariamente junto con una normatividad que promueva el tratamiento paliativo, otra alternativa podría ser, una mayor limitación del tipo penal, esto es que solo se sancione el hecho ocurrido fuera del servicio de sanidad, es decir que esté prohibido hacerlo por cualquier persona a menos que sea un médico dentro de un establecimiento autorizado y con un protocolo adecuado.

174. De lo expuesto así, podemos decir que la sanción penal, además de ser poco eficiente, como señaláramos líneas atrás, existen alternativas a la ley penal para proteger la vida de la persona enferma aún en contra de su voluntad, (que debe darse en los casos de enfermedad mental, por ejemplo), antes que una medida extrema de sacrificio de otros bienes jurídicos igual o más importantes que la propia vida, dentro de nuestro sistema de derechos fundamentales.

175. Proporcionalidad en sentido estricto. Este último sub principio exige analizar los derechos y principios que han entrado en conflicto para determinar cuál de ellos tiene un peso mayor según las circunstancias específicas, y, por tanto, cuál de ellos prevalecerá sobre el otro y decidirá el caso.

176. La demanda ha fundamentado sus pretensiones en la afectación del derecho a la dignidad, primerísimo de los derechos considerados en nuestra constitución y en nuestro sistema jurídico en general, así como normas internacionales como la Carta Americana de Derechos Humanos en su artículo 11°, la Carta de la Organización de Naciones Unidas en su Preámbulo, la Declaración Universal de los Derechos el Hombre de 1948, entre muchas otras. Se han fundamentado asimismo derechos relacionados con la libertad o el libre desarrollo de la persona humana y la autonomía; frente a ello, el Código Penal tiene como bien jurídico protegido en el artículo 112° a la Vida de la persona humana, aún contra la voluntad de su titular.

177. La demandante sostiene así que, a partir los derechos enunciados, se puede construir la muerte digna, como un derecho con la categoría de derecho fundamental, exponiendo que, una vida biológica, sostenida más allá, no solo de la voluntad de su titular, sino de lo que humanamente es sostenida, como un goce, sino más bien con dolor, con tratos humillantes y crueles, a partir de una enfermedad incurable, discapacitante, degenerativa, progresiva e irreversible, es una vida en al que la dignidad, como derecho ha sido afectada, surgiendo con ello, la necesidad de hacer uso de su derecho a la autonomía y del libre desarrollo de la persona, para poner fin a ese sufrimiento, como un acto de control de su propia vida; lo que se configura como una muerte digna, por lo que solicita la declaración judicial de este derecho.

178. Bajo ese fundamento, expone que su especial situación no le permitiría, además hacer uso de su derecho por sí misma, esto es que no le sería posible poner fin a su vida, (mediante el suicidio), pues la enfermedad la ha postrado en una situación de dependencia que siendo progresiva, hará que se haga más dependiente todavía, al punto que necesitaría de la asistencia de un tercero, para ese acto final; empero, lo requerido está penado en nuestro sistema penal, lo que podría ser suficientemente disuasivo para no poder acceder a esa ayuda, además que, ella misma no quisiera que nadie resulte afectado en sus derechos, con la comisión de un delito; por lo que solicita la inaplicación del delito, a efectos de acceder a esa ayuda, cuando así lo considere, pues ello también sería parte de su derecho.

179. En el desarrollo de esta sentencia, hemos, tomado posición respecto de estos fundamentos y concretamente, respecto de la muerte digna. Sostenemos así que, en efecto, la dignidad es un derecho funda-

mental de primerísimo orden, reconocido también en casi todos los sistemas jurídicos del mundo y que, puede anteponerse al derecho a la vida inclusive, si se considera que el derecho a la vida humana tiene límites, establecidos en la propia ley, mientras que la dignidad, es un derecho que no debería tener límites aceptables en el derecho; sin embargo, no es posible sostener que uno sea excluyente del otro, pues la vida biológica es base para el nacimiento del derecho a la dignidad, aun cuando la dignidad pudiera extenderse hasta más allá de su existencia biológica. Asimismo, consideramos que la dignidad, como derecho, se ha tomado principalmente desde la óptica de la razón, sin embargo, este derecho, es tan inherente al ser humano que son tan dignos aquellos que poseen la razón, como aquellos que la han visto afectada, por alguna discapacidad; fundamento que es recogido por la Convención de los derechos de las personas con discapacidad; no sin reconocer que la razón, es la medida o referencia del uso del derecho a la dignidad, la autonomía, la libertad y muchos otros derechos, pues solo en el momento que se es consciente de todo ello, puede el ser humano hacer uso total y efectivo de estos derechos, pero que debe promoverse el uso y defensa de la autonomía, también de las personas con discapacidad. Precisamos que, en el caso de Ana Estrada, debe considerarse su dignidad y su derecho, más allá del uso que pueda tener de ella, esto es que, seguirá siendo digna para todo efecto en nuestra sociedad y el Estado, más allá de su discapacidad y aún de la eventual pérdida de su raciocinio. Pero, en la medida que, su razón, es el referente o medida de sus derechos, debe reconocerse también su autonomía y su autopercepción de su dignidad, pues la dignidad, si bien es inherente a la persona; desde el derecho y desde el respeto de la sociedad; es también un bien que debe ser percibido por la propia persona que, debe ser dirigido por ella misma para que realmente exista. Así, la discapacidad y el sufrimiento por causa de la enfermedad y la discapacidad puede afectar el derecho a la dignidad, pero solo en su faz de la autopercepción, más no en la faz externa; por consiguiente; debe existir un espacio de disposición de su titular, en uso de su libertad fáctica y jurídica. El Estado, en el caso del suicidio, si bien tiene el deber de protección del bien jurídico; vida, aun en contra de la voluntad de su titular, sin embargo, no puede perseguir a su propio titular, en caso afecte su propia vida, por una cuestión puramente práctica, si logró su cometido, de morir; pero tampoco lo hace, ante el intento fallido de suicidarse; no solo por una cuestión de política criminal, sino porque debe respetar en ese extremo la autonomía de la persona humana y porque no hay afectación directa de bienes de terceros. En el caso de la muerte asistida, existiendo una causal distinta al suicidio puro, que es el principio de solidaridad con el dolor ajeno en casos extremos, como el que nos ocupa, esa libertad fáctica pasa a ser un derecho que permite la limitación de esa obligación de protección del Estado, un límite también a su legitimidad para perseguir el delito y una obligación de viabilizar, dentro de un sistema de garantías y atención prestacional.

180. Así, esta judicatura ha considerado que, existe un derecho a una vida digna y consecuentemente a una muerte digna; sin embargo, no puede considerarse un derecho fundamental. El suicidio, no es un derecho, es más bien una libertad fáctica. La muerte digna, es un derecho, es evidente que puede derivarse del propio derecho a la dignidad; pero, siendo un derecho derivado, que asimismo su nacimiento está supeditado al nacimiento de la vida misma, que no es un bien jurídico absolutamente disponible, que configurado como lo ha expuesto por la propia demandante y como lo entiende esta judicatura, tiene límites intrínsecos y que en gran parte de los casos, el Estado está obligado a proteger este derecho, pero no a promoverlo; debe considerarse que el derecho a la muerte digna, sin ser un derecho fundamental, da lugar a que exista una excepción legítima, de no punibilidad, bajo ciertas condiciones, de la protección estatal de la vida.

181. Así, bajo el análisis del sub principio de proporcionalidad strictu sensu, la muerte digna, no es una eutanasia pura, no es un derecho fundamental, en la medida de otros derechos, como la propia dignidad, la libertad, la vida, entre otros que son esenciales, inviolables, reconocidos universalmente y consagrados en el caso de nuestra Constitución de forma expresa o que pueden configurarse por su esencialidad. Un derecho fundamental debe ser protegido y promovido por el Estado. La muerte digna es un derecho derivado de la dignidad; derivado a su vez de la fase interna de autopercepción de la persona humana, a partir del uso de su decisión autónoma, como tal debe ser protegida, pero no podría ser promovida, en tanto que podría afectar la libertad de ejercerla, cuanto por que se genera un conflicto con su deber de proteger la vida. El derecho a la dignidad, debe entenderse desde su faz de no ser víctima de tratos crueles e inhumanos y del uso de su libertad, en situaciones en que la libertad física puede estar afectada por la enfermedad, incurable, degenerativa, progresiva, en situación terminal, e irreversible, como la concreta situación que devendría del agravamiento progresivo de la condición de la beneficiara de esta demanda, doña Ana Estrada Ugarte, situación que permitiría, considerar que la intervención del Estado mediante el tipo penal del artículo 112 del Código Penal es, en su caso, excesivo, no es proporcional al derecho que protege, pues afecta derechos fundamentales de esta persona, por lo que debería inaplicarse, siempre que sea el mismo Estado, el que garantice que no se suprimirá la obligación genérica de proteger la vida humana, por lo que deberá hacerse, siempre que se cumpla determinado protocolo para su determinación y ejecución.

182. Así, se tiene que el sujeto activo del delito de homicidio piadoso, regulado en el artículo 112° del Código Penal, es cualquier persona que mata a una persona, teniendo como móvil la compasión o piedad, de quien se lo solicita. Es preciso, empero, desagregar al sujeto activo, pues no es lo mismo que lo haga un familiar, que un tercero ajeno, un médico, ni que se haga en un contexto de eutanasia pura y menos de muerte digna. En el caso del médico que actúa en un contexto de ilegalidad, podría considerarse que la afectación es mayor, en tanto es garante de la salud y vida del sujeto activo/pasivo; el familiar podría tener intereses en conflicto y el tercero ajeno podría tener motivaciones distintas a la compasión.

183. Así, debe considerarse que, el acto realizado por cualquier persona, es ilegal, en tanto no garantiza la autenticidad y firmeza del pedido de la víctima, no se garantiza que exista un abuso, ni que se ejecute con un procedimiento no doloroso. De este modo, si el acto es ejecutado por cualquier persona la norma, aun cuando pudiera afectar el derecho de la persona enferma, podría seguir siendo constitucional, pues garantiza que no se abuse ni que exista un móvil egoísta.

184. Por el contrario; si se acredita, de manera previa y mediante un mecanismo o protocolo legal que garantice, la firmeza y autenticidad del pedido del sujeto activo/pasivo, debe considerarse que se acredita el derecho de este. Asimismo, si quien ejecuta actúa se ejecuta lo hace bajo la autoridad y control institucional y es además un profesional médico o un equipo médico, debe considerarse que se garantiza la ausencia de un móvil egoísta y la aplicación de la decisión de muerte digna, de manera que no sea dolorosa, (o que sea lo menos dolorosa y menos prolongada posible), a fin de que no afecte física ni psicológicamente, así como que se respete la dignidad del sujeto activo/pasivo y de su familia. En este último caso y solo en este caso, podría considerarse que la muerte digna es constitucional y por tanto, es procedente y fundada la inaplicación de la norma penal.

Pretensiones subordinadas.

185. La demandante ha solicitado en el punto "C" de sus pretensiones que, se ordene al MINSA y EsSalud, respetar su decisión de poner fin a su vida a través del procedimiento técnico de la eutanasia; mediante la acción de un médico de suministrar de manera directa (oral o intravenosa), de un fármaco destinado poner fin a su vida, u otra intervención médica destinada a tal fin. En consecuencia se disponga a EsSalud, conformar de manera inmediata una Junta Médica interdisciplinaria que deberá iniciar sus funciones dentro de los 7 días siguientes de consentida la resolución judicial, para:

a) La elaboración de un plan que se aplicará en la fecha que la Señora Ana Estrada decida el cumplimiento de su muerte en condiciones dignas, a través de la eutanasia; lo que implica el tipo de procedimiento, el proceso de acompañamiento a la paciente y a su familia, antes y después del acto final, b) Un protocolo de ejecución del procedimiento de ejecución propiamente dicho que especifique los aspectos asistenciales y técnicos de la decisión tomada y la designación de los profesionales médicos que se encargaran de la ejecución de la eutanasia, c)Brindar condiciones administrativas, prestacionales y sanitarias para el ejercicio del mismo acto.

Este plan y protocolo, deberá ser aprobado por otra Comisión Interdisciplinaria del MINSA.

Respecto de estos puntos, habiéndose considerado que el procedimiento de Muerte digna, es un derecho; genera una excepción legítima, bajo ciertas condiciones, de la protección estatal de la vida y que el artículo 112 del Código Penal, en efecto, afecta derechos fundamentales, tal como está fundamentado; en consecuencia, es razonable que se estime la pretensión. Asimismo, se tiene presente que EsSalud es la institución que está obligada a otorgar el servicio prestacional de salud a la asegurada Ana Estrada Ugarte, cumple con los requisitos de institucionalidad necesarios para excluir la posibilidad de un móvil egoísta y puede conformar médicos que cumplan tal finalidad. Asimismo, debe considerarse que, si bien la institución puede designar médicos para actos médicos comunes, siendo este uno de carácter especial, es preciso que la aceptación del médico o médicos, no tenga el carácter obligatorio, que los nombres de los mismos sean reservados, tanto de quienes lo acepten como de quienes lo rechacen, salvo que los propios médicos que decidan aceptar lo autoricen.

Asimismo, se tiene claro que, el Ministerio de Salud es el órgano estatal que tiene a su cargo la protección de la salud y la vida de los ciudadanos, así como de las políticas generales; por esta razón, es la instancia que dirige, aprueba o elabora directivas, políticas y planes sectoriales y específicos; como así lo ha señalado la Procuraduría, por lo que es esta la institución que debe aprobar el plan y protocolo de cumplimiento de los derechos de la ciudadana Ana Estrada Ugarte. La Procuraduría ha señalado, sin embargo que, no existiendo una ley que señale la legalidad del procedimiento de eutanasia, no podría elaborar planes, directivas u otros documentos; empero, esta judicatura ha sustentado que, de acuerdo a la interpretación de la Constitución y demás derechos fundamentales invocados, existe la necesidad de inaplicación excepcional del artículo 112° del Código Penal, para que no se afecten derechos fundamentales de la ciudadana y se cumpla con su derecho en particular y, que existe el derecho de la misma a que pueda ejercer este acto en uso de su autonomía; en consecuencia, tanto el Ministerio de Salud, como EsSalud, están obligadas a

cumplir con sus propios fines y con el derecho de los ciudadanos y sus pacientes, siendo que es elemento central del derecho a la dignidad, el no ser sometido a tratos crueles e inhumanos, aspecto que ha sido acogido en esta sentencia, para interpretar la existencia tanto del derecho de la ciudadana, como la necesidad de su cumplimiento por medio de sus instituciones.

Por estos fundamentos, el 11° Juzgado Constitucional de Lima, con sub especialidad en asuntos tributarios, aduaneros e Indecopi; con las facultades conferidas en la Constitución Política del Perú, resuelve: Declarar fundada en parte la demanda interpuesta por la Defensoría del Pueblo, en beneficio de doña Ana Estrada Ugarte, contra el Ministerio de Justicia, el Ministerio de Salud y el Seguro Social de Salud del Perú, EsSalud, al considerarse afectados los derechos a la dignidad, autonomía, libre desarrollo de su personalidad y de la amenaza de no sufrir tratos crueles e inhumanos. En consecuencia, consentida que sea la sentencia; se dispone que: 1. Se inaplique el artículo 112° del Código Penal vigente, para el caso de doña Ana Estrada Ugarte; por lo que los sujetos activos, no podrán ser procesados, siempre que los actos tendientes a su muerte en condiciones dignas, se practiquen de manera institucional y sujeta al control de su legalidad, en el tiempo y oportunidad que lo especifique; en tanto ella, no puede hacerlo por sí misma. 2. Se ordene al Ministerio de Salud y a EsSalud, a) respetar la decisión de doña Ana Estrada Ugarte, de poner fin a su vida a través del procedimiento técnico de la eutanasia; mediante la acción de un médico de suministrar de manera directa (oral o intravenosa), un fármaco destinado a poner fin a su vida, u otra intervención médica destinada a tal fin; b) Ambas instituciones independientemente, deberán conformar sendas Comisiones Médicas interdisciplinarias, con reserva de la identidad de los médicos y con respeto de su objeción de conciencia, si fuere el caso, en un plazo de 07 días; precisándose que; EsSalud deberá formar dos Comisiones, siendo que la primera tendrá la finalidad de elaborar un plan que especifique los aspectos asistenciales y técnicos de la decisión tomada y un protocolo de cumplimiento de su derecho a la muerte digna y otra Comisión que cumpla con practicar la eutanasia propiamente dicha. El Ministerio de Salud formará una Comisión para que apruebe el plan que especifique los aspectos asistenciales y técnicos, elaborados por la Comisión de EsSalud. 3. EsSalud deberá brindar todas las condiciones administrativas, prestacionales y sanitarias para el ejercicio del derecho a la muerte en condiciones dignas de la Sra. Ana Estrada Ugarte a través del procedimiento de la eutanasia, lo que deberá ejecutarse dentro de los diez días hábiles contados a partir del momento o fecha en que ella manifieste su voluntad de poner fin a su vida. 4. La Comisión Médica Interdisciplinaria de EsSalud, que elabore el plan y el protocolo, deberá presentar con su informe, en el plazo de 30 días después de su formalización, ante la Comisión Médica del Ministerio de Salud, la que procederá a su aprobación, en el plazo de 15 días. En caso de desaprobación, deberá otorgar un plazo adicional de 15 días y cumplido que sea el plazo, volverá a someterse a revisión de la Comisión del Ministerio de Salud. En caso de no satisfacer el segundo informe, solo podrá integrarla, o corregirla, pero no podrá volver a desaprobarla ni anularla. Con lo resuelto por la Comisión del Ministerio de Salud, deberá informase al Juzgado de su cumplimiento. 5. Se declara improcedente, la pretensión de que se ordene al Ministerio de Salud que cumpla con emitir una Directiva que regule el procedimiento médico para la aplicación de la eutanasia para situaciones similares a las de la Sra. Ana Estrada Ugarte, del derecho fundamental a la muerte en condiciones dignas y derechos conexos. 6. Notifíquese. — *Jorge Luis Ramírez Nino de Guzmán.*

(1) Art. VIII del título preliminar.

(2) Benavides, Patricio Martínez. Derecho constitucional. El principio de inexcusabilidad y el derecho de acción desde la perspectiva del estado constitucional. Revista Chilena de Derecho, vol. 39 N° 1, ps. 113/147 [2012]. http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372012000100006

(3) Kelsen Hnas. Teoría Pura del Derecho. Universidad Nacional Autónoma de México. México 1982. Pág. 259.

(4) Castillo-Córdova, Luis. Normas Autoaplicativas, Alternatividad y Amparo Contra Amparo en el Código Procesal Constitucional. Pirhua. Revista Jurídica del Perú, (59), 33-45.

(5) El suscrito emitió el 2014, una Sentencia en el Exp. 25158 2013-0-1801-JR-CI-02, haciendo el primer caso peruano de control de convencionalidad de la Convención de los Derechos de la Persona con discapacidad sobre el Código Civil, (ahora modificado), reconociendo el derecho a no ser sujeto de interdicción y el reconocimiento de su capacidad y dignidad.

(6) Carlos Fernández Sessarego. El Derecho y la Libertad como proyecto. http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16375.

(7) "...pienso, luego soy; esta es la verdad absoluta de la conciencia captándose a sí misma. Toda teoría que toma al hombre fuera de ese momento en que se capta a sí mismo es ante todo una teoría que suprime la verdad, pues, fuera de este cogito cartesiano, todos los objetos son solamente probables, y una doctrina de probabilidades que no está suspendida de una verdad se hunde en la nada; para definir lo probable hay que poseer lo verdadero. Luego para que haya una verdad cualquiera se necesita una verdad absoluta;

y esta es simple, fácil de alcanzar, está a la mano de todo el mundo; consiste en captarse sin intermediario. En segundo lugar, esta teoría es la única que da una dignidad al hombre, la única que no lo convierte en un objeto". Jean Paul Sartre. El existencialismo es un humanismo.

(8) Atienza, Manuel. Un Comentario sobre el concepto de dignidad. En: Entre la libertad y la igualdad. Ensayos sobre la obra de Rodolfo Vásquez T. I, Inst. de Investigaciones jurídicas. Serie Doctrina Jurídica N° 806. México 2017.

(9) En la acepción jurídica de sentimiento de compasión misericordia que produce alguien que sufre o padece, distinta a la acepción religiosa de obediencia de los mandamientos.

(10) Villa Stein, Javier. Derecho penal Parte Especial I, ps. 125/136. Ed. San Marcos, Primera edición Lima 1997.

(11) Reyna Alfaro, Luis Miguel. Homicidio a petición, instigación y ayuda al suicidio en el derecho penal: una lectura constitucional de los artículos 112 y 113 del Código Penal peruano. Bol. Mex. Der. Comp. [online]. 2009, vol. 42, n. 124 [citado 2021-02-16], pp.235-251. Disponible en: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332009000100008&lng=es&nrm=iso>. ISSN 2448-4873.

(12) Roxin Claus. Tratamiento jurídico-penal de la eutanasia. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. El Criminalista Digital. Núm. 01 | Núm. 02 | Núm. 03 | Núm. 04 | Criminet | https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=210835.

(13) Miranda Montesinos, Alejandro. Filosofía del derecho. El principio del doble efecto y su relevancia en el razonamiento jurídico. Revista Chilena de Derecho, vol. 35 N° 3, ps. 485/519 [2008].

(14) (Finnis J. Intention and Side Effects. En: Frey R, Morris C, editores, Liability and Responsibility: Essays in Law and Morals, Cambridge: Cambridge University Press, 1991; 32-64. (cita del autor Miranda Montesinos).

(15) Alejandro Miranda Ma. Eutanasia, suicidio asistido y principio del doble efecto. Réplica al profesor Rodolfo Figueroa. Revista médica de Chile. Rev. Méd. Chile vol.140 no.2 Santiago feb. 2012 http://dx.doi.org/10.4067/S0034-98872012000200017. Rev. Méd. Chile 2012; 140: 261-265.

(16) Laura Fiorela De la Rosa Quiñones, Daniela del Carmen Domínguez Castañeda, Marilia Sibele Cortez Vidal. Ideación Suicida en pacientes con cáncer de mama estadíos lll-lV, Chiclayo, 3. Revista de Investigación Psicológica, versión On-line ISSN 2223-3032, Revista de Psicología N° 22 La Paz 2019. http://www.scielo.org.bo/scielo.php?pid=S2223-03220190002000004&script=sci_arttext.

(17) Navarrete Velásquez Jean Pool Adrián., Depresión Asociado A Ideación Suicida en Pacientes con Cáncer. Tesis Para Optar el Título de Médico Cirujano. Trujillo - Perú. 2018 http://repositorio.upao.edu.pe/bitstream/upaorep/4276/1/REP_MED.HUMA_JEAN.NAVARRETE_DEPRESI%C3%93N.ASOCIADO.IDEACI%C3%93N.SUICIDA.PACIENTES.CANCER.pdf.

(18) Akram Hernández-Vásquez (1),a,f, Diego Azañedo (2),b, Juan Rubilar-González (3), c, Bertha Huarez (4), d, Leandro Grendas (1), e, g. Evolución Y Diferencias Regionales De La Mortalidad Por Suicidios En El Perú, 2004-2013. Rev. Perú Méd. Exp. Salud pública. http://www.scielo.org.pe/pdf/rins/v33n4/a21v33n4.pdf.

(19) Susana Morales, Orietta Echávarri, Jorge Barros, María de la Paz Maino, Iván Armijo, Ronit Fischman, Catalina Núñez, Claudia Moya, Marietta Monari. Intento e Ideación Suicida en Consultantes a Salud Mental: Estilos Depresivos, Malestar Interpersonal y Satisfacción Familiar. Psykhe vol.26 no.1 Santiago mayo 2017 http://dx.doi.org/10.7764/psykhe.26.1.939. https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-22282017000100006.

(20) Fernando Rey Martínez Revista. Eutanasia y derechos fundamentales. Direito e Justiça - Reflexões Sociojurídicas - Ano IX - N° 13 - Novembro 2009.

(21) Dworkin G. Paternalismo. https://plato.stanford.edu/entries/paternalism/?fbclid=IwAR0jACoCP2o1be4XgaZRl7gK6FdRbBUmRmi6UEyuKMiVow6osJzpklyz6Mc.

(22) Atienza Manuel. Dignidad Humana y Derechos de las Personas con Discapacidad. En https://doi.org/10.18800/iusetveritas.201701.015.

(23) Op. cit.

(24)https://datos.bancomundial.org/indicator/VC.IHR.PSRC.P5.

(25) Homicidios en el Perú. Contándolos uno a uno 2011-2018. INEI. PJ. MP. https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1731/libro.pdf.

(26) https://lpderecho.pe/parricidio-pena-suspendida-joven-ocasiono-muerte-madre-acabar-dolores--r-n-2507-2015-lima/.

Capacidad, legitimación y derechos de niñez y adolescencia: jurisprudencia en materia de *habeas corpus* en El Salvador

Alex D. Marroquín Martínez (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Hechos.— III. Acceso a la justicia y derechos de niños, niñas y adolescentes.— IV. La demanda y el análisis de la sala de lo constitucional.— V. La decisión y argumentos de la SC: su relevancia en el trabajo jurisdiccional y los "olvidos" del tribunal.— VI. Conclusiones.

I. Introducción

La finalidad del presente trabajo es realizar un breve análisis sobre una resolución de admisión dictada en el marco de un proceso constitucional de hábeas corpus. Su referencia es 209-2020, y fue dictada por la Sala de lo Constitucional (en adelante, SC) de El Salvador, a las 11.48 del 29/04/2020.

Dicha resolución se ha constituido en un hito en la práctica jurisprudencial de los tribunales en El Salvador, por cuanto la demanda que originó dicha decisión fue presentada por la niña A. A., de tan solo diez años de edad. Si bien la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN), es ley de la República en El Salvador, y que producto de su aprobación, existe ahora la Ley de Protección Integral para la Niñez y Adolescencia (en adelante, Lepina), lo cierto es que desde siempre la influencia intensa de las normas del derecho civil tradicional en materia de capacidad y legitimación ha sido una práctica muy frecuente desde los juzgados de paz hasta las distintas salas de la Corte Suprema de Justicia.

Hay que decir que la referida resolución no ha tenido la difusión requerida y necesaria. Surgió en los tiempos de apogeo de la pandemia por COVID-19, y a la fecha no ha formado parte del análisis, de la discusión, ni en la Escuela de Capacitación Judicial, ni en las aulas universitarias en donde se imparte la carrera de derecho.

Esta situación no hecho posible que se evidencie este hecho: que el máximo tribunal en materia constitucional ha establecido la obligación de atender los derechos de los niños, niñas y adolescentes (en adelante, NNA) sin mirar la edad como rango determinador del ejercicio de sus derechos, y sí atendiendo al criterio de la autonomía progresiva. Una de las preocupaciones del comité de derechos del niño respecto de El Salvador ha sido frecuentemente la falta de difusión de los derechos de los NNA, de las normas que los habilitan y en general de las características del modelo de la protección integral que El Salvador asumió como ley desde hace casi treinta y un años.

Es importante destacar que el análisis se concreta en lo que concierne a la admisión a trámite de la demanda y a las consideraciones que la SC hizo respecto de la niña en dicha resolución. No

(*) Abogado; magistrado presidente de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador; capacitador de la Escuela de Capacitación Judicial del Consejo Nacional de la Judicatura en materia de familia y niñez y adolescencia; catedrático de la Universidad Gerardo Barrios de San Miguel en materia de familia y niñez y adolescencia.

se hace por ello ningún análisis respecto de las condiciones propias del hábeas corpus.

II. Hechos

Los hechos que generaron la intervención de la SC —a través de un proceso de *habeas corpus*— se ubican en la época de la pandemia por COVID-19, concretamente en el mes de abril de 2020. Una mujer —A. B.— estaba detenida, a la orden de un juez de primera instancia, por relacionársela con la comisión de los delitos de daños y lesiones graves en contra de otra persona.

Se narraba que la persona imputada poseía arraigos y que los delitos que se le atribuían eran menos graves. Por dicha razón, se consideraba que no había motivos para que A. B. siguiera en situación de detención provisional, y que, además, era madre de dos menores de edad, de los cuales era la única responsable. Por ello uno de los aspectos que se relacionaba en el reclamo ante la sede judicial era que se estaba vulnerando el principio de interés superior de la niñez y adolescencia.

Se planteaba que el juzgado de primera instancia no había señalado una audiencia especial para que A. B. pudiera alcanzar conciliación con la persona afectada, y que dicha omisión estaba generando afectación en los derechos de la imputada. El motivo de la falta de señalamiento de audiencia lo generaba la cuarentena obligatoria que las autoridades sanitarias habían decretado por el COVID-19; lo cual implicaba, por regla general, la paralización de las actividades de la mayoría de las institucionales del Estado, particularmente los tribunales de justicia.

A pesar de que los innumerables decretos sanitarios no contemplaban la paralización de los tribunales de justicia, lo cierto es que la actividad jurisdiccional —particularmente en marzo y abril de 2020— se paralizó y solo estaban abiertos los tribunales que hacían turnos, como en materia penal.

En ese escenario se configura el caso de A. B. El cierre de la sede judicial, de primera instancia no permitía que se señalara una audiencia especial de conciliación, que definiera su situación jurídica. Ello propició que su hija, A. A., de diez años de edad, presentara una demanda de hábeas corpus, a través de un correo electrónico, pidiendo a la SC que revisara la afectación del derecho la libertad ambulatoria de su madre.

III. Acceso a la justicia y derechos de niños, niñas y adolescentes

Lo destacable en el presente caso —más allá de las valoraciones propiamente penales y constitucionales del *habeas corpus*— es precisamente la decisión del máximo tribunal de justicia en materia constitucional de El Salvador de admitir a trámite una demanda presentada por una niña de diez años.

La Ley de Procedimientos Constitucionales de El Salvador (en adelante, LPC), en su art. 41 establece: "El auto de exhibición personal puede pedirse por escrito presentado directamente a la Secretaría de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia o a la Secretaría de cualquiera de las Cámaras de Segunda Instancia que no residan en la capital o por carta o telegrama, por aquel cuya libertad esté indebidamente restringida o por cualquiera otra persona. La petición debe expresar, si fuere posible, la especie de encierro, prisión o restricción que sufre el agraviado; el lugar en que lo padece y la persona bajo cuya custodia está solicitándose que se decrete el auto de exhibición personal y jurando que lo expresado es verdad".

La LPC es de 1960, y, por tanto, diríamos, responde a una visión del derecho en que los temas de capacidad y legitimación se anclaban en la mayoría de edad. Su contenido es coherente con el Código Civil salvadoreño —que data de 1860— que determina que las personas que no tienen dieciocho años de edad son incapaces y que sus actuaciones no pueden producir ningún tipo de efectos. El rango edad es el criterio determinador de la capacidad jurídica procesal.

El análisis tradicional, histórico, de los conceptos de capacidad y legitimación definitivamente gira alrededor del rango edad, y, por tanto, las personas menores de edad están excluidas de cualquier posibilidad de ejercer, por sí mismos, actos procesales o de participar válidamente en un proceso. Por ello, ha sido un lugar común entender que cuando el art. 41 de la LPC habla de personas que, procesalmente, pueden plantear una demanda de *habeas corpus,* ello está referido a personas mayores de edad.

Sin embargo, a pesar de esa visión del derecho, desde 1990, El Salvador adoptó como ley la CDN. Dicho instrumento internacional introduce el concepto de autonomía progresiva, de cuyo contenido destaca la idea de capacidad jurídica procesal. Ello se puede deducir del contenido de los arts. 5º y 12 de la CDN.

Es importante destacar que la Constitución de El Salvador, en su art. 144, establece que los tratados debidamente suscritos y ratificados por el país se constituyen en leyes de la República, y en aquellos casos en que su contenido contraríe las disposiciones del tratado, será este el que prevalecerá. Es decir, desde hace más de 30 años la CDN es ley vigente en el país y su contenido debería hacerse prevalecer en todos aquellos supuestos de actuación en que intervengan niños, niñas y adolescentes.

Lo lógico sería concluir que el Código Civil —en materia de capacidad y legitimación— ha sido sustancialmente modificado, y que, desde esa óptica, la LPC debería interpretarse en un sentido distinto al que tradicionalmente se hace. Esto es, debería entenderse que cuando la LPC se refiere a personas, deben considerarse comprendidos los NNA cuyo desarrollo evolutivo les permita entender su entorno, la finalidad de sus actos, etc. No obstante ello, lo cierto es que, a pesar de la vigencia de la CDN, la práctica jurisdiccional siempre ha girado alrededor de la idea del rango edad para intervenir válidamente en un proceso. La práctica, en las distintas sedes jurisdiccionales (todas las materias) siempre ha pasado por la idea de que los NNA son incapaces y que no pueden intervenir válidamente en un proceso, ni mucho menos presentar una demanda.

Formalmente, esa idea cambió con la entrada en vigencia de la Lepina, la cual, de manera expresa, introduce otra idea de la capacidad jurídica procesal en su art. 218. Dicha norma dice lo siguiente: "Las niñas, niños y adolescentes menores de catorce años de edad podrán intervenir en los procesos establecidos por esta Ley por medio de su madre, padre y otros representantes, y en su caso, por el Procurador General de la República o sus agentes debidamente facultados para ello. Los adolescentes mayores de catorce años de edad también podrán comparecer por medio de apoderado legalmente constituido conforme a las reglas del Derecho Común, en los procesos regulados por esta Ley para lograr la protección de sus derechos. No obstante, en los casos de pérdida o suspensión de la autoridad parental y privación de la administración de sus bienes, deberán actuar representados por el procurador general de la República o sus agentes debidamente facultados para ello".

Se plantea una regla general: los adolescentes, a partir de los catorce años, tienen capacidad jurídica procesal, lo cual les habilita para presentar demandas, nombrar apoderado, y participar de un proceso sin necesidad de que su padre, madre o responsable asuman su representación, de acuerdo con las reglas del derecho común. La única excepción que se plantea en dicha norma es lo referente a los casos de pérdida o suspensión de la autoridad parental, en cuyo caso siempre deberá ser el procurador general de la República el que asuma la representación de dichas personas en el proceso.

Lo que ha generado, en la práctica, la ineficacia de la norma es que esta indica que "Las niñas, niños y adolescentes menores de catorce años de edad podrán intervenir en los procesos establecidos por esta ley". La gran mayoría de jueces y juezas interpreta que, en todo caso, si existiera la posibilidad de capacidad jurídica procesal para los niños, niñas y adolescentes solo sería en el marco de los procesos que regula la Lepina: general de protección y abreviado.

No obstante lo anterior, debemos decir que existen otras normas en la Lepina que sugieren una idea distinta. Los arts. 5º, 10, 12, 50, 51, 52, 94 y 219, letra a), claramente establecen que los NNA son los primeros llamados a defender sus derechos, y que el Estado, la familia y la sociedad deben crear las condiciones adecuadas para que esa defensa material de sus derechos se produzca en condiciones adecuadas. Particularmente, el art. 219, letra a), de la Lepina indica que los NNA son los primeros llamados a procurar por la defensa de sus derechos. En refuerzo de dicha idea, y por imperativo constitucional, todo el contenido de la CDN va en la misma línea de instaurar el rango madurez o autonomía progresiva como el parámetro a considerar en la decisión de permitir el ejercicio de los derechos por parte de los NNA, y, por ende, ya no lo sería

el rango edad, como tradicionalmente se ha establecido.

Es decir, desde hace ya casi once años, en el ordenamiento jurídico salvadoreño existen normas que habilitan a los NNA para que puedan ejercer sus derechos en sintonía con la autonomía progresiva. En realidad, lo cierto sería que el periodo de tiempo de instauración de dicho escenario normativo va por los casi treinta y un años, que es el tiempo que tiene la CDN de constituirse en ley de la república, más los once años que lleva de vigencia la Lepina.

Sin embargo, el tema de la autonomía progresiva en sede judicial, en la labor jurisdiccional, está lejos de ser una realidad. La idea de incapacidad, por minoría de edad, está muy interiorizada en la formación judicial, en la formación universitaria, y en las distintas instituciones estatales encargadas de interpretar y aplicar la ley.

IV. La demanda y el análisis de la sala de lo constitucional

Tomando en cuenta las ideas previas, constituyó un verdadero hito la admisión a trámite que la SC hizo de una demanda de hábeas corpus por parte de A. A., una niña de diez años, la cual procuraba por la defensa de su madre que era la única responsable del hogar donde ella vivía junto a otros hermanos de menor edad.

En síntesis, podemos decir que se pueden evidenciar cinco aspectos importantes en dicha resolución de admisión:

a) Se trata de una resolución de admisión. Lo relevante es que se admite a trámite una demanda que ha sido presentada por una niña de diez años. Aunque formalmente haya fuente normativa para decidir dicho acto procesal de admisión, lo cierto es que la práctica dominante ha sido la consideración de que las personas que aún no alcanzan la mayoría de edad son incapaces, no tienen capacidad jurídica procesal, y que por tanto están inhabilitadas de presentar una demanda y participar de manera autónoma en el trámite del proceso.

b) Otro aspecto relevante es que se decidió admitir una demanda presentada por correo electrónico. Esta decisión surge en la época que, por consecuencia del COVID-19, en El Salvador se emitieron normas sanitarias restrictivas de la circulación de personas, que, a su vez, generaron muchos pronunciamientos judiciales de la SC respecto de esos tópicos. Una de las circunstancias que se ha valorado en dicha jurisprudencia es precisamente la posibilidad de utilización del correo electrónico para garantizar que los ciudadanos puedan presentar sus demandas en sede constitucional.

c) Que si bien son las normas de la Constitución y las de la LPC las que deben tomarse en cuenta para la determinación de la admisión y trámite de una demanda de *habeas corpus*, la SC integró en su análisis las normas de la Lepina que se relacionan con el tema de capacidad y legitimación de la niña A. A. Así, la SC enuncia el contenido de los arts. 5º, 6º, 10, 51 y 92, inc. 1º, de la Lepina.

d) La orden de verificar el acto de comunicación procesal de notificación a través de correo electrónico. En este caso la SC, a pesar de que la niña señaló teléfonos celulares y una dirección fuera de la sede de su circunscripción, el tribunal ordena entender que, ante el problema que representa lo indicado por la niña respecto de la notificación, debe procederse por medio del correo electrónico, mismo mecanismo por el que se presentó la demanda.

e) Finalmente, es relevante la idea de que el tribunal ordena la verificación de la resolución que decretó la detención provisional de la madre de la niña, en el sentido de si se tomó en cuenta sus arraigos, y su condición de mujer responsable del cuido de tres niños. Esto es importante no solo en cuanto al derecho de los niños, sino en cuanto a la situación de vulnerabilidad que puede representar una mujer encargada del cuido de tres niños menores de edad. Se puede afirmar que la SC estableció un criterio de equilibrio respecto de los derechos de la mujer y los derechos de los niños, buscando una decisión que satisfaga ambos intereses en juego.

f) La orden de la SC de solicitar a la Procuraduría General de la República el nombramiento de un abogado o abogada que asuma la procuración o representación de la niña en el caso, basado ello en el art. 220 de la Lepina. Esto es importante, por cuanto si bien, no tenemos regulada la figura de abogado del niño, sí que es cierto que, por disposición constitucional, la Procuraduría General de la República tiene la

obligación de asistencia legal para los NNA. Que la SC reitere dicho aspecto es relevante, tomando en cuenta que en la práctica normalmente la disponibilidad de este servicio de representación judicial está sujeto a mucha burocracia, y no siempre la idea de representación va en sintonía con la autonomía progresiva.

g) Una idea importante, que va en sintonía de lo que la Lepina regula en materia de acceso a la justicia, es lo referido al lenguaje de la decisión. La SC ordena que las comunicaciones sobre la decisión de admisión a la niña A. A. se hagan con lenguaje claro y sencillo con la finalidad de que la niña comprenda los términos de la decisión. No hemos podido tener acceso al expediente completo —y la finalidad concreta de este trabajo es analizar básicamente los términos de la admisión de la demanda— pero sí que es relevante que el máximo tribunal en materia constitucional haga este requerimiento, pues va en la idea de condiciones adecuadas de acceso a la justicia. No solo implica poder presentar una demanda, y que se admita, sino que es preciso, además, que el resultado de la decisión se comunique de manera efectiva, que su destinatario entienda las razones de la decisión.

V. La decisión y argumentos de la SC: su relevancia en el trabajo jurisdiccional y los "olvidos" del tribunal

Definitivamente ha causado mucha sorpresa y esperanza la decisión de la SC. Es primera vez —sin temor a equivocarnos— que un tribunal admite una demanda presentada por una persona menor de edad, que no está siendo representada por ningún abogado o abogada, ni por ninguna otra institución. Se está en presencia de un proceso constitucional que, si bien es un proceso desprovisto de formalidades, sí tiene requisitos que deben satisfacerse para que el tribunal pueda entrar a conocer del caso planteado, de conformidad al art. 41 de la LPC.

La pregunta que surge es: ¿en condiciones normales la SC hubiese tomado la misma decisión? La actuación del tribunal se ubica —temporalmente— en los meses de marzo y abril de 2020, tiempo en que las normas sanitarias determinaban el cumplimiento de una cuarentena obligatoria para todos los ciudadanos. En esas condiciones, de emergencia, parece que el tribunal leyó muy bien el tema de la niña A. A. y se dispuso a admitir a trámite una demanda presentada por correo electrónico.

La respuesta a la pregunta planteada es incierta, tomando en cuenta otros precedentes en materia de NNA, en las que la SC ha demostrado desconocimiento del modelo de la protección integral, como ha sido en los casos de la Ley del Nombre de la Persona Natural (ref. 33-2016, inconstitucionalidad, de las 13.59 del 18/04/2018) y el caso de los niños y niñas, en edad de primera infancia, que viven junto a sus madres en un centro penal (ref. 128-2012, inconstitucionalidad, de las 15.45 del 28/09/2015).

En dichos precedentes la SC ha reiterado conceptos y una visión del derecho propia del modelo tutelar, que no han favorecido los derechos a la identidad, y a desarrollarse en condiciones adecuadas en el seno de una familia, preservando su vida, su salud y desarrollo pleno de su personalidad.

No obstante lo anterior, lo cierto es que, en este caso, la SC sí admite a trámite una demanda presentada por una niña de diez años. Esto es lo que debe reiterarse como novedoso, pues se aparata de una práctica jurisprudencial uniforme, tradicional, que, a pesar de la existencia de una normativa diferente, ha decidido mantener el criterio de la edad o el rango edad como parámetro para el ejercicio de los derechos de NNA.

A continuación, nos referiremos al carácter relevante que la decisión tiene en el trabajo jurisdiccional, y también a los "olvidos" de la SC en la decisión inicial de admisión.

V.1. La relevancia de la decisión en el trabajo jurisdiccional

Es importante este precedente, por cuanto el máximo tribunal de El Salvador, en materia constitucional, ha realizado la interpretación y aplicación de las normas que han instaurado, desde hace casi treinta y un años, el modelo de la protección integral.

El Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas siempre ha insistido a El Salvador en la necesidad de realizar una adecuación normativa integral que favorezca la aplicación de las normas establecidas en la CDN. Lo ha planteado de manera permanente sin que haya tenido efectividad práctica su gestión. Las normas de

la convención, y ahora junto con las de la Lepina, han instaurado el concepto de autonomía progresiva, establecen la idea de que los derechos de NNA deben ejercerse por estas personas atendiendo a dicho concepto; hablan de la obligatoriedad del establecimiento de mecanismos que favorezcan el acceso a la justicia; y establecen de manera concreta la idea de capacidad jurídica procesal, entre otros aspectos.

La SC hace un análisis constitucional del derecho de acceso a la justicia, y aunado a ello, de la capacidad y de la legitimación para participar válidamente de un proceso. Si bien no estamos en presencia de un proceso de inconstitucionalidad —en el que la decisión tiene efectos *erga omnes*, de acuerdo con lo establecido en el art. 183 de la Constitución— los argumentos en que se funda la decisión de admisión de la demanda —la *ratio decidendi*— constituyen una interpretación constitucional que entendemos aplicará a cualquier otro proceso, y que por tanto los distintos jueces y juezas deben tomar en cuenta en el conocimiento de sus casos. Es la opinión del tribunal sobre acceso a la justicia, capacidad y legitimación.

Es importante destacar que, aunque, literalmente, en la Lepina se establezca la idea de "en los procesos regulados en esta ley" como indica la parte primera del art. 218, la SC no hizo alusión a esta norma, y más bien analizó la posibilidad de acceso a la justicia, capacidad y legitimación de la niña A. A., teniendo como parámetro una realidad: se había presentado en su sede una demanda por correo electrónico y la firmante era una niña de diez años de edad. Su análisis giró alrededor de las reglas generales de aplicación del régimen jurídico que involucra a los NNA.

Tomando en cuenta ello, debemos afirmar que dicho precedente recuerda a las distintas jurisdicciones con competencia en diversas materias que deben realizar el mismo análisis: cualquier caso en el que intervenga un NNA, sea que actúe como víctima o demandante, debe aplicarse el régimen jurídico dispuesto para esas personas; y el cual está concentrado en la Constitución, la CDN y la Lepina.

Lo anterior reclama de las distintas jurisdicciones una lectura distinta de los casos en que intervienen NNA. Ello es parte de lo que se ha reclamado siempre al Estado salvadoreño, y es la necesaria adecuación normativa que debe realizarse para hacer efectivo el modelo de la protección integral. Ese proceso de adecuación necesariamente pasa por la interpretación y aplicación de las normas mencionadas que se encuentran en la Constitución, la CDN y la Lepina.

V.2. Los "olvidos" del tribunal

Si bien nos parece muy importante y esperanzadora la decisión de la SC de admitir a trámite una demanda en un proceso constitucional de hábeas corpus, también es cierto que el tribunal obvió aspectos centrales que darían mucha fuerza a su argumento, y que, además, generarían un efecto mucho más intenso en el trabajo jurisdiccional que se realiza en las diferentes materias en que NNA actúen como demandantes o como víctimas.

Un primer aspecto es lo concerniente a la fundamentación de la decisión. Si notamos, la SC se limita a parafrasear el contenido de los arts. 5º, 6º, 10, 51 y 92, inc. 1º, de la Lepina, sin relacionar su contenido con la situación de la niña A. A. Argumentar o dar razones del porqué de una decisión no se identifica con relato o parafraseo del contenido de normas, sino que es explicar cómo dicho contenido debe leerse en determinado escenario, atendidas determinadas condiciones, pues es cierto que ese contenido normativo se aplicará a diversos casos, a diversos escenarios. Por ello es necesario explicar adecuadamente las razones que propician la aplicación de una norma a un supuesto de hecho.

La SC nada dijo del art. 218 de la Lepina, que es la norma que en realidad concreta lo referente a la capacidad jurídica procesa. Sobre todo, era importante por cuanto dicha norma establece como regla general que los adolescentes de catorce años en adelante pueden plantear demandas, nombrar apoderados, e intervenir válidamente en procesos sin necesidad de la intervención de sus padres, madres o responsables. Claro está que los artículos parafraseados por la SC tienen relación directa con el art. 218 de la Lepina, lo que debemos afirmar es que el análisis de la sala se quedó corto.

Con ello no se aportó elementos constitucionales al análisis del porqué sí debe admitirse la demanda a una niña de diez años, que, por regla general, no tiene reconocida, de manera expresa, la capacidad jurídica procesal. La SC debió establecer que, siendo la autonomía progresiva el concepto dinamizador de la capacidad jurídica procesal, la regla de los catorce años es incontrovertible, y que debajo de dicha edad, las condiciones de madurez, capacidad de formarse un juicio, capacidad de entender el entorno, hacen posible también el reconocimiento del art. 218 de la Lepina. Es decir, que la autonomía progresiva nos permite determinar la factibilidad de intervención de NNA por debajo de los catorce años.

Esto parece que era un aspecto importante para desarrollar en la resolución. La razón es que, al no hacerse, parece ser que fue la emergencia o condiciones excepcionales provocados por el COVID-19 el parámetro que permitió admitir la demanda, y abocarse al contenido de las normas de la Lepina mencionadas en la resolución.

Un segundo aspecto que llama la atención es lo concerniente a la presentación de una demanda por correo electrónico y a su consideración por situación de emergencia. Desde el inicio, la SC parece resaltar la idea de que la admisión de la posibilidad de presentar una demanda por correo electrónico lo impone la situación de emergencia sanitaria que se vivió en el país, particularmente en los meses más intensos, como son marzo y abril de 2020. Con ello, pareciera ser que la SC entiende que el término "Carta o telegrama" al que hace referencia el art. 41 de la LPC debe entenderse a la usanza clásica o tradicional de correo: un documento escrito enviado a través de una oficina postal.

Atendiendo al carácter dinámico y cambiante del derecho, como mecanismo de control social, y tratándose de un proceso no sometido a rigurosos formalismos, nos parece que la voz "correo" puede adaptarse sin problemas a la noción de correo electrónico. Esto es así por cuanto las comunicaciones modernas avanzan vertiginosamente a través de la realidad virtual. La tecnología ha reducido las fronteras y ha dimensionado de forma distinta la comunicación e interrelación entre las personas. No es posible que siendo ello una realidad, los tribunales sigan atrapados en el pasado con consideraciones que ya no tienen realidad en la práctica de la vida de los ciudadanos.

Parece razonable, y adaptada a los tiempos modernos, la consideración del correo electrónico como una de las modalidades posibles del vocablo "carta" en la LPC. Es decir, no solo en situaciones de emergencia debe admitirse la posibilidad de presentación de demandas de *habeas corpus*.

Finalmente, es llamativo lo referente a que los celulares no constituyen un mecanismo idóneo de comunicación al no poderse acreditar su verificación. Desde siempre la SC ha establecido la necesidad de que el mecanismo de acreditación de los actos de comunicación procesal sea por escrito.

Lo anterior revela que la SC sigue atrapada en el tiempo, en materia de actos de comunicación procesal y su acreditación. En este caso, la niña A. A. contaba con un celular como medio de comunicación, y lo ofreció así al tribunal; pero este optó por restar eficacia a dicho mecanismo de comunicación, sin explicar por qué no es un mecanismo idóneo, y decide alterar la intención de la niña estableciendo que se le comunicaría por correo electrónico.

La SC no da razones para sostener su opinión de que los teléfonos celulares no son un mecanismo idóneo de comunicación. Ignora el tribunal que ese mecanismo es el que domina las comunicaciones no solo interpersonales sino institucionales a todo nivel en la realidad; y siendo ello así, la necesidad de que los tribunales, y en general toda la institucionalidad del Estado, deben estar a tono con esas nuevas realidades.

VI. Conclusiones

Del análisis previo se debe destacar lo siguiente:

En primer lugar, que el precedente de la SC, con la resolución con referencia 209-2020, y que fue dictada a las 11.48 del 29/04/2020, ha constituido un verdadero hito en la práctica jurisprudencial salvadoreña.

En segundo lugar, que dicho precedente debe, necesariamente, ser atendido por el resto de tribunales del país, con independencia de la materia que trabajen, tomando en cuenta que la SC hace una interpretación de las normas constitucionales en relación con las normas de la Lepina tendientes a realizar una consideración distinta de la capacidad jurídica procesal y de la legitimación con respecto a NNA. La Lepina forma parte del régimen jurídico aplicable a los NNA, con independencia del área del derecho en la que intervengan como demandantes o víctimas.

En tercer lugar, que si bien es un precedente muy importante, al nivel constitucional, tampoco de desconocerse que aún persisten dificultades para argumentar e incorporar las ideas del modelo de la protección integral tanto en sede constitucional como en otras ramas del derecho. Ello es así, en mucho, por la falta de difusión de las normas del modelo, de la CDN, de la Lepina, y de la no atención a las recomendaciones del comité de derechos del niño, como mecanismo de seguimiento de la convención.

HABEAS CORPUS

Mujer privada de libertad. Prisión preventiva. Designación de juez para control de la decisión. Perspectiva de género. Estado de vulnerabilidad de la detenida. Responsabildad por dos hijos menores de edad. Medidas ejecutadas en la Pandemia. Legitimación activa de la hija menor de edad para iniciar la acción.

Con nota de María Eugenia Rodríguez Pería

1. — El juez designado en el proceso de habeas corpus debe verificar si en el proceso penal instruido en contra de una mujer privada de libertad en detención provisional, la decisión que le impuso la medida cautelar se encuentra de acuerdo con los presupuestos procesales con la aplicación de una perspectiva de género y si se ha ordenado el traslado de la justiciable hacia un centro penal, de ser así a partir de cuándo y las razones por las que esta no ha sido llevada aún. También deberá informar si se han realizado otras actuaciones que incidan en el derecho de libertad personal e integridad física de la favorecida, puntualizando su estado actual.

2. — El juez designado en el proceso de habeas corpus debe verificar si la resolución que impuso la detención provisional evaluó su estado de salud, los riesgos que puede generar el COVID-19 en personas que se encuentran en bartolinas policiales, sus arraigos y su condición de mujer encargada del cuidado de tres niños, y determinar, en resolución fundada, si la medida debe mantenerse o si puede imponerse alguna que garantice mejor todos los derechos e intereses involucrados. Estas son medidas precautorias excepcionales en tanto, por la situación actual que se vive en el país a raíz de la pandemia, el tiempo que dure este proceso constitucional puede afectar irremediablemente los derechos fundamentales de la privada de libertad.

3. — La obligación básica de fundamentación de las resoluciones judiciales que imponen una restricción al derecho de libertad física exige tomar en consideración las condiciones particulares de personas en situación especial de riesgo o vulnerabilidad y motivarlo expresamente. En el caso de mujeres y con hijos menores de edad, deben ser tenidos en cuenta los estándares de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas, 2013, párrafo 216) y las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok, 2010, N° 57), en relación con los arts. 1, 3 y 144 CN.

4. — Aunque la solicitud de habeas corpus fue presentada por una niña, que manifiesta ser hija de la mujer privada de libertad, ello no impide el trámite del proceso porque su solicitud ha sido realizada en el marco del ejercicio de los derechos fundamentales, en especial de acceso a la justicia, que la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia reconoce a todo NNA.

Corte Suprema de Justicia, El Salvador, Sala Constitucional, 29/04/2020. - A.A. a favor de la señora A.B. s/ *habeas corpus.*

[Cita on line: AR/JUR/81916/2020]

209-2020

Habeas corpus

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia: San Salvador, a las once horas con cuarenta y ocho minutos del día veintinueve de abril de dos mil veinte.

El presente proceso constitucional de hábeas corpus ha sido promovido por la niña A. A., a favor de la señora A. B. procesada por los delitos de daños y lesiones graves, en contra del Juez de Primera Instancia de San Sebastián.

Analizada la petición se realizan las siguientes consideraciones:

I. La solicitante refiere que el Juez de Primera Instancia de San Sebastián no ha celebrado audiencia especial para conciliar en el proceso de la señora A. B., debido a que dicha sede judicial se encuentra cerrada.

Expone la peticionaria que los delitos que se le atribuyen a la imputada no son graves, que se presentaron arraigos y se encuentra mal de salud; también manifiesta que, además de ella, la procesada tiene dos hijos de 8 y 2 años de edad y no obstante ello la señora A. B. se encuentra privada de libertad en las bartolinas policiales de San Vicente.

II. 1. La presente solicitud de hábeas corpus fue enviada a través de correo electrónico dirigido a esta Sala.

Esta Sede ha sostenido ampliamente, por ejemplo en las resoluciones de fecha 26 de marzo de 2020, hábeas corpus 148-2020 y 150-2020, y de fecha 27 de marzo de 2020, hábeas corpus 152-2020, que en razón de haberse emitido una serie de decretos ejecutivos y legislativos que contienen limitaciones a la libertad de circulación, se ha regulado que todos los habitantes del territorio de la república deben guardar cuarentena domiciliar obligatoria, salvo excepciones.

A consecuencia de las medidas decretadas, existe una probabilidad real de que las personas no puedan presentar peticiones de hábeas corpus materialmente en la Secretaría de este Tribunal, en un juzgado de primera instancia —según se habilitó en la improcedencia de 29 de junio de 2018, inconstitucionalidad 34-2014—, en una cámara de segunda instancia fuera de la capital, o a través de "carta o telegrama" —art. 41 de la Ley de Procedimientos Constitucionales (LPC) —. La restricción para el libre tránsito no debe representar un obstáculo para no tutelar de forma efectiva sus derechos fundamentales, pues ello es exigencia del derecho a la protección jurisdiccional —art. 2 CN—.

Por tanto, mientras se mantengan las circunstancias extraordinarias causadas por la pandemia generada por el Covid-19, serán analizadas las solicitudes remitidas por los ciudadanos al correo electrónico institucional de esta Sala.

En todo caso, los peticionarios deberán asegurar el correcto envío de sus solicitudes, conforme a las demás exigencias formales que establece la LPC y en observancia de los plazos establecidos en esta. La Secretaría del Tribunal confirmará la recepción de las peticiones y se encargará de su trámite posterior.

2. Por otra parte se advierte que la peticionaria, quien manifiesta ser hija de la imputada, señala que tiene 10 años de edad.

Los artículos 5 y 6 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (LEPINA) establecen que todas las niñas, niños y adolescentes son sujetos plenos de derechos y que dicha ley se aplica a nacionales o extranjeros que se encuentren en el territorio del país.

Por su parte, el art. 10 regula el principio de ejercicio progresivo de las facultades y señala que los derechos y garantías reconocidos a aquellos serán ejercidos por estos de manera progresiva tomando en consideración el desarrollo evolutivo de sus facultades, la dirección y orientación apropiada de sus padres o de quien ejerza la representación legal, y de las disposiciones establecidas en la misma ley. Además, se reconoce el principio de igualdad, no discriminación y equidad, afirmando que todos los niños, niñas y adolescentes son iguales ante la ley y que no puede justificarse ninguna distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en criterios discriminativos o condiciones de ellos, de sus padres o de sus representantes que tengan por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de sus derechos fundamentales —art. 11—.

El derecho de acceso a la justicia de niños, niñas y adolescentes también está reconocido en el art. 51 de dicha ley especial y este comprende, entre otros aspectos, asesoría y atención especializada en materia de protección de los derechos de la niñez y de la adolescencia y, también, atención prioritaria tanto en sede judicial como en las instituciones auxiliares de la administración de justicia, sedes policiales y administrativas (letras a y b).

En coherencia con lo anterior, el artículo 92 inciso 1° contempla el derecho a presentar y dirigir peticiones por sí mismos ante cualquier autoridad legalmente constituida y a obtener respuesta oportuna y congruente.

Además, dadas las características de este proceso —expedito y exento de formalidades— y la naturaleza de los derechos que mediante él se tutelan —la libertad física y la integridad personal de los detenidos—, el legislador dispuso que cualquier persona puede solicitar ha´beas corpus a favor de alguien más, artículos 4 y 41 de la Ley de Procedimientos Constitucionales (LPC) —resolución de 13 de agosto de 2015, ha´beas corpus 226-2015—.

Por tanto, aunque la solicitud fue presentada por una niña, que además manifiesta ser hija de la privada de libertad, ello no impide el trámite del proceso que nos ocupa porque su solicitud ha sido realizada en el marco del ejercicio de los derechos fundamentales, en especial de acceso a la justicia, que la LEPINA reconoce a todo niño, niña y adolescente.

III. En relación con lo propuesto, esta Sala se ha referido a las exigencias de fundamentación de las decisiones judiciales sobre medidas cautelares y de revisión de la detención —resolución del 18 de febrero de 2019, hábeas corpus 359-2018—, aclarando el alcance del control que corresponde a este proceso constitucional.

Esta obligación básica de fundamentación de las resoluciones judiciales que imponen una restricción al derecho de libertad física, exigen tomar en consideración las condiciones particulares de personas en situación especial de riesgo o vulnerabilidad y motivarlo expresamente.

Por ejemplo, en el caso de mujeres y con hijos menores de edad, los estándares de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas, 2013, párrafo 216) y las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok, 2010, N° 57), en relación con los arts. 1, 3 y 144 CN.

De ahí la peticionaria inicialmente alude a que la autoridad demandada no le ha programado a la imputada audiencia especial para conciliar y además vincula su reclamo con aspectos que debieron ser considerados por la autoridad judicial al fundamentar la decisión que ordena la detención provisional de la señora A. B. como su condición de género, el

interés superior de la niñez y las razones para superar la prioridad que, en principio, tienen las medidas no privativas de libertad en estos casos.

Así, dado que se plantea una posible vulneración a los derechos de presunción de inocencia y libertad personal tutelados a través del hábeas corpus, es procedente el nombramiento de un juez ejecutor —artículo 43 de la Ley de Procedimientos Constitucionales (LPC)—, cuya función es intimar a quien se atribuye una restricción de la libertad personal, para que le exhiba la causa respectiva y le manifieste las razones de aquella.

Por su parte, la autoridad demandada está obligada a responder íntegramente a los requerimientos de aquel, lo cual permitirá otorgar una adecuada tutela constitucional.

El referido delegado de este Tribunal también documentará y comunicará oportunamente cualquier obstáculo que se presente en el desarrollo de la labor encomendada. Con fundamento en lo anterior, este deberá:

1. Intimar al Juez de Primera Instancia de San Sebastián para que se pronuncie sobre la vulneración constitucional alegada, en el plazo del artículo 45 LPC (el mismo día o el día siguiente a la recepción de esta resolución, según la circunscripción territorial del demandado).

2. Verificar en el proceso penal instruido en contra de la señora A. B. la fecha y el juez que le decretó la detención provisional, si la decisión que le impuso dicha medida cautelar se encuentra de acuerdo con los presupuestos procesales con la aplicación de una perspectiva de género señalados en la jurisprudencia de esta Sala y si se ha ordenado el traslado de la justiciable hacia un centro penal, de ser así a partir de cuándo y las razones por las que esta no ha sido llevada aún. De igual forma, el juez ejecutor deberá informar si se han realizado otras actuaciones que incidan en el derecho de libertad personal e integridad física de la favorecida, puntualizando su estado actual.

3. Requerir al juez que tenga a su cargo el proceso penal certificación de: i) acta de audiencia inicial y su respectiva resolución; ii) del auto de instrucción, iii) de las gestiones realizadas para el trasladado de la imputada de las bartolinas de la dependencia policial en la que se encuentra privada de libertad hacia un centro penal; iv) cualquier otra actuación que permita analizar el reclamo planteado por la solicitante.

Lo anterior deberá ser atendido por la autoridad dentro del plazo dispuesto para ello en el inciso 3° del artículo 71 LPC, es decir, el mismo día en que sea intimada por el juez ejecutor.

4. Indicar la condición actual de la señora A. B. respecto a su libertad física.

5. Presentar un informe en el que se pronuncie sobre la lesión constitucional alegada, en el plazo dispuesto en el artículo 66 LPC, es decir, dentro de los cinco días de intimada la autoridad demandada.

IV. 1. Por otra parte, en esta resolución también es procedente solicitar, con fundamento en los artículos 11 y 12 de la Constitución, informe de defensa a la autoridad demandada en el presente hábeas corpus, en este caso al Juez de Primera Instancia de San Sebastián, el cual deberá remitirse a esta Sede dentro de los tres días hábiles siguientes contados a partir del acto de intimación que realice el juez ejecutor designado, debiendo en él pronunciarse sobre la vulneración constitucional alegada por la peticionaria y adjuntar certificación de la documentación que considere pertinente.

2. Asimismo, la citada autoridad informará el estado actual del proceso penal instruido en contra de la favorecida y su situación jurídica respecto a su derecho de libertad personal y los motivos por los que no ha sido trasladada a un centro penal; debiendo comunicar cualquier decisión que incida en el referido derecho, con su respectiva certificación y notificaciones.

Debido a la naturaleza del proceso que nos ocupa, el cual debe ser expedito y no cargado de formalismos, la autoridad debe remitir cualquier información que se les requiera de forma oportuna y completa; pudiendo esta Sede pronunciarse con posterioridad en caso de incumplimiento de tales obligaciones.

V. A partir de lo propuesto por la peticionaria y considerando que el cuestionamiento está relacionado con un tema de posible vulneración a la libertad personal de la señora A. B. este Tribunal estima necesario examinar la posibilidad de decretar una medida precautoria.

1. Es preciso indicar que en el proceso de hábeas corpus no se prevé la adopción de medidas cautelares; no obstante ello esta Sala, en reiterada jurisprudencia, ha aplicado analógicamente el art. 19 LPC referido al proceso de amparo y, con base en el mismo, ha afirmado la posibilidad de decretar tal tipo de medidas, particularmente por la necesidad de anticipar una mejor protección de los derechos fundamentales objeto de tutela, particularmente cuando respecto de la limitación a la libertad se podría encontrar comprometido el derecho a la salud.

2. Ahora bien, la adopción de esta supone la concurrencia de al menos dos presupuestos básicos: la probable existencia de un derecho amenazado o apariencia de buen derecho y el daño que ocasionaría el desarrollo temporal del proceso o peligro en la demora.

Respecto al primero, se ha invocado vulneración a derechos de la favorecida pues se alega que se le ha decretado detención provisional sin considerar sus

arraigos, que se encuentra mal de salud y aspectos de género y que además no ha se ha señalado una audiencia especial requerida para conciliar.

En referencia al segundo, este implica el riesgo de que el desplazamiento temporal del proceso suponga un obstáculo para la materialización efectiva de una eventual sentencia estimativa, impidiendo de esa forma la plena actuación de la actividad jurisdiccional y la tutela efectiva del derecho conculcado.

Sobre dicho requisito esta Sala advierte que, según la exposición de las circunstancias fácticas planteadas en la solicitud podría poner en riesgo sus derechos por el transcurso del tiempo que dure la tramitación de este proceso constitucional y a fin de garantizar los efectos materiales de la decisión definitiva que se emita, se justifica la implementación temporal e inmediata de una medida cautelar, que permita asegurar razonablemente las condiciones en la que se encuentra aquel.

3. En consecuencia se considera que la medida cautelar necesaria para garantizar los derechos de la favorecida es que el Juez de Primera Instancia de San Sebastián, o la autoridad a cargo de su proceso penal, haga las gestiones necesarias y urgentes para determinar el estado de salud de la señora A. B.

Además deberá verificar si la resolución que impuso la detención provisional evaluó su estado de salud, los riesgos que puede generar el Covid-19 en personas que se encuentran en bartolinas policiales, sus arraigos y su condición de mujer encargada del cuido de tres niños menores de edad, según el reclamo planteado, y determinar, en resolución fundada, si si la medida cautelar debe mantenerse o si puede imponerse alguna que garantice mejor todos los derechos e intereses involucrados; las anteriores son medidas precautorias excepcionales en tanto, por la situación actual que se vive en el país a raíz de la pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud, el tiempo que dure este proceso constitucional puede afectar irremediablemente los derechos fundamentales de la privada de libertad.

Se aclara que durante la vigencia de la medida cautelar dictada, la Sala podrá valorar el cambio o modificación de esta, conforme reciba la información que se solicita en la presente resolución.

VI. 1. La niña A. A. señaló para recibir notificaciones una dirección fuera del domicilio de esta Sala, así como también indicó números de teléfonos celulares los cuales no son un mecanismo idóneo para realizar el acto de comunicación por cuanto no es posible acreditar su verificación, pero dado que se cuenta con la dirección de correo electrónico utilizado por aquella para enviar su solicitud de exhibición personal, la Secretaría de esta Sala deberá tomar en cuenta la misma para efectuar las respectivas comunicaciones; sin embargo de advertirse alguna circunstancia que imposibilite la notificación que se ordena practicar a través de dicho medio, se autoriza que proceda a realizarla considerando otras opciones dispuestas en la legislación procesal pertinente que fueren aplicables, debiendo hacer las gestiones necesarias para cumplir tal fin.

En razón de que la peticionaria es una niña de 10 años de edad, es necesario requerirle a la Secretaria de esta Sala que, al hacerle saber la presente resolución, se le explique con un lenguaje claro y sencillo el contenido de la misma para facilitar su comprensión.

2. Finalmente es procedente, de conformidad con el artículo 220 de la LEPINA, solicitar a la señora Procuradora General de la República que delegue a un profesional para que le brinde asistencia legal y acompañamiento a la niña A. A. durante la tramitación de este proceso constitucional, quien a su vez deberá remitir informe a esta Sala sobre la actuación realizada en el mismo.

Por tanto, con base en las razones antes expuestas y de conformidad con los artículos 11 inciso 2° y 12 de la Constitución; 19, 26, 43, 44, 45, 46, 71 de la Ley de Procedimientos Constitucionales; 220 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia; esta Sala resuelve: 1. Decrétase auto de exhibición personal a favor de la señora A. B. y para su diligenciamiento se nombra como juez ejecutor a la licenciada María Magdalena Flores Orellana, Jueza Segundo de Sentencia de Zacatecoluca, La Paz; quien intimará al Juez de Primera Instancia de San Sebastián y deberá rendir su informe en los términos expuestos en el considerando III de la presente decisión. 2. Requiérase a la autoridad demandada que, en el plazo de tres días contados a partir de la intimación que realice la juez ejecutora nombrada, rinda informe de defensa en los términos expuestos en el considerando IV de este pronunciamiento, junto con la certificación de la documentación en la que funden sus aseveraciones. 3. Solicítese al Juez de Primera Instancia de San Sebastián o a aquel que tenga a cargo el proceso penal, que informe su estado actual y la situación jurídica de la referida imputada, en relación con su libertad personal, debiendo comunicar cualquier decisión que incida en tal derecho. 4. Decrétase a favor de la señora A. B. la medida cautelar relacionada en el considerando V.3 de este proveído y, en consecuencia, ordénase a la autoridad correspondiente que dé cumplimiento a ella de la forma descrita en esta resolución, quién además deberá informar en plazo de cinco días contados a partir del siguiente al de la notificación, sobre su cumplimiento. 5. Requiérase a la Procuradora General de la República la delegación de profesional que le brinde asistencia legal y acompañamiento a la niña A. A. durante la tramitación de este proceso constitucional, quien a su vez deberá remitir informe a esta Sala sobre la actuación realizada en el mismo. 6. Notifíquese de conforme a lo señalado en el considerando V de esta decisión.

Eutanasia: un debate complejo y necesario

María Eugenia Rodríguez Pería (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Los hechos y la pretensión del caso.— III. La solución y sus fundamentos.— IV. Análisis crítico y preguntas.— V. Conclusiones. El debate necesario.

I. Introducción

En los siguientes párrafos se comentará la decisión dictada por el 11º Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, Perú el día 22 de febrero de 2021 en la acción de amparo en la que la señora A. E. U., afectada por una enfermedad incurable, progresiva y degenerativa, solicitó, entre otras cuestiones, que se declare inaplicable el art. 112 del Cód. Penal, que tipifica el delito de homicidio piadoso y así poder decidir el momento en el cual los demandados —Ministerio de Salud, Seguro social de Salud y Ministerio de Justicia y Derechos Humanos— deberán procurarle un procedimiento médico de eutanasia, sin que los terceros sean procesados penalmente.

La relevancia de la solución de este caso es que hace lugar al reclamo y considera inaplicable el referido artículo habilitando que la actora pueda decidir, según el plan y protocolo de cumplimiento que se elabore, cuándo poner fin a su vida solicitando a un médico que lleve a cabo la referida tarea.

En un primer momento se abordarán los hechos y pretensiones del caso para luego tratar los fundamentos de la sentencia para darle solución. Para favorecer la claridad expositiva no se seguirá, necesariamente, el orden de la sentencia. Luego se analizarán críticamente algunos de los fundamentos para, finalmente, exponer las conclusiones.

II. Los hechos y la pretensión del caso

La señora A. E. U., de 44 años, fue diagnosticada con polimiositis, una enfermedad autoinmune que afecta el tejido muscular, a los 12 años. La enfermedad es incurable, degenerativa y progresiva. Como parte de su tratamiento ha consumido o consume diferentes medicamentos. Ha tenido sucesivas y frecuentes intervenciones médicas, entre ellas, se le aplicado un tubo endotraqueal y practicado una traqueotomía para poder respirar y una gastrostomía para cuando no puede deglutir normalmente o cuando su estado de salud se hace crítico y debe ser alimentada mediante esa sonda **(1)**.

Frente a esta situación la Defensoría del Pueblo, promovió en su representación una acción de amparo contra el Ministerio de Salud (MINSA), el Seguro social de Salud (EsSalud) y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (MINJUSDH) a fin de que, como se dijo, se declare inaplicable el art. 112 del Cód. Penal **(2)** y pueda elegir el momento en el cual los demandados deberán procurarle un procedimiento médico de eutanasia, sin que los terceros que lo lleven a cabo sean procesados penalmente.

Considera que los efectos de la norma que establece que "[e]l que, por piedad, mata a un enfermo incurable que le solicita de manera expresa y consciente para poner fin a sus intolera-

(*) Abogada UBA; magíster en Derechos Humanos y Democratización Universidad Externado de Colombia; ayudante docente en Contratos Civiles y Comerciales (UBA); secretaria de Fiscalía General Interina de la Procuración General de la Nación.

(1) Consids. 86-7.

(2) Dec. leg. 635.

bles dolores, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años", constituyen una lesión al derecho fundamental a una muerte digna, así como a sus derechos fundamentales a la dignidad, a la vida digna, al libre desarrollo de la personalidad y una amenaza cierta a no sufrir tratos crueles e inhumanos.

El pedido no apunta a que dejen morir a A. E. U., rechazando los tratamientos que requiere su patología, sino que el Estado le permita controlar y decidir, en uso de su autonomía y en ejercicio del libre desarrollo de su personalidad, cuándo morir con la ayuda de un tercero, para lo cual requiere que la participación de ese tercero no sea criminalizada **(3)**.

La demandante sostiene que, de acuerdo con la Ley General de Salud **(4)**, ninguna persona puede ser sometida a tratamiento médico o quirúrgico, sin consentimiento previo y como tal tiene derecho a negarse a recibir o continuar el tratamiento y a que se le expliquen las consecuencias de esa negativa, lo que constituye el reconocimiento del derecho a la autodeterminación y de tomar una decisión consentida e informada, pero que, además, implica que el Estado asume el reconocimiento de que su deber de proteger la salud y la vida de las personas es desplazado por el derecho a la autonomía del individuo **(5)**.

Requiere, en consecuencia, que se ordene a EsSalud: i) respetar la decisión de su representada de poner fin a su vida a través del procedimiento técnico de la eutanasia; debiéndose entender por tal a la acción de un médico de suministrar de manera directa un fármaco o realizar otra intervención médica destinada a poner fin a su vida; ii) conformar de manera inmediata una junta médica interdisciplinaria que deberá iniciar sus funciones dentro de los 7 días siguientes a la emisión de la resolución judicial para el ejercicio del derecho a la muerte en condiciones dignas; iii) brindar todas las condiciones administrativas, prestacionales y sanitarias para el ejercicio del referido derecho. El adecuado ejercicio de este derecho implica que el procedimiento solicitado y diseñado por la junta médica debe ejecutarse dentro de los diez días hábiles contados a partir del momento en que ella manifieste su voluntad de poner fin a su vida. Para cuando A. E. tome esa decisión, el plan deberá estar aprobado y validado por el Ministerio de Salud, para lo cual el juez deberá establecer plazos perentorios de cumplimiento obligatorio para la ejecución de etapas previas.

Asimismo, solicita que se ordene al Ministerio de Salud: i) respetar la decisión de la señora A. E. U. de poner fin a su vida a través del procedimiento técnico de la eutanasia; ii) validar en el plazo de 7 días hábiles el plan del procedimiento de eutanasia diseñado y propuesto por la junta médica; iii) la emisión de una directiva que regule el procedimiento médico para la aplicación de la eutanasia para situaciones similares a las de A. E. U., que involucren el reconocimiento judicial del derecho fundamental a la muerte en condiciones dignas y derechos conexos.

III. La solución y sus fundamentos

Debido a la gran extensión de la sentencia y la cantidad de temas que aborda, en el presente comentario se hará hincapié en los fundamentos más importantes que llevan a la solución de fondo.

Como se adelantó, el fallo hace lugar parcialmente a la demanda y declara inaplicable el art. 112 del Cód. Penal para el caso de doña A. E. U.; por lo que los sujetos activos del tipo penal no podrán ser procesados, siempre que los actos tendientes a su muerte en condiciones dignas, se practiquen de manera institucional y sujeta al control de su legalidad, en el tiempo y oportunidad que ella lo especifique, en tanto no puede hacerlo por sí misma.

Ordena al Ministerio de Salud y a EsSalud, i) respetar la decisión de doña A. E. U. de poner fin a su vida a través del procedimiento técnico de la eutanasia mediante la acción de un médico; ii) conformar comisiones médicas interdisciplinarias, en un plazo de 7 días; precisándose que EsSalud deberá formar dos

(3) Consids. 111-3 y 178.

(4) Ley 26.842, art. 4º: "Ninguna persona puede ser sometida a tratamiento médico o quirúrgico, sin su consentimiento previo o el de la persona llamada legalmente a darlo, si correspondiere o estuviere impedida de hacerlo. Se exceptúa de este requisito las intervenciones de emergencia (...)".

(5) Consid. 112.

comisiones, siendo que la primera tendrá la finalidad de elaborar un plan que especifique los aspectos asistenciales y técnicos de la decisión tomada y un protocolo de cumplimiento de su derecho a la muerte digna y otra comisión que cumpla con practicar la eutanasia propiamente dicha. El Ministerio de Salud deberá formar una comisión para que apruebe el plan que especifique los aspectos asistenciales y técnicos, elaborados por la comisión de EsSalud.

Asimismo, la sentencia indica las etapas, los plazos y los modos de actuación de las comisiones, a la vez que manda a EsSalud a cumplir todas las condiciones administrativas, prestacionales y sanitarias para el ejercicio del derecho a la muerte en condiciones dignas de la señora A. E. U. a través del procedimiento de la eutanasia, lo que deberá ejecutarse dentro de los diez días hábiles contados a partir del momento o fecha en que ella manifieste su voluntad de poner fin a su vida.

Finalmente, declara improcedente la pretensión de que se ordene al Ministerio de Salud que cumpla con emitir una Directiva que regule el procedimiento médico para la aplicación de la eutanasia para situaciones similares a las de la Sra. A. E. U.

III.1. La noción de dignidad humana. El ejercicio de la autonomía de A. E. U.

La sentencia aborda la cuestión de la dignidad en tanto es uno de los fundamentos esenciales de la pretensión de la señora A. E. U.

Especifica que el art. 1º de la Const. del Perú de 1993, incluido en el cap. I de los Derechos Fundamentales de la Persona Humana señala que "la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado" **(6)**.

Afirma que la dignidad es un principio de principios sobre el que se construyen otros derechos fundamentales, tanto frente al Estado, como entre los particulares que se configura en el respeto que se tiene por el otro, sin importar su condición, pero también por la percepción que la propia persona tiene de su dignidad **(7)**. Pareciera, entonces, caracterizar a la dignidad humana como fundamento en el que se asientan los demás derechos fundamentales **(8)**.

Agrega que la libertad, como inherente al ser humano, implica la autonomía de tomar decisiones sobre su vida e incluso sobre su muerte **(9)**. La dignidad, de acuerdo con la sentencia, se relaciona con libertad de la persona de elegir entre varias alternativas sobre su propia vida a través de la expresión de su voluntad, a la que llega mediante su capacidad de razonar **(10)**. Aclara, no obstante, que la dignidad no se reduce a la autonomía como expresión de la razón ni a la autopercepción de esa dignidad, sino que es un concepto que las excede. Ello se evidencia en las situaciones en que ciertas personas no se autoperciben dignas o en los casos de personas que no pueden ejercer su autonomía debido a sus condiciones cognitivas, lo que no implica que la dignidad humana no sea inherente a ellas **(11)**.

Con relación a la señora A. E. U., entiende que la dignidad exige el respeto de sus decisiones personales como ejercicio de su autonomía, las cuales ha expresado mediante escritura pública para el momento que ya no pueda hacerlo, dejando plasmadas directivas sobre su salud, su vida y sus apoyos **(12)**.

Explica que la situación por la que atraviesa A. E. U. construye en ella una percepción de pérdi-

(6) Consid. 81.

(7) Consids. 81, 89 y 91. Para profundizar sobre la noción de dignidad ver: ATIENZA, M., "Sobre el concepto de dignidad humana", en CASADO, M. (coord.), *Sobre la dignidad y los principios. Análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos UNESCO*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2009, ps. 73-93.

(8) YÁÑEZ FIGUEROA, G., "La dignidad y el derecho a la vida (vivir con dignidad)", en CASADO, M. (coord.), ob. cit., p. 131.

(9) Consids. 97-100.

(10) Consids. 91-95, 97.

(11) Ver ATIENZA, M., ob. cit.; ANDORNO, R., "El principio de dignidad humana en el bioderecho internacional", en GARCÍA, J. J. (dir.), *Enciclopedia de Bioética*, disponible en *https://enciclopediadebioetica.com/mod/page/view.php?id=3381*.

(12) Consids. 95-6.

da de su dignidad y de vida digna y en ejercicio de su libertad solicita que se la autorice a poner fin a esa situación cuando así lo decida **(13)**.

Considera que en un Estado laico existe el derecho a una vida digna, lo que implica que exista el derecho a proyectar su vida con libertad y autonomía y en ese proyecto pensar en su final, lo que la demandante considera una muerte digna. El mismo derecho que sostiene la libertad de vivir o de vivir con libertad, sostiene el derecho a concluirla, si la vida carece o carecerá de dignidad indefectiblemente **(14)**.

III.2. El tipo penal y sus cuestionamientos

En la demanda se solicita, como se dijo, la inaplicación del art. 112 del Cód. Penal que tipifica el homicidio piadoso, en tanto la actora considera que su sola existencia impide el ejercicio de lo que considera un derecho fundamental a la muerte digna, pues en el caso de que solicitara el auxilio a un médico, este se abstendría, bajo la disuasión que surge de la aplicación de la norma.

En varios momentos la resolución se encarga de aclarar que, si bien la vida es un derecho y un valor que debe ser protegido por el Estado, este no es absoluto **(15)**. Da como ejemplos lo casos de legítima defensa, la actuación conforme al deber del policía, entre otros.

Con relación al tipo penal debatido, la sentencia desarrolla diferentes posturas que lo cuestionan, aclarando que quienes están a favor del castigo del sujeto activo del homicidio piadoso consideran a la vida como un bien absoluto. Así, cita algunas que sostienen que la configuración de una especie de deber constitucional de tutelar la vida contra la voluntad de su titular colisiona con el principio de dignidad de la persona. La configuración constitucional del derecho a la vida no se limita a reconocer el derecho a vivir en términos estrictamente biológicos, sino que comprende las condiciones de vida que, en un Estado de derecho, deben necesariamente ser compatibles con el principio de dignidad de la persona.

Sumado a ello, según estas doctrinas, la calificación de la vida humana como bien jurídico absolutamente indisponible constituye una contradicción total con la existencia de supuestos reconocidos constitucionalmente de disposición de la vida por parte del Estado, como la pena de muerte en casos de traición a la patria durante guerra exterior **(16)**.

La sentencia destaca, además, que en el Código Penal anterior solo era punible el móvil egoísta y no el piadoso, ya que, estaba regulado del siguiente modo "[e]l que por móvil egoísta instigare a otro al suicidio o lo ayudare a cometerlo, será reprimido si el suicidio se ha consumado o intentado, con penitenciaría o con prisión no mayor de cinco años" **(17)**.

Adicionalmente, dedica algunos párrafos a explicar por qué considera la posibilidad de que este tipo penal no tenga aplicación por el hecho de que se ejecuten la eutanasia o el suicidio asistido de manera clandestina **(18)**.

Por último, especifica que en marzo de 2015 se presentó en el Congreso de la República un proyecto de ley para despenalizar el homicidio piadoso y declarar de necesidad pública e interés nacional la implementación de la eutanasia, que no tuviera éxito parlamentario y que en la actualidad se habría presentado un nuevo proyecto **(19)**.

III.3. Términos y clasificaciones asociados con el final de la vida utilizados en la sentencia

A lo largo de la sentencia se pueden identificar diferentes términos y clasificaciones asociados con el final de la vida. Estos no siempre son

(13) Consid. 102.

(14) Consids. 103-105.

(15) Consids. 148 y 155-6.

(16) Consid. 116.

(17) Consid. 118; art. 157, Cód. Penal de 1924.

(18) Consids. 156, 160-162.

(19) "Eutanasia en el Perú: El derecho a morir en condiciones dignas podría ser una realidad", diario *La Ley. El ángulo legal de la noticia*, 22/01/2021, disponible en *https://laley.pe/art/10540/eutanasia-en-el-peru-el-derecho-a-morir-en-condiciones-dignas-podria-ser-una-realidad*.

concordantes, es por ello, que se detallarán en este apartado.

III.3.a. Modelos de interpretación constitucional de la eutanasia y concretamente del suicidio asistido

Con este título la sentencia desarrolla la tipología elaborada por Fernando Rey Martínez **(20)** que refiere a cuatro modelos jurídicos referidos a la eutanasia, estos son: 1) de la eutanasia prohibida, 2) de la eutanasia como derecho fundamental, 3) de la eutanasia como libertad constitucional de configuración legislativa y 4) de la eutanasia como excepción legítima, bajo ciertas condiciones, de la protección jurídica de la vida **(21)**.

El modelo de la eutanasia prohibida es aquel sistema legal en el que existe una norma específica, ya sea constitucional o legal, que la prohíbe, de manera que dentro del propio modelo pueden darse variantes y hasta contradicciones.

La eutanasia como derecho fundamental, es el modelo opuesto al anterior. Recoge el derecho a la vida como un derecho fundamental pero establece una relación con otros derechos fundamentales, como el derecho a la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la integridad y a no sufrir tratos inhumanos y degradantes y a la autonomía de la persona; derechos sobre los que se construye el derecho a la eutanasia, al suicidio asistido y a la eutanasia activa directa (por mano de un tercero).

En el modelo de la eutanasia como libertad constitucional legislativamente limitable, se entiende que la muerte digna no se desprende de forma directa de los derechos fundamentales. Cuestiona, asimismo, que la base del derecho a dar fin a la vida por decisión propia sea la dignidad. Entiende al suicidio como un acto de libertad que, si bien no está protegido como derecho, no puede ser limitado por el poder público porque no hay daños a bienes jurídicos ajenos. Sin embargo, una prohibición de la eutanasia sería posible porque perseguiría evitar riesgos de abuso y esto último sí es un interés público. Se considera así que el derecho penal puede limitar esa libertad constitucional penalizando la eutanasia activa directa, pero también despenalizarla bajo ciertas condiciones.

En este modelo habría diferencias de régimen jurídico relevantes entre la eutanasia activa, que sería una libertad constitucional legislativamente limitable y la pasiva e indirecta, que formaría parte del derecho fundamental a la integridad.

La eutanasia como excepción legítima, bajo ciertas condiciones, de la protección estatal de la vida. El suicidio no es un derecho, es una libertad fáctica no prohibida. En cuanto a la eutanasia activa directa, considera que debe limitarse para evitar el riesgo de abuso, en tanto implica la participación de un tercero que estaría jurídicamente obligado a poner fin a la vida de quien lo solicite. Así, el Estado protege el bien vida e integridad personal, penalizando la acción, pero estableciendo la excepción bajo ciertos supuestos y condiciones en cuanto a los sujetos de hecho habilitantes y los procedimientos, para asegurar la protección constitucional de la vida, la libertad y el consentimiento.

Al referirse a cada uno de estos modelos, la sentencia brinda ejemplo de cómo cada uno es compatible con el caso peruano, sin embargo, se inclina por entender que es aplicable este último **(22)**. Coincide con el autor en que el suicidio no es un derecho, sino una libertad fáctica a lo que agrega que este se puede dar en cualquier situación. Sin embargo, cuando se pretende la muerte digna existe una condición especial de afectación de otros derechos fundamentales de la persona —como la dignidad, la autonomía, la libertad— por un grado de extremo sufrimiento, determinante para configurar el nacimiento de un derecho a tomar una decisión sobre su muerte. En esas circunstancias se admite una excepción a la protección del derecho a la vida.

Suma a ello "que la eutanasia activa directa, no puede ser un derecho fundamental, sino que solo algunas de sus excepcionales circunstancias puede ser no punible, estableciéndose debidamente la proporcionalidad de las circunstancias de excepcionalidad, por situación

(20) "Eutanasia y derechos fundamentales", *Direito e justiça. Reflexões sociojurídicas*, 13, año IX, 2009, cit. en la sentencia.

(21) Ver consids. 147-55.

(22) Ver consid. 180.

extrema, a fin de proteger otros derechos de la persona, como el enfermo que sufre una enfermedad terminal o incurable que le causa extremo dolor o limita su vida radicalmente, al punto de afectarse sus derechos a la dignidad, la autonomía, al libre desarrollo de su personalidad, como es el caso que nos ocupa" **(23)**.

III.3.b. Terminología

De la solución se desprenden diferentes términos vinculados con el final de la vida. A continuación, se detallarán los que aparecen en el fallo y los distintos significados que se les asigna.

La sentencia refiere a la eutanasia pura y especifica que en esta se procura la muerte sin importar o presumiendo la voluntad del sujeto pasivo **(24)** y que, por ello, es sancionable **(25)**.

En cuanto a la eutanasia pasiva, entiende que consiste en la inhibición de actuar o en el abandono en el tratamiento iniciado, evitando intervenir en el proceso hacia la muerte. La eutanasia indirecta sería en la que el paciente ha rechazado el tratamiento, pero se le aplican analgésicos que evitan el dolor y, eventualmente, aceleran la muerte como efecto secundario **(26)**.

Con relación a la eutanasia activa directa, aduce que implica la participación de un tercero que pone fin a la vida de quien lo solicite, es por ello, que considera que debe limitarse para evitar el riesgo de abuso **(27)**. Especifica que no puede ser un derecho fundamental, sino que solo alguna de sus excepcionales circunstancias puede ser no punible, estableciéndose debidamente la proporcionalidad de las circunstancias de excepcionalidad, por situación extrema y a fin de proteger otros derechos de la persona, como el enfermo que sufre una enfermedad terminal o incurable que le causa extremo dolor o limita su vida radicalmente, al punto de afectarse sus derechos a la dignidad, la autonomía, al libre desarrollo de su personalidad, como es el caso que nos ocupa **(28)**.

También hace alusión al suicidio asistido. En algunos momentos parece asimilarlo a la muerte digna e incluso sostiene que en el presente caso no se está debatiendo la eutanasia sino el suicidio asistido **(29)**. Esa afirmación se contradice con la parte resolutiva, cuando ordena "a) respetar la decisión de doña A. E. U., de poner fin a su vida a través del procedimiento técnico de la eutanasia; mediante la acción de un médico de suministrar de manera directa (oral o intravenosa), un fármaco destinado a poner fin a su vida, u otra intervención médica destinada a tal fin" **(30)**.

Respecto de la muerte digna afirma que, si bien no es sinónimo de eutanasia, no puede considerarse que sea excluyente **(31)**. Explica que existe un derecho a una vida digna y, consecuentemente, a una muerte digna; sin embargo, no puede considerarse un derecho fundamental. Debe entenderse, sin embargo, que da lugar a que exista una excepción legítima, de no punibilidad, bajo ciertas condiciones, de la protección estatal de la vida **(32)**.

La muerte digna implica, necesariamente, la voluntad del sujeto del derecho, que es sujeto activo y pasivo a la vez porque sin su decisión no es posible aplicarla ni concebirla como un derecho de ningún tipo. No es posible presumir la voluntad **(33)**.

(23) Consid. 155.

(24) Consid. 163.

(25) Consid. 145.

(26) Aquí se pude destacar que esta definición es similar a la que algunos dan a la ortotanasia, que consiste en la muerte como consecuencia de los medios paliativos utilizados por los médicos para aliviar el sufrimiento del enfermo, sin mediar la intención de poner fin a la vida (CÉSPEDES, T. A., "Eutanasia y autonomía", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2020, p. 21).

(27) Consid. 153.

(28) Consid. 155.

(29) Consid. 163.

(30) Punto 2 de la resolución.

(31) Consid. 138.

(32) Consid. 180.

(33) Consid. 163. Para profundizar sobre este tema ver KEMELMAJER de CARLUCCI, A. – LLOVERAS, N., "Personas carentes de la capacidad de dar su consentimiento", en CASADO, M. (coord.), ob. cit., ps. 217-239. Ver también: CS, 07/07/2015, "D., M. A. s/ declaración de incapacidad", Fallos 338:556, esp. consids. 22-26.

Además de estas nociones, a veces contradictorias, la sentencia cita las definiciones invocadas por la parte actora:

"Suicidio asistido o auxilio al suicidio, como la acción del tercero que, sin contribuir a la formación de voluntad del suicida, lo ayuda a que se concrete. Distinto a la instigación al suicidio donde el tercero 'siembra la idea' (...). La eutanasia; que supone la intervención de un profesional médico a petición expresa del paciente que padece de enfermedad incurable y que procura poner fin a sus dolores (...). El homicidio piadoso, tipificado en el art. 112 del Cód. Penal como delito a el que por piedad mata a un enfermo incurable que le solicita de manera expresa y consciente poner fin a sus intolerables dolores (...). [Los] cuidados paliativos 'un planteamiento que permite mejorar la calidad de vida de los pacientes (adultos y niños) y sus allegados cuando afrontan los problemas inherentes a una enfermedad potencialmente mortal, planteamiento que se concreta en la prevención y el alivio del sufrimiento mediante la detección precoz y la correcta evaluación y terapia del dolor y otros problemas, ya sean estos de orden físico, psicosocial o espiritual' y Muerte en condiciones dignas: acorde a la Corte Constitucional de Colombia, es un derecho que garantiza que, 'luego de un ejercicio sensato e informado de toma de decisiones, la persona pueda optar por dejar de vivir una vida con sufrimientos y dolores intensos'" **(34) (35)**.

III.4. Test de proporcionalidad

Finalmente, la sentencia recurre al test de proporcionalidad **(36)** para determinar la constitucionalidad de la norma que castiga al homicidio piadoso. Recuerda que el tribunal constitucional de Perú ha establecido que "El test de razonabilidad es un análisis de proporcionalidad que está directamente vinculado con el valor superior justicia; constituye, por lo tanto, un parámetro indispensable de constitucionalidad para determinar la actuación de los poderes públicos, sobre todo cuando esta afecta el ejercicio de los derechos fundamentales. Para que la aplicación del test sea adecuada, corresponde utilizar los tres principios que lo integran, estos son; el principio de idoneidad o adecuación; por el que debe considerarse que, toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo, suponiendo dos cosas: primero, la legitimidad constitucional del objetivo y, segundo: La idoneidad de la medida *sub examine*. El principio de necesidad significa que, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado. Requiere analizar, de un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo, y, de otro, el menor grado en que este intervenga en el derecho fundamental. Por último, el principio de proporcionalidad *stricto sensu*; por el que se entiende que, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de esta debe ser por lo menos equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental, comparándose dos intensidades o grados: el de la realización del fin de la medida examinada y el de la afectación del derecho fundamental" **(37)**.

A fin de realizar el test toma como punto de partida el derecho a la vida, protegido por la norma penal que castiga el homicidio piadoso.

Al analizar la idoneidad de la norma, concluye que esta no lo es porque existe contradicción con otros derechos fundamentales; la codificación anterior solo sancionaba esta figura cuando el móvil era egoísta, lo que contradice la tendencia despenalizadora en la jurisprudencia internacional sin que hubiera una motivación fáctica —muchos casos o delitos— o teórica que sostenga la medida. Considera que, al sancionar se ha sacrificado otros bienes jurídicos —dignidad, autonomía— para proteger el bien jurídico vida, frente a la solicitud de su titular que se encuentra en una situación de salud extrema y dolorosa.

(34) Corte Const. Colombia, 15/12/2014, T-970-14, consid. 5.3, disponible en *https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2014/T-970-14.htm*.

(35) Consid. 114.

(36) Consids. 164-84.

(37) Consid. 164, res. 050-2004-AI/TC.

Añade que el tipo penal es por demás impreciso ya que, el sujeto pasivo es la persona del enfermo incurable, categoría discutible pues son incurables numerosas enfermedades no necesariamente mortales y contradictorio ya que, el sujeto pasivo realiza una actividad de petición expresa y consciente, lo que lo convierte en sujeto activo/pasivo. Aun cuando el verbo rector del delito es matar, en la petición expresa, está implícito el acto suicida, que es matarse a sí mismo.

En cuanto a la necesidad, la sentencia entiende que hay otras formas de intervención estatal además, de la penal para alcanzar la misma finalidad de proteger la vida **(38)**, como por ejemplo sistemas de soporte médico de tratamiento paliativo del dolor. Con relación a las personas con depresión y riesgo suicida, sostiene que debería acudírseles con un sistema preventivo y de soporte. Considera, como otra opción, la limitación del tipo penal para el caso de que se lleve a cabo fuera de un establecimiento autorizado, sin un protocolo y/o por una persona distinta de un médico.

Concluye el análisis de este subprincipio con la afirmación de que existen otras alternativas para proteger la vida de la persona enferma antes que sacrificar otros bienes jurídicos iguales o más importantes que la propia vida dentro del sistema de derechos fundamentales peruano **(39)**.

Previo a adentrarse en verificar si la norma cumple con las exigencias de proporcionalidad específica que la actora ha fundamentado sus pretensiones en la afectación del derecho a la dignidad, destacando que es el primerísimo de los derechos considerados en la constitución y en el sistema jurídico en general, como así también, en los derechos a la libertad o el libre desarrollo de la persona humana y la autonomía. Al momento de abordar el derecho a una muerte digna, a diferencia de lo sostenido por A. E. U., considera que no es un derecho fundamental, sino un derecho derivado de la dignidad. A pesar de ello, entiende que puede dar lugar a que se haga una excepción legítima a la protección a la vida en los siguientes términos:

"[E]sta judicatura ha considerado que, existe un derecho a una vida digna y consecuentemente a una muerte digna; sin embargo, no puede considerarse un derecho fundamental. El suicidio, no es un derecho, es más bien una libertad fáctica. La muerte digna, es un derecho, es evidente que puede derivarse del propio derecho a la dignidad; pero, siendo un derecho derivado, que, asimismo, su nacimiento está supeditado al nacimiento de la vida misma, que no es un bien jurídico absolutamente disponible, que configurado como lo ha expuesto por la propia demandante y como lo entiende esta judicatura, tiene límites intrínsecos y que en gran parte de los casos, el Estado está obligado a proteger este derecho, pero no a promoverlo; debe considerarse que el derecho a la muerte digna, sin ser un derecho fundamental, da lugar a que exista una excepción legítima, de no punibilidad, bajo ciertas condiciones, de la protección estatal de la vida" **(40)**.

Al adentrarse en el examen de proporcionalidad considera que la intervención del Estado mediante el tipo penal del art. 112 del Cód. Penal no es proporcional al derecho que protege, pues afecta derechos fundamentales de esta persona, "por lo que debería inaplicarse, siempre que sea el mismo Estado, el que garantice que no se suprimirá la obligación genérica de proteger la vida humana, por lo que deberá hacerse, siempre que se cumpla determinado protocolo para su determinación y ejecución" **(41)**.

Explica que la muerte digna solo podrá considerarse constitucional, procedente y fundada la inaplicación de la norma penal si se acredita, de manera previa y mediante un mecanismo o protocolo legal que garantice la firmeza y autenticidad del pedido del sujeto activo/pasivo. Asimismo, solo si quien ejecuta el pedido lo hace bajo la autoridad y control institucional y es además, un profesional o un equipo médicos, debe considerarse que se garantiza la ausencia de un móvil egoísta y la aplicación de la decisión de muerte digna, de manera que no sea dolorosa (o que sea lo menos dolorosa y prolongada posible), a fin de que no afecte física ni psicoló-

(38) El análisis que se hace aquí refuerza el hecho de que se podría haber partido del análisis a la restricción de los derechos invocados como afectados por la actora.

(39) Consid. 174.

(40) Consid. 180.

(41) Consid. 181.

gicamente, así como que se respete la dignidad del sujeto activo/pasivo y de su familia **(42)**.

IV. Análisis crítico y preguntas

Más allá de la solución a la que llega la sentencia que, para el caso, reconoce y garantiza mediante un mecanismo específico el derecho de la señora A. E. U. a acceder a una muerte digna mediante la eutanasia, existen puntos sobre los que cabe realizar observaciones y formular preguntas.

IV.1. Muerte digna

La sentencia interpreta que la muerte digna no es un derecho fundamental. Brinda como argumento el hecho de que un derecho fundamental debe ser promovido y protegido y que la muerte nunca podría ser promovida.

Ahora bien, parece contradictorio afirmar, como lo hace la sentencia, que el derecho a la muerte digna deriva de la dignidad, que reconoce como fuente de todos los derechos fundamentales, y que, a pesar de ello, no se le reconozca tal entidad.

Una interpretación distinta ha dado la Corte Constitucional de Colombia en la sent. C-239-97 que fue luego retomada en la sent. T-970-2014, en la que el tribunal sostiene:

"El derecho a morir dignamente es un derecho fundamental (...). Esta garantía se compone de dos aspectos básicos: por un lado, la dignidad humana y por otro, la autonomía individual. En efecto, la dignidad humana es presupuesto esencial del ser humano que le permite razonar sobre lo que es correcto o no, pero también es indispensable para el goce del derecho a la vida (...). [E]l derecho a morir dignamente es un derecho autónomo, independiente pero relacionado con la vida y otros derechos. No es posible considerar la muerte digna como un componente del derecho a la autonomía, así como tampoco es dable entenderlo como una parte del derecho a la vida. Sencillamente, se trata de un derecho fundamental complejo y autónomo que goza de todas las características y atributos de las demás garantías constitucionales de esa categoría. Es un derecho complejo pues depende de circunstancias muy particulares para constatarlo y autónomo en tanto su vulneración no es una medida de otros derechos. En todo caso, es claro que existe una relación estrecha con la dignidad, la autonomía y la vida, entre otros" **(43)**.

IV.2. Terminología

Como casi todo lo que rodea el fin de la vida, la cuestión vinculada con la terminología aplicada a la eutanasia y a cuestiones afines encuentra zonas grises y no es unánime. Teniendo esto en miras, la sentencia podría haber especificado qué sentido daría a cada término a fin de favorecer la claridad. Esto seguramente hubiese evitado algunos abordajes que se contradicen vinculados con la eutanasia, la muerte digna y el suicidio asistido **(44)**.

IV.3. El test de proporcionalidad

Previo a tratar el test de proporcionalidad la sentencia realiza todo un desarrollo sobre la teoría del doble efecto sosteniendo que es un antecedente del principio de proporcionalidad **(45)**. Los autores que realizan esta vinculación suelen criticar el test de proporcionalidad por incompleto y pretenden complementarlo con el análisis de doble efecto o algunos de sus elementos **(46)**. Sin embargo, no explica estas posiciones y tampoco parece hacer efectiva esta

(42) Consid. 184.

(43) Corte Const. Colombia, 15/12/2014, T-970-14, cit., consids. 5.2 y 5.3.

(44) Para profundizar sobre este tema ver: CÉSPEDES, T. A., ob. cit.; DABOVE, M. I., "Perspectiva jurídica de la eutanasia", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2015; MAGLIO, I. — WIERZBA, S. M., "El derecho en los finales de la vida", LA LEY del 07/09/2015, AR/DOC/2985/2015.

(45) Consids. 123-136.

(46) CIANCIARDO, J., "Proporcionalidad en la ley y razonabilidad en la interpretación de la ley: tensiones y relaciones", *Estudios de Deusto*, vol. 66/2, julio-diciembre 2018, ps. 47-70; MIRANDA MONTESINOS, A., "El principio del doble efecto y su relevancia en el razonamiento jurídico", *Revista Chilena de Derecho*, 3, vol. 35, 2008, ps. 485-519; disponible en *https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372008000300005*; ORREGO SÁNCHEZ, C., "Principio de proporcionalidad y principio de doble efecto. Una propuesta desde la filosofía del derecho", 2015, 24, 1, ps. 117-143; disponible en *https://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/5177/4094*; THOMSON, J. J., "Physician-as-

complementariedad o mejora al momento de aplicar el test.

Es importante tener en cuenta que el principio de proporcionalidad, tal como sostiene la propia sentencia, está compuesto por los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Ahora bien, estos subprincipios se aplican escalonadamente, es decir que, si el tribunal constitucional encuentra que la norma no es idónea o adecuada, como sucede en el caso, debería declarar su inconstitucionalidad. Si por el contrario, la norma sale airosa de este cotejo, debe ser sometida al análisis del siguiente subprincipio **(47)**. A pesar de ello, el tribunal continúa con el análisis del subprincipio de necesidad sin hacer una aclaración al respecto. Lo mismo sucede con el escrutinio de necesidad, a pesar de que la norma no lo supera en el análisis de la sentencia, esta continúa con el estudio de proporcionalidad *stricto sensu*.

Cabe destacar que la sentencia podría haber iniciado este análisis desde la perspectiva del derecho a muerte digna derivada de la dignidad o desde la autonomía como su máxima expresión, sobre todo si se tiene en cuenta que al resolver el caso declara "fundada en parte la demanda interpuesta por la Defensoría del Pueblo, en beneficio de doña A. E. U., contra el Ministerio de Justicia, el Ministerio de Salud y el Seguro Social de Salud del Perú, EsSalud, al considerarse afectados los derechos a la dignidad, autonomía, libre desarrollo de su personalidad y de la amenaza de no sufrir tratos crueles e inhumanos" (*sic*).

En esta línea el análisis podría haber referido que la norma que prohíbe el homicidio piadoso limita los derechos fundamentales de la señora A. E. U. Allí podría haber considerado, como lo hace al principio, que el fin de la norma es la protección del derecho a la vida, y en ese sentido, es constitucionalmente legítimo, a la vez que idóneo para fomentar su obtención. Podría haber considerado cumplidas las exigencias del subprincipio de adecuación y continuado con el análisis de necesidad.

V. Conclusiones. El debate necesario

Más allá de las cuestiones expuestas en el apartado anterior hay que destacar que la sentencia le reconoce a A. E. U. el derecho a lo que ella considera morir dignamente mediante la eutanasia.

Es importante recordar que en varios de los países en los que la eutanasia tuvo reconocimiento normativo, este fue precedido por decisiones judiciales que se centraron, principalmente, en discusiones sobre los conceptos de libertad, autonomía, dignidad y laicismo **(48)**. En esta línea, se puede pensar que para Perú este podría ser el puntapié inicial de un debate más profundo sobre este tema.

En la Argentina, la ley 26.529 de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud prevé en su art. 2º, inc. e), que "[e]l paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad (...). En el marco de esta potestad, el paciente que presente una enfermedad irreversible, incurable o se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, informado en forma fehaciente, tiene el derecho a manifestar su voluntad en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital cuando sean extraordinarias o desproporcionadas en relación con la perspectiva de mejoría, o produzcan un sufrimiento desmesurado. También podrá rechazar procedimientos de hidratación o alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible o incurable".

La Corte Suprema de la Nación argentina ha establecido en el caso "D., M. A. s/ declaración

sisted suicide: Two moral arguments", *Ethics*, 3, vol. 109, 1999, ps. 497-518.

(47) BERNAL PULIDO, C., "El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el Legislador", Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014, 4ª ed., ps. 874-875.

(48) Corte Const. Colombia, 15/12/2014, T-970-14, cit., consid. 6º.

de incapacidad" **(49)** que "la decisión de aceptar o rechazar un tratamiento médico constituye un ejercicio de la autodeterminación que asiste a toda persona por imperio constitucional. En efecto, esta Corte, en innumerables precedentes ha resaltado el valor de la autodeterminación de la persona humana con fundamento en el art. 19 de la CN, no solo como límite a la injerencia del Estado en las decisiones del individuo concernientes a su plan de vida, sino también como ámbito soberano de este para la toma de decisiones libres vinculadas a sí mismo" **(50)**. Aclaró, también que "[n]o fue intención del legislador autorizar las prácticas eutanásicas, expresamente vedadas en el art. 11 de [la ley 26.529], sino admitir en el marco de ciertas situaciones específicas la 'abstención' terapéutica ante la solicitud del paciente" **(51)**; sin embargo, por las características de la pretensión en ese proceso, no se expidió sobre la constitucionalidad, o no, de ese artículo **(52)**.

(49) CS, 07/07/2015, "D., M. A. s/ declaración de incapacidad", Fallos 338:556.

(50) Consid. 19.

(51) Consid. 13.

(52) Ver sobre este tema: CÉSPEDES, T. A., ob. cit.

En la actualidad, tal como sucede en Perú, se estarían trabajando diferentes proyectos de ley para permitir la eutanasia en la Argentina **(53)**. Tal vez sea el momento de abordar un debate pendiente **(54)** y preguntarse si en un Estado no confesional, como el nuestro **(55)**, se puede encontrar una diferencia moral entre dejar morir sin iniciar ningún tratamiento médico; retirar las medidas de soporte vital —incluidas la alimentación y la hidratación— en ciertas circunstancias y ponerle fin de manera activa a la vida en esas mismas situaciones.

(53) FLIER, D., "Legalización de la eutanasia: los argumentos a favor y en contra de un debate inminente (y necesario)", diario *Redacción*, 07/06/2021.

(54) Un debate de estas características no excluye otro, también necesario, vinculado con el efectivo acceso a los cuidados paliativos que constituyen prácticas integrales destinadas al mejoramiento de la calidad de vida de acuerdo con un plan y un momento determinado para cada paciente y cada familia hacia el final de la vida de este. Ver al respecto: "Red de cuidados, derechos y decisiones en el final de la vida", disponible en *https://redcuidados.conicet.gov.ar/informacion-institucional*.

(55) CS, 12/12/2017, "Castillo, Carina V. y otros c. Provincia de Salta - Ministerio de Educación de la Provincia de Salta s/ amparo", Fallos 340:1795, consids. 8º-11.

ACTUALIDADES

Actualización en derecho sucesorio 2/2021

Mariana B. Iglesias (*)

Sumario: I. Partición privada.— II. Filiación *post mortem* y fuero de atracción.— IV. Competencia del juez de la sucesión para entender en la compensación económica del conviviente cuando la convivencia se extingue por muerte.— V. Prueba del último domicilio del causante.— VIII. Operatividad del fuero de atracción para deudas de los bienes que corresponden al acervo hereditario durante el estado de indivisión.— IX. Administrador de la sucesión.— X. Partición de gananciales en el sucesorio.— XI. Interpretación de testamentos.— XII. Limitación de pretensiones en el marco del proceso sucesorio.— XIII. Aplicación inmediata de las normas procesales sucesorias incluidas en el Código Civil y Comercial para las sucesiones abiertas antes de su entrada en vigencia.— XIV. Cesión de un bien determinado del acervo en estado de indivisión.

I. Partición privada (1)

I.1. Datos de localización del fallo

CCiv. y Com. San Isidro, sala III, 12/05/2021, "NN", expte. 30719, *elDial.com*, AAC457.

I.2. Síntesis de la problemática abordada

El fallo aborda el caso de la partición privada, en el que por unanimidad acuerdan adjudicar la nuda propiedad a algunos herederos y el usufructo a otros.

I.3. Extractos del fallo

"Considerando: I. La resolución apelada. La resolución del 26/02/2021 rechazó la homologación del acuerdo presentado el 26/02/2021. Para así decidir, dispuso que dicho acuerdo presentado por los herederos no es una partición de bienes en los términos del art. 2369, Cód. Civ. y Com., sino una constitución del derecho de usufructo en favor de la cónyuge supérstite y una cesión de los derechos de aquella a favor de sus hijos, actos cuya constitución debe efectuarse por escritura pública conforme lo disponen los arts. 1017, inc. A, 1233 y 1618 del Cód. Civ. y Com. (...).

"III. Los agravios. Sostienen los recurrentes que el art. 2369 del Cód. Civ. y Com. establece que si todos los herederos están presentes y son capaces pueden realizar la partición en la forma y por el acto que por unanimidad los mismos consideren conveniente (al igual que el art. 761 del Cód. Proc. Civ. y Com.). Refieren que en el caso la totalidad de los herederos, de común acuerdo, han resuelto hacer cesar la indivisión estableciendo una forma de adjudicación de modo que el 50% de la nuda propiedad del inmueble quede en cabeza de Elizabeth Claramonte, el restante 50% también de la nuda propiedad en la de Gastón Claramonte y el usufructo del bien en la de la cónyuge supérstite del *de cujus*, Rosa Adelaida Pan. Transcriben jurisprudencia en apoyo de su postura."IV. La solución. Primeramente, ha de atenderse la queja dirigida a cuestionar la calificación (cesión de derechos y constitución de usufructo) establecida en la resolución en crisis respecto al acto celebrado por los herederos (presentado como partición). En este punto cabe re-

(*) Abogada, Doctora en Derecho, Directora de la Carrera de Especialización en Derecho Sucesorio (Facultad de Derecho UNR); Profesora Titular de Derecho Civil VI (UNR).

(1) CCiv. y Com. San Isidro, Buenos Aires, sala III, 12/05/2021, expte. 30719, "NN", elDial.com - AAC457.

cordar que la partición puede ser definida como aquel acto jurídico complejo que tiene por fin inmediato extinguir la indivisión hereditaria —y eventualmente otras indivisiones de bienes (indivisión postcomunitaria) o comunidades de cosas (condominio con herederos o cónyuge) directamente relacionadas a ella—, en forma total o parcial. El Código de Vélez evita dar una definición sobre la partición y el Código de fondo en vigencia mantiene la misma tesitura. Relativo a la partición, el art. 3462 del Cód. Civil, dispone que 'si todos los herederos están presentes y son capaces, la partición puede hacerse en la forma y por el acto que por unanimidad juzguen convenientes'. De modo que los herederos pueden libremente elegir la forma para la adjudicación y partición de los bienes de la sucesión. Y los únicos requisitos que la ley establece al efecto son que los herederos sean capaces y la presencia de todos ellos al momento de celebrarse el acto jurídico 'partición/adjudicación de los bienes', verificados los cuales, los herederos deciden la forma y el acto que por unanimidad crean conveniente. De manera que los herederos tienen la más absoluta libertad para contratar/partir la herencia. De ahí que se haya resuelto que habiendo conformidad entre los herederos, todo es admitido, incluso la adjudicación de lotes desiguales sin compensación, porque el fin del acto es hacer a cada uno dueño exclusivo de lo que se le adjudica (conf. FORNIELES, Salvador, 'Tratado de las Sucesiones', 4ª ed., ps. 331-333, nros. 261, 262 y sus citas)."Esta es la posición que ha receptado también el Cód. Civ. y Com. al otorgar plena libertad a los copartícipes en lo que hace al contenido del acto particionario, en tanto recepta la regla de la flexibilidad y la amplitud para decidir en la materia (conf. arts. 2369 y ss., Cód. Civ. y Com.; ídem, CALVO COSTA, C., 'Código Civil y Comercial de la Nación, comentado y concordado', t. III, p. 615). Como puede apreciarse, los copartícipes en el caso, presentaron en el marco del sucesorio el acuerdo al cual arribaron y se hiciera referencia *supra*, el que comprendió la adjudicación del bien ubicado en el Partido de General Sarmiento, que integra el sucesorio (y respecto al cual se ordenó la inscripción de la declaratoria de herederos dictada en autos), del siguiente modo: el 50% de la nuda propiedad para Elizabeth Claramonte, el otro 50% de la nuda propiedad para Gastón Claramonte, y el usufructo vitalicio a favor de Rosa Adelaida Pan."Es decir, que se tiene en autos, que todos los copartícipes, capaces y mayores de edad, han puesto fin a la indivisión postcomunitaria desmembrando los derechos comprendidos en la propiedad del bien, a fin de adjudicarse distintas parcelas con valor económico (50% de la nuda propiedad a favor de cada hijo, y usufructo a favor de la cónyuge supérstite). Y si bien para ello se ha considerado el 100% de los derechos sobre el inmueble, lo cierto es que ello es posible en tanto no existe impedimento alguno para que a través de este acto —dentro del juicio sucesorio— la cónyuge y los hijos herederos del *de cujus* resuelvan la adjudicación de la parte de los bienes correspondiente al supérstite en función de la sociedad conyugal disuelta por muerte del causante, conforme al derecho que le cabe a cada heredero declarado en el marco de la transmisión por muerte objeto del proceso (conf. causas 53.720 del 30/04/1990 y 67.700 r.i. 828/95 y 93.522 r.i. 521/03; causa 105638, 05/2008 de Sala II). Es que la posibilidad de integrar la masa de bienes con aquellos adquiridos durante la vigencia de la sociedad conyugal que por fallecimiento se liquida, puede viabilizarse a través de la partición que concluya entre los herederos un negocio mixto, por el cual se atribuyan derechos o bienes entre coherederos que exceden, estrictamente, del acto de asignación que aquella importa, tratándose en rigor de una unidad negocial derivada de una relación de comunidad hereditaria preexistente, por lo que no son separables ambos aspectos del negocio mixto contenido en la partición (conf. ZANNONI, 'Derecho de las sucesiones', t. 1, ps. 670-71; causas 93.522 r.i. 521/2003; 96.178 r.i. 428/04; causa 105638, 05/2008 Sala II, causa SI-30382-2011, RSI 42 del 01/03/2012; causa SI-12144-2013, r.i.86 del 25/03/2014 de esta sala III). Sucede, que ambos copartícipes (viuda e hijos) pueden realizar la partición en la forma y por el acto que por unanimidad juzguen conveniente (conf. arts. 3462, Cód. Civil y 2369, Cód. Civ. y Com. de la Nación) y así, hacer cesar la indivisión postcomunitaria, no advirtiéndose en consecuencia que el carácter de bien ganancial, en la especie desnaturalice el acto particionario presentado. Por otra parte cabe recordar que para que exista cesión de derechos hereditarios el heredero debe transferir a un coheredero o a un tercero, el todo o parte de su cuota parte hereditaria, sin consideración al contenido particular de los bienes que la integran (arts. 2302, 2303, 2304 del Cód. Civ. y Com.) y la cesión de derechos

sobre bienes determinados será considerada una cesión-venta o una cesión-donación, según haya habido o no contraprestación y no una cesión de derechos hereditarios propiamente dicha (art. 2309, Cód. Civ. y Com.) (...).

"En el caso no surge que la viuda haya vendido o donado la nuda propiedad a sus hijos, sino que su derecho ha sido compensado con la titularidad del usufructo vitalicio en el marco del acto particionario. En cuanto a la habilidad del acto particionario instrumentado a través del acto privado presentado ante el juez del sucesorio, cabe señalar que si bien, la regla en el derecho sucesorio en lo atinente a la aplicación de la ley en el tiempo, es que la sucesión intestada se rige por la ley vigente al momento de la muerte del causante (...) las normas de naturaleza procesal —como las relativas a la forma de la partición mencionadas en el código de fondo— son aplicables a los procedimientos en trámite, siempre que esta aplicación no implique afectar situaciones ya agotadas (cfr. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, 'La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes', Ed. Rubinzal-Culzoni, 2015, p. 166). Así, dentro de este tipo de normas (de naturaleza procesal) se encuentra precisamente la contenida en el art. 2369 del Cód. Civ. y Com., que legisla acerca del modo en que puede hacerse la partición. Y si bien la nueva ley no contiene una norma similar a la del art. 1184, inc. 2º del Cód. Civil —que admitía la partición mixta (acuerdo privado presentado al juez del sucesorio)—, lo cierto es que reconocida doctrina —que compartimos— sostiene que aun hoy cuando la partición recaiga sobre un bien inmueble es admisible hacerla por instrumento privado presentándolo luego al juez del sucesorio por cuanto si el negocio no tiene una forma determinada (art. 1015, Cód. Civ. y Com.) nada impide que formalizada la partición en instrumento privado como se dijo, se obtenga la legalidad y autenticidad por medio de su presentación en el proceso respectivo, siendo el título inscribible el instrumento público judicial que en consecuencia se expida (arts. 289, Cód. Civ. y Com. y 3º, inc. a de la ley 17.801). Es que si a esa solución se arribó existiendo una norma legal exclusiva en el Código Civil previo a la reforma de la ley 17.711, no se advierte por qué la conclusión habría de ser diferente cuando el nuevo ordenamiento ha considerado todas las particiones como 'no formales', ello al margen de que así lo habilitan los códigos procesales locales (art. 2º, inc. c, ley 17.801) (conf. GUARDIOLA, Juan José, 'Partición: la modalidad mixta', XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, La Plata, 28 a 30 de septiembre de 2017, Comisión 9, 'Sucesiones'). No empece a ello la desmembración y adjudicación del usufructo del bien en cabeza de la viuda (hijuela de la cónyuge supérstite), en tanto ello se origina en el convenio de partes (por analogía art. 440 del Cód. Civ. y Com.)."Por todo ello, habiendo unanimidad entre los beneficiarios, asiste razón a los recurrentes en cuanto a que no hay motivo que impida homologar —y ordenar la inscripción respectiva— lo acordado respecto a la adjudicación de los bienes indicados —partición—, todo ello previa verificación de los recaudos pertinentes (arts. 3462, Cód. Civil, arts. 2369, 2374 y ccs. del Cód. Civ. y Com., 761 y 765 del Cód. Proc. Civ. y Com. y 18, CN). En consecuencia debe modificarse lo decidido disponiéndose que en la instancia de origen se homologue y ordene la inscripción del acuerdo particionario presentado 26/02/2021 previa verificación de los recaudos exigidos por el art. 765 del Cód. Proc. Civ. y Com.".

I.4. Breve comentario

Consideramos acertado el fallo de Cámara. Cumpliéndose con los requisitos de la partición privada el juez/a no pueden indagar sobre el contenido a la hora de homologar, sino limitarse a que se cumplan con los requisitos formales del art. 2369 del Cód. Civ. y Com. en cuanto expresa: "Si todos los copartícipes están presentes y son plenamente capaces, la partición puede hacerse en la forma y por el acto que por unanimidad juzguen convenientes". Es decir, que se cumpla con la libertad de formas, la unanimidad, la presencia y la capacidad de todos los herederos.

Por otro lado, el precedente que se analiza incluye otra temática compleja, tal como es la posibilidad de adjudicar a unos herederos la nuda propiedad de los inmuebles y a otros el usufructo. Se suelen ventilar discusiones en orden a si es posible —en el marco de la partición mixta, es decir, la realizada mediante instrumento privado acompañado al expediente sucesorio y que hoy forma parte de la categoría partición privada— ante la existencia del art. 1896 del Cód. Civ. y Com., que expresa: "Prohibición de constitución judicial. El juez no puede constituir un derecho real o imponer su constitución, excep-

to disposición legal en contrario", partir los bienes de este modo. Sin embargo, esta norma no es óbice para la validez de la partición privada en el sentido de la situación fáctica que el fallo presenta, puesto que no se trata de una constitución legal de usufructo sino que su origen es contractual. No debe olvidarse que la partición privada es un contrato, y dicho acuerdo de partes es lo que se presenta al juez del sucesorio a fin de su homologación, y el juez —reiteramos—, no debe controlar el contenido de la partición, sino el cumplimiento de los requisitos formales de dicha clase de partición.

II. Filiación *post mortem* y fuero de atracción (2)

II.1. Datos de localización del fallo

CApels., sala Civ. y Com. Nº 1 Concordia, 03/03/2021, "Quintana, Nélida E. c. Herederos, sucesores o legatarios de Marcelino José Casette s/ ordinario - filiación", Rubinzal online; 10041 RC J 3494/21.

II.2. Síntesis de la problemática abordada

El fallo plantea un conflicto de competencia entre el Juez a cargo del Juzgado Civil, Comercial y Laboral de Federal que se declaró incompetente para entender en un proceso de filiación *post mortem* con fundamento en que el art. 2336 del Cód. Civ. y Com. no incluía de modo expreso las acciones de estado vinculadas al emplazamiento o desplazamiento de la filiación cuando enumeraba las acciones comprendidas en el fuero de atracción.

II.3. Extractos del fallo

"I) El Juez a cargo del Juzgado Civil, Comercial y Laboral de Federal se declaró incompetente para entender en el proceso de filiación *post mortem* promovido por la recurrente contra los herederos y sucesores de Casette Marcelino José, cuyo proceso sucesorio tramita ante el Juzgado antes nombrado. Para así decidir expresó el Dr. Ovando que la acción promovida se trataba evidentemente de una cuestión de familia (reclamo de filiación); que el art. 2336 del Cód. Civ. y Com. no incluía de modo expreso las acciones de estado vinculadas al emplazamiento o desplazamiento de la filiación cuando enumeraba las acciones comprendidas en el fuero de atracción. Concluyó entonces, que el Juzgado a su cargo no era competente para entender en este proceso ya que, la acción debía tramitar en el Juzgado especializado en cuestiones de familia y si el emplazamiento filial prosperaba allí, todas las cuestiones patrimoniales derivadas de ello debían ser tramitadas en el juzgado donde se llevaba adelante el proceso sucesorio de Marcelino José Casette."II) La promotora interpuso recurso de reposición con apelación en subsidio; desestimada la primera vía revisora por inadmisible, la jurisdicción de esta Alzada se ve abierta por la apelación subsidiaria. En cuanto a los agravios, y en lo pertinente, expuso la apelante que el resolutorio en crisis se apartaba de la opinión del Ministerio Público Fiscal y omitía considerar lo dispuesto por vía de excepción por el inc. 20 del art. 8º de la 10.668 (LPF): 'Competencia por la materia de los Juzgados de Familia. Los jueces de Familia tienen competencia en las siguientes materias: 1) (...). 5) Cuestiones derivadas de la filiación, referidas a la adopción y pretensiones originadas en la utilización de técnicas de reproducción humana asistida (...); 20) Cualquier cuestión conexa o accesoria de las enumeradas en los incisos anteriores, con excepción de las atinentes al derecho sucesorio'; en adecuada correlación con lo dispuesto por el art. 7º de igual texto legal. Refirió luego al contenido del art. 2336, Cód. Civ. y Com.; los fundamentos del instituto del 'fuero de atracción'; interesando en definitiva la revocación del decisorio de grado en cuanto negó la competencia para entender en los presentes obrados."III) El Sr. Fiscal de Cámara compartió e hizo suyo el dictamen presentado por la Dra. Susana Irurzun en la sede de trámite y en el cual se expidió por la competencia de Dr. Ovando con fundamento en el fuero de atracción previsto en el art. 2336 del Cód. Civ. y Com.; el orden público imperante en materia sucesoria; y la opinión de importante doctrina especializada."IV) En autos se nos presenta el caso que se está en presencia de una única pretensión ejercida —'Filiación'— 'sin acumulación' o 'conexidad' alguna con otra pretensión en trámite, sea esta de naturaleza patrimonial o 'extra'."V) En el precedente 'Gallegos, Ricardo R. s/ beneficio de litigar sin gastos', en fecha 29 de diciembre de 2020, este Tribunal

(2) CApels., sala Civ. y Com. Nº 1 Concordia, 03/03/2021, "Quintana, Nélida E. c. Herederos, sucesores o legatarios de Marcelino José Casette s/ ordinario - filiación", Rubinzal online; 10041 RC J 3494/21.

opinó que acumulándose a la 'filiación', acciones de 'petición de herencia' y 'daños', las que necesariamente tendían a afectar el patrimonio del causante, 'razones de orden práctico, celeridad, economía procesal y conexidad' aconsejaban que tramitaran ante el Juez del sucesorio en virtud del fuero de atracción previsto en 2/4 el art. 2336 del Cód. Civ. y Com. Anteriormente, y estando en trámite ante el Juzgado de Familia una acción de Impugnación de estado de familia, se resolvió que sea competente dicho juzgado en una pretensión de filiación *post mortem* ante la inescindible vinculación existente entre ambas acciones ('Vera, Silvia M. c. Herederos o sucesores de Casette, Marcelino J. s/ ordinario filiación', LAS 22/11*2019)."VI) En el presente caso, y por los fundamentos que expondremos, en consonancia con el antecedente de esta Sala con anterior conformación 'Prieto, Cristian D. c. Prieto, Oscar O. y otro sus herederos o sucesores s/ ordinario', LAS 11/10/2005 (entre otros) ratificaremos la competencia de la Justicia Civil —fuero de atracción— para entender, incluso en las acciones meramente declarativas como es la que nos ocupa, pero con fuerte incidencia en la faz patrimonial dirimida en el proceso sucesorio del alegado progenitor."VII) Recordemos que la Corte Federal había dicho que las acciones de estado de familia de las que pueda derivarse un llamado a la herencia —v.gr. 'acción de filiación'— estaban sometidas al fuero de atracción establecido por el art. 3284, inc. 1º del Código Velezano (LL 129-983; ED 21). En 'Prieto' se dijo, a título de síntesis, y con cita de calificada opinión jurisprudencial, que 'cuando la cuestión litigiosa repercutirá sobre la determinación del título por el cual se tiene derecho a los bienes que componen el acervo hereditario resulta conveniente que la cuestión sea dirimida por ante el tribunal que conoce el sucesorio'; agregando que no había dudas que la acción de filiación tenía tras su apariencia extrapatrimonial una marcada intención de participar e intervenir en la distribución del acervo hereditario."VIII) A la luz del Código unificado la Corte ha ratificado su postura al sostener que el alcance, carácter y contenido del fuero de atracción previsto en el vigente art. 2336 es idéntico a la interpretación y contenido dado por la antigua norma del art. 3284 del Código Velezano (CS, 'P., G. N. c. F., A. s/ filiación', 24/09/2015; en Doctrina: FERRER, Francisco A. – GUTIÉRREZ DALLA FONTANA, Esteban M., 'Fuero de atracción y acciones personales de los acreedores del causante', LA LEY, 23/11/2015)."IX) Por lo demás, si bien el art. 2336 del Cód. Civ. y Com. (al igual que el 3284 del Cód. Civil derogado) excluye, en principio las acciones personales contra el difunto, y que el nuevo código ha incorporado en materia de familia el principio de 'justicia especializada' —art. 706, inc. b), receptado también en el art. 1º y cc. de la LPF—, lo cierto es que ante órdenes públicos de similar jerarquía la filiación *post mortem* promovida por una persona mayor de edad, en pleno ejercicio de su capacidad (art. 581, Cód. Civ. y Com.), y contra los sucesores del causante cede ante el orden público sucesorio, siendo operativo el fuero de atracción previsto en el código de fondo, como lo insinuó el legislador provincial en el 3/4, inc. 20, del art. 8º del LPF (sobre el Orden Público y el Fuero de Atracción', ver CÓRDOBA, Marcos M., 'Orden Público en el Derecho Sucesorio', LA LEY 2015-F, ejemplar de fecha 18/11/2015). Por las consideraciones fácticas y jurídicas expuestas, en definitiva, *se resuelve: admitir el recurso de apelación* interpuesto en subsidio; *revocar* la interlocutoria venida en revisión, y en consecuencia declarar la competencia del Juzgado de Primera Instancia Civil, Comercial, y Laboral de la ciudad de Federal, en donde tramita el universal de don Marcelino José Casette, para entender en la presente litis, y en virtud de fuero de atracción que prevé el art. 2336 del Cód. Civ. y Com.; *sin costas* de Alzada en atención a la naturaleza del trámite. *Regístrese, notifíquese* conforme arts. 1º y 4º Ac. Gral. 15/18 SNE y en estado bajen".

II.4. Breve comentario

Más allá de la postura esgrimida en la jurisprudencia, la cual resulta ampliamente mayoritaria y coincidente en cuanto a que la filiación *post mortem* debe tramitarse ante el juez de la sucesión, hay quienes sostienen que, en virtud del art. 706 del Cód. Civ. y Com., el juez competente debe ser el que corresponde a familia, atento a la necesidad de los jueces especializados. Es decir, que se generaría un conflicto entre el fuero de atracción del sucesorio y el art. 706 del Cód. Civ. y Com., que expresa lo siguiente: Principios generales de los procesos de familia. El proceso en materia de familia debe respetar los principios de tutela judicial efectiva, inmediación, buena fe y lealtad procesal, oficiosidad, oralidad y acceso limitado al expediente.

a) 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. b) Los jueces ante los cuales tramitan estas causas deben ser especializados y contar con apoyo multidisciplinario. c) La decisión que se dicte te en un proceso en que están involucrados niños, niñas o adolescentes, debe tener en cuenta el interés superior de esas personas. Desde nuestra perspectiva, creemos que corresponde el juez del sucesorio, sobre todo a los efectos de que el juez pueda llevar adelante todos los procesos contra el causante y, además, el proceso sucesorio, lo que le otorga a quien inicia la filiación la tranquilidad de no llegar tarde a la sucesión en busca de su parte hereditaria, habida cuenta de que ya se ha vendido o transferido.

III. Determinación de la base regulatoria en el caso de un bien perteneciente al acervo con afectación de la vivienda realizado en vida del causante (3). Extemporaneidad procesal y derechos derivados de la afectación de la vivienda.

III.1. Datos de localización del fallo

CNCiv., sala F, 06/05/2021, "L. Á. R. A. s/ sucesión *ab intestato*", expte. 48432-2005, *elDial.com,* AAC456.

III.2. Síntesis de la problemática abordada

Cuestionamiento de la base regulatoria tomada para la regulación de honorarios profesionales en el sucesorio y la limitación que surge del art. 254 del Cód. Civ. y Com. Vencimiento de los plazos notificados y sus efectos.

III.3. Extractos del fallo

"En la especie, el juzgado de grado dispuso el día 31 de octubre del año 2019 correr traslado de la nueva estimación de valores a las partes y a todos los letrados para que manifiesten su conformidad o disconformidad, consignando expresamente el apercibimiento de estarse a la realizada por los profesionales en caso de silencio. Cabe considerar que la contestación efectuada por la Sra. L., ha sido realizada en forma extemporánea. De modo tal que habiéndose consignado un apercibimiento expreso al respecto, el incumplimiento de la carga no puede traer otra solución que su aplicación. Los Dres. S. M. d. B., M. R. P. y M. P. R., letrados en causa propia, se agravian de la misma resolución en cuanto se estableció que respecto al bien ubicado en la calle (...) de esta ciudad, corresponde limitar la regulación de honorarios al 3% de su valor fiscal, conforme lo establece el art. 48 de la ley 14.394. Dispuso el Juez de grado que a los fines de la regulación de honorarios el inmueble mencionado precedentemente, deberá ser considerado bien de familia, pues en tal condición integró el acervo sucesorio."Sin entrar en contradicciones con lo expuesto en el apart. II), no puede perderse de vista que el art. 254 del Cód. Civ. y Com. establece que en los juicios referentes a la transmisión hereditaria de la vivienda afectada, los honorarios no pueden exceder del tres por ciento de la valuación fiscal. En ese orden de ideas y como lo venía reiterando la Sala en otros casos respecto a la ley 14.394, se resolvió que su aplicación no puede quedar sujeta a que los herederos la acepten o no y estén de acuerdo con ella. Para los jueces resulta de aplicación obligatoria y es irrelevante como en el caso de autos el valor al que asciende de la valuación fiscal y la diferencia que registre con el real, más aún cuando no se ha atacado la constitucionalidad de aquella norma (conf. esta sala R.522.376 'Acebo, María Josefa s/ sucesión' del día 24 de febrero de 2009).

"Asimismo, entendemos que la situación de los bienes está determinada por su situación jurídica al momento del fallecimiento del causante. La sobreviniente muerte del beneficiario del bien de familia, no modifica la situación del bien al momento en que fue transmitido a sus herederos, en este caso con la afectación al régimen del bien de familia (conf. L. 602.541 'Litwak, Marcos s/ regulación de honorarios - incidente civil', expte. 37.790/2005 del día 18 de diciembre del año 2012).

"Solo a mayor abundamiento, corresponde señalar que el art. 255 del Cód. Civ. y Com., enumera las causales de desafectación y cancelación de la inscripción. Sabido es que 'así como la afectación de un inmueble al régimen se concreta con la inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble, su desafectación al sistema y, por consiguiente, la extinción del régimen y de los efectos que de él deriven, se efectiviza con la

(3) CNCiv., sala F, 06/05/2021, "L. Á. R. A. s/ sucesión *ab intestato*", expte. 48432-2005 elDial.com - AAC456.

cancelación de la inscripción en dicho Registro cuando ocurre alguna de las causales taxativamente enumeradas por esta norma' (conf. esta sala, expte. 39.352/17 'González, Ada Z. R. s/ sucesión *ab intestato'* del día 08/11/2018). Por lo expuesto, y de conformidad con lo resuelto en los autos conexos 'Metlikovec, María s/ sucesión', expte. 44.947/2013, corresponde confirman la resolución del día 9 de octubre del año 2020, en cuanto fue materia de agravios. Como corolario de ello y atento a las particularidades que la causa ofrece y como se decide, las costas en esta instancia se imponen por su orden".

III.4. Breve comentario

Estamos en un todo de acuerdo con la resolución del fallo en cuanto a que resulta obligado para los jueces o juezas el art. 254 del Cód. Civ. y Com. resulta de aplicación obligatoria. De allí que, aún en el caso que la contestación en orden a la valuación de los bienes hubiera resultado en tiempo y forma —extremo que no se dio en este caso— la respuesta hubiera resultado idéntica.

IV. Competencia del juez de la sucesión para entender en la compensación económica del conviviente cuando la convivencia se extingue por muerte (4).

IV.1. Datos de localización del fallo

CCiv. y Com. La Matanza, sala I, 31/03/2021, "T., A. B. c. M., S. M. y otro/a s/ materia a categorizar", *elDial.com*, AAC390.

IV.2. Síntesis de la problemática abordada

En el fallo se presenta un conflicto negativo de competencia entre el juez de la sucesión y el del fuero de familia para entender en la compensación económica peticionada por el conviviente supérstite al extinguirse la convivencia por muerte.

IV.3. Extractos del fallo

"San Justo, 31 de marzo de 2021. Encontrándose los Sres. Jueces de la Excelentísima Cámara de Apelación en lo Civil, Comercial y de Familia del Departamento Judicial de la Matanza —Sala Primera— (...) celebran Acuerdo Ordinario Telemático para dictar pronunciamiento en los presentes actuados, resolviéndose en consecuencia que:

"*Vistos*: La contienda negativa de competencia, suscitada entre el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Nº 4 y el Juzgado de Primera Instancia de Familia Nº 5 Departamentales, y

"*Considerando:* Que el art. 524 del Cód. Civ. y Com. establece que 'Cesada la convivencia, el conviviente que sufre un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación económica con causa adecuada en la convivencia y su ruptura, tiene derecho a una compensación. Esta puede consistir en una prestación única o en una renta por un tiempo determinado que no puede ser mayor a la duración de la unión convivencial'. En ese orden de ideas, el art. 523 del LM-30693-2020 2 mismo ordenamiento fija que 'La unión convivencial cesa: a) por la muerte de uno de los convivientes...'.

"Por otro lado, el art. 2336 del Código de fondo al disponer las reglas de competencia sobre el juez que habrá de entender en los procesos sucesorios, también establece en su segundo párrafo que '...El mismo juez conoce de las acciones de petición de herencia, nulidad de testamento, de los demás litigios que tienen lugar con motivo de la administración y liquidación de la herencia, de la ejecución de las disposiciones testamentarias, del mantenimiento de la indivisión, de las operaciones de partición, de la garantía de los lotes entre los copartícipes y de la reforma y nulidad de la partición', configurándose de este modo el instituto conocido como 'fuero de atracción'. 'Si bien de la literalidad de la enumeración que se desprende del art. 2336 del Cód. Civ. y Com., no surge que sean atraídas al Juez del sucesorio acciones como la del presente, de una interpretación hermenéutica del mencionado código es dable deducir que las acciones personales de los acreedores del causante deben continuarse y promoverse ante el Tribunal donde tramita su sucesión' (CC0100 SN 13629 I 19/05/2020 'A., R. D. y otro/a c. B., T. [su sucesión] y otros s/ daños y perjuicios autom. c. les. o muerte [exc. Estado]' B861901 JUBA)."Nuestro máximo Tribunal Provincial ha sostenido '...que el propósito del fuero de atracción, en lo que respecta a los procesos

(4) CCiv. y Com. La Matanza, sala I, 31/03/2021, "T., A. B. c. M., S. M. y otro/a s/ materia a categorizar", *elDial.com,* AAC390.

universales, es la concentración ante un mismo magistrado que entiende en el principal, en principio, de todas las causas que involucren al patrimonio como universalidad. Ello, en cuanto esas acciones posean virtualidad potencial de incidir sobre la meta de transmisión' (causas C. 119.376, 'Sconza', resol. de 30/09/2014; C. 119.806, 'E. S., N. D.', resol. de 06/05/2015; C. 120.614, 'R., G. R.', resol. de 19/10/2016; C. 120.554, 'Giannetti', resol. de 14/12/2016; C. 121.697, 'Carovini de Geuna', resol. de 29/08/2017; C. 122.464, 'Bolufer', resol. de 16/05/2018; C. 123.061, 'Galea', resol. de 14/08/2019, e. o.). LM-30693-2020."También, esta Corte ha sostenido que el fuero de atracción del juicio sucesorio opera en tanto se haya dispuesto su apertura (conf. causas C. 112.672, 'L., E. V.', resol. de 29/09/2010; C. 116.641, 'R., A. A.', resol. de 27/06/2012; C. 120.554, 'Giannetti', resol. de 14/12/2016; C. 123.950, 'Monina', resol. de 02/09/2020 e. o.) y se extingue con la partición de los bienes que componen el acervo hereditario (SCBA, causa C. 124.266, 'Gerónimo', sent. de 23/10/2020). Por otra parte, con motivo de las 'XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil', Jimena Tomeo ha expuesto que '...será el juez de la sucesión quién entienda en el tema ya que, no podría comenzarse con la partición sin resolver el tema de la compensación económica y por el fuero de atracción todo lo relativo al causante o su patrimonio debe tramitarse ante el mismo juez...' (TOMEO, Jimena, 'La compensación económica tras la muerte en las uniones convivenciales', XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, La Plata, septiembre 2017).

"Ahora bien, compulsadas las presentes actuaciones, se desprende del relato de la Sra. A. B. T. que ha iniciado los presentes obrados a fin de obtener la compensación económica fijada en el art. 524 del ordenamiento de fondo, en virtud de haber cesado la unión convivencial que expresa haber mantenido con Sr. W. M. M., a raíz del fallecimiento de este último. Es por ello, que dirige la presente acción contra la Sra. S. M. M. y el Sr. M. E. M., manifestando que resultarían ser estos los herederos de quien en vida fuera su conviviente. Asimismo, la peticionante solicita la radicación de la presente acción ante el Juzgado Civil y Comercial Nº 4 Departamental, en virtud de encontrarse tramitando por ante dicha dependencia los autos caratulados 'M., W. M. s/ sucesión *ab intestato*' (LM-XXXXX/2020)."Que con fecha 01/12/2020 el titular del Juzgado Civil y Comercial Nº 4 Departamental se inhibe de entender en las presentes actuaciones en virtud LM-30693-2020 4 de considerar que la acción entablada encuadra en lo previsto por los arts. 525 y 719 del Cód. Civ. y Com., ordenando se remitan las mismas al Juzgado de Familia Departamental en turno. Así las cosas, siendo radicas las presentes ante el Juzgado de Familia Nº 5 Departamental, previo a expedirse, la sentenciante de grado corrió vista de las presentes actuaciones al Sr. Agente Fiscal. Dictaminando el mismo con fecha 12/02/2021 que '...A fin de salvaguardar el principio de unidad sucesoria, que es corolario de la unidad e indivisibilidad del patrimonio es necesario que un solo Juez sea el que deba entender en todas las cuestiones que hayan de plantearse respecto del patrimonio de una persona (...) la acción entablada en los presentes actuados se encuentra alcanzada por el fuero de atracción...'.

"En consecuencia, con fecha 10/03/2021 la Sra. Juez a cargo del Juzgado de Familia Nº 5 Departamental resuelve rechazar la competencia atribuida, dejando planteada la cuestión negativa de competencia y elevando los obrados a esta Alzada. Sin perjuicio de que la Sra. T. ha mencionado en el escrito de inicio, que con relación a la competencia del juez que habrá de entender en esta acción operaría el fuero de atracción con la sucesión individualizada según el número de expediente LM-XXXXX/2020, cotejadas las mismas se advierte que en estas no se ha declarado abierto el proceso sucesorio. No obstante, habiéndose procedido a compulsar la Mesa de Entradas Virtual perteneciente a la SCBA, lo cierto es que se ha podido observar que a través de la presentación electrónica de fecha 11/03/2021 de las 2:25:32 pm efectuada por la Sra. S. M. M. y el Sr. M. E. M., se peticionó el inicio electrónico de la sucesión perteneciente al Sr. W. M. M. Atento a ello y siendo radicadas las mismas ante el Juzgado Civil y Comercial Nº 4 Departamental, con fecha 15/03/2021 el titular de dicha dependencia declaró abierto el pertinente proceso sucesorio (LM-30693-2020 5).

"En consecuencia, en virtud de lo expuesto y de la cuestión de competencia suscitada, toda vez que la eventual determinación de la compensación económica podría incidir en la partición de la masa hereditaria, siendo que estas actuaciones se encuentran alcanzadas por el fuero de atracción que opera en virtud

de haberse declarado abierta la sucesión (LM-XXXX/2021) perteneciente al Sr. M. por ante el Juzgado Civil y Comercial Nº 4 Departamental, este Tribunal *resuelve: declarar competente* para entender en los presentes actuados al titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Nº 4 Departamental (art. 2336, Cód. Civ. y Com.). Regístrese. Devuélvase".

IV.4. Breve comentario

En igual sentido que el fallo, no caben dudas de que la compensación económica del conviviente supérstite queda atraída por el fuero de atracción del sucesorio, por tratarse de una acción personal, las que se encuentran incluidas tácitamente en el art. 2336 del Cód. Civ. y Com.

V. Prueba del último domicilio del causante (5)

V.1. Datos de localización del fallo

CCiv. y Com. Gualeguaychú, sala I, 11/03/2021, "Kuxhaus, Rosa M. s/ sucesorio *ab intestato*", Rubinzal online; 6825 RC J 3590/21.

V.2. Síntesis de la problemática abordada

El planteo en autos se centra al cuestionamiento del domicilio que figura en la partida de defunción, expresando los herederos que no se trataba del último domicilio del causante sino que se encontraba de manera transitoria realizando un tratamiento médico.

V.3. Extractos del fallo

"1. Se tiene para resolver el recurso de apelación subsidiario interpuesto electrónicamente el 3 de diciembre de 2020, contra la resolución dictada el 25 de noviembre de 2020 que resolvió declarar la incompetencia para entender en el presente proceso y ordenó remitir las actuaciones al juzgado de igual grado y clase en turno de la ciudad de Merlo, Provincia de Buenos Aires.

"2. Para así decidir, la magistrada estimó que la existencia de un heredero único no resultaba suficiente para variar la competencia del juez del sucesorio, y aun cuando se pudiera acreditar que lo es, igualmente, subsistiría la competencia originada por el último domicilio del causante, ya que, podrían existir legatarios, o beneficiarios de cargo, que tuvieran algún interés en mantener la competencia del último domicilio. Por ello, y con base en los datos volcados en la partida de defunción, razonó que el último domicilio de la causante lo era en la provincia de Buenos Aires, por lo cual concluyó que el juzgado a su cargo era incompetente para el trámite del sucesorio.

"3. En la fundamentación contenida en el recurso de revocatoria, los recurrentes señalaron que la causante falleció en Buenos Aires por motivos de última enfermedad, y que tal circunstancia no fue tenida en cuenta para la realización de una información sumaria que acredite el último domicilio de la causante en Gualeguay. Expresaron que para la determinación del domicilio real debe estarse a la idea de permanencia, y no residencia o simple habitación. Indicaron que la partida de defunción acredita el deceso, pero no el domicilio del causante, y aunque señale un sitio como de residencia del causante, y que su muerte se produjo en este, ello no obsta para desvirtuar la conclusión que resulta de otras pruebas más relevantes. Señalaron que el proceso universal de los padres de la causante tramita por ante el mismo juzgado, y el único bien se trasmite al presente proceso, con lo cual existe vinculación entre ambos. Alegaron que todos los herederos prestaron conformidad para la prórroga territorial de la competencia. Por lo expuesto, solicitaron que se disponga información sumaria para acreditar el domicilio real de la causante.

"4. Sobre la determinación de la competencia del juez del último domicilio del causante, recientemente volvimos a pronunciarnos sobre el valor que cabe asignar a los datos volcados en la partida de defunción. En efecto, en el Expte. 7142 del 03/03/2021 y Expte. 7081/C, 03/12/2020, expusimos que lo asentado en aquella es una pauta importante, pero no determinante, en tanto acredita el deceso y el lugar donde se produjo, no así el domicilio que tenía el causante, por lo que puede ser desvirtuado por otros medios de prueba, incluso por presunciones. Recordamos, además, que ante la duda sobre el último domicilio de la persona al momento de su deceso, la partida de defunción es un elemento de juicio que debe ser considerado, aunque el único dato del que da fe el funcionario otorgante, sea el del hecho de la defunción, pudiéndose 'presumir' que el último domicilio coincidía con el lugar de su

(5) CCiv. y Com. Gualeguaychú, sala I, 11/03/2021, "Kuxhaus, Rosa María s/ sucesorio *ab intestato*", Rubinzal online; 6825 RC J 3590/21.

fallecimiento. Aun cuando se coincida con los recurrentes que por último domicilio debe estarse a la idea de permanencia, su determinación constituye una cuestión de hecho en el que son válidos todos los medios y clases de prueba, y en ese abanico amplio, la información sumaria constituye una alternativa válida para acreditar dicho extremo. A raíz de ello, y ante el relato de los hechos en el escrito inaugural, esto es que la Sra. Kuxhaus era vecina de la localidad de General Galarza pero el deceso ocurrió en Buenos Aires producto de una residencia circunstancial por enfermedad, eran los pretensos herederos quienes en primer término debieron acompañar los elementos de prueba corroborantes de sus afirmaciones, sin que la pretendida acumulación con el sucesorio de los padres de la causante, y que luego fue desestimada, sirva de excusa de tal omisión. Ahora bien, tampoco podemos desatender que frente a este cuadro de situación, donde está en juego una cuestión de orden público como es la competencia en materia de sucesiones y el riesgo que podría conllevar la nulidad de todo lo actuado ante un juez incompetente, la magistrada estaba facultada para requerir una información sumaria antes de decidir como lo hizo, e incluso en la oportunidad de resolver el recurso de revocatoria ante el pedido expreso de los apelantes. En tal sentido, entendemos que la resolución cuestionada luce prematura frente a la importancia que reviste la determinación del último domicilio del causante, y más aún, si se tienen en cuenta los beneficios que implicaría que ante la misma magistrada se resuelva la división y liquidación de un bien inmueble ubicado en la localidad de General Galarza que, conforme se adelantó en el escrito promocional, es el que integra la sucesión de los progenitores de la causante.

”5. Por lo expuesto, corresponde admitir el recurso de apelación articulado subsidiariamente y, en consecuencia, revocar la resolución recurrida, y disponer que se proceda a llevar a cabo información sumaria tendiente a la acreditación del último domicilio de la causante en los términos del art. 2336 del Cód. Civ. y Com.” *Disidencia del Dr. Leonardo Portela*:

”1. Que voy a disentir respetuosamente con los argumentos para admitir el recurso de apelación que brinda la mayoría dado que, en mi opinión, la decisión debe mantenerse. A efectos de ser breve, voy a reiterar lo dicho en 'Salas, Sara J. s/ sucesorio testamentario', expte. 7081/C, sentencia del 3 de diciembre de 2020.

”2. Que el proceso sucesorio tiene por objeto brindar certeza —jurídica—, a situaciones de hecho que se dan inevitablemente luego del fallecimiento de una persona (art. 2335, Cód. Civ. y Com.). Esa intención del legislador permite interpretar que la regla que impone el último domicilio del causante como jurisdicción donde debe tramitar el juicio sucesorio (art. 2336, Cód. Civ. y Com.), tiene carácter tuitivo respecto de terceros —como expuso la magistrada actuante—.

”3. Que, debido a ello, es que no comparto la idea de que la declaración del causante o terceros acerca de cuál es el último domicilio real tenga primacía frente a lo que dice un certificado de defunción. El certificado de defunción ha sido suscripto por la jefa interina de la Dirección provincial del registro de las personas de Merlo, provincia de Buenos Aires —fs. 9—, que para ello debió, previamente, corroborar los datos confrontándolos con el documento de identidad de la persona; y no debe olvidarse que esos datos fueron brindados oportunamente por la causante al funcionario público en el Registro civil, que lleva el registro de los domicilios de las personas. Adicionalmente, tanto la partida de matrimonio como las de nacimiento de los hijos están emitidas en provincia de Buenos Aires, lo que permite suponer que la señora Kuxhaus no estaba circunstancialmente de paso debido a una enfermedad.

”4. Que con base en lo expuesto, soy de la idea de que el recurso debe rechazarse, sin costas en ausencia de contención (art. 65, Cód. Proc. Civ. y Com.).”Por todo lo expuesto, por mayoría; *se resuelve*: 1. *Admitir* el recurso de apelación interpuesto de modo subsidiario el 3 de diciembre de 2020, contra la resolución dictada el 25 de noviembre de 2020 y, en consecuencia, disponer que se proceda a llevar a cabo información sumaria tendiente a la acreditación del último domicilio de la causante en los términos del art. 2336 del Cód. Civ. y Com. 2. *Registrar*, notificar conforme SNE y, en su oportunidad, remitir al juzgado de origen. Ana Clara Pauletti - Valeria M. Barbiero De Debeheres - Leonardo Portela (en disidencia)”.

V.4. Breve comentario

Resulta completamente acertado y ajustado a derecho el voto mayoritario. En cuanto al

voto minoritario, sus fundamentos resultan muy débiles, fundamentalmente porque el oficial del Registro Civil incluye la dirección que le fue declarada. Por otro lado, el propio Código Civil y Comercial —en materia de domicilio— echan por tierra el fundamento esgrimido por la minoría. Así el art. 77 determina: "Cambio de domicilio. El domicilio puede cambiarse de un lugar a otro. Esta facultad no puede ser coartada por contrato, ni por disposición de última voluntad. El cambio de domicilio se verifica instantáneamente por el hecho de trasladar la residencia de un lugar a otro con ánimo de permanecer en ella". De allí que, nada tiene que ver, la información que resulte del Registro Civil. A mayor abundamiento —y a la hora de definir al domicilio real— el mismo cuerpo legal 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" (art. 73, Cód. Civ. y Com.). Es decir, que se trata de una situación que se verifica principalmente por los hechos. En conclusión, de ningún modo puede limitarse una decisión judicial al análisis de la partida de defunción a los efectos de determinación del domicilio del causante. Debe advertirse que el juez del sucesorio y el fuero de atracción son de orden público, debido a que no se trata de un interés meramente privado, sino que fundamentalmente involucra a terceros, como por ejemplo a los acreedores de la sucesión.

VI.1. Prescripción adquisitiva por parte de un heredero de heredero. Interversión del título (6)

VI.1. Datos de localización del fallo

CCiv. y Com. San Nicolás de los Arroyos, 02/02/2021, "Brucellaria, Dionisio Á. s/ prescripción adquisitiva vicenal/usucapión", Rubinzal online, RC J 351/21.

VI.2. Síntesis de la problemática abordada

El fallo resuelve la situación traída a debate relacionada con la interversión del título por parte de uno de los dos herederos de la poseedora, lo que genera un conflicto con la coheredera restante que no fue incluida en la demanda de usucapión.

VI.3. Extractos del fallo

"[E]studiados los autos se resolvió plantear y votar la siguiente: *Cuestión*: ¿Se ajusta a derecho la sentencia dictada el 08/04/2020?

"A la cuestión planteada, la Sra. Jueza Fernández Balbis dijo:

"I. La sentencia recurrida: El juez de grado hizo lugar a la demanda y declaró adquirido por prescripción vicenal en favor del actor, el inmueble ubicado en la intersección de las calles Paseo Ribereño y Oliva, de Ramallo, individualizado como Nomenclatura Catastral: Circ. I, Secc. A, Manz. 14 a, Parcela 1 g), según plano de mensura 1 k, Partida 21.116 al tiempo que rechazó la defensa articulada por la coheredera de María Elva Hernández, que refirió que el derecho posesorio invocado correspondía a su madre, por la ocupación como dueña durante sesenta años, hasta su deceso. Para sentenciar así, consideró probados los actos posesorios del actor durante el plazo legal, como continuador de la posesión de sus progenitores y señaló que con respecto a la presentación de María Luisa González —como heredera de su madre— medió preclusión, dado que su pretensión como contradictora para oponerse a la prescripción o para pedir se la incluyera en el fallo, se hizo prácticamente antes de su dictado y consideró que sus argumentos carecían de sustento material y validez jurídica procesal, de modo que no correspondía acoger su pedido."

II. Los agravios: Fue Yesica Yamila Piñero, hija de María Luisa González, fallecida durante el proceso, quien planteó su recurso como corolario de la postura de contradictoria legítima que asumiera su madre. Solicitó allí, que o bien se la incluyera en el fallo, o bien, se lo revocara, en tanto se declaró como único adquirente por posesión veinteañal al actor a pesar de no haber acreditado la interversión del título a su favor. El agravio expresado el 02/11/2020 se centró en que de los propios dichos de Brucellaria surge que este era continuador de la posesión de sus progenitores y que su madre (abuela de la recurrente), con quien vivió en ese inmueble,

(6) CCiv. y Com. San Nicolás de los Arroyos, 02/02/2021, "Brucellaria, Dionisio Á. s/ prescripción adquisitiva vicenal/usucapión", Rubinzal online, RC J 351/21.

falleció en 2007. Dijo que el actor no invocó ni acreditó la interversión de título, es decir, en qué momento y modo cambió la causa de la posesión, de modo que no podía considerarse cumplido el plazo prescriptivo a su favor cuando este comenzaría a correr recién a partir de que ocurriera esa mutación. El actor contestó ese memorial el 16/11/2020, donde hizo referencia a que su hermana —presentada al final de la etapa probatoria— siempre vivió al lado del inmueble y que si algún derecho creyó tener sobre el bien, debió presentarse y hacerlo valer en término, teniendo en cuenta que se convocó a quienes se consideraban con derecho a él, pues su inacción implicó un tácito renunciamiento."

III. El inicio de la posesión *animus domini*. La interversión del título:

"1. De la lectura de la demanda y demás actos procesales concordantes, surge que el actor vivió desde siempre en el inmueble que pretendió usucapir, dado que allí vivían sus padres, quienes lo ocuparon con ánimo de dueños hasta sus fallecimientos. El actor, precisamente, se dijo continuador de la posesión de sus progenitores y que así reunía el plazo prescriptivo que le permitiría adquirirlo a través de esta acción declarativa.

"2. Los arts. 1901 y 2280 del Cód. Civ. y Com. regulan respectivamente que: 'El heredero continúa la posesión de su causante', y que 'los herederos continúan en la posesión de lo que el causante era poseedor'. De tal modo, el sucesor universal ocupa, para la ley, la misma posición jurídica que la de su antecesor y por lo tanto, continúa ejerciendo la relación de poder en la misma calidad que lo hacía su ascendiente."

3. No obstante el hecho de haber fijado aquel punto de partida de la posesión desde su nacimiento en el lugar (fs. 51 vta.), el actor invocó que su posesión era excluyente de la de los demás coherederos pese a la ausencia de un elemento que exteriorizara su voluntad de intervertir el título original, pues conforme nuestro ordenamiento nadie puede cambiar por sí mismo ni por el transcurso del tiempo la causa de la posesión. Tal como la posesión comenzó, tal continúa siempre, mientras no se cree un nuevo título de adquisición (art. 2354 del Cód. Civil) y quien posee por otro se erige en mero tenedor de la cosa, excepto que exprese —por actos exteriores— la intención de privar al poseedor de la cosa y tales actos produzcan ese efecto (art. 2458 del Cód. Civil). Es entonces, cuando se genera la interversión del título, por la que se cambia la causa por la cual se detenta un inmueble (conf. arts. 2458 y conc. del Cód. Civil; CNCiv., sala I, 27/12/1996, LA LEY 1998-D, p. 550; CC San Martín, RSD-42-10, 15/04/2010).

"4. Esa prueba debía exhibir hechos verdaderamente inequívocos de actos positivos de voluntad capaces de revelar esa interversión del título, es decir, esa intención de privar de la posesión a los coherederos que, al igual que él, era continuadores de la de sus padres, para lo cual no resultaban idóneos los actos que exteriorizaran el ejercicio regular del derecho de uso: el pago de sus servicios, las mejoras hechas para su habitación y conservación, etc. (fs. 88/99, 160/164; conf. arts. 2266 y 2282 del Cód. Civil), como así tampoco el testimonio de los testigos que aludieron a que siempre vivió allí y se comportó como dueño del inmueble (140/145) ni el plano de mensura 'que pretende prescribir', que data de 2014 (fs. 6).

"5. Los actos de oposición, que significan la voluntad de excluir al coposeedor deben ser lo suficientemente graves como para poner a aquel en conocimiento de la situación, de modo que este pueda hacer valer sus derechos (conf. PAPAÑO – KIPER – DILLON - CAUSSE, 'Derechos Civil-Derechos Reales', Ed. Astrea, Buenos Aires, 2004, 2ª ed., t. 1, p. 56; esta Cámara RSD-81/13, f. 312, 4/6/13, expte. 10.477; RSD-112/11, f. 529, 25/08/2011, expte. 10.075; y arts. 2351, 2352, 2354, 2401, 2387, 2455 y 2458 del Cód. Civil). Esos actos necesarios para tener por intervertido el título no obran en esta causa durante los años invocados para la pretensión de posesión adquisitiva, dado que ninguno de ellos tuvieron ese efecto frente a los coherederos a quienes también se les transmitió la posesión iniciada por su padres, habiéndose presentado aquí una de ellos a contradecir el derecho de posesión exclusiva y excluyente invocado por el actor."6. Esa mudanza (interversión de su título inicial), debió exteriorizarse concretamente para ser tomada como punto de partida del cómputo de la prescripción adquisitiva, para luego, sí, reunir el requisito de veinte años de la posesión continua y ostensible que establecía el art. 4015 del Cód. Civil y lo hace ahora el 1899 del Cód. Civ. y Com. La falta de ese punto de partida opera en perjuicio de la pretensión de

prescripción adquisitiva, que requería de veinte años para prosperar. La prueba de la interversión del título por parte de un heredero que pretende adquirir el dominio de un bien integrante del acervo hereditario mediante la prescripción adquisitiva debe ser apreciada en forma restrictiva, pues el acto positivo de voluntad capaz de revelar la interversión no debe aparecer igual en su exteriorización que el propio ejercicio regular de un derecho que se acuerda por la ley, precisamente por la condición de integrante de la comunidad hereditaria (conf. CACCMPT 4º Mendoza, 13/03/2014, 'R., M. H. c. Sucesores de R., A. H. Prescripción adquisitiva', LLGran Cuyo, 2014 [junio] 534; LLOnline, AR/JUR/2078/2014, citado en HUMPHREYS, Ethel, 'Juicio de usucapión', Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2019, ps. 209-210). Esa prueba está ausente en estos autos (art. 375 del Cód. Proc. Civ. y Com.)."IV. El cuestionamiento relativo a la presentación extemporánea de la contradictora. En los procesos de prescripción adquisitiva, los intereses socioeconómicos en juego y la constitución de un título por parte de la judicatura, hacen que se encuentre comprometido el orden público. En tal sentido, por tratarse de una forma peculiar de adquisición del dominio, debe acreditarse de manera insoslayable el cumplimiento de los requisitos que la ley impone. Por tratarse de cuestiones en que está involucrado el orden público, la prueba del cumplimiento de los recaudos para usucapir debe ser examinada por este tribunal de alzada con independencia del análisis que sobre el particular pudo haber hecho el juez de primera instancia y sin que ello enerve dicha facultad, ni limite las defensas que pueda haber opuesto el titular del dominio. La importancia de la prescripción adquisitiva radica en el otorgamiento de seguridad jurídica a relaciones de hecho, transformándolas en situaciones de derecho."La categoría cardinal en la que se inviste la usucapión radica en la atribución de la propiedad de una cosa a quien ha obrado en el marco legal prescripto y cumplido con sus exigencias y, consecuentemente, en su pérdida para aquel que no ha ejercitado su derecho en el campo de las leyes. En tal sentido, no puede la jurisdicción que dará forma al título pretendido, desoír la verdad material que se ha puesto en evidencia a través de la presentación de la coheredera. Al tratarse de quien, como heredero continuador de la posesión de sus padres entabla la prescripción adquisitiva, era preciso, más bien, que denunciara la existencia de otros sucesores para la correcta integración de la Litis con todas las personas que, como él, concurrían a la sucesión de aquellos, dado que los sucesores a título universal continúan la posesión del causante (art. 2280 del Cód. Civ. y Com.).

"Por ello, no puede considerarse extemporánea la denuncia formulada por la interesada en el marco de esta acción declarativa en la que está interesado el orden público, relativa a la existencia de otros coherederos cuya denuncia omitiera el actor a los fines de una prescripción adquisitiva en la que se pretendió hacer valer una accesión de posesiones, aunque sin invocar la interversión de título que era presupuesto para acceder a ella como heredero excluyente de los restantes personas que concurrirían a la sucesión, a quienes debió notificar la demanda para que hicieran valer sus derechos y en orden a una correcta integración de la Litis (HUMPHREYS, Ethel, ob. cit., p. 281). La ausencia de invocación de haber intervertido el título para excluir de la posesión a los restantes coherederos que, como el actor, son continuadores *ipso iure* de la posesión de sus padres, y naturalmente, la falta de prueba de actos posesorios en tal sentido durante el plazo legal de veinte años, conducen a la convicción de que debe acogerse el recurso articulado y, en consecuencia, revocar el fallo dictado, con costas de ambas instancias al actor vencido (arts. 68 y 274 del Cód. Proc. Civ. y Com.). Doy así mi voto por la negativa.

"Por iguales fundamentos, los Dres. Kozicki y Tivano votaron en igual sentido."Con lo que se terminó el Acuerdo, dictando el Tribunal la siguiente, *Sentencia:* Por los fundamentos expuestos en el Acuerdo que antecede, se resuelve: 1º. Acoger el recurso entablado el 06/07/2020 y revocar la sentencia dictada el 08/04/2020. 2º. Imponer las costas de ambas instancias al actor (arts. 68 y 274 del Cód. Proc. Civ. y Com.). Notifíquese y devuélvase. *Fernández Balbis Amalia - Kozicki Fernando Gabriel – Tivano José Javier*".

VI.4. Breve comentario

Resulta de particular importancia destacar que —tal como surge del fallo— los herederos del poseedor continúan con la posesión luego de su muerte. Pero precisamente como la continuación de la posesión se transmite *mortis causa* conforme surge del art. 2280 del Cód. Civ. y Com.

no es posible —como lo resuelto en el fallo de primera instancia— que se haga lugar a la prescripción adquisitiva a favor de un solo heredero.

Debe advertirse que si quien intervirtió el título fue el causante durante su vida, esa posesión se transmite a los herederos. Debido a que la posesión la tienen todos los herederos por el todo, debido a que la misma es indivisible por el estado de indivisión hereditaria que se genera por la pluralidad de herederos, en el caso que comentamos, hubiera sido posible hacer lugar a la usucapión declarando como adquirentes a ambos herederos. Quizás hubiera sido diferente, si los veinte años de posesión hubieran sido exclusivos del actor, lo que no sucedió en el fallo que se analiza surge del relato realizado por la Cámara, puesto que en este caso, sí hubiera correspondido que la adquisición fuera únicamente de quien detentó la posesión.

VII. Excepcional atribución de la vivienda en caso de muerte de uno de los convivientes, por un plazo menor del legal y respecto de un inmueble que era de propiedad del fallecido (7)

VII.1. Datos de localización del fallo

CCiv. y Com. Dolores, 13/04/2021, "V. R. C. c. A. J. A. y otros s/ medidas protectorias", Rubinzal online; RC J 2122/21.

VII.2. Síntesis de la problemática abordada

Se atribuye la vivienda al conviviente supérstite por un plazo de un año, con la particularidad que el inmueble no es de propiedad del fallecido. Se fundamenta en que se trata de un adulto mayor con un alto grado de discapacidad.

VII.3. Extractos del fallo

"*Autos y vistos*: I. Vienen los autos a conocimiento del Tribunal en virtud del recurso de apelación interpuesto en subsidio el 24/11/2020 por los demandados, concedido el 27/11/2020 y replicado el 08/12/2020, contra la resolución del 14/10/2020, en cuanto hace lugar a la medida cautelar de no innovar interpuesta por el accionante.

"II. Mediante la decisión apelada la Jueza de grado, con pie en los arts. 526 y 527 del Cód. Civ. y Com., decretó —como medida cautelar de no innovar— la atribución a R. C. V. del inmueble que fuere domicilio del hogar de convivencia, sito en la calle De Las Medusas 1980 de Pinamar, por el plazo de 12 meses, sin que allí deba sufrir alteraciones ni turbaciones por parte de los herederos de O. A. —conviviente fallecida—.

"III. a) Se agravian los recurrentes afirmando que la atribución del hogar conyugal (*sic*) [léase, convivencial] a uno de los convivientes, sin dar intervención a los propietarios del inmueble, solamente puede ser decretada en caso de haberse alegado y acreditado circunstancias de extrema gravedad, que tornen inminente el peligro en la demora, no bastando la mera demostración de la verosimilitud del derecho. Señalan que es deber de la juzgadora contar con toda la prueba que haga al derecho de todos los interesados. Resaltan que la decisión cuestionada atenta contra el derecho de propiedad, ya que, ni el propio Estado puede privar a una persona de su propiedad sin el debido proceso de ley. Agregan que el daño sobre su derecho de propiedad resulta inconmensurable, al concederse la posesión de un bien sin contar con derecho alguno para ello, por el solo hecho de haber estado el peticionario conviviendo con la abuela de los titulares registrales. Subsidiariamente, contestan la demanda instaurada y ofrecen la respectiva prueba que hace a sus derechos. b) El accionante, beneficiario de la medida cautelar, contesta tales agravios solicitando su rechazo, con costas a los apelantes."IV. Analizada la cuestión traída a consideración del Tribunal, encontramos que la cuestión propuesta involucra distintos institutos del derecho adjetivo (medida autosatisfactiva y medida de no innovar) y otros del derecho sustantivo (atribución del hogar y derecho real de habitación para el conviviente supérstite), que se imponen considerar en forma armónica dada la naturaleza especial de los derechos que se encuentran en juego."a) El accionante inicia este proceso pretendiendo una 'medida cautelar autosatisfactiva de no innovar el domicilio' (*sic*) a fin de repeler cualquier intento de desahucio por parte de los familiares de quien en vida fuera su conviviente (hoy fallecida) durante 14 años, siendo aquellos (familiares) los propietarios del bien inmueble en el que habita el peticionario. Sustenta la verosimilitud del derecho que invoca para la medida de no

(7) CCiv. y Com. Dolores, 13/04/2021, "V. R. C. c. A. J. A. y otros s/ medidas protectorias", Rubinzal online, RC J 2122/21.

innovar pretendida, en los términos del art. 527 del Cód. Civ. y Com. y cita la Ley 22.431 de Discapacidad, en cuanto otorga protección especial e integral a quienes conforman ese grupo vulnerable de la población. Alega no poseer otro bien inmueble donde poder resguardarse ante el duro momento que le toca vivir. En cuanto al peligro en la demora, afirma que este resulta evidente ante las actitudes violentas y de hostigamiento por parte de los familiares consanguíneos de su expareja —las que relata—, resaltando que no pretende quedarse con el inmueble que no le pertenece, sino que simplemente solicita un plazo prudencial para poder superar el momento que está atravesando y reacomodarse de cara al futuro, siendo de destacar que el fallecimiento de la conviviente se produjo 10 días antes de la promoción de esta acción. Respecto a la contracautela, señala que en las medidas cautelares dictadas en procesos de familia no es necesario que se preste, pues la ley de fondo no lo contempla, siendo suficiente la acreditación del peligro en la demora. Junto con el escrito inicial acompaña certificado digitalizado de discapacidad, otorgado conforme a la ley 22.431, describiéndose en el mismo las dolencias que padece."b) De su lado, los demandados han acompañado copia digitalizada del primer testimonio nro. 204, referente a la compraventa y donación por parte de J. A. A. del inmueble de autos, a favor de sus hijos. Refieren que el accionante tiene familia, la cual podría hacerse cargo, y que cuenta con una jubilación por discapacidad y bienes inmuebles, dejando propuesta la correspondiente prueba a fin de acreditar tales extremos (v., presentación de fecha 24/11/2020)."c) Así las cosas, debemos resaltar que no se encuentra controvertido que el accionante convivió durante varios años con la progenitora/abuela de los demandados, en una relación afectiva que bien puede considerarse aprehendida por la norma de los arts. 509 y ss. del Cód. Civ. y Com., habitando la pareja el inmueble objeto del presente litigio."Como bien se señala en la decisión bajo revisión, el art. 527 del Cód. Civ. y Com. establece claramente que el conviviente supérstite que carece de vivienda propia habitable o de bienes suficientes que aseguren el acceso a esta, pude invocar el derecho real de habitación gratuito por el plazo de dos años sobre el inmueble propiedad del causante que constituyó el último hogar familiar y que a la apertura de la sucesión no se encontraba en condominio con otras personas. Derecho que por cierto se extingue si el conviviente supérstite constituye una nueva unión convivencial, contrae matrimonio o adquiere una vivienda propia habitable o bienes suficientes para acceder a esta."Del texto de la norma citada se extraen los requisitos que hacen viable la protección que la ley otorga al conviviente supérstite, entre los cuales surge que 'el inmueble sea propiedad del causante'. En efecto, se ha sostenido que 'dicho inmueble tiene que haber sido propiedad del conviviente fallecido, pues si habitasen en un inmueble ajeno o del supérstite, esta protección carecería de vigencia' (conf. BUERES, Alberto J., 'Código Civil y Comercial de la Nación', Ed. Hammurabi, 1ª ed., t. 2, comentario al art. 527). Tal circunstancia diluye en cierta forma la verosimilitud del derecho alegado, pues no se encontraría cumplido uno de los requisitos para la procedencia de este verdadero derecho real protectorio (arg. art. 230, inc. 1º, Cód. Proc. Civ. y Com.).

"Tampoco resulta de aplicación al caso la situación contemplada en el art. 526, inc. b) del Cód. Civ. y Com., pues la norma se refiere a la atribución de la vivienda familiar por disolución de la convivencia con motivos distintos al fallecimiento de uno de los convivientes. Sin embargo, se impone en la especie la necesidad de dictar una decisión judicial que contemple la pluralidad de fuentes normativas aplicables y que van más allá del texto del Cód. Civ. y Com. (art. 3º y su doctrina), lo que conlleva a un necesario diálogo entre ellas. Dispone expresamente el digesto sustantivo (art. 1º) que los casos allí regidos deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme a la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República Argentina sea parte. Las leyes deben ser interpretadas teniendo en cuenta no solo sus palabras, sino también sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos de modo coherente con el ordenamiento civil y comercial (art. 2º, Cód. Civ. y Com.)."En tal sendero, resulta imposible soslayar la existencia de otras normas aplicables al caso, tales la ley 22.431 que instituye un sistema integral de protección para las personas discapacitadas; como asimismo, la Convención Americana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, que brinda protección especial a las personas de edad avanzada y que en su art. 2º define como 'persona mayor' a aquella de 60 años

o más (salvo que la ley interna determine una edad base menor o mayor, siempre que esta no sea superior a los 65 años), concepto que incluye, entre otros, el de persona adulta mayor."Siguiendo tal línea de razonamiento, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos dedica una especial mención a la situación de los adultos mayores (v., art. 9º) disponiendo en su art. 17 que 'toda persona tiene derecho a protección especial durante su ancianidad. En tal cometido, los Estados partes se comprometen a adoptar de manera progresiva las medidas necesarias a fin de llevar este derecho a la práctica y en particular a proporcionar instalaciones adecuadas, así como alimentación y atención médica especializada, a las personas de edad avanzada que carezcan de ella y no se encuentren en condiciones de proporcionársela por sí mismas; ejecutar programas laborales específicos destinados a conceder a los ancianos la posibilidad de realizar una actividad productiva adecuada a sus capacidades respetando su vocación o deseos; estimular la formación de organizaciones sociales destinadas a mejorar la calidad de vida de los ancianos' (v., SCBA LP C 119623, S 25/04/2018, del voto mayoritario del Dr. Genoud).

"De lo expuesto se concluye sin lugar a dudas que la protección de los adultos mayores y de las personas con discapacidad tienen rango constitucional (conf. art. 75, inc. 22 CN). En su razón, puestos frente al dilema que representa la pugna entre el derecho de propiedad (conf. art. 17, CN) que invocan los demandados y el derecho humano a la vivienda digna —aunque sea de modo temporal— que reclama el accionante, persona mayor de 73 años de edad, con certificado que acredita un alto grado de discapacidad (conf. art. 14 bis, CN; art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 25, Convención Americana de los Derechos Humanos; art. 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 28 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad), nos inclinamos por priorizar el derecho humano del vulnerable, justificándose —*prima facie,* provisoria y transitoriamente— la afectación por el plazo de un año del derecho a gozar libremente de su propiedad por parte de los demandados. Dicho de otro modo, el derecho patrimonial de la propiedad privada debe ceder temporalmente en este caso ante los restantes derechos humanos señalados, especialmente en pos de resguardar la integridad psicofísica del adulto mayor quien se encuentra claramente en estado de vulnerabilidad, no solo por su edad avanzada, sino también por su discapacidad; circunstancias que se potencian en tiempos de pandemia."V. Ahora bien, tratándose la presente de una causa con matices excepcionales, corresponde también dar una respuesta excepcional a la cuestión planteada. Es que nada justifica vulnerar el derecho de defensa de los demandados, quienes no pueden quedar al margen de lo decidido en tanto afecta su derecho de propiedad. Con ese norte, habiendo las accionados contestado subsidiariamente la demanda y ofrecido prueba respecto de los medios económicos que —según alegan— tendría el actor, como así también que este contaría con familiares que podrían asistirlo, la medida cautelar de no innovar apelada será mantenida por el plazo establecido en la instancia de grado, salvo que de la prueba ofrecida surja acreditado que el accionante cuenta, por sí o por familiares directos con deberes asistenciales, con medios suficientes para acceder a una vivienda digna (arts. 34, 36, 195, 198, 204, 230, y concs. del Cód. Proc. Civ. y Com.; 526, 527 y concs. del Cód. Civ. y Com.; arts. 17, 75, inc. 22, CN, 22 y 23 de la CN; 2.2 y 11 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 9.1 y 17 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; art. 24, Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores).

"VI. Las costas de esta instancia deberán ser soportadas por los apelantes que resultan fundamentalmente vencidos (arts. 68 y 69, Cód. Proc. Civ. y Com.). Por los fundamentos dados, este Tribunal *resuelve:* Rechazar el recurso interpuesto y confirmar la resolución apelada, debiendo estarse a lo expuesto en el considerando V de la presente. Costas de esta instancia a los apelantes fundamentalmente vencidos (...) *Janka Mauricio - Dabadie María Rosa*".

VII.4. Breve comentario

A nuestro modo de ver se trata de un fallo, correcto, justo y con perspectiva constitucional y convencional conforme ordena el art. 1º del Cód. Civ. y Com.

VIII. Operatividad del fuero de atracción para deudas de los bienes que corresponden al acervo hereditario durante el estado de indivisión (8)

VIII.1. Datos de localización del fallo

CApel. Concepción del Uruguay, Sala Civil y Comercial, 17/02/2021; "Administradora Tributaria de Entre Ríos (ATER) c. Murillo, Miguel Ángel s/ monitorio - incidente competencia", Rubinzal online, 11961 RC J 2848/21.

VIII.2. Síntesis de la problemática abordada

En autos se plantea un conflicto negativo de competencia en virtud de un apremio por impuestos impagos, generándose la deuda en parte, antes de la muerte de la persona y el resto luego de ella, provocándose la discusión sobre si las deudas generadas durante el estado de indivisión —tales como los impuestos— son alcanzadas o no por el fuero de atracción, esto es, si resulta competente el juez del último domicilio del causante.

VIII.3. Extractos del fallo

"*Visto:* Las actuaciones 'A. T. E. R. c. Murillo, Miguel Ángel - monitorio s/ incidente competencia', expte. 11961 traídas a decisión de esta Sala a fin de resolver el conflicto negativo de competencia planteado entre el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Nº 3 Secretaría de Concursos y Quiebras y el Juzgado de Primera Instancia Civil y Comercial Nº 1 ambos de ciudad, y

"*Considerando:* Fundamentos del Sr. Vocal, Dr. Gustavo E. Marcó:

"I. Que en fecha 05/02/2020 la Administradora Tributaria de la Provincia de Entre Ríos promueve juicio de apremio fiscal (...) contra Murillo, Miguel Ángel y/o Sucesores y/o Herederos, DNI 5.800.552, correspondiente al impuesto inmobiliario partida provincial 12 00298309-12807, de los períodos 2014/01 al 2019/04."Que en fecha 21/02/2020 dicha parte denuncia el fallecimiento del demandado, como así también sus herederos. Puestos los autos a despacho el Sr. Juez previa vista fiscal resuelve, en razón de que el demandado falleció y en virtud del art. 3284 del Cód. Civil, declararse incompetente en virtud de tramitar el sucesorio en el Juzgado Civil y Comercial Nº 1 de ciudad, ordenándose la remisión a dicho juzgado."II. Recibidos los autos en el Juzgado de Primera Instancia Civil y Comercial Nº 1 de ciudad, el Sr. Juez en fecha 20/11/2020, considera que siendo que de los antecedentes de los presentes autos se desprende que la deuda que se ejecuta en autos se devengó con posterioridad al fallecimiento del Sr. Miguel Ángel Murillo, entendiendo que el fuero de atracción del juicio sucesorio previsto en el art. 3284 del Cód. Civil opera con relación a las acciones personales derivadas de obligaciones contraídas en vida por el causante; cita jurisprudencia coincidente con su postura. En consecuencia, resuelve rechazar la inhibitoria de oficio que motiva y en consecuencia ordena remitir en devolución al Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Nº Tres de esta ciudad, quien considera resulta ser competente y elevar los autos a la Alzada."III. Recepcionadas las actuaciones en fecha 03/12/2020 se da intervención al Sr. Fiscal de Cámara. Dr. Alejandro Bonnin —fs. 22— que comparte en su dictamen el criterio sustentado por la titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Nº 1 de ciudad."IV. Sintetizados los antecedentes del caso, e ingresando en el examen del conflicto negativo de competencia planteado en autos, se comparte el dictamen del Sr. Fiscal de Cámara, en cuanto se está con el criterio sostenido por el Sr. Juez de Primera Instancia Nº 1, que acertadamente señala que conforme a lo dispuesto por el art. 3284 del Cód. Civil el fuero de atracción del juicio sucesorio, funciona solo con relación a las acciones personales derivadas de obligaciones contraídas en vida por el causante, y en el presente se ejecuta deuda nacida con posterioridad al fallecimiento del Sr. Miguel Ángel Murillo."Con relación a ello cabe citar jurisprudencia de la CS, Fallos 323:1735, del 21/06/2000, en la que se ha expresado que 'Si en el juicio de apremio se persigue el cobro de obligaciones que no tuvieron por deudor al causante, por tratarse de impuestos por períodos fiscales posteriores a su fallecimiento, el juicio queda excluido del fuero de atracción previsto en el art. 3284, inc. 4º del Cód. Civil'. En igual sentido la Corte Suprema de Justicia de Buenos Aires en los autos 'Fisco de la Provincia de Buenos Aires c. Fraiese, Rodolfo Arturo

(8) C. Apel. Sala CC, Concepción del Uruguay, Entre Ríos, 17/02/2021, "Administradora Tributaria de Entre Ríos (ATER) c. Murillo, Miguel Ángel s/ monitorio - incidente competencia", Rubinzal Online, 11961 RC J 2848/21.

y ot. s/ apremio - conflicto de competencia art. 7º, inc. 1º, ley 12.008', del 26/08/2009."Por todo ello, el conflicto de competencia planteado debe dirimirse a favor del Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Nº 3 Secretaría de Concursos y Quiebras de ciudad, a quien se le remitirán las presentes actuaciones, con comunicación de lo resuelto al Juzgado de Primera Instancia Civil y Comercial Nº 1 de esta ciudad."Fundamentos del Sr. Vocal, Dr. Carlos F. Tepsich:"Si bien el suscripto en el antecedente 'Fisco de la Pcia. de E. R. c. Gershanik, Marcos s/ apremio' (expte. 10.379) adherí a la solución que da cuenta el voto del Señor Vocal preopinante, una nueva consideración de las normas involucradas me llevan a revisar la postura allí asumida; paso a seguidamente a explicar por qué. Dado que la noción de cargas sucesorias comprende todas aquellas erogaciones que redundan en beneficio colectivo de los herederos, porque hacen a la preservación de los bienes hereditarios o tienden a su efectiva transmisión (art. 2384, Cód. Civ. y Com.), corresponde encuadrar en esta categoría a las obligaciones fiscales que gravan los bienes que componen la herencia indivisas cuando se generan con posterioridad a la apertura de la sucesión son cargas sucesorias.

"Siendo ello así, corresponde al juez de proceso sucesorio entender en el apremio en que estas son reclamadas dado que, de conformidad a lo dispuesto en el segundo párrafo del art. 2336 del Cód. Civ. y Com., es el competente para conocer en los litigios que tienen lugar con motivo de la administración de la herencia y, también, del mantenimiento de la indivisión. Esta hermenéutica es la que ha seguido el más Alto Tribunal Federal ya entrado en vigencia el Código Civil y Comercial de la Nación y por la que se ratica la doctrina fijada en el año 1993 en 'Caja de Subsidios Familiares para el Personal de la Industria c. sucesión de Corbeta, Jorge O. s/ ejecución fiscal'. Así, en la causa 'Superintendencia de Riesgos del Trabajo c. García, Raúl Carlos s/ apremio' resolvió que el juicio sucesorio atrae a la ejecución fiscal de obligaciones incumplidas debidas a un fondo de garantía aunque incluyan períodos posteriores al fallecimiento del causante (CS, Fallos: 316:2138) criterio que se ajusta a la normativa del Código Civil y Comercial de la Nación y en orden al principio de aplicación inmediata de las leyes modificatorias de competencia (sent. 03/05/2016).

"En igual sentido se ha expresado la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires (*in re* 'Municipalidad de San Nicolás s/ apremio', 26/09/2018). En definitiva, me expido por dirimir el presente conflicto negativo de competencia declarando que resulta competente para conocer en las actuaciones el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Nº 1 de esta ciudad. Así voto.

"Fundamentos del Sr. Vocal, Dr. Nelson D. Alú:"A fin de resolver la cuestión de competencia suscitada, resulta pertinente destacar la reiterada doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que ha establecido que las leyes sobre procedimiento y competencia son de orden público y, por consiguiente, las nuevas que se dicten, aún en caso de silencio de aquellas, se aplican de inmediato, incluso a las causas pendientes, siempre que no importe privar de validez a los actos procesales cumplidos o dejen sin efecto lo actuado de conformidad con las leyes anteriores (CS, Fallos: 317:499; 324:2338; 327:5496; 329:5187 y 5686). Ello es así, porque la facultad de cambiar las leyes procesales es un derecho que pertenece a la soberanía y no existe derecho adquirido a ser juzgado por un determinado procedimiento, pues tales leyes son de orden público (CS, Fallos: 306:2101; 313:542; 320:1878). En consecuencia, no obstante que el fallecimiento del Sr. Miguel Ángel Murillo se produjo el 25 de marzo de 2007 y se reclaman mediante apremio fiscal períodos de Impuesto Inmobiliario devengados entre el año 2014 y 2019, resulta de aplicación al caso el art. 2336 del Cód. Civ. y Com.

"Se constata que, estando vigente el anterior art. 3284 del Cód. Civil que resultara el antecedente de la norma referida y difería parcialmente con la misma, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, pocos días antes de la necesaria aplicación de la nueva disposición legal, en los autos 'Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c. Belotta, Oscar O. s/ ejecución fiscal', en sentencia del 16/06/2015, remitiendo al dictamen del Procurador Fiscal, resolvió que el reclamo de obligaciones tributarias de fecha posterior al fallecimiento del causante resultaba excluido del fuero de atracción del art. 3284, inc. 4º del Cód. Civil (LLOnline, cita AR/JUR/27399/2015; CSJ 001981/2014/CS001). Dicho criterio ya había sido sostenido por el Máximo Tribunal nacional con relación a expensas en los autos 'Consorcio

de Propietarios Edificio calle *S* esquina siete de Costa Bonita c. Zuanetto, Enrique Armando y ots. s/ cobro de expensas comunes (vía ejec.)', en sentencia del 22/03/2005 (cfr. Fallos 328:521) y a otro tipo de deudas en los autos 'SADAIC c. Carreras, Enrique y otros s/ cobro sumario sumas dinero (exc. alquileres, etc.)', en sentencia del 23/10/2007 (LLOnline, cita 4/65693).

"En el mismo sentido, se había expedido la Sala Civil y Comercial del Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos, en los autos 'Dirección General de Rentas de la Provincia c. Fontanini José y/o sucesores y/o herederos - apremio s/ expedientillo art. 12 CPCC s/ competencia', en sentencia del 5 de septiembre de 2011 y en los autos 'Dirección General de Rentas de Entre Ríos c. Retamar, Julio Alejandro y/o herederos - apremio s/ incidente competencia', en sentencia del 04/07/2012, citando precedentes de la CS dictados durante la vigencia del art. 3284 del Cód. Civil. La promulgación del nuevo Código Civil y Comercial mediante Ley 26.994 incorporó en el sistema legal argentino el segundo párrafo del art. 2336 del Cód. Civ. y Com., el cual dispone que '(e)l mismo juez conoce de las acciones de petición de herencia, nulidad de testamento, de los demás litigios que tienen lugar con motivo de la administración y liquidación de la herencia, de la ejecución de las disposiciones testamentarias, del mantenimiento de la indivisión, de las operaciones de partición, de la garantía de los lotes entre los copartícipes y de la reforma y nulidad de la partición'. La redacción de dicha norma permite interpretar que el fuero de atracción del juicio sucesorio no solo resulta operativo respecto a las acciones en las que se reclamen deudas originadas con anterioridad al fallecimiento del causante sino que también incluye las generadas con posterioridad a dicho deceso que estén relacionadas con la administración y liquidación de la herencia, así como las que surjan del mantenimiento de la indivisión. Dicha ampliación del fuero de atracción responde a la conveniencia de unificar ante un mismo juzgador que interviene en el proceso sucesorio aquellos procesos que, aunque no tengan su causa con anterioridad a la transmisión de pleno derecho provocada por la muerte, se generan durante la etapa de indivisión forzosa propia de la transmisión hereditaria, afectan la integridad del patrimonio involucrado como universalidad jurídica en la sucesión e inciden en la distribución final del acervo hereditario que corresponderá a cada uno de los herederos en forma definitiva al efectuarse la adjudicación correspondiente, luego de abonarse las deudas y gastos originados con motivo de la comunidad indivisa, denominados cargas de la sucesión."La plena vigencia del art. 2336 del Cód. Civ. y Com. generó la modificación del anterior criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación relacionado con el derogado art. 3284 del Cód. Civil habiendo el Máximo Tribunal resuelto en los autos 'Superintendencia de Riesgos del Trabajo c. García, Raúl Carlos s/ apremio' en fecha 3 de mayo de 2016 que resultaba de aplicación la postura fijada en un pretérito precedente 'Caja de Subsidios Familiares para el Personal de la Industria c. Sucesión de Corbeta, Jorge Omar s/ ejecución fiscal', dictado el 28/09/1993 en el cual había establecido que la sucesión atrae a la ejecución fiscal, aunque esta incluya deudas posteriores al fallecimiento del causante 'pues, atendiendo por un lado, a que el fuero de atracción comprende a todas las demandas que eventualmente puedan interesar a la universalidad patrimonial mientras se extienda el trámite del proceso sucesorio, y, por otro, a razones de economía y celeridad en el trámite de las causas (...) resulta aconsejable (...) que el juez del juicio voluntario conozca en la integridad de las pretensiones deducidas en autos' (CS, Fallos: 316:2138)."En la citada causa 'Superintendencia de Riesgos del Trabajo c. García, Raúl Carlos s/ apremio', la Corte expuso que 'frente a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación y en orden al principio de aplicación inmediata de las leyes modificatorias de competencia, corresponde señalar que la solución aquí adoptada, se ajusta a la normativa de dicho cuerpo legal'.

"En el mismo sentido y citando el referido precedente de la Corte Nacional se expidió la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires en los autos 'Municipalidad de Exaltación de la Cruz c. Borgo, Héctor Luis s/ apremio', en sentencia del 21/12/2016, 'Municipalidad de San Nicolás c. Castelli, Mario José y otro/a s/ apremio', en sentencia del 23/05/2017 y 'Municipalidad de San Nicolás c. Sucesión de Castelli Mario y otros s/ apremio', en sentencia del 26/09/2018). También compartieron la nueva postura del Máximo Tribunal del país el Superior Tribunal de Justicia de Chaco, en los autos 'Municipalidad de Resistencia c. Cabrera Eusebio s/ ejecución fiscal', en sentencia del 26/10/16 y la Sala 1º de de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Resistencia, en los autos 'Municipalidad de

Las Garcitas, Chaco c. Sucesores de Stefani, Emilio Antonio s/ ejecución fiscal' en sentencia del 20/10/2020."El objetivo de lograr una mejor y más eficiente administración de justicia torna prudente y aconsejable que los tribunales inferiores del país conformen sus decisiones a lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en casos análogos, debiendo fundar adecuadamente cualquier apartamiento a su doctrina, lo cual no se agota en el puro y simple acatamiento a su jurisprudencia, sino que reconoce esencialmente la autoridad y jerarquía que inviste en su carácter de intérprete suprema de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia especialmente en supuestos en que dicha posición ha sido expresamente invocada por el apelante —cfre. GUASTAVINO, Elías P., 'Recurso Extraordinario de Inconstitucionalidad', t. II, ps. 971 y concs.— y en la inteligencia de que tal postura contribuirá a afianzar la seguridad jurídica que debe motivar el adecuado funcionamiento de la actividad jurisdiccional (cfr. Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos, Sala Civil y Comercial, autos 'Asociación de Defensa de Consumidores Entrerrianos c. Swiss Medical SA s/ diligencias preliminares', sentencia del 25/04/2017)."En consecuencia, atento el texto del art. 2336 del Cód. Civ. y Com. y compartiendo la interpretación efectuada por los Tribunales citados precedentemente, adhiero al voto del Dr. Tepsich.

"Por ello, *se resuelve: declarar* la competencia del Juez a cargo del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Nº 1 de esta ciudad al que se le remitirán las presentes actuaciones, y comunicar lo resuelto al Juzgado de Primera Instancia Civil y Comercial Nº 3 —Secretaría de Concursos y Quiebras— de ciudad. Regístrese, notifíquese conforme Acuerdo General STJ 15/2018 de fecha 29/05/2018 y bajen. *Gustavo Eduardo Marcó* —en minoría— *Carlos Federico Tepsich - Nelson Daniel Alú*".

VIII.4. Breve comentario

Resulta muy interesante el desarrollo y la explicación del voto mayoritario, en cuanto a la relevancia que tiene la distinción técnica entre las cargas y las deudas de la sucesión, y el impacto que de ello se deriva respecto del fuero de atracción y al juez competente. Se entiende como deudas de la sucesión a aquellas que generaron durante la vida del causante, mientras que las cargas son las que se originan luego de su muerte y en ocasión con la conservación de los bienes de la sucesión o los gastos propios del proceso sucesorio.

En consecuencia, al tratarse del cobro de impuestos, respecto de bienes que se encuentran en estado de indivisión, no caben dudas acerca de dos aspectos: a) que se trata de cargas de la sucesión y b) que como son cargas de la sucesión debe reclamarse ante el juez del último domicilio del causante.

En síntesis, coincidimos en un todo, con la solución aportada por la mayoría, y con el desarrollo realizado.

IX. Administrador de la sucesión (9)

IX.1. Datos de localización del fallo

CNCiv., sala I, 20/05/2021, "Galizi, Josefina Palmira s/ sucesión testamentaria", LA LEY AR/JUR/43570/2021

IX.2. Síntesis de la problemática abordada

El fallo aborda la problemática respecto de que la partición importa la finalización del cargo de administrador.

IX.3. Extractos del fallo

"Buenos Aires, 20 de mayo de 2021. Considerando:

"I. (...) El coheredero Martín Diego Aldama apeló la resolución del 23 de febrero de 2021 por la que el juez de primera instancia decidió acerca de diversos planteos pendientes en este proceso sucesorio (...). El memorial de agravios fue incorporado el 29 de marzo y contestado el 15 de abril.

"II. Por una cuestión de orden metodológico cabe abordar en primer término la queja introducida en el punto III del escrito y vinculada con la finalización de la gestión del administrador. Al respecto, el magistrado expuso en su pronunciamiento que en virtud de la conformidad brindada por la totalidad de los herederos en la audiencia celebrada el 12 de diciembre de 2019 es tal la fecha que debe considerarse (...). Este colegiado coincide con el criterio expresado por

(9) CNCiv., sala I, 20/05/2021, "Galizi, Josefina P. s/ sucesión testamentaria", LA LEY AR/JUR/43570/2021.

el juez de grado. En efecto, la lectura del acta da cuenta de que las partes arribaron en ese acto a un acuerdo de partición que resultó homologado en ese mismo momento y dio lugar al requerimiento formulado al por entonces, administrador para que presentara su rendición de cuentas final. Al ser así, poca duda cabe acerca de que la gestión culminó en ese instante a pesar de la ausencia de una orden expresa que así lo dispusiera (...) Basta con tener en cuenta que de la lectura de los arts. 2345 y concs. del Cód. Civ. y Com. surge con absoluta claridad que la administración tiene lugar mientras subsista el estado de indivisión hereditaria, lo que en los hechos cesó con el acuerdo de partición (...). Adicionalmente, la misma conclusión se extrae si se atiende la orden impartida por el juez en la mencionada audiencia llevada a cabo en presencia de todos los interesados. En efecto, en ese acto le requirió al doctor Quirno la presentación de una rendición de cuentas final de su gestión, elemento que resulta dirimente para despejar cualquier debate acerca de la finalización de su tarea en esa fecha.

"III. También habrá de desestimarse la queja dirigida contra el punto II del pronunciamiento que remite a lo dispuesto el 9 de mayo de 2008 (fs. 728). La lectura de la causa se remonta al pedido introducido a fs. 726/727 por el entonces, administrador judicial en donde solicitó una autorización para la apertura de una cuenta a nombre de este proceso en el banco HSBC, a fin de facilitar el manejo del flujo de dinero en efectivo. La jueza que intervenía en ese entonces, lo autorizó con cargo de oportuna rendición de cuentas, lo cual revela que lo decidido por el juez resulta adecuado a los antecedentes mencionados. La solución no cambia por la circunstancia de que durante un corto período de tiempo —al cierre de su gestión— el exadministrador haya empleado una cuenta de su propia titularidad para algunas operaciones debido a la baja de la oportunamente abierta en el HSBC hasta culminar las transferencias al Banco de la Nación Argentina. Al contrario, lo trascendente es su inclusión en la rendición de cuentas documentada, instancia especialmente prevista para asegurar un adecuado control por parte de los herederos."IV. Finalmente, lo decidido precedentemente respecto del cese de funciones del administrador trae consigo el rechazo de las objeciones vertidas sobre el punto III de la resolución. En efecto, tras la homologación del acuerdo de partición en el presente proceso resulta plenamente aplicable el art. 2403 del Cód. Civ. y Com. en el sentido de que se juzga que cada heredero sucede solo e inmediatamente a la causante en los bienes comprendidos en su hijuela. Por lo tanto, la notificación ordenada para que los distintos locatarios abonen de ahora en adelante los cánones respectivos a cada uno de los adjudicatarios resulta ajustada a derecho, sin que corresponda continuar ninguna gestión al exadministrador judicial. Por lo demás, lo expuesto acerca de los daños y perjuicios que habría sufrido como consecuencia de la demora en el pago desde la celebración de aquella audiencia excede el marco de debate de este proceso sucesorio, de modo tal que resulta inadmisible.

"V. En definitiva, por las razones antedichas, será desestimado el recurso y confirmada la resolución. Las costas de alzada serán impuestas al apelante en virtud del principio objetivo que rige la materia (arts. 68 y 69 del Código Procesal).

"Por todo lo expuesto, Resuelve: confirmar la resolución del 23 de febrero de 2021 en cuanto fue objeto de recurso e imponer las costas de alzada al apelante (...) – *Paola M. Guisado. – Juan P. Rodríguez*".

IX.4. Breve comentario

El cargo de administrador puede finalizar por varios supuestos, la renuncia, la remoción, la finalización del estado de indivisión, que es el supuesto del fallo que se comenta. En este último supuesto, no hay necesidad de declarar que la gestión ha culminado, debido a que es sobreabundante. Si no hay indivisión hereditaria debido al acuerdo particionario, nada hay que administrar atento a que los bienes son propiedad de sus adjudicatarios.

X. Partición de gananciales en el sucesorio (10)

X.1. Datos de localización del fallo

CNCiv., sala M, 07/06/2021, "V., M. G. s/ sucesión *ab intestato*", expte. 49858/2020, *elDial.com - AAC52E*.

X.2. Síntesis de la problemática abordada

El fallo hace lugar a la posibilidad que a los herederos se les adjudique en la partición la to-

(10) CNCiv., sala M, 07/06/2021, "V., M. G. s/ sucesión ab intestato", expte. 49858/2020, elDial.com - AAC52E.

talidad de los gananciales sin que ello implique una cesión de bienes gananciales, sino el acto particionario en sí mismo.

X.3. Extractos del fallo

"Buenos Aires, de junio de 2021. *Vistos y considerando:*

"I. Las herederas y el cónyuge supérstite plantearon revocatoria con apelación subsidiaria contra la decisión del 14 de mayo de 2021, mantenida por resolución del 20 del mismo mes, que exigió la instrumentación en escritura pública del convenio de partición y adjudicación celebrado en forma privada con firmas certificadas por escribano público, por considerar que existe una cesión de derechos (art. 1618, inc. a] del Cód. Civ. y Com.).

"II. En el presente caso, se realizó una partición, en la que las herederas se adjudicaron una serie de bienes, incluidos los gananciales del cónyuge supérstite. De acuerdo con lo resuelto por esta Sala en reiteradas oportunidades, tales negocios no constituyen una cesión de derechos hereditarios y, por ende, no requieren la instrumentación en escritura pública. En efecto, la doctrina ha interpretado que la cesión de herencia o de derechos hereditarios es un contrato oneroso o gratuito en virtud del cual un heredero transfiere a otra persona, coheredero o extraño, todos los derechos y obligaciones patrimoniales que le corresponden en una sucesión determinada, o una parte alícuota de los mismos (conf. FERRER, Francisco A. M., 'El contrato de cesión de herencia y sus efectos frente a terceros', LA LEY 2014-E, 292).

"Por otro lado, la partición hereditaria es el acto mediante el cual los herederos materializan la porción ideal que en la herencia les tocaba, transformando en bienes concretos sobre los cuales tienen un derecho exclusivo (BORDA, Guillermo A., 'Tratado de Derecho Civil Sucesiones', t. I, p. 397, nro. 548). Es una operación consistente en singularizar, previa determinación (inventario) y avalúo del total (art. 726 del Cód. Proc. Civ. y Com.), los bienes a adjudicar a cada heredero, poniendo término al estado de indivisión hereditaria y señalando en adelante los bienes sobre los cuales cada sucesor tendrá derecho exclusivo. El art. 2369 del Cód. Civ. y Com. establece que, si todos los copartícipes están presentes y son plenamente capaces, la partición puede hacerse en la forma y por el acto que por unanimidad juzguen conveniente. Al no exigirse en materia de contratos la escritura pública, pueden los mismos en forma unánime elegir la forma que consideren más adecuada como el acto para realizarla, la que además, puede ser parcial o total (cfr. KITAINIK, Nicolás, en CALVO COSTA, Carlos A., 'Código Civil y Comercial de la Nación, concordado, comentado y comparado', t. III, p. 615; esta sala, 'Fandiño, José Vicente s/ sucesión', del 27/09/2013; íd. 'Gamarnik Yulita s/ sucesión *ab intestato'*, del 22/03/2016; íd. 'Armendariz, Ignacia s/ sucesión *ab intestato'*, del 26/12/2016)."A su vez, es claro que, en el derecho argentino, los cónyuges poseen vocación hereditaria, concurren con ascendientes o descendientes sobre los bienes propios, en tanto que son desplazados por estos últimos cuando se trata de bienes gananciales, sobre los que heredarán únicamente en el supuesto de que no opere dicho desplazamiento (conf. arts. 2424, 2450, 2433 del Cód. Civ. y Com.). De tal modo que, si a la muerte del causante quedan bienes gananciales, como sucede en este caso, el acto particionario servirá también para liquidar la sociedad conyugal y adjudicar la mitad de los gananciales al cónyuge supérstite (conf. esta sala, 'Tassara, Luis María s/ sucesión *ab intestato'*, del 13/10/2015).

"En consecuencia, puede el cónyuge supérstite ceder su porción ganancial en el sucesorio de su cónyuge a los herederos, siendo incluso factible incluirlos en la partición (esta sala, 'Hamze Sabra s/ sucesión *ab intestato'*, del 22/11/2018). Se admite, así, la validez de las particiones de este tipo, en razón de que se considera un negocio jurídico único, que absorbe los negocios incidentales o auxiliares que contiene, lo cual determina que los distintos aspectos secundarios del negocio único sean inseparables, puesto que son queridos por las partes solo en función del negocio particionario (conf. MÉNDEZ COSTA, 'Partición de Gananciales: negocio jurídico único', LA LEY 1986-E-155; CNCiv., sala G, del 24/10/2008; sala F, JA 1986-II síntesis)."Por ello, cabe entender que existe la posibilidad de que el cónyuge sobreviviente puede ad-

judicar sus derechos como copartícipe sobre los bienes gananciales en el marco del proceso sucesorio y su inclusión en el respectivo acuerdo particionario (conf. CNCiv., sala L, c. 55140/2019, del 04/11/2020; sala E, 'G. A. G. s/ sucesión *ab intestato'*, del 12/05/2021), sin que pueda interpretarse que existió una cesión que debe ser elevada a escritura pública (conf. CNCiv., sala D, 'D., A. J. s/ sucesión *ab intestato'*, del 26/09/2014; íd. sala E, 'B., M. G. s/ sucesión *ab intestato'*, del 19/04/2021; íd. sala F, 'Llamas, Lucas y otros s/ sucesión *ab intestato'*, del 27/06/2019; íd. sala J, 'Fernández, Efraín Osvaldo s/ sucesión *ab intestato'*, del 28/11/2019; íd. sala K, 'G., E. M. s/ sucesión *ab intestato'*, del 20/10/2020, entre otros). En función de ello, serán admitidos los agravios.

"Por lo expuesto, el Tribunal *resuelve*: I. Revocar la decisión del 14 de mayo de 2021, mantenida por resolución del 20 del mismo mes, en cuanto exige la escritura pública, por lo que deberá proveerse la partición efectuada.; II. Con costas de Alzada en el orden causado por no haber mediado contradictorio (arts. 68 y 69 del ritual). Regístrese, notifíquese y devuélvase. Se deja constancia de que la vocalía Nº 37 se encuentra vacante.— *María Isabel Benavente – Guillermo D. González Zurro*".

X.4. Breve comentario

Compartimos lo resuelto, no solamente por los argumentos explicitados, sino además, porque surge de la propia normativa del Código Civil y Comercial de la Nación. Así la primera parte del art. 2377 del Cód. Civ. y Com. expresa: "Formación de los lotes. Para la formación de los lotes no se tiene en cuenta la naturaleza ni el destino de los bienes, excepto que sean aplicables las normas referentes a la atribución preferencial. Debe evitarse el parcelamiento de los inmuebles y la división de las empresas...". Es decir que, expresamente se determina que a la hora de partir no se tiene en cuenta el origen de los bienes.A su vez, esta norma debe integrarse con el art. 500, Cód. Civ. y Com. que expresa: "Forma de la partición. El inventario y división de los bienes se hacen en la forma prescripta para la partición de las herencias". En síntesis, puede completarse el lote de un heredero íntegramente con bienes gananciales, sin ningún inconveniente, como también puede completarse el lote ganancial del cónyuge supérstite con bienes propios del causante. No debe olvidarse también los diferentes modos de partir que propone el Código Civil y Comercial de la Nación, como la licitación, atribución preferencial, partición con saldo, etc.

XI. Interpretación de testamentos (11)

XI.1. Datos de localización del fallo

CNCiv., sala I, 13/05/2021, "I., H. D. s/ sucesión *ab intestato*", expte. CIV 047360/2017/CA002, LA LEY AR/JUR/32965/2021.

XI.2. Síntesis de la problemática abordada

La discusión giraba en torno a si el instrumento presentado reunía los requisitos de en un testamento ológrafo, o se trataba simplemente de una misiva del causante que no revestía el carácter de tal, importando —esta última opción— la habilitación de los herederos los *ab intestato* desplazando a los designados en él.

XI.3. Extractos del fallo

"*Considerando:* I. (...) Vienen estos autos a conocimiento de la alzada con motivo del recurso de apelación interpuesto por la M. B. I. S. —hermana del causante— contra el pronunciamiento del 21 de diciembre de 2020, en el que la jueza de primera instancia declaró válido en cuanto a sus formas los testamentos ológrafos otorgados por H. D. I. el 1º de mayo de 2008 y el 2 de mayo de ese mismo año y dejó sin efecto la declaratoria de herederos dictada el 21 de marzo de 2018. De este modo, desestimó la pretensión deducida el 12 de agosto de 2020, por la hasta entonces, declarada heredera intestada M. B. I. S. quien objetó que se haya declarado válido en cuanto a sus formas el documento de fojas 185 —datado el 2 de mayo de 2008— (...). El memorial de agravios se agregó el 25 de febrero de 2021 y mereció la réplica del albacea testamentario del 3 de marzo de 2021. Por su parte, tanto el Fiscal de Primera Instancia —el 4 de noviembre de 2020— como el Fiscal General de Cámara —el 26 de abril de 2021— dictaminan que el documento del 2 de mayo de 2008 es un instrumen-

(11) CNCiv., sala I, 13/05/2021, "I., H. D. s/ sucesión ab intestato", expte. CIV 047360/2017/CA002, LA LEY AR/JUR/32965/2021.

to que reviste el carácter de declaración ológrafa de última voluntad, por lo que propugnan el rechazo de la impugnación y los agravios —respectivamente—.

"II. Se queja la recurrente, por cuanto el documento del 2 de mayo de 2008: (i) no reúne los requisitos referidos en la resolución de primera instancia, por no contener ninguna expresión de voluntad de disponer de bienes después de la muerte, ni trata sobre actos a cumplirse luego del fallecimiento, ni mucho menos habla de herencia, legado o porciones disponibles; (ii) no se lo puede considerar testamento, a la vez que no existe conexión entre ese documento y el testamento dictado el día anterior para que sea entendido como complementario de aquel; (iii) es una mera carta a un amigo, cuya intención no es clara y no se puede completar la voluntad del testador con la interpretación del juez; (iv) es vago y no resulta autosuficiente en la descripción de los bienes; (v) no menciona al documento anterior; (vi) la diferencia en la fecha de los documentos, permite entender que el primero es testamento y el de fecha posterior no; (vii) es contradictorio, dado que considerando la totalidad del patrimonio del causante no se llega a los porcentuales que allí establece; y (viii) no puede presumirse testamento en caso de duda. A su vez reprocha que se haya dejado sin efecto la declaratoria de herederos. En tal afán sostiene que la sucesión es parcialmente testamentaria y parcialmente *ab intestato,* dado que la madre del causante —que fue instituida heredera— prefalleció a este y al no haberse establecido en el testamento el derecho a acrecer de los legatarios de cuota, el testamento solo dispone parcialmente de los bienes, por lo cual el resto de la herencia se defiere por la ley *(ab intestato)*, conforme art. 2278 del Cód. Civ. y Com. Argumenta que el causante instituyó legatarios de bienes muebles y herederos de cuota, pero no instituyó herederos universales en reemplazo de su madre prefallecida, en ese orden tanto la apelante como su hermano conservan sus derechos con relación a todo el patrimonio del causante, sin perjuicio del cumplimiento de las mandas testamentarias. Asevera —entonces— que tanto ella como su hermano y descendientes, fueron excluidos del testamento, pero no así de la herencia, que trasciende el testamento."III. Previo a comenzar con el análisis puntual de los agravios, cabe advertir dos cuestiones que han de gravitar en el estudio de los planteos efectuados. La primera de ellas es que las quejas de la apelante han sido debidamente examinadas por el señor Fiscal General de Cámara, cuando los hechos valorados y derecho invocado se adecuan a las circunstancias de la causa y otorgan sustento idóneo a la solución del caso."En efecto, los fundamentos y conclusiones dictaminados por aquel en forma precedente a esta resolución son suficientes para concluir por la desestimación de los agravios y la confirmación del decisorio dictado en la instancia de grado, en lo pertinente. Sin mengua de ello, y ya como segundo punto al que se ha de sujetar el abordaje de la cuestión, es importante recordar que en materia de interpretación de testamentos, corresponde examinar con cautela ciertos parámetros que tornan distinta la labor con relación a aquella que le cabe al intérprete de los actos jurídicos entre vivos. Es que en estos casos, no se puede desconocer que la voluntad generadora ha desaparecido y, en consecuencia, lo único que queda es la voluntad exteriorizada, voluntad que si bien tiene proyección y efectos jurídicos inmensos, no ha liado la declaración de voluntad de otra parte que no sea la aparentemente exteriorizada por el causante (...)."Lo querido por el otorgante solo tiene por objeto hacer conocer esa voluntad con independencia absoluta de cualquier otra. Es por ello, que en materia de interpretación testamentaria debe atenderse primordialmente 'lo relativo al concreto entendimiento del disponente, aun cuando pueda existir divergencia con el significado de las palabras por él usadas' (BETTI, Emilio, 'Interpretación de la ley y de los actos jurídicos', trad. L. de los Mozos, Madrid, 1975, p. 359, nro. 71, citado por ZANNONI, Eduardo A., 'Derecho de las sucesiones', Ed. Astrea, Buenos Aires, 1983, t. II, p. 517). En ese sentido, se ha dicho que 'La interpretación de las disposiciones testamentales es función judicial no estando dirigida tanto a desentrañar el significado normal y corriente de las palabras empleadas, sino a indagar cuál ha sido la verdadera intención del causante, pero con una prioritaria regla de prudencia y debida interpretación, la de que las cláusulas testamentarias han de entenderse en su sentido gramatical, en tanto no se demuestre acabadamente que la voluntad del causante era distinta.

"Para juzgar sobre la claridad de las disposiciones testamentarias es menester partir del supuesto de que las palabras fueron utilizadas en

su verdadera y correcta acepción, sobre todo si el testador era de un nivel cultural, social y económico que también sea demostrativo de sus posibilidades para el debido contralor de cómo quedaban redactadas las manifestaciones de voluntad. Para llegar entonces, a la interpretación del texto testamentario se suponen expresiones inciertas o confusas que obligan a desentrañar el contenido de la voluntad que aparece impresa. En caso contrario, no hay motivo ni justificación para querer desentrañar otro pensamiento íntimo que no se ha querido exteriorizar' (CNCiv., sala B, 30/05/1985, 'Diarbekirian, Sarkis', LA LEY, 1986-A, 547; íd., íd., 13/04/2012, 'Fernández García, Amelia s/ sucesión testamentaria'; con similar criterio, íd., sala L, 20/06/2006, 'Echeverry, Mercedes I. s/ sucesión testamentaria', LA LEY, 23/10/2006, LA LEY 2006-F, 197).

"El juez no es un corrector, sino que ha de aceptar el testamento tal como está redactado y extraer su posible sentido, aplicando las reglas de la sana crítica al elemento material en que la voluntad debe descubrirse, de ahí que deba tenerse especial cuidado en no desnaturalizar una cláusula pues no cabe hacer decir al testador lo que no ha expresado y, por esa vía, tergiversar su voluntad (...) (CNCiv., Sala C, 21/06/1990, 'Ustariz de López Goitía s/ sucesión'). En definitiva, resulta medular tener en claro que el primer requisito que debe darse para que un testamento deba ser interpretado, es que contenga cláusulas oscuras, equivocadas o contradictorias que lo tornen de imposible cumplimiento (FASSI, Santiago, 'Tratado de los testamentos', Ed. Astrea, Buenos Aires, 1970, t. II, p. 237, nros. 392 y 393). Extremo que en la especie no se advierte, no generándose una necesidad cierta de interpretar la voluntad del causante, dado que el testamento carece de un contenido oscuro, equívoco o contradictorio (...). En efecto, de su examen literal o gramatical surge con claridad cuál ha sido la voluntad del testador sin necesidad de recurrir a la valoración de elementos adicionales."Repárese en este aspecto, que el juez no es un exegeta, y por tanto, debe aceptar el testamento tal como está redactado y extraer su posible sentido, aplicando las reglas de la sana crítica al elemento material en que la voluntad debe descubrirse. De ahí que el intérprete deba cuidarse de no desnaturalizar una cláusula so pretexto de interpretarla, para no convertirse de intérprete en deponente (...) (conforme, CNCiv., Sala C, 'Ostera Crossa, Juan'; Cita Online: AR/JUR/1475/1995). Ahora bien, ello no obsta a considerar cuestiones y palabras de índole netamente jurídicas que fueron utilizadas por el testador y que en principio se encuentran reñidas con las normas dedicadas a esta materia en el código de fondo aplicable al caso —tópico este, que no ha sido motivo de agravio—. Nótese que el causante al redactar su testamento ológrafo —1º y 2 de mayo de 2008, documento este último por el cual llegaron los autos a esta instancia— contaba con una heredera forzosa que era su madre, quien falleció con anterioridad a él, por lo cual al momento de analizar la cuestión, esta situación varió, dando lugar a un testamento, donde ya no existen herederos forzosos. Asentadas así las bases a partir de la cuales se han de meritar los agravios, corresponde entonces, adentrarse en los planteos formulados."IV. En autos, se discute si las manifestaciones efectuadas en el documento del 2 de mayo de 2008 por el causante pueden valer como testamento ológrafo. En rigor de verdad y conforme a la normativa aplicable al caso —Código Civil de Vélez Sarsfield, que como ya se dijo, no ha sido materia de agravio— el instrumento al que la jueza de grado atribuyó el carácter de testamento ológrafo, cumple con los requisitos exigidos en los arts. 3626, 3632 y 3648 del Cód. Civil derogado. Al respecto, se recuerda que el testamento ológrafo no exige el empleo de fórmulas solemnes o sacramentales, pero del contexto del acto debe resultar la voluntad inequívoca de testar (...). Si bien esa intencionalidad surge del mismo acto en el que el autor dispone de sus bienes para después de su muerte, en general la jurisprudencia tiene en cuenta que ella puede surgir de 'toda expresión firme de la voluntad del causante de que ella se cumpla luego de su fallecimiento' (ZANNONI, Eduardo, 'Derecho de las sucesiones', Ed. Astrea, Buenos Aires, 2001, t. II, p. 313); todo lo cual se compadece con lo plasmado en el documento del 2 de mayo de 2008 y no logra ser enervado por el esfuerzo argumental desarrollado en el memorial de agravios. De modo que se coincide en que no es testamento una carta que no está destinada a manifestar la última voluntad del que la hace, debido a que si la carta no contiene un testamento, no constituye un acto hecho precisamente para probar la última voluntad. Empero, si el testador —como sucede en el documento aquí cuestionado— le ha dado a la carta la finalidad de expresar su voluntad definitiva de disponer de sus bienes

para después de su muerte, y está manuscrita, fechada y firmada, entonces, no cabe otra solución razonable y justa que reconocerle el carácter de testamento ológrafo (...). Ahora bien, no se desconoce que —como expresa el codificador en la nota al art. 3639 del Cód. Civil derogado— no todo acto escrito, datado y firmado será reputado testamento ológrafo, sino que debe tratarse de un testamento escrito, datado y firmado por su autor, puesto que es necesario 'un propósito manifiesto de testar y una disposición de todo o parte de los bienes que dejará después de sus días'. Es por ello, que el art. 3648 de ese cuerpo normativo —en su primera parte— establece que el testamento ológrafo debe ser un acto separado de otros escritos del testador, 'hecho precisamente para probar las últimas voluntades' de aquel, según se señala en la nota a dicho precepto; es lo que se denomina independencia intelectual del testamento ológrafo (ZANNONI, ob. cit., t. II, p. 316, nro. 1120). Por otra parte, el elemento intencional no depende del uso de fórmulas sacramentales, ni palabras o giros determinados, bastando una expresión clara e inequívoca de la voluntad de testar (...). Al mismo tiempo, si bien el art. 3648 del Cód. Civil derogado dispone que las cartas, por expresas que sean respecto a la disposición de los bienes, no pueden formar un testamento ológrafo, se ha sostenido, sin embargo, que es función judicial determinar si el instrumento vale como testamento o si es una carta, sin dejar de destacarse que en la duda no debe privar el *favor testamentum,* por cuanto la simplificación de formas que supone el testamento ológrafo impone la necesidad de certeza de que el acto no es un mero proyecto, ni una promesa, sino expresión de una voluntad firme y deliberada. Es que, el que hace un acto tan serio no puede conformarse con encerrarlo en una carta o en un escrito redactado como carta, sin imprimirle el sello de su voluntad testamentaria indudable, que debe surgir del instrumento mismo (conforme, FASSI, Santiago C., 'Tratado de los Testamentos', Ed. Depalma, vol. I, ps. 126-131). En otras palabras, cuando la carta no está destinada exclusivamente a contener un testamento, no constituye un acto, que es lo que el codificador ha exigido para que exista testamento ológrafo. Una carta misiva no es un acto, y el testamento debe ser un acto, es decir, un escrito destinado a expresar la última voluntad. Pero si el testador le ha dado este carácter y así lo ha declarado implícitamente, el testamento es perfectamente válido (...) (conforme, BAUDRY - LACANTINERIE, 'Testamento, números 1921 y 1922' en LLERENA, Baldomero, 'Concordancias y Comentarios del Código Civil Argentino', Ed. La Facultad, Buenos Aires, 1931, 3ª ed., t. 10, p. 38). En ese orden de ideas, se coincide con el criterio sustentado en la instancia anterior en cuanto a que se está en presencia de un testamento ológrafo donde el causante expresó su última voluntad con relación a la distribución de su patrimonio. Basta para ello con remitirse a la lectura del documento en cuestión para comprender que se configura la figura jurídica 'testamento'. Repárese que para que exista un testamento en sentido técnico se requiere una expresión de voluntad actual, firme y definitiva de disponer de bienes para después de la muerte a favor del destinatario, que debe surgir del instrumento mismo, o como dice Graciela Medina ('Nulidad de testamento', Ediciones Ciudad Argentina, p. 302) distinguir las simples afirmaciones relativas a la intención de su autor de beneficiar a alguna persona del propósito manifiesto de testar, de la disposición de todo o parte de sus bienes para después de la muerte del suscriptor (ídem, CNCiv., Sala B, 19/11/1990, 'Laurent de Lieber, Cecilia J.', LA LEY 1991-B, 401). Por ello, la simplificación de formas que supone el testamento ológrafo, impone la necesidad de certeza de que el acto no es un mero proyecto ni una promesa, sino expresión de una voluntad firme y deliberada, circunstancias estas últimas, que se concretan en el caso a partir de la simple lectura del documento del 2 de mayo de 2008, donde el causante estipula que el albacea designado en el documento redactado el 1º de mayo de 2008, distribuya el 100% de lo que hay en las tres cuentas en los porcentajes que asigna y agregar también a ello sumas que al momento se hallaban pendientes de percibir (...)."V. En lo atinente a la porción disponible al momento de la defunción del causante, como ya se adelantó, se coincide —aquí también— con la solución alcanzada en lo dictaminado por el señor Fiscal General de Cámara, dado que habiendo el causante consignado en el testamento que lega toda la parte disponible de la herencia, lo cierto es que la porción que la ley le permitía disponer era del 100% de su patrimonio, considerando la inexistencia —al momento de su muerte— de herederos forzosos, al haber fallecido su madre con carácter previo a la defunción del causante de au-

tos (...). En ese contexto, contrariamente a lo postulado en el memorial de agravios, no se colige que la falta de modificación del testamento ante la defunción de la heredera forzosa en 2015 lleve a concluir que la última voluntad del causante era incluir como herederos a los herederos forzosos de su madre —a la sazón, la recurrente e I. F. I.—, antes bien lo expresado en el testamento y la falta de modificación de lo allí expresado luego del fallecimiento de la heredera forzosa, lleva a entender que ello importa la ampliación de la disponibilidad del patrimonio en la vía testamentaria implementada."Relativo a la subsistencia de la sucesión *ab intestato* a partir de la aprobación del testamento, se apunta que en el capítulo titulado 'Investidura de la calidad de heredero', el art. 2338 del Cód. Civ. y Com., al referirse a las 'Facultades judiciales' prevé que en las sucesiones testamentarias, la investidura resulta de la declaración de validez formal del testamento, excepto para los herederos enumerados en el primer párrafo del art. 2337 que se ocupa de la 'Investidura de pleno derecho', en cuanto reza: 'Si la sucesión tiene lugar entre ascendientes, descendientes y cónyuge, el heredero queda investido de su calidad de tal desde el día de la muerte del causante, sin ninguna formalidad o intervención de los jueces, aunque ignore la apertura de la sucesión y su llamamiento a la herencia (...). No obstante a los fines de la transferencia de los bienes registrables, su investidura debe ser reconocida mediante la declaratoria judicial de herederos'. Es decir que, así como en las sucesiones intestadas para los herederos no legitimarios y para algunos actos también los legitimarios, la investidura se obtiene con la declaratoria de herederos, en las sucesiones testamentarias los herederos instituidos la obtienen mediante la declaración de validez formal del testamento o, lo que es lo mismo, la aprobación del testamento en cuanto a sus formas. Esta declaración es equiparable a la declaratoria de herederos como medio de establecer auténticamente quiénes son llamados a la herencia y, en consecuencia, como reconocimiento de la investidura y posesión hereditaria. Es por ello que si los herederos instituidos en el testamento fueran descendientes, ascendientes o el cónyuge, ellos heredan por llamamiento legal, y obtienen automáticamente la investidura por ministerio de la ley sin necesidad de la aprobación judicial de la validez del testamento, con la salvedad que a los efectos de la transmisión de los bienes registrables requerirán de la jurisdicción —art. 2337 del Cód. Civ. y Com.— (CÓRDOBA, Marcos M., comentario al art. 2338 en 'Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado', dir. Ricardo Luis LORENZETTI, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, t. X, p. 616). Por lo demás, es sabido que la declaratoria de herederos importa solo un proceso de verificación formal de la calidad hereditaria, que no causa estado, y se limita a declarar quiénes han justificado su derecho a los bienes del causante (CNCiv., Sala D, 10/06/1969, LA LEY, 137-768)."En torno a la calidad de heredera aducida por la apelante, cabe señalar que —pese a que acreditó su vínculo de hermana del causante de autos— por tratarse una heredera colateral, solo hereda a falta de los forzosos y siempre y cuando la sucesión sea *ab intestato,* ya que, no teniendo por ley porción legítima, pueden ser dejados de lado por la voluntad del causante, expresada en forma de testamento, que fue —precisamente— lo que acaeció en autos (...). De ahí que lo aludido en el memorial de agravios en cuanto a que los herederos de cuota no pueden acrecer, no es un supuesto que —a tenor de lo hasta aquí explicitado— se presente en autos, por lo que su análisis excede el marco de este debate. De lo expuesto se deprende que las cuestiones relativas a la legítima que fueron referidas por la recurrente, no se generan en la especie, dado la falta de herederos forzosos y la existencia de testamento que dispone sobre la totalidad del patrimonio."VI. Por los fundamentos apuntados, de conformidad con lo dictaminado por el señor Fiscal General de Cámara, *Resuelve:* Confirmar el decisorio apelado, (...) con costas de alzada a la vencida (arts. 68 y 69 del Código Procesal). El presente acuerdo fue celebrado por medios virtuales y el pronunciamiento se suscribe electrónicamente de conformidad con lo dispuesto por los puntos 2, 4 y 5 de la acordada 12/2020 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. La vocalía Nº 27 se encuentra vacante. Regístrese, notifíquese y devuélvase. Se hace constar que la publicación de la presente sentencia se encuentra sometida a lo dispuesto por el art. 164, párr. 2º del Código Procesal y art. 64 del Reglamento para la Justicia Nacional, sin perjuicio de lo cual será remitida al Centro de Información Judicial a los fines previstos por las acordadas 15/13 y 24/13 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. – *Paola M. Guisado. – Juan P. Rodríguez*".

XI.4. Breve comentario

Con relación a la interpretación de los testamentos se ha explicado que "A los efectos de elucidar la verdadera voluntad del testador, el juez debe partir de la base de que solo deben interpretarse aquellos aspectos del testamento que resulten oscuros, ambiguos o contradictorios. Si las disposiciones testamentarias son claras, deben ser entendidas como la auténtica voluntad del testador. Conforme al art. 2470, pueden utilizarse diferentes medios. Así, por ejemplo, el método gramatical, conforme al cual, tal como ha sido previsto en la norma de referencia, las palabras empleadas deben ser entendidas en el sentido corriente, excepto que surja claro de que el testador quiso darles un sentido técnico. La misma norma dispone que no solo debemos guiarnos por una interpretación gramatical, sino también que se debe desentrañar la verdadera voluntad del testador. Supongamos, por ejemplo, que una persona dispone lo siguiente en su testamento: 'Lego toda mi herencia a mi hermana Marina'. Por más que aparezca la palabra 'lego', sabemos —a partir de las normas del Código ya referidas— que Marina no es una legataria, sino una heredera. El método de la razonabilidad o lógico como medio de clarificar la voluntad también es válido cuando las expresiones del testador tienen varios sentidos. En este caso, debe optarse por el que resulte más razonable, conforme a la disposición o al testamento en su conjunto. Se debe estar al fin u objetivo que tuvo el testador a la hora de redactar el testamento o disposición (por ejemplo, la protección económica de su conviviente o de algún hijo con capacidad diferente). Resulta relevante también el principio denominado *favor testamenti* (o principio de conservación del acto). Al respecto Borda explica que (...) si una cláusula permite dos interpretaciones, de las cuales una significa la nulidad del acto o cláusula y otra su validez, es menester preferir esta última y hacerle producir efectos, tal como ocurriría si una de las dos interpretaciones lleva a la contradicción o al absurdo. Es el principio llamado *favor testamenti*. Esta misma regla conducirá a interpretar la cláusula testamentaria en el sentido que no choque contra prohibiciones legales, como podría ocurrir, por ejemplo, en materia de sustituciones hereditarias. Este principio resulta de aplicación en casos en que sea razonable hacerlo. No podrá conciliarse la interpretación de dos cláusulas contradictorias. En este caso, resulta justo dejar sin efecto a ambas. Una decisión diferente lleva implícita la duda sobre si se está beneficiando en los límites queridos por el testador o más allá. Es importante que el testamento resulte autosuficiente en cuanto a su interpretación. Deben limitarse al máximo y de modo excepcional las pruebas externas. En cuanto a la función del juez a la hora de interpretar, explica Fassi que no es un corrector del testamento, sino que solo le cabe posibilidad de desentrañar el verdadero pensamiento del testador" **(12)**.

XII. Limitación de pretensiones en el marco del proceso sucesorio (13)

XII.1. Datos de localización del fallo

CNCiv., sala I, 22/03/2021, "Credi, Mauricio Moisés s/ sucesión testamentaria", TR LA LEY AR/JUR/3718/2021.

XII.2. Síntesis de la problemática abordada

Se deduce una nulidad de testamento, rendición de cuentas y designación de administrador dentro del expediente sucesorio.

XII.3. Extractos del fallo

"2ª Instancia.— Buenos Aires, marzo 22 de 2021. *Considerando:* I. El señor Alberto Fabián Nacach apeló la resolución dictada el 3 de noviembre de 2020 que: (i) rechazó la pretensión de nulidad del testamento, rendición de cuenta y designación de administrador en el marco de este juicio sucesorio, haciendo saber que deberá articularlas por la vía y forma que corresponda; (ii) desestimó el planteo de inconstitucionalidad de los arts. 106 y 107 de la ley 404 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y demás cuestiones atinentes a la forma extrínseca del testamento; (iii) aprobó en cuanto a sus formas el testamento otorgado por acto público por Mauricio Moisés Credi; (iv) ordenó la apertura del sucesorio declarando como único y universal heredero a Sión Andrés Nacach; (v) impuso las costas a cargo de Alberto Fabián Nacach; y (vi) desestimó el

(12) IGLESIAS, M. – KRASNOW, A., "Derecho de las Familias y las sucesiones", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2017, pto. 16.1.6.

(13) CNCiv., sala I, 22/03/2021, "Credi, Mauricio M. s/ sucesión testamentaria", LA LEY AR/JUR/3718/2021.

pedido de sanciones procesales. El memorial de agravios se agregó el 1º de diciembre de 2020 (ver aquí última parte) y su contestación fue efectuada el 15 de ese mes y año por el heredero Sión Andrés Nacach. El Fiscal de Cámara se expidió en los términos que resultan del dictamen del 15 de marzo de 2021."II. Las críticas del apelante apuntan —en resumidas cuentas— a que: (i) se haya justificado el rechazo de la nulidad en que el único fin del sucesorio es el establecido en el art. 2335 del Cód. Civ. y Com. de la Nación; (ii) no fue considerado heredero 'legitimario' a los efectos de presentarse en esta sucesión; (iii) se rechazó el planteo de inconstitucionalidad; y (iv) se hayan impuesto las costas a su cargo."III. En principio, se destaca que todos los argumentos formulados por el apelante fueron estudiados y rechazados por el juez *a quo* en la resolución dictada en la instancia anterior, sin que se advierta en este aspecto que el memorial de agravios contenga una crítica concreta, objetiva y razonada a través de la cual se ponga de manifiesto el error en que se ha incurrido o que se atribuye a la resolución y se refuten las consideraciones o fundamentos en que se sustenta para, de ese modo, descalificarla como acto jurisdiccional. El apelante no hace más que reiterar las consideraciones expuestas en oportunidad de efectuar los planteos y ello, como se indicó, no resulta suficiente a los fines pretendidos en esta alzada. De todos modos, se avanzará en el estudio que se propone, aunque desde ya se anticipa que el recurso de apelación no tendrá favorable acogida.

"IV. Para iniciar, lo cierto es que no puede llegarse a otra conclusión que no sea la de sostener que lo decidido el 3 de noviembre de 2020 por el juez *a quo* en torno a la vía implementada para la articulación de la nulidad, no genera gravamen suficiente para justificar la instancia recursiva por cuanto no consolida un estado procesal del que se derive algún perjuicio jurídico para los intereses del quejoso (...). En ese sentido, se ha dicho que la providencia que se limita a declarar que el peticionario debe ventilar la cuestión planteada por otra vía no provoca gravamen irreparable (...). Por lo demás, no puede dejar de mencionarse que —en efecto— tal como apunta el apelante, existen infinidad de procesos penales y civiles en los que se ha declarado la nulidad de testamento con la respectiva responsabilidad de los notarios intervinientes. Empero, ello obedece precisamente a que la pretensión de nulidad fue articulada por la vía pertinente —juicio de conocimiento—, que es exactamente lo que se decidió en primera instancia. Siendo así, todo recae en el derecho que asiste al recurrente de atacar en juicio ordinario la validez o autenticidad del testamento en cuestión (...), por lo que no se advierten razones para no proceder en el sentido propiciado por el *a quo* habida cuenta que, en los términos indicados por el apelante su planteo se ubica dentro de los requisitos intrínsecos del testamento, cuyo tratamiento no se encuentra en el ámbito de este juicio voluntario."Más allá que —lo hasta aquí señalado— cerraría el tratamiento del agravio en el modo en que fue formulado, al solo efecto de no caer en un análisis meramente formal de la cuestión, se recuerda que la sucesión como procedimiento judicial no tiende a la satisfacción de pretensiones resistidas o insatisfechas, sino a la determinación objetiva y subjetiva de los bienes dejados por el causante y las personas que habrán de heredarlo, debiendo quien tenga interés, promover las acciones a que se crea con derecho por la vía procesal adecuada. Esta conclusión es válida tanto para las pretensiones de terceros frente a la sucesión o los herederos, como de estos entre sí o frente a sus potenciales demandados (...). Es así, que contrariamente a lo postulado en el agravio individualizado en el acáp. II, apart. (i), no puede predicarse que el objeto del juicio sucesorio contemplado en el art. 2335 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, debe ceder ante el alegado incumplimiento en el testamento de autos de los requisitos propios del acto jurídico; sobre todo, cuando la nulidad del testamento, debe articularse por la vía pertinente —que por su temática y naturaleza— recae en un juicio de conocimiento, que no puede ser incluido dentro de un proceso voluntario como es el presente. Repárese en que —como ya se dijo— la finalidad del proceso sucesorio radica en la determinación objetiva —de los bienes dejados por el causante— y subjetiva —de las personas que habrán de recibirlos— de las circunstancias atinentes a la sucesión *mortis causa* de que se trata (CNCiv., Sala D, 20 de marzo de 1984, 'Veglia, Fernando J. y otros c. Carbonari, Oscar', publicado en LA LEY, 1984-C, p. 338). Se trata de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, caracterizado por la falta de necesidad de decidir entre pretensiones contradictorias, ya que la intervención del magistrado es exigi-

da solo para dar eficacia a ciertos actos que la ley, por razones de certeza, estima que deben ser autorizados u homologados (CNCiv., Sala E, 26 de junio de 1985, 'Yattah, Moisés s/ sucesión'). Desde esta perspectiva, es indudable que resulta acertado lo resuelto por el colega de la instancia de grado en cuanto a que el planteo efectuado por el apelante excede el marco de este proceso, toda vez que la pretensión nulidificatoria trasciende el objeto de presente proceso. Solo a mayor abundamiento cabe resaltar que lo relevante a los efectos de este proceso queda circunscripto a la letra del art. 2335 del Cód. Civ. y Com. de la Nación. De ahí que, que los planteos relativos a la nulidad intrínseca del testamento que plantea el apelante, deben ser canalizados en el ámbito donde pueda tratarse el contradictorio que ello implica —juicio de conocimiento— y que escapa a todas luces a este proceso voluntario. De modo que el agravio individualizado bajo apartado (i) será desestimado."

V. Relativo a la condición de heredero legítimo invocada por el apelante, cabe señalar que no ha mediado pronunciamiento en ese aspecto en la resolución apelada, razón por la cual de acuerdo con lo previsto en el art. 277 del Código Procesal, no corresponde abordar ese tópico en esta instancia. Por otra parte, se destaca que ya en el proveído a la primera presentación efectuada por el apelante que data del 28 de agosto de 2020, no se lo tuvo por parte, lo que no mereció —dentro del plazo procesal pertinente— reproche alguno. Bajo tal óptica, el planteo introducido recién al fundar el recurso de apelación interpuesto contra la decisión dictada el 3 de noviembre de 2020, resulta fruto de una reflexión tardía y por ello, extemporánea. A todo evento, a partir de lo desarrollado en el acápite que antecede, se advierte que el carácter de parte en los presentes —en su caso— quedaría sujeto a lo que se decida respecto de la nulidad del testamento, que —se insiste— debe articularse por la vía correspondiente. Con ello, el agravio indicado en el acápite II apartado (ii) también se desestima."VI. En cuanto al rechazo del planteo de inconstitucionalidad, la crítica sobre la que se funda obedece a la jerarquía de las normas y a las atribuciones delegadas por las provincias al Congreso Nacional, es a partir de ello que postula que los arts. 106 y 107 de la ley 404 de la Ciudad de Buenos Aires, se erigen como normas de fondo en vez de normas de forma; de ahí que concluye que se altera el orden constitucional establecido en el art. 75 incs. 2º y 4º de la CN. En rigor, sobre este último aspecto, cabe puntualizar que lo referido por el apelante se encuentra contemplado en el inc. 12 de ese artículo de la carta magna, donde se establecen las atribuciones del Congreso Nacional para dictar los códigos de fondo."Frente a tal escenario, no cabe más que remitir a lo decidido en primera instancia, en cuanto recuerda lo dispuesto en el art. 300 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, que en su última parte establece que 'Corresponde a ley local reglamentar lo relativo a las características de los folios, su expedición, así como los demás recaudos relativos al protocolo, forma y modo de colección en volúmenes o legajos, su conservación y archivo'. De modo que lo normado en los arts. 106 y 107 de la ley 404 de la Ciudad de Buenos Aires —transcriptos en el acáp. VI de la resolución apelada—, resultan ser el correlato de lo expresamente dispuesto en el artículo del ordenamiento de fondo citado precedentemente, en cuanto obedece al cumplimiento de los extremos allí estipulados, y de cuya lectura resulta harto evidente que no contempla una cuestión de derecho sustancial, sino meramente adjetiva. En esos términos, si se acepta que la declaración de inconstitucionalidad constituye un acto de suma gravedad que, por ello, mismo, debe ser considerado como 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 (CS, Fallos: 312:2315 y sus citas, 316:779, entre muchos otros); que la Constitución no consagra derechos absolutos, insusceptibles de una razonable reglamentación, dependiendo la racionalidad de esta de su adecuación al fin perseguido, no siendo pasible de tacha de inconstitucionalidad en tanto no tenga base en una inequidad manifiesta (CS, Fallos: 214:612, 289:67, 304:1293, 305:385, 306: 1311, 307:2262, etc.); y que únicamente cabe formular la declaración de inconstitucionalidad cuando un acabado examen del precepto conduce a la convicción de que su aplicación conculca el derecho o la garantía constitucional invocados (CS, Fallos: 315:923); deberá concluirse que estos extremos no se encuentran satisfechos con las genéricas manifestaciones vertidas en por el apelante en su memorial de agravios y el escrito en el que formalizó el planteo. En ese orden de

ideas, solo cabe confirmar lo decidido por el magistrado de grado y remitir a lo dictaminado por el Sr. Fiscal de Cámara, en lo que atañe a la falta de precisión del planteo, todo lo cual redunda en el rechazo del recurso así formulado."VII. Para finalizar, resta abordar la queja sobre las costas. Es claro que su imposición a la parte vencida no reviste el carácter de un principio absoluto, sino que es susceptible de la excepción que consagra el párrafo segundo del art. 68 del Código Procesal. De ello se sigue que el sistema que rige nuestro ordenamiento en materia de costas es el del principio objetivo de la derrota atenuado (...). Sin embargo, todo apartamiento del criterio objetivo, dada su naturaleza excepcional, debe ser interpretado con carácter restrictivo a fin de no desnaturalizar la regla general (CS, 16/03/1999, LA LEY 2000-A, 623, jur. agr., caso 14.806; CS, Fallos: 311:464; entre muchos otros). En la especie, no se observa configurado un supuesto que justifique el apartamiento de la pauta objetiva. Nótese al respecto, que la interpretación formulada por el apelante —sobre las cuestiones sometidas a decisión— fueron rechazadas. En consecuencia, el agravio no será admitido."Por ello, entonces, y toda vez que ninguna de las críticas vertidas en el memorial de agravios logra conmover estos postulados, de conformidad con lo dictaminado por el señor Fiscal de Cámara, se resuelve: Desestimar el recurso de apelación interpuesto por el señor Alberto Fabián Nacach, confirmar la resolución del 3 de noviembre de 2020 e imponer las costas de alzada al apelante vencido (arts. 68 y 69 del Código Procesal)".

XII.4. Breve comentario

El proceso sucesorio no puede ser desbordado por materias que excedan su objeto. En este sentido resulta de meridiana claridad el art. 2335, Cód. Civ. y Com. que expresa: "Objeto. El proceso sucesorio tiene por objeto identificar a los sucesores, determinar el contenido de la herencia, cobrar los créditos, pagar las deudas, legados y cargas, rendir cuentas y entregar los bienes". Sin embargo, y a mayor abundamiento, cabe preguntarse si la enumeración que el Código allí propone, importa su desarrollo —en todos los casos— dentro del mismo expediente sucesorio o debe recurrirse a incidentes, que corran por cuerda de la sucesión. Nos inclinamos por esta última posición. Sin embargo, y en un todo de acuerdo con lo resuelto por el fallo, la nulidad de testamento de ningún modo puede ventilarse dentro del propio proceso sucesorio, sino mediante un proceso ordinario, el que si bien es independiente de la sucesión debe tramitarse ante el juez del sucesorio.

XIII. Aplicación inmediata de las normas procesales sucesorias incluidas en el Código Civil y Comercial para las sucesiones abiertas antes de su entrada en vigencia (14)

XIII.1. Datos de localización del fallo

CNCiv., sala K, 18/03/2021, "Mollano, Oscar Eliseo y otra s/ sucesión testamentaria", LA LEY AR/JUR/3720/2021.

XIII.2. Síntesis de la problemática abordada

La discusión se centra en la aplicación inmediata de las normas procesales sucesorias incluidas en el Código Civil y Comercial de la Nación a sucesiones abiertas antes de la entrada en vigencia de dicho cuerpo legal. Puntualmente, se refiere a la aplicación del trámite dispuesto en el art. 2339, Cód. Civ. y Com., segundo párrafo, de la sucesión testamentaria, en cuanto a la obligación de realizar la pericial caligráfica del testamento ológrafo, pese a que la sucesión se abrió antes de la entrada en vigencia del Código unificado.

XIII.3. Extractos del fallo

"Contra el proveído dictado el día 26 de agosto de 2020, último y penúltimo párrafo, apela quien se presenta alegando ser la única heredera universal instituida por los causantes. Presentó su memoria (el día 17 de septiembre de 2020) y dictaminó la Señora Fiscal de Cámara el día 3 de febrero de 2021. II. Se agravia de la orden impartida por la Señora Jueza *a quo*, que admitió el requerimiento del Señor Fiscal interviniente en la instancia de grado quien pide que se dé cumplimiento con lo que dispone el art. 2339 del Cód. Civ. y Comercial. Sostiene que lo que dispone la norma mencionada es de imposible cumplimiento en este proceso. Agrega que los testamentos fueron suscriptos antes de la entrada en vigencia del Cód. Civ. y Com. de la Nación y que por ello, debería regir el Cód. Civil. Tam-

(14) CNCiv., sala K, "Mollano, Oscar E. y otra s/ sucesión testamentaria", 18/03/2021, TR LA LEY AR/JUR/3720/2021.

bién argumenta que los dos instrumentos tienen firma certificada.

”III. La recurrente Marcela Mercedes Mollano inicia el juicio sucesorio testamentario de quienes en vida habrían sido sus tíos, Elina Paulina Acquabella y Oscar Eliseo Mollano. Adjuntó dos testamentos ológrafos que contienen firma certificada por escribano público. La Señora Jueza de grado, citando el art. 2339 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, designa un experto calígrafo a fin de que se lleve a cabo la pericial sobre ambos instrumentos. Se destaca que el experto interviniente expuso que al intentar recabar firmas indubitadas de ambos causantes, solo se consiguió una única rúbrica del señor Mollano y ninguna de la señora Acquabella (confr. escrito del día 18 de febrero de 2019).”IV. Como principio general, el derecho aplicable a la sucesión del difunto es el vigente al momento de su fallecimiento. Este es un principio indiscutido, expresado claramente en el art. 3282 del Código de Vélez Sarsfield y que reitera el actual art. 2277 del Cód. Civ. y Com. Es decir, que para saber cuál es el derecho aplicable a una sucesión, debe estarse al que estaba vigente el día de la muerte del causante. En otras palabras, el Cód. Civil de Vélez Sarsfield rige para las sucesiones de quienes fallecieron anterioridad al 1º de agosto de 2015; el Cód. Civ. y Comercial regirá las sucesiones en las cuales el deceso del causante se produjo a partir de esa fecha. Distinto es lo atinente a la ley aplicable a las formalidades de los actos jurídicos, pues ellos se rigen por las normas vigentes al tiempo de su confección. Ahora bien, sabido es que las leyes procesales son de aplicación inmediata a los procesos en trámite, en tanto no vulneren derechos adquiridos por las partes (esta Sala, 'M., J. A. R. c. M. L., M. s/ desalojo', del 15/04/2003). Sobre el tema en estudio corresponde destacar que el art. 2339 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, al referirse a la protocolización del testamento en el expediente, es una norma eminentemente de orden adjetivo aplicable a las sucesiones testamentarias (...). A partir de ello y más allá del principio general establecido, habida cuenta del neto corte procesal de la regla antes citada, su aplicación inmediata al caso se impone. En este aspecto debe señalarse además, que el juicio sucesorio se promovió con posterioridad al día 1º de agosto de 2015. Por consiguiente, son de aplicación inmediata (Conf. KELMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, 'La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes', Ed. Rubinzal-Culzoni, año 2015, p. 168).”V. A fin de resolver la cuestión, cabe señalar que el testamento ológrafo se encuentra caracterizado en el art. 2477 del Código de fondo citado. Allí, se establece que este '...debe ser íntegramente escrito con los caracteres propios del idioma en que es otorgado, fechado y firmado por la mano misma del testador. La falta de alguna de estas formalidades invalida el acto, excepto que contenga enunciaciones o elementos materiales que permitan establecer la fecha de una manera cierta...'. El requisito de escritura de puño y letra del causante constituye, entonces, una formalidad solemne absoluta que atañe no solo a la validez sino a la existencia misma del testamento. En cuanto a la firma es de particular importancia porque identifica al testador y positiviza su voluntad de aprobar definitivamente las disposiciones testamentarias que le preceden y en lo referente a la prueba, si el testamento es ológrafo, dispone el art. 2339 del Cód. Civ. y Com. de la Nación que debe ser presentado judicialmente para que se proceda, previa apertura si estuviese cerrado, a dejar constancia del estado del documento, y a la comprobación de la autenticidad de la escritura y la firma del testador, mediante pericia caligráfica.”A su vez, el art. 704 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, establece que 'quien presentare testamento ológrafo deberá ofrecer dos testigos para que reconozcan la firma y letra del testador' y el art. 705 de ese mismo ordenamiento, determina que si los testigos reconocen la letra y firma del testador, el juez rubricará el principio y fin de cada una de las páginas del testamento y designará *un* [1] escribano para que los protocolice. Estas últimas normas encontraban su correlato en el art. 3692 del Cód. Civil. En tal contexto, una correcta valoración de la cuestión impone que los artículos derivados de ambos plexos normativos sean interpretados teleológica y congruentemente compatibilizándolos armónicamente, lo que en la especie se traduce en la aptitud de otros medios probatorios para poder acreditar los extremos del caso. Recuérdese que en el art. 2º del Cód. Civ. y Com. de la Nación impone que la ley sea interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades y 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. Ello es conforme con la jurisprudencia de la Corte Suprema en cuanto afirma que la interpretación debe partir de las palabras de la ley, pero debe ser armónica, conformando una norma con el contenido de las demás, pues sus distintas partes forman una unidad coherente y que en la inteligencia de sus cláusulas debe cuidarse de no alterar el equilibrio del conjunto (cfr. 'Código Civil y Comercial', Ed. Astrea, p. 24 vta.)."En tal sentido cabe recordar que el proceso civil no puede ser conducido en términos estrictamente formales, ya que, no se trata ciertamente del cumplimiento de ritos caprichosos sino del desarrollo de procedimientos destinados al establecimiento de la verdad jurídica objetiva, siendo la renuncia consciente a ella incompatible con un adecuado servicio de la justicia (CS, 'Colalillo, Domingo c. Cía. de Seguros España y Río de la Plata' sent. 18/57). Encontrándose dentro de las facultades propias de la magistrada evaluar adecuadamente las probanzas que le otorguen virtualidad al testamento, tampoco se advierte causa que, de seguirse tal temperamento, pueda afectar la seguridad jurídica (cfr. art. 12, Cód. Civ. y Com. de la Nación). Ha señalado la Sala en el recurso 198851 con fecha 15/11/2007 que, si bien el ordenamiento adjetivo regula el trámite pertinente a los fines de declarar la validez del testamento y su posterior protocolización, no se advierte óbice para recurrir a medios supletorios de prueba con el fin de acreditar los extremos mencionados (arg. art. 3695, Cód. Civil; conf. CNCiv., sala A, 'List, Margarita G. s/ sucesión testamentaria', del 22/11/2006; FASSI, 'Tratado de los testamentos', t. 1, p. 217; CORNEJO, 'El proceso sucesorio', p. 80; NATALE, en PEYRANO (dir.) – VÁZQUEZ FERREIRA (coord..), *Código Procesal de Santa Fe,* comentario al art. 678, p. 283; KIELMANOVICH, 'Código Procesal Civil y Comercial', t. II, p. 1212).

"En lo que puntalmente refiere al tema que nos ocupa, ha sostenido el Tribunal que la presentación de un testamento ológrafo admite la amplitud de prueba. En tal sentido se dijo además, que quienes más cercanos se encontraban al causante, mayor conocimiento, se supone, tendrán de su letra y su firma, por lo cual pueden declarar familiares y aún sus amigos (cfr. al respecto recurso 108027 del 14/08/2015). En tal contexto, no se advierte causa o motivo que pueda impedir acceder a otros medios probatorios alternativos a fin de cumplir con el reconocimiento de la letra de los causantes conforme requiere el art. 2339 citado, en tanto la suscripción se encuentra certificada. Como otra alternativa, el perito deberá expedirse sobre si es posible determinar la autoría de una letra con una firma autenticada y, en caso afirmativo, emplear las que fueron certificadas en el mismo testamento, como opción para acreditar lo exigido en la ley sustancial. En la hipótesis de no resultar ello posible, considerando lo precedentemente expuesto en materia probatoria, se deberá proceder conforme la pauta que establece el art. 704, primer párrafo del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación."En su mérito, por las razones señaladas y con los alcances expuestos, habrán de admitirse, parcialmente, los agravios de la apelante. Por ello, disposiciones legales citadas y oído que fue el Sr. Fiscal de Cámara, el Tribunal resuelve: Confirmar parcialmente la decisión recurrida en el sentido que el perito calígrafo deberá expedirse sobre si es posible determinar la autoría de una letra con una firma autenticada, como lo son las que fueron certificadas en el mismo testamento, como alternativa para acreditar lo exigido en la ley sustancial. En la hipótesis de no resultar ello posible, considerando lo precedentemente expuesto en materia probatoria, se deberá proceder, conforme la pauta que establece el art. 704, primer párrafo del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación. Regístrese de conformidad con lo establecido con el art. 1º de la ley 26.856, art. 1º de su dec. regl. 894/2013, y arts. 1º, 2º y Anexo de la Acordada 24/2013 de la CS; a tal fin, notifíquese por Secretaría a la recurrente al perito calígrafo interviniente y al Sr. Fiscal de Cámara mediante la vista digital pertinente. Cumplido, devuélvase a la instancia de grado en pase digital. Se deja constancia que la difusión de la presente resolución se encuentra sometida a lo dispuesto por el art. 164, segundo párrafo del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación y art. 64 del Reglamento para la Justicia Nacional. En caso de su publicación, quien la efectúe, asumirá la responsabilidad por la difusión de su contenido. – *Oscar J. Ameal. – Osvaldo O. Álvarez. – Silvia P. Bermejo".*

XIII.4. Breve comentario

Coincidimos en un todo con el fallo que se analiza. Las normas procesales sucesorias in-

cluidas en el Código Civil y Comercial de la Nación son de aplicación inmediata, lo que motiva que se encuentren vigentes tanto para las sucesiones abiertas antes de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, como las abiertas con posterioridad.

XIV. Cesión de un bien determinado del acervo en estado de indivisión (15)

XIV.1. Datos de localización del fallo

C. 2ª Cód. Civ. La Plata, sala I, 17/11/2020; "Bazán, Jorge Cristian y otros s/ sucesión *ab intestato*", Rubinzal online; RC J 7981/20

XIV.2. Síntesis de la problemática abordada

El planteo se genera a partir del rechazo de la jueza de grado de inscribir una cesión de herencia debido a que se trataba de una cesión de bien determinado por lo que el contrato con podía calificarse como lo pretendido por la parte cesionaria.

XIV.3. Extractos del fallo

"I. 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. y 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, CCCP). 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, Cód. Civ. y Com. de la Nación). 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', Ed. Abeledo Perrot, año 2010, 2ª ed., t. I, p. 422, citando a AZPIRI, Jorge O., 'Derecho sucesorio', Ed. Universidad de Belgrano - Hammurabi, año 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 con-

(15) C. 2ª Civ. y Com. La Plata, sala I, 17/11/2020, "Bazán, Jorge C. y otros s/ sucesión *ab intestato*", Rubinzal Online; RC J 7981/20.

trato 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 3 de septiembre de 2004, quien cedió sus derechos hereditarios sobre la parte indivisa del inmueble sito en la calle 135, nro. 1151 de La Plata a la apelante mediante escritura pública pasada ante el notario Pablo A. Rivera Cano, titular del Registro nro. 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 citado, *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 (1/6 avas partes) del inmueble sito en la calle 135 nro. 1151 de la Plata, ordenándose su inscripción juntamente 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*".

XIV.4. Breve comentario

No se comparte la solución que el fallo aporta. Comenzamos por destacar que en ambas instancias califican al contrato como cesión de un bien determinado, por lo que desborda el objeto de la cesión de herencia (que es el todo o una parte alícuota de la universalidad). En ese entendimiento, se realiza la fundamentación de la sentencia, y se encuadra el contrato en el marco del art. 2309 del Cód. Civ. y Com., ordenando la inscripción sobre esa base. Entendemos que si el contrato se encuadra en una cesión de bien determinado, por un lado, no corresponde al juez del sucesorio ordenar la inscripción de dicha venta al cesionario, debido a que el adquirente es una persona ajena a la sucesión. De allí que, debe adjudicarse al cedente si es heredero único o partirse y adjudicarse si hay pluralidad de herederos, y luego este, por fuera del sucesorio —mediante escritura pública— inscribir el negocio acordado entre partes, de cesión venta de un bien determinado.

Síntesis de jurisprudencia de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires 2/2021 (*)

María Julia Navas Roggero (**)

Leonardo R. Víttola (***)

Sumario: I. Liquidación de alimentos. C. 122.255, sentencia del 24/02/2021.— II. Abrigo. C. 123.304, sentencia del 09/03/2021.— III. Liquidación del régimen de comunidad. C. 123.589, sentencia del 15/03/2021.— IV. Alimentos. C. 123.676, sentencia del 26/04/2021.— V. Liquidación del régimen de comunidad. C. 122.895, sentencia del 17/05/2021.— VI. Guarda preadoptiva. Reintegro de hijo. C. 123.350, sentencia del 28/05/2021.

I. Liquidación de alimentos. C. 122.255, sentencia del 24/02/2021 (1)

I.1. Antecedentes

La Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial Mar del Plata confirmó la resolución de primera instancia que, a su turno, desestimó la liquidación practicada por la actora por no adecuarse a las pautas de la sentencia dictada en el proceso principal.

Para fundar su decisión explicó que "lo juzgado adquirió firmeza y no puede ser renovada la cuestión en este iter liquidatorio, pues operan sobre ella los efectos de la preclusión, restringiendo toda posibilidad de acción en resguardo del principio esencial de seguridad jurídica, que se manifiesta a través de la firmeza de los actos procesales con el fin de evitar la incertidumbre generada por la reedición infinita del litigio".

Contra dicho pronunciamiento, la parte actora se alzó mediante recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley. Señaló que lo resuelto importa un exceso de rigor formal y que si en la sentencia que hizo lugar a la pretensión alimentaria no se incluyó expresamente el rubro intereses, ello no puede serle achacado al justiciable, quien sufriría un doble perjuicio, uno generado por el alimentante y el otro por la propia jurisdicción, al impedirle la actualización de los montos adeudados.

Puntualizó que la no aplicación de intereses a las cuotas alimentarias implicaría un excesivo premio a un padre que nunca cumplió su rol de tal. La deuda se vería totalmente depreciada y contraria a toda pretensión de justiciar.

I.2. La sentencia

El más alto tribunal provincial, por mayoría, resuelve rechazar el recurso interpuesto.

(*) Los fallos completos se extraen de www.scba.gov.ar/jurisprudencia.

(**) Abogada (UNLP); maestrando en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia (Facultad de Derecho, UBA).

(***) Abogado (UNLP); maestrando en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia (Facultad de Derecho, UBA); docente en Derecho de las Familias y Sucesiones (UNLP y UBA).

(1) Disponible en *https://juba.scba.gov.ar/VerTextoCompleto.aspx?idFallo=179471*, compulsada el 30/06/2021.

El Dr. Soria —quien abre la votación—, con relación a si correspondía anular de oficio la sentencia atacada —primera cuestión a debatir en autos—, luego de realizar un pormenorizado análisis de los antecedentes, expresa que "[l]a sentencia no carece de fundamento que requiere la regla constitucional. Como surge del propio texto del art. 171, la exigencia no se agota en la mera 'cita legal'. Por el contrario, puede encontrar respuesta equivalente si se invocan los 'principios jurídicos de la legislación vigente en la materia respectiva' y aun en los 'principios generales del derecho', siempre atendiendo —claro está— a la 'consideración de las circunstancias del caso'" **(2)**.

Y siguiendo con ese razonamiento, manifiesta que cuando la decisión viene fundada en los principios de preclusión y de la seguridad jurídica, ella no resulta descalificable por el carril del art. 296 del ritual, en tanto no exhibe la ausencia de fundamentación que contempla el citado dispositivo como presupuesto para su andamiento.

En contraposición al voto mayoritario, el Dr. De Lázzari considera que corresponde anular de oficio la decisión de la Cámara y volver los autos para que, se dicte nuevo pronunciamiento conforme a derecho.

El ministro comienza por relatar la situación fáctica que dio origen al proceso exponiendo que "La lectura del expediente principal —cuya demanda fuera iniciada en abril de 1999— alude a frecuentes cambios de domicilio por el deudor, imposibilidad para lograr determinar su paradero, renuncia a su trabajo estable al poco tiempo de disponerse la afectación sobre un porcentaje de su sueldo —lo que conllevó la imposibilidad de efectivizar el embargo de la cuota alimentaria— y las demás peripecias sufridas por la alimentada que surgen con nitidez a lo largo de tres cuerpos de actuaciones" **(3)**.

"A esa verdadera calamidad para la subsistencia de la entonces hija menor se agregó un nuevo infortunio. En la demanda se habían reclamado intereses, pero al dictarse la sentencia, seguramente por inadvertencia del órgano jurisdiccional, la fijación de la cuota alimentaria no incluyó este último rubro. Y para completar los desaciertos, la propia parte actora a través de su dirección letrada nada observó a esta omisión" **(4)**.

"Pasaron los años —al presente más de veintiuno— y finalmente, luego de trabajosas gestiones, el deudor fue ubicado y se hallaron bienes sobre los que efectivizar la deuda. A través de la ejecución de sentencia la parte actora practicó liquidación, incluyó intereses, se corrió traslado de la misma sin que el demandado la objetara. Entonces, el órgano jurisdiccional —precisamente el responsable de haberse omitido los intereses que estaban pedidos desde 1999— ahora sí puso en marcha sus deberes y facultades y de oficio desestimó la inclusión de ese rubro porque (...) la sentencia no los había contemplado. En su inteligencia, la liquidación debe reflejar las bases económicas contenidas en el fallo pues de otro modo se quebranta el principio de preclusión" **(5)**.

Seguidamente, fundamenta su decisión, haciendo principal hincapié en que "He aquí el problema que nos suscita. Dos valores enfrentados: la justicia del caso, por un lado, con correlativo sacrificio del derecho de propiedad de la acreedora; y, por el otro, el principio de preclusión, fundado en la seguridad jurídica y en las demás razones enunciadas por la Cámara al sustentar su pronunciamiento, en un desarrollo que como mínimo me permito caracterizar como estrictamente ritual" **(6)**.

De este modo, estima que la decisión recurrida revela con absoluta nitidez que en sus consideraciones incluye desarrollos teóricos acerca del contenido de las liquidaciones, su ajuste o no al fallo al que responden y el principio de preclusión, pero en modo alguno concreta la cita de normativa legal que la sustente.

Por lo que, sostiene que el art. 171 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires ha sido

(2) Extracto del voto del Dr. Soria al que se adhieren la Dra. Kogan y el Dr. Pettigiani.

(3) Extracto del voto del Dr. De Lázzari.

(4) *Ibid.*

(5) *Ibid.*

(6) *Ibid.*

infringido, debiendo imponerse la anulación de oficio.

En otro orden de ideas, el Dr. Soria —a la segunda cuestión debatida, si es fundado el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley—, alega que "el Tribunal de Alzada basó su decisión en la circunstancia de que la sentencia, no ordenó el cómputo de intereses y que la actora dejó firme dicha parte de la decisión" **(7)**.

Además, refiere que "Tampoco son conducentes a los fines de replicar idóneamente el fundamento del fallo las críticas vinculadas con la omisión de aplicación del art. 552 del Cód. Civ. y Com., desde que no es materia de esta controversia el derecho que pudiera ostentar el reclamante en virtud de las normas sustanciales que invoca, sino la ausencia de un pronunciamiento a su respecto en el dispositivo que pretende hacer efectivo en este proceso. En tales condiciones, el agravio así postulado deviene ineficaz a los fines que persigue" **(8)**.

En síntesis, concluye que se debe desestimar el remedio intentado.

En las antípodas, el Dr. De Lázzari señala que debe hacerse lugar al recurso extraordinario articulado haciendo hincapié en que "los principios de moralidad y buena fe, el propio de preclusión, el de igualdad procesal y el de tutela efectiva aparecen comprometidos, como también violada la normativa que los consagra. En particular, la sentencia incumple palmariamente el criterio de interpretación y aplicación de las normas contenido en el art. 402 del Cód. Civ. Com. y desconoce abiertamente lo que constituye un juzgamiento con perspectiva de género. Paralelamente, conforma exceso ritual manifiesto incompatible con el debido proceso (art. 18 de la Constitución Nacional), arrojando como resultado el desconocimiento de lo que dicta el art. 552 del mismo Código de fondo" **(9)**.

(7) Extracto del voto del Dr. Soria al que se adhieren el Dr. Genoud, la Dra. Kogan y el Dr. Pettigiani.

(8) Extracto del voto del Dr. Soria.

(9) Extracto del voto del Dr. De Lázzari.

Concluye que corresponde disponer la procedencia del rubro intereses en la liquidación respectiva.

II. Abrigo. C. 123.304, sentencia del 09/03/2021 (10)

II.1. Antecedentes

Se iniciaron las presentes actuaciones con la comunicación de la medida de abrigo en institución adoptada por el Servicio Local de Promoción y Protección de Derechos del Niño de Vicente López respecto de la niña S.

El organismo había sido informado telefónicamente del abandono que habría hecho la progenitora del hospital sin la correspondiente alta médica, dejando allí a su hija, quien sí se encontraba ya en condiciones de alta.

Se mantuvo una entrevista con la abuela de la recién nacida, que si bien manifestó su intención de hacerse responsable de su nieta expresó que no podía hacerlo de manera inmediata porque ya se encontraba ejerciendo el cuidado de la hermana de la recién nacida.

El servicio evaluó que la progenitora no presentaba registro de las causas que habían originado la implementación de la medida de abrigo de su hija ni conciencia sobre su problemática vinculada al consumo de sustancias estupefacientes.

De tal modo, concluyó que la ausencia de registro y conciencia de la situación por parte de los progenitores de la niña recién nacida y el consumo problemático de sustancias tóxicas suscitaban conductas de negligencia severa en cuanto al cuidado diario de la niña, evaluándose —por demás— que el contexto habitacional intrafamiliar representaba un riesgo para la integridad psicofísica de la pequeña.

El Juzgado de Familia Nº 5 del Departamento Judicial San Isidro, en concordancia con lo dictaminado por la asesora de Incapaces, declaró a la niña en situación de adoptabilidad.

(10) Disponible en *https://juba.scba.gov.ar/VerTexto Completo.aspx?idFallo=179609*, compulsada el 30/06/2021.

Apelado dicho fallo por sus progenitores, la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial Departamental lo confirmó.

Contra dicho pronunciamiento los progenitores de la niña interpusieron recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley.

II.2. Dictamen del procurador general

El procurador general consideró que el remedio intentado por los quejosos contra la decisión que decreta a la niña en situación de adoptabilidad debe ser rechazado.

Puntualizó que de la pieza recursiva surge que expresamente se soslaya la invocación del absurdo, única alternativa en virtud de la cual el Alto Tribunal provincial, mediando su debida demostración, podría ingresar al análisis y revisión de aquellos aspectos de la decisión del Tribunal de Alzada que son de privativo conocimiento de los jueces intervinientes en la instancia ordinaria.

Sobre ello, destaca que "la protesta no solo no se sustenta en la doctrina del absurdo —motivo expresamente abdicado en el embate—, incumpliendo de esta forma la expresa directiva que contempla el art. 279 del ritual, sino que para más, las críticas que porta se colocan en un registro que no trasciende el umbral de la mera discrepancia subjetiva con lo decidido por la Alzada, no pudiendo los quejosos —más allá de sus expresiones de deseo— demostrar o aportar elementos que permitan inferir que estuvieran en condiciones de revertir la situación para poder hacerse cargo de la niña" **(11)**.

Por otra parte, y en orden a los demás agravios planteados por los recurrentes en cuanto aseveran que la niña tiene derecho a pertenecer con su familia de origen y la posibilidad que pueda ser cuidada por integrantes de su familia extensa, puntualmente por su abuela materna, tampoco merecieron favorable acogida por parte del procurador.

Manifiesta que "los quejosos, en una inadecuada técnica recursiva cuestionan la sentencia del magistrado de la primera instancia y en particular la valoración que realizó del informe brindado por el Servicio Local de Promoción y Protección de Derechos. No obstante, resulta clara la negativa e imposibilidad de la familia extensa y en especial de la Sra. G., de hacerse cargo de la niña quien como señala la Alzada consintió lo decidido por la instancia inferior al estar debidamente notificada" **(12)**.

Consecuentemente estima que no corresponde hacer lugar al recurso extraordinario intentado.

II.3. La sentencia

La Suprema Corte, por unanimidad, resolvió rechazar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley.

Abre la votación el Dr. Pettigiani.

En el desarrollo de su voto, hace hincapié en que la decisión adoptada en autos concilia acabadamente con el superior interés de la niña. Destaca que "la consideración del interés superior del niño como algo 'primordial' requiere tomar conciencia de la importancia que deben tener sus intereses en todas las medidas y tener la voluntad de dar prioridad a esos intereses en todas las circunstancias (conf. Comité de los Derechos del Niño, obs. gral. 14, cit., párr. 40). Así, los posibles conflictos entre el interés superior de un niño, desde un punto de vista individual, y los de un grupo de niños o los de los niños en general tienen que resolverse caso por caso, sopesando cuidadosamente los intereses de todas las partes y encontrando un compromiso adecuado. Lo mismo debe hacerse si entran en conflicto con el interés superior del niño los derechos de otras personas. Si no es posible armonizarlos, las autoridades y los responsables de la toma de decisiones habrán de analizar y sopesar los derechos de todos los interesados, teniendo en cuenta que el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial significa que los intereses del niño tienen máxima prioridad y no son una de tantas consideraciones. Por tanto, se debe conce-

(11) Extracto del dictamen del procurador general, disponible en *https://cijur.mpba.gov.ar/dictamen/C/123304?keyword=&ModoBusqueda*.

(12) Extracto del dictamen del procurador general.

der más importancia a lo que sea mejor para el niño" **(13)**.

En este orden de ideas sostiene que "En este marco, el tiempo constituye un factor esencial al momento de hacer operativo el 'interés superior del niño'. Así, la exigencia de que ese interés sea analizado 'en concreto', como también el situar que el 'conjunto de bienes necesarios' para el niño se integre con los más convenientes en 'una circunstancia histórica determinada', responden al lugar e incidencia trascendental que el factor temporal tiene en la vida de los niños (v. mi voto en la causa C. 122.500, 'P., J. F.', sent. de 11/09/2019)" **(14)**.

Por tales fundamentos, el mentado ministro estima que en miras a la protección del mejor interés de la niña, y teniendo en especial consideración en la incidencia del factor tiempo en su vida, debe confirmarse la situación de adoptabilidad, correspondiendo el rechazo del recurso extraordinario intentado.

III. Liquidación del régimen de comunidad. C. 123.589, sentencia del 15/03/2021 (15)

III.1. Antecedentes

Se iniciaron las presentes actuaciones con la demanda de liquidación de la sociedad conyugal —hoy régimen de comunidad— promovida por el Sr. M. contra la Sra. D.

En dicho marco, el accionante denunció dos inmuebles como bienes propios: 1) el hogar conyugal —hoy vivienda familiar— sito en el Club de Campo Abril, Barrio Los y 2) los derechos sobre un departamento pendiente de escrituración sito en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Si bien el actor no había dejado oportunamente constancia del origen de los fondos utilizados en ninguno de los documentos mediante los que se instrumentaron tales adquisiciones, adujo —respecto del primer inmueble— que el lote había sido comprado y la vivienda construida con fondos propios provenientes (i) de su actividad comercial previa al matrimonio y (ii) de la venta de dos inmuebles también de su exclusiva propiedad, agregando —respecto del segundo inmueble— que la totalidad de los pagos al fideicomiso se habían afrontado con los saldos por las ventas de los señalados inmuebles propios.

Sostuvo que al casarse con la demandada era propietario de un departamento ubicado en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y que, era dueño de una casa de veraneo en la ciudad balnearia de Pinamar, adquirida en el año 1997.

Agregó, por otro lado, que en el mes de marzo de 1996 había adquirido juntamente con su socio un inmueble de quinientos cincuenta y seis metros cuadrados (556 m2) en el Partido de Tres de Febrero (Santos Lugares), en donde edificaron nueve unidades funcionales para su posterior venta, de las cuales enajenaron dos en el año 1997, cinco en 1998, otra en 1999 y la restante en el año 2000, resultándole de ello un producido por la suma de ciento treinta y cinco mil dólares estadounidenses (U$S 135.000).

Seguidamente narró que compró en el mes de junio de 2004 el lote de terreno en el Barrio Los Teros, Club de Campo Abril, por la suma de doscientos cincuenta mil pesos ($250.000, equivalentes en ese entonces a la suma de noventa y cinco mil dólares, U$S 95.000), utilizando para ello parte del dinero obtenido del desarrollo inmobiliario de Santos Lugares y accediendo a escriturar a nombre del matrimonio.

Continuó diciendo que posteriormente hizo construir la casa que actualmente ocupa la demandada junto con J., a un costo de ciento veintiséis mil dólares (U$S 126.000), el que se solventó con el saldo del emprendimiento inmobiliario de Santos Lugares y con parte de los fondos provenientes de la venta de los dos inmuebles propios referidos.

Finalmente, refirió que el producido de las ventas de los inmuebles de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de Pinamar le reportó las sumas de ciento diez mil y cincuenta y cinco mil dólares (U$S 110.000 y U$S 55.000) respectivamente y que, luego de abonar la construcción de la vivienda del club de campo, el saldo

(13) Extracto del voto del Dr. Pettigiani al que adhieren la Dra. Kogan y los Dres. Torres y Genoud.

(14) Extracto del voto del Dr. Pettigiani.

(15) Disponible en *https://juba.scba.gov.ar/VerTextoCompleto.aspx?idFallo=179686*, compulsada el 30/06/2021.

remanente fue invertido a través de la sociedad de bolsa Arpenta, en cuentas comitentes de cotitularidad con su esposa y en otras en cotitularidad con su sobrino, quien también aportara fondos propios. También depositó fondos del mismo origen en un fondo común de inversión en el Standard Bank. Y que —con el correr de los años— una parte de lo invertido en tales cuentas fue consumido por el matrimonio y la parte remanente derivada para la adhesión al fideicomiso para la construcción del departamento de la Avenida Belgrano, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en el mes de octubre de 2012.

Al contestar la demanda, la Sra. S. se opuso a la calificación de los bienes propuesta por el actor, denunciando el carácter ganancial de todos los mencionados, adquiridos durante la vigencia del vínculo matrimonial.

La sala 1ª de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial Quilmes incluyó como bienes gananciales tanto al inmueble sito en el Club de Campo Abril como a los derechos personales sobre el bien inmueble pendiente de escrituración sito en Avenida Belgrano, Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Asimismo, por no resultar existentes al presente, revocó la calificación como bienes propios tanto de las inversiones bursátiles realizadas a través de Arpenta Sociedad de Bolsa SA como de las existentes en el fondo común de inversión administrado por el Banco Standard Bank.

Contra dicho pronunciamiento se alza el actor mediante recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley. Alega que el Tribunal de Alzada ha efectuado un análisis fragmentado de la prueba y, además, que la sentencia no se hace cargo de la dificultad probatoria que emerge de situaciones como la planteada en autos, haciendo caso omiso de lo dispuesto por el art. 163, inc. 5º, del Cód. Proc. Civ. y Com.

III.2. La sentencia

La Suprema Corte Provincial, por unanimidad, resuelve rechazar el recurso.

Para así decidirlo, el Dr. Pettigiani, quien abre el acuerdo, luego de realizar un pormenorizado análisis de los hechos, considera que merecen desestimarse las críticas que esgrime el recurrente. Señala que "Como se aprecia, la Cámara revocó el decisorio de primera instancia como consecuencia de la falta de suficiente evidencia —por parte del interesado— respecto de la necesaria vinculación que debió mediar entre los ingresos de fondos propios en el patrimonio del Sr. A. (fueren los previos al matrimonio, fueren los derivados de la ulterior venta de los inmuebles propios) y su eventual empleo posterior para la adquisición y edificación de los bienes y derechos respecto de los cuales se pretendía acreditar su subrogación real. Tal exigencia responde a los presupuestos que el ordenamiento jurídico impone para establecer los criterios clasificatorios sobre los bienes de los cónyuges, atendiendo al principio de subrogación y sin perjuicio de los de accesión y accesoriedad. En efecto, resultan bienes propios de cada uno de los cónyuges los adquiridos durante la vigencia del matrimonio por permuta con otros bienes propios, o mediante la inversión de dinero propio, o la reinversión del producido de la venta de bienes propios, siempre que —en estos casos— el aporte propio hubiera sido superior al saldo que la comunidad hubiese debido afrontar con dinero ganancial. De lo contrario, los nuevos bienes devienen gananciales, sin perjuicio de la recompensa debida al cónyuge propietario (conf. arts. 464 inc. c], 465 inc. a] y concs., Cód. Civ. y Com.)" **(16)**.

En el desarrollo de su voto hace hincapié en que "el origen de los fondos con que se abona el precio de compra de un inmueble resulta la única y verdadera pauta para definir el origen ganancial o propio del mismo, pues tal carácter de los fondos empleados en la adquisición, luego por subrogación real, se traslada a la titularidad del bien (causa C. 98.310, 'Fernández', sent. de 14/04/2010). Por lo que la falencia en la demostración de tales extremos, por la imposibilidad de vincular temporal, cuantitativa y específicamente los fondos propios con las adquisiciones efectuadas —sin reservas— durante el matrimonio, conduce indefectiblemente —en tanto resulte procedente— a la solución compensatoria establecida residualmente (conf. arts. 464 inc. c], 465 inc. a], 466, 488 y 491, Cód. Civ. y Com.). Y en dicha labor, cierto es que determinar ese ori-

(16) Extracto del voto del Dr. Pettigiani al que adhieren la Dra. Kogan y los Dres. Torres y Genoud.

gen de los fondos con los que se adquirieron tales bienes, como quiera que se trata del análisis de circunstancias, conforma una típica cuestión de hecho y, como tal, extraña a la competencia de esta Suprema Corte a menos que a su respecto concurran la denuncia y consecuente demostración de absurdo (conf. análogamente, causas Ac. 40.851, 'A., J.', sent. de 25/04/1989; Ac. 59.088, 'Vroonland de Correa', sent. de 20/11/1996; e.o.)" **(17)**.

En síntesis, concluye que "si bien —como sostuvo el Tribunal de Alzada— quedó acreditado en la causa que el accionante enajenó dos bienes propios durante la vigencia del régimen patrimonial de comunidad, de todos modos, tanto por las fechas de tales operaciones como por las diversas inversiones por él administradas durante ese tiempo, no es posible concluir que aquellas sumas obtenidas como consecuencia de tales ventas hubiesen sido empleadas para la adquisición del lote de terreno donde luego se asentó la vivienda familiar (en el *country* Abril), ni para la suscripción y pago mayor del fideicomiso inmobiliario de la Avenida Belgrano en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Por el contrario, tales resultas corroboran —más bien— la conclusión arribada por el Tribunal de Alzada sobre la posible utilización de dichos fondos en beneficio de la comunidad pero sin poderse identificar —con el rigor exigido por el instituto de la subrogación real— con la adquisición de ninguno de los bienes invocados, situación merecedora —a todo evento— de un posible crédito por recompensa a cargo de la sociedad conyugal (conf. arts. 464 inc. c], 465 inc. a], 466, 488, 491 y concs., Cód. Civ. y Com. y 375, 384 y concs., Cód. Proc. Civ. y Com.)" **(18)**.

IV. Alimentos. C. 123.676, sentencia del 26/04/2021 (19)

IV.1. Antecedentes

El Juzgado de Familia Nº 8 del Departamento Judicial de Lomas de Zamora hizo lugar a la demanda promovida por la actora en representación de sus hijas M. d. P., M. L., M. M. y M. J. V. M. y condenó al accionado a abonar una cuota alimentaria de pesos cincuenta mil ($ 50.000), con efecto retroactivo a la fecha de interposición de la demanda. Además, ordenó que dicha suma se incremente anualmente de acuerdo con el porcentaje inflacionario establecido por el Instituto Nacional de Estadística y Censos de la República Argentina (INDEC).

Resultando apelado dicho pronunciamiento por ambas partes, el tribunal de alzada declaró desierto el recurso de apelación de la parte actora y, por otro lado, debido a la mayoría de edad alcanzada por M. d. P. y M. L., modificó la cuota alimentaria fijada en la instancia de origen quedando establecida la misma en la suma de pesos treinta y siete mil quinientos ($ 37.500) a partir del día 4 de julio de 2016 y de pesos veinticinco mil ($ 25.000) a partir del día 23 de julio de 2018. Finalmente, revocó la pauta de actualización automática.

Contra dicha forma de resolver, se alzó la actora en representación de sus hijas menores de edad mediante recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley denunciando la transgresión de los arts. 3º y 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño; 541, ss. y concs. del Cód. Civ. y Com.; 75, incs. 22 y 23, de la CN y violación de la doctrina y jurisprudencia aplicables al caso. Se agravia puntualmente de la decisión del tribunal de alzada de dejar sin efecto la actualización automática de la cuota alimentaria oportunamente fijada.

IV.2. La sentencia

El Dr. Genoud, encargado de abrir la votación, puntualiza que la Cámara arriba a la revocación con basamento en que la demanda de inicio no contenía ningún pedido referido a la actualización de la cuota alimentaria reclamada, por lo tanto, el principio de congruencia se erige como valladar infranqueable e impide su tratamiento.

Sentado ello, comparte y hace suyo lo expuesto por el procurador general en su dictamen cuando afirma que "un estricto apego a este principio donde se encuentran involucrados intereses de rango constitucional (art. 75, incs. 22 y 23, CN; art. 15 y 36.2, Const. Prov.), significaría

(17) Extracto del voto del Dr. Pettigiani.

(18) *Ibid.*

(19) Disponible en *https://juba.scba.gov.ar/VerTextoCompleto.aspx?idFallo=180142*, compulsada el 01/07/de 2021.

afectar la tutela judicial efectiva de las menores, quienes por su condición de vulnerables merecen una solución justa que responda a su mayor beneficio; sin que ello gravite sobre el derecho de defensa de la contraparte quien, en oportunidad de expresar agravios, no cuestionó la existencia de actualización de la cuota, sino la pauta fijada para su instrumentación" **(20)**.

En este sentido, el magistrado señala que contra la sentencia de primera instancia el accionado no cuestionó la fijación de actualización automática de la cuota alimentaria sino únicamente el índice adoptado por el *a quo*. En otras palabras, no formó parte de la expresión de agravios contenida en el memorial que oportunamente fuera acompañado ante el tribunal de alzada. De este modo, considera que no se ha afectado el derecho de defensa del demandado "quien tuvo la oportunidad de oponerse a la procedencia de la pauta de actualización y no lo hizo, por lo que (...) teniendo en consideración los derechos en juego, no resulta acertado aplicar de manera estricta el mentado principio en perjuicio de los derechos de personas menores de edad con sustento en la ausencia de pretensión al respecto en el escrito de demanda" **(21)**.

Finalmente, con relación a los intereses y en consonancia con lo expuesto por el procurador general en su dictamen en cuanto que "valorando el impacto directo y negativo que recae sobre el poder adquisitivo de la cuota de alimentos establecida —en virtud de los años que han pasado desde la presentación de la demanda— cuya preservación se estima primordial para alcanzar su finalidad" **(22)**, el ministro entiende que sobre las diferencias adeudadas —desde la interposición de la demanda— que resulten de descontar a la cuota fijada los alimentos provisorios abonados, cabría computar intereses de conformidad con el criterio sostenido por la Suprema Corte en las causas C. 101.774, "Ponce" y L. 94.446, "Ginossi", sents. del 21/10/2009; C. 119.176, "Cabrera" y L. 118.587, "Trofe", sents. del 15/06/2016; y C. 121.747, "P., F. I.", sent. del 04/07/2018. "Es decir, que los intereses devengados por los períodos que van desde la fecha aludida hasta la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación deberán calcularse a la tasa pasiva más alta que paga el Banco Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta días vigente al inicio de cada uno de los períodos comprendidos y, por aquellos días que no alcancen a cubrir el lapso señalado, el cálculo será diario con igual tasa. Por el contrario, los intereses devengados a partir de la entrada en vigencia del mentado Código deberán calcularse a la tasa activa más alta que cobran los bancos a sus clientes según las reglamentaciones del Banco Central (conf. arts. 552 y 768, inc. c], Cód. Civ. y Com.; causa C. 120.103, sent. de 29/08/2017)" **(23)**.

La Dra. Kogan y los Dres. Torres y Pettigiani, por iguales fundamentos votan por la afirmativa.

De esta manera, por decisión unánime la Suprema Corte provincial hace lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley articulado y revoca parcialmente la sentencia impugnada en cuanto dejó sin efecto el incremento anual de la cuota alimentaria de acuerdo con el porcentaje inflacionario publicado por el INDEC. Por otro lado, con relación a las diferencias adeudadas que resulten de descontar a la cuota fijada los alimentos provisorios abonados, deberán computarse intereses de conformidad con el criterio señalado.

V. Liquidación del régimen de comunidad. C. 122.895, sentencia del 17/05/2021 (24)

V.1. Antecedentes

El Sr. G. R. T. promovió demanda de liquidación del régimen de comunidad denunciando una serie de bienes muebles e inmuebles como integrantes de la comunidad y sobre los cuales pretendía su división. Además, solicitó en concepto de recompensa el cincuenta por ciento (50%) de las mejoras realizadas en el inmueble sobre el cual se asienta la vivienda familiar, las cuales le proporcionaron un mayor valor y resulta ser de carácter propio de la demandada

(20) Extracto del voto del Dr. Genoud.

(21) *Ibid.*

(22) *Ibid.*

(23) Extracto del voto del Dr. Genoud.

(24) Disponible en *https://juba.scba.gov.ar/VerTextoCompleto.aspx?idFallo=180455*, compulsada el 01/06/2021.

por haber sido adquirido mediante donación de su progenitor. Requirió que se le reintegren los honorarios derivados de su labor en el proyecto de la vivienda unifamiliar, dirección técnica y ejecutiva de la obra en la proporción correspondiente, por considerarlo un crédito de la comunidad. Finalmente, en atención a que las mejoras sobre el citado bien lo han transformado en una vivienda habitable, dado que anteriormente solo consistía en un terreno con una precaria construcción, reclamó un monto en concepto de valor locativo.

Corrido el pertinente traslado, la Sra. F. opuso excepción de prescripción con relación a lo reclamado en concepto de honorarios profesionales como también a lo pretendido en concepto de recompensa por las mejoras. Además, puntualizó que uno de los inmuebles que opera como local comercial ha sido alquilado y su producido es percibido de manera íntegra por el actor, razón por la cual, una vez establecido el valor locativo, se practique liquidación de las sumas adeudadas a la comunidad.

Trabada así la litis, en la instancia de origen —en lo que aquí interesa destacar— la jueza *a quo* admitió el reclamo por recompensa efectuado por el actor y ordenó a la accionada practicar liquidación por los meses de locación percibidos unilateral y exclusivamente por el actor respecto del local comercial mencionado, desde el 1 de noviembre de 2013.

Apelada la sentencia, la sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial La Plata revocó el fallo en lo atinente al reclamo por recompensa e hizo lugar a la defensa de prescripción opuesta por la accionada. Asimismo, modificó el pronunciamiento dejando aclarado que el actor deberá rendir cuentas de los frutos civiles percibidos por la locación del local comercial desde el inicio de la relación jurídica con el tercero locador y que, una vez determinada con precisión la suma total con la aprobación de las cuentas, abone a la demandada, en concepto de recompensa por los frutos civiles gananciales no percibidos, el monto que resulte de calcular el cincuenta por ciento (50%) de aquella. Confirmó el resto de la sentencia impugnada.

Contra dicho pronunciamiento el actor interpuso recursos extraordinarios de nulidad e inaplicabilidad de ley. Aduce que el tribunal de alzada omitió tratar todas las defensas traídas en oportunidad de contestar el traslado de la excepción opuesta. Asimismo, sostiene que carece de fundamentación legal la calificación de la pretensión de incorporación como recompensa del crédito derivado de la afectación de recursos gananciales, en la mejora de un bien propio introducida por su parte con la finalidad de excluir la normativa aplicable.

V.2. La sentencia

La Suprema Corte provincial, por unanimidad, rechaza ambos recursos extraordinarios.

El encargado en abrir la votación es el Dr. Genoud **(25)**.

Con relación al recurso extraordinario de nulidad y la alegación de omisión de tratamiento de cuestiones esenciales, el mentado ministro comparte y hace suyos los fundamentos vertidos por el procurador general en su dictamen en cuanto observa que "las cuestiones que se alegan preteridas han recibido respuesta implícita en el pronunciamiento de grado, si bien en sentido contrario a las pretensiones del impugnante" **(26)**. En este sentido, destaca que la Suprema Corte en reiteradas oportunidades ha dicho que "la omisión en el tratamiento de cuestiones esenciales que provoca la nulidad de la sentencia no es aquella en la que la materia aparece desplazada o tratada implícitamente o expresamente, pues lo que sanciona con nulidad el art. 168 de la Const. prov. es la falta de respuesta a una cuestión esencial por descuido o inadvertencia del juzgado y no la forma en que esta fue resuelta (conf. doctr. causas C. 119.798, 'Rodríguez', resol. de 10/06/2015; C. 120.588, 'Faienza', resol. de 30/03/2016; C. 121.486, 'Poy', resol. de 23/05/2017; entre muchas)" **(27)**. En idéntico orden de ideas, merece rechazo el agravio dirigido a denunciar la violación a la garantía consagrada en el art. 171 de la Const. prov., "en

(25) Voto al que adhieren la Dra. Kogan y los Dres. Soria y Pettigiani.

(26) Extracto del voto del Dr. Genoud.

(27) *Ibid.*

tanto dicha infracción solo se produce cuando la decisión carece de fundamentación jurídica, faltando la referencia de los preceptos legales pertinentes, circunstancia que no se configura en el caso, ya que la simple lectura del fallo en crisis demuestra que el mismo se encuentra basado en el texto expreso de la ley" **(28)**.

Consecuentemente, entiende que no se patentizan en autos los requisitos necesarios para que el remedio impetrado tenga favorable acogida.

En cuanto al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley mediante el cual se controvierte el criterio seguido por el Tribunal de Alzada respecto de la normativa aplicable de conformidad con lo normado por el art. 7º del Cód. Civ. y Com., el Dr. Genoud observa que en la sentencia de primera instancia la magistrada interviniente dispuso adecuar el trámite atento no encontrarse extinguida la relación jurídica y por ende resultó ser alcanzada por la nueva legislación, proveído que no fue apelado por el recurrente. En tal sentido, puntualiza que es doctrina del Superior Tribunal provincial que "los argumentos novedosos que —al no haber sido oportunamente planteados— no han podido ser objeto de debate ni de juzgamiento en las instancias anteriores, resultan inabordables en esta instancia extraordinaria, toda vez que resultan ser el fruto de una reflexión tardía e inhábil para la apertura de la revisión casatoria (conf. causas C. 117.127, 'Courouniotis', sent. de 22/04/2015; C. 120.490, 'Estudio 81 SA', sent. de 03/05/2018; entre muchas), motivo por el cual debe imponerse la repulsa de este planteo" **(29)**.

Asimismo, expresa que misma suerte han de llevar las críticas dirigidas contra la solución adoptada por la Cámara al declarar prescripto el reclamo de recompensa formulado por el actor.

Con relación al argumento esgrimido por el recurrente respecto de que el plazo de prescripción no comienza a correr desde la fecha en que la sentencia de divorcio ha adquirido firmeza sino que requiere de la acción de liquidación o de existencia de un acuerdo de liquidación, el magistrado votante señala que "No cabe ninguna duda de que las recompensas solo pueden ser pretendidas con posterioridad a la disolución de la sociedad conyugal, en el proceso de liquidación (conf. BELLUSCIO, Augusto C., 'Manual de derecho de familia', Ed. Depalma, 1993, t. II, nro. 412, p. 156)" **(30)**. Y así lo recepta el Código Civil y Comercial de la Nación, del cual se ha observado que "tratándose de una obligación personal y no teniendo plazo especial legalmente previsto, la acción para reclamar las recompensas se rige por el término genérico (art. 2560, Cód. Civ. y Com., que lo establece en cinco años), computable a partir de que queda firma la sentencia de divorcio (Peracca, Ana en 'Comentario a los arts. 446 a 508 del Cód. Civ. y Com.', en HERRERA, Marisa; CARAMELO, Gustavo; PICASSO, Sebastián [dirs.], 'Código Civil y Comercial comentado', t. II, Libro Segundo, p. 166)" **(31)**. De esta manera sostiene que los argumentos esgrimidos en el embate no resultan idóneos para conmover la decisión impugnada.

Señala que también merecen rechazo las críticas del recurrente dirigidas a rebatir la decisión que lo condena a rendir cuentas de los frutos civiles percibidos por la locación del local comercial. En efecto, la sentencia atacada aplicó lo normado por el art. 485 del Cód. Civ. y Com. por cuanto establece que los frutos y las rentas de los bienes indivisos acrecen a la indivisión e impone al copropietario que los perciba la obligación de rendir cuentas por lo recibido en detrimento de la masa indivisa. Resultando suficientemente clara, la parcela del pronunciamiento no deja lugar a dudas y permite descartar por insuficientes los agravios desplegados por el recurrente en torno a lo normado por el art. 279 del Cód. Proc. Civ. y Com.

Finalmente, destaca que igual suerte debe seguir la denuncia de infracción del art. 163 del Cód. Proc. Civ. y Com., relativo a la violación del principio de congruencia. Arguye que es doctrina de la Suprema Corte que la denuncia de tal principio, por estar vinculado con la interpretación de circunstancias acaecidas durante el proceso, debe venir acompañada de la denuncia y debida demostración del absurdo, cuestión que

(28) *Ibid.*

(29) *Ibid.*

(30) *Ibid.*

(31) *Ibid.*

no sucede en el caso. Los agravios volcados en el embate no cumplen con la carga de acreditar los extremos señalados mediante una crítica frontal, razonada y seria de los fundamentos del fallo.

Por todo lo expuesto, el Dr. Genoud propicia el rechazo de los recursos extraordinarios articulados.

VI. Guarda preadoptiva. Reintegro de hijo. C. 123.350, sentencia del 28/05/2021 (32)

VI.1. Antecedentes

La sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial Mar del Plata revocó la decisión de primera instancia que, a su turno, otorgó la guarda cautelar de la niña en favor del matrimonio de postulantes inscriptos en el Registro Central de Aspirantes a Guardas con Fines de Adopción integrado por la Sra. S. A. S. y el Sr. H. E. B., juntamente con aquella que había declarado su situación de adoptabilidad. En su lugar, dispuso restituir la guarda de la niña a los referentes afectivos F. M. D. y F. A. L. presentados como apoyos de la progenitora.

Contra dicho pronunciamiento se alzó el asesor de incapaces mediante recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley a través del cual denuncia que se ha conculcado el interés superior de la niña: art. 3º, Convención sobre los Derechos del Niño; arts. 3º, ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes; 4º, ley provincial 13.298 de Promoción y Protección Integral de los Derechos del Niño; aduce violado el derecho a la identidad de F. —particularmente su faz dinámica—: art. 8º, Convención sobre los Derechos del Niño y art. 11, ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes; el derecho de F. a vivir, crecer y desarrollarse en una familia: arts. 8º, 9º y 16, Convención sobre los Derechos del Niño; arts. 10 y 11, ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes; el derecho de la niña a que su opinión sea tenida en cuenta: art. 12, Convención sobre los Derechos del Niño; arts. 3º, inc. b), y 27, inc. b), ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes; 639, inc. c), del Cód. Civ. y Com.; 4º, inc. b), ley provincial 13.298 de Promoción y Protección Integral de los Derechos del Niño; el derecho de F. a la privacidad y a la ausencia de injerencias arbitrarias en su medio familiar: arts. 19, Constitución Nacional; 16, Convención sobre los Derechos del Niño; 11.2 y 11.3, Convención Americana de Derechos Humanos; 12, Declaración Universal de Derechos Humanos; y art. 10, ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. Finalmente, conforme a lo señalado, sostiene que se ha violado el art. 75, inc. 22, de la CN en virtud de la jerarquía constitucional que detentan los tratados internacionales mencionados.

VI.2. La sentencia

La Suprema Corte, por unanimidad, rechaza el recurso extraordinario interpuesto.

El magistrado encargado de abrir la votación es el Dr. Torres **(33)**.

Comienza destacando y compartiendo lo expuesto por el procurador general en su dictamen, del cual dimana que "una detenida lectura del decisorio impugnado evidencia el despliegue de una completa hermenéutica que, sin desconocer las circunstancias alegadas por el quejoso en el remedio bajo análisis —la situación que dio origen a la medida de abrigo, el vencimiento de las medidas, la buena vinculación observada entre la niña F. y los guardadores B. S.— ha procurado integrar a la plataforma fáctica la prueba producida en el marco del expediente 'V., F. s/ materia a categorizar' que da cuenta de un elemento de juicio insoslayable para la resolución del caso: la presencia de la Sra. D. y del Sr. L. como referentes afectivos de la niña —y de su madre— en condiciones de asumir su cuidado (...). Contra ese tramo de la argumentación, el recurrente centra su agravio en desconocer la existencia del vínculo afectivo así como la convivencia de F. con los referentes afectivos (...) sin mencionar ni rebatir la prueba pericial (...) documental (...) y testimonial (...),

(32) Disponible en *https://juba.scba.gov.ar/VerTextoCompleto.aspx?idFallo=180705*, compulsada el 01/07/2021.

(33) Voto al que adhieren los Dres. Pettigiani, Genoud y Kogan.

tenida en cuenta por la Alzada para concluir que el vínculo afectivo no resultaba casual ni esporádico sino que ha sido sostenido en el tiempo" **(34)**.

El mentado ministro destaca que la figura de la adopción tiene por finalidad la efectivización del derecho de los niños a vivir y desarrollarse en una familia distinta a la de origen, siempre y cuando los cuidados afectivos y materiales no puedan ser procurados en primer término por el grupo originario, dotando de este modo de preferencia al mantenimiento de ese vínculo.

En este sentido, señala que el interés superior del niño, entre otras cosas, impone a los magistrados y las magistradas como manda respetar el derecho del niño a preservar su identidad, esto referido al agotamiento de todas las posibilidades de permanencia con su familia de origen fortaleciendo los vínculos familiares a los fines de que el grupo originario pueda ejercer el rol primordial de procurarle al niño los cuidados afectivos y materiales que requiere.

Destaca que "[e]l respeto de esas directivas por los Estados, ha sido objeto de particular atención de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que enfatiza la importancia del disfrute de la convivencia del hijo con sus padres; de los lazos familiares en orden al derecho a la identidad; del fortalecimiento y asistencia del núcleo familiar por el poder público; y de la excepcionalidad de la separación del niño de su grupo de origen, que —de disponerse— debe ajustarse rigurosamente a las reglas en la materia, como también deben hacerlo aquellas decisiones que impliquen restricciones al ejercicio de los derechos del niño (cf. 'Fornerón e hija vs. Argentina', sentencia del 27/04/2012, esp. párr. 48, 116, 117 y 123; 'Chitay Nech y otros vs. Guatemala', sentencia del 25/05/2010, en esp. párr. 101,157 y 158; 'Gelman vs. Uruguay', sentencia del 24/02/11; en esp. párr. 125; y opinión consultiva 17 relativa a la Condición Jurídica y los Derechos Humanos de los Niños [OC-17102], esp. párr. 65 a 68,71 a 77 y 88; y párr. 4 y 5 de las conclusiones finales del informe) (del dictamen de la Procuración General de la Nación en Fallos 339:795)" **(35)**.

De este modo, pondera que de la prueba recabada en autos surge que los cuidados otorgados por los referentes afectivos a la niña F. han sido adecuados, no evidenciándose indicadores negativos que permitan suponer que tales referentes no debieran asumir el ejercicio de dicha guarda asistiendo a la progenitora. Tal circunstancia fue lo que permitió al tribunal de alzada decidirse por restituir a F. a los referentes afectivos con el objeto de que la niña permanezca en la órbita de crianza de su familia de origen garantizando el respeto del derecho de su identidad.

Dicha conclusión —sostiene el magistrado votante— no ha podido ser desvirtuada a través del remedio impugnatorio que se intenta.

(34) Extracto del dictamen del procurador, citado en la sentencia en estudio.

(35) Extracto del voto del Dr. Torres.

Región litoral

Silvia L. Esperanza

Sumario: I. Alimentos.— II. Impugnación de reconocimiento.— III. Guarda.— IV. Adulto mayor. Desalojo anticipado.— V. Niño, niña adolescente con discapacidad. Derecho a la ser oído. Derecho a la educación.— VI. Nulidad del matrimonio.— VII. Incumplimiento deber de asistencia familiar.— VIII. Restricción a la capacidad.— IX. Liquidación de la "sociedad conyugal". Bien propio. Mejoras.

I. Alimentos

I.1. Entre parientes

I.1.a. El caso

Contra el pronunciamiento que decretó una cuota alimentaria provisoria equivalente al 40% de un Salario Mínimo Vital y Móvil (SMVM), en favor de T. C. L., a cargo de sus tíos paternos C. V. C. y S. F. C., de manera solidaria. Habiendo valorado o la magistrada que el vínculo de parentesco del niño con los demandados se encontraba acreditado, como asimismo el fallecimiento del progenitor; y que los parientes más cercanos, como los hermanos del niño, no tenían empleo, se interpuso recurso de revocatoria con apelación en subsidio por parte de los demandados, el que fue admitido parcialmente, estableciéndose que la cuota se cumpliría con el pago del 50% del valor del importe equivalente al 40% de un SMVM. Se rechaza el recurso.

I.1.b. Contexto doctrinario

- Cuota alimentaria provisoria a favor de un adolescente con discapacidad y a cargo de los tíos paternos, debiendo abonar cada uno de ellos el 50% del 40% de un SMVM.

- La suma establecida a cargo de cada uno de los tíos no puede comprometer su patrimonio.

- La obligación alimentaria ordenada se funda en la solidaridad familiar, el principio de interés superior del niño y el de tutela judicial efectiva.

I.1.c. Contexto normativo

- Convención de los Derechos del Niño: art. 27.

- Convención de Derechos para las personas con Discapacidad: art. 28.

- Cód. Civ. y Com.: art. 537.

Tribunal: CCiv. y Com., sala II, Paraná.*Cita:* RC J 1092/21.

I.2. A cargo de los abuelos

I.2.a. El casoContra el pronunciamiento que desestimó el recurso interpuesto por los abuelos paternos y, en su mérito, confirmó el rechazo del incidente de nulidad promovido contra la ampliación de demanda de alimentos dispuesta por la primera instancia que los incluyó y a la vez dispuso una cuota provisoria por dicho concepto a cargo de ambos, se dedujo recurso de inaplicabilidad de ley el que fuera declarado inadmisible.

I.2.b. Contexto doctrinario

- La obligación subsidiaria de los abuelos deriva de la responsabilidad parental y encuentra su fundamento en el principio de solidaridad familiar (voto de la mayoría).

- Cuando los beneficiarios de la prestación son menores de edad, debe estar desprovisto de la exigencia de formalidades que desnaturalicen esa obligación cuando, con fundamento en tal carácter, se deja de aplicar el principio rector en la materia, cual es la protección del desarrollo integral del niño (voto de la mayoría).

- La Convención sobre los Derechos de los Niños impuso el deber a "los padres u otras personas encargadas del niño" de proporcionar

—dentro de sus posibilidades económicas— "las condiciones de vida que se reputen como necesarias para el desarrollo del niño" (voto de la mayoría).

- El rol que actualmente desempeñan los abuelos en la dinámica familiar, marcado por su mayor presencia y una relación más intensa y continua con los nietos (voto de la mayoría).

- Las circunstancias han cambiado, tanto desde la perspectiva que se registra en los derechos del menor por la incorporación desde el nivel constitucional de la Convención sobre los Derechos del Niño, como así también por la relevancia contextual desde el horizonte de los abuelos mediante su función protagónica en el panorama familiar a través de la solidaridad (voto de la mayoría).

- La flexibilización permite reformular —entre otros— el alcance que cabe atribuir al carácter "subsidiario" del deber alimentario de los abuelos, como así también la "extensión" que debe acordarse a la prestación alimentaria a su cargo, con el objeto de compatibilizar las normas con el resto del ordenamiento jurídico y especialmente con los derechos y garantías plasmados en los tratados internacionales (voto de la mayoría).

I.2.c. Contexto normativo

- Cód. Civ. y Com.: art. 668.

Tribunal: Sup. Trib. Corrientes, sent. 37 del 16/04/2021.

Cita: MJ-JU-M-132054-AR.

I.3. Alimentos futuros

I.3.a. El caso

La incidentante, apeló en subsidio, la resolución que rechazó la medida cautelar pedida para asegurar el pago de alimentos futuros interesada. El juez consideró el depósito informado por Secretaría e ingresos suficientes los de los abuelos para atender al pago de la cuota acordada como, asimismo, la posibilidad de practicar liquidación del crédito y pedir embargo suplementario sobre el beneficio jubilatorio de los deudores de cuota. El recurso fue rechazado.

I.3.b. Contexto doctrinario- Las medidas cautelares previstas para asegurar el pago de los alimentos futuros, del tipo que sean, han sido pensadas para garantizar al acreedor alimentario la satisfacción de su derecho por vías rápidas y lo menos complicadas posibles, atendiendo a la urgencia que conllevan los alimentos.

- La cautelar requiere el riesgo de que el obligado se insolvente para eludir el pago de la cuota o de actitudes que evidencien una conducta incumplidora que tornen incierta la percepción de la cuota.

- La cuota alimentaria reconoce una actualización automática los meses de diciembre y junio de cada año en el equivalente del IPC nivel general del Indec del semestre involucrado.

- El riesgo o peligro que requiere la cautelar no se verifica en el caso, dada la estabilidad de los ingresos tenidos en mira al arribar al acuerdo homologado, advirtiéndose también que el cumplimiento en tiempo y forma de lo acordado es provisorio y se ha visto obstaculizado por el accionar de ANSeS.

I.3.c. Contexto normativo

Cód. Civ. y Com.: art. 550.

Tribunal: CCiv. y Com. Gualeguaychú, sala I.

Cita: RC J 3588/21.

II. Impugnación de reconocimiento

II.1. El caso

Contra la sentencia dictada por la Sala Civil y Comercial de la Cámara de Apelaciones de Concepción del Uruguay que, en lo que resulta relevante, rechazó el recurso de apelación interpuesto por la accionante y, en consecuencia, confirmó la decisión de primera instancia la cual desestimó el planteo de inconstitucionalidad y rechazó la acción de impugnación de reconocimiento de paternidad por caduca; interpone dicha parte recurso de inaplicabilidad de ley el que es desestimado.

II.2. Contexto doctrinario

- El plazo de caducidad responde a una directiva general que tiende a la seguridad jurídica a través de la consolidación del estado de familia,

y por ello no puede sostenerse que es inconstitucional.

- Existen situaciones en las cuales la ley ha contemplado la caducidad del derecho: "Respecto del estado, cuando el legislador ha creído necesario limitar el ejercicio de las acciones en el tiempo, lo ha dispuesto expresamente en un plazo de caducidad".

- Doctrinariamente se ha admitido como regla general la imprescriptibilidad en asuntos de familia: "en principio, el tiempo no tiene influencia en el estado de las personas. Dicho de otro modo, el estado de familia no se adquiere ni se pierde por el transcurso del tiempo".

- Si bien los vínculos filiatorios generan relaciones recíprocas, lo cierto es que permitir que en cualquier momento se pretenda modificar un vínculo filiatorio existente importaría una interferencia ilegítima y arbitraria en la vida privada de los niños.

- Haber alcanzado la mayoría de edad, la norma le concede el derecho a impugnar el acto de reconocimiento en cualquier tiempo de su vida.

II.3. *Contexto normativo*

- Convención de los Derechos del Niño: art. 16.

- Código Civil: art. 263.

Tribunal: Sup. Trib. Entre Ríos, 09/02/2021.

Cita: RC J 1980/21

II.4. El caso

Contra el pronunciamiento de la Alzada que receptó el recurso de apelación interpuesto por el actor y, en consecuencia, dejo sin efecto el pronunciamiento recurrido, y dispuso en su reemplazo la realización de la prueba pericial genética, luego de lo cual el *a quo* deberá dictar sentencia respecto de la identidad de las partes, se interpusieron sendos recursos extraordinarios que fueron admitidos (voto de la mayoría).

II.5. Contexto doctrinario

- El Código Civil y Comercial mantiene la legitimación activa amplia que establecía el art. 263 Cód. de Vélez, siendo esta la postura que adopta al regular todas las acciones de impugnación, con total independencia del tipo de filiación o de acción de que se trate.

- El presunto padre biológico se encuentra claramente legitimado para iniciar la presente acción contra el reconociente.

- El plazo de caducidad para promover la acción por parte de terceros que invoquen un interés legítimo el Código Civil y Comercial establece que no es desde el acto de reconocimiento sino desde que se supo o se pudo tener conocimiento de que es posible que no sea el padre biológico el padre jurídico.

- La norma recoge un criterio realista y toma en cuenta el efectivo conocimiento acerca de la no filiación del hijo.

- La limitación temporal impuesta por la ley, en materia de filiación, tiene fundamento en la necesidad de garantizar y preservar la estabilidad en los vínculos paterno-filiales, así como cierta previsibilidad acerca de los efectos de las conductas de las partes interesadas; y que se apoya constitucionalmente en razones de seguridad jurídica.

- Derechos en tensión: por un lado, el derecho del presunto padre en lograr la preeminencia de la verdad biológica respecto de una persona sobre la que tiene fundadas dudas acerca de su relación filial, y por el otro, el derecho de la niña de no querer saber su origen biológico para de ese modo preservar el contexto familiar en el que se encuentra desarrollando.

- La cuestión debe resolverse teniendo en miras el interés superior de la niña protegida hoy a través de su familia conformada por el Sr. E. y la Sra. A., más allá del dato genético que el actor se atribuye.

- Se infiere claramente que la niña S. ha crecido en la familia E.-A., estando identificada totalmente con ese apellido, el cual desea conservar. Se siente absolutamente identificada con él y no pretende cambiar —al menos por ahora el *statu quo*—, por lo cual es conveniente, desde el punto de vista de su estructuración subjetiva, no alterar dicha situación.

- Frente al personalísimo derecho de obtener un emplazamiento filiatorio acorde con su identidad de origen, el mejor interés del menor,

en este momento no puede sino materializarse a través del mantenimiento de la paz familiar construida con quienes han cumplido siempre los roles de madre y padre.

- Teniendo presente el superior interés de la niña, corresponde hoy tutelar los lazos afectivos que la unen con quien ha asumido para con ella el rol paterno, dándole seguridad a la relación familiar en la que hoy se encuentra integrada, considera que será la joven S. M. quién —en cualquier tiempo y cuando esté preparada para hacerlo— decida resolver la cuestión de su identidad de origen sin verse afectada por efecto de lo obrado en el marco de las presentes actuaciones.

- Se ha señalado con agudeza que, al lado de la realidad biológica —importante por cierto— existe otra verdad que el derecho no puede ignorar, la verdad sociológica, cultural y social, que también integra la identidad de la persona humana desde una perspectiva dinámica.

- Contrariamente a la opinión de los fundamentalistas del biologicismo, que imponen "derechos" a quien no quiere ejercerlos, afirmamos categóricamente que la sentencia no consolida una identidad falsa.

II.6. Contexto normativo- Cód. Civ. y Com.: art. 593.

- Cód. Civil: art. 263.

Tribunal: Sup. Trib Corrientes, 18/12/2020.

Cita: RC J 393/21.

III. Guarda

III.1. El caso

Se concede la guarda a la abuela de la persona menor de edad en situación de vulnerabilidad —por pertenecer al grupo LGBTI— y no estar contenido por sus padres.

III.2. Contexto doctrinario

- Del informe —psicológico— dos conclusiones: una encaminada a revelar que ninguno de los progenitores puede actualmente responsabilizarse adecuada y saludablemente por el cuidado de IR y otra referida a la imposición de terapia psicológica con orientación en la temática para ambos adultos a fin de alcanzar estrategias específicas.

- Los progenitores del adolescente deben efectuar tratamiento psicoterapéutico, pero ese tratamiento no se encuentra referido a cualquier tipo de terapia, sino como bien señaló la profesional forense actuante, debe estar encaminado a obtener una orientación psicoeducativa a fin de recibir alineación en la temática para actuar con estrategias específicas.

- Ajustado a las constancias de la causa y particularmente al contexto —desolador— en el que se encuentra el adolescente; que ambos progenitores logren efectuar una terapia con orientación psicoeducativa a fin de poder acompañar a su hijo facilitándole de este modo un espacio para expresar sus sentimientos; logrando de manera paralela la identificación de factores de riesgos y de este modo brindar elementos de apoyo y protección.

- I. R. S. A. es sujeto de una protección especial por hallarse en una situación de vulnerabilidad profunda, pues no solamente es una persona menor de edad en pleno desarrollo y formación sino también acogido a un grupo minoritario denominado LGBTI quienes, históricamente han sido víctimas de discriminación, estigmatización y violaciones a sus derechos fundamentales.

- Toda persona tiene derecho a que su identidad sea reconocida I. es un adolescente de 14 años de edad, por lo cual debe valorarse la formación de su consentimiento con base en su capacidad progresiva e interés superior. Esto último incide palmariamente en la responsabilidad parental que ejercen sus padres.

- I. tiene derecho a desarrollar su propio plan de vida conforme a sus propias convicciones y decisiones.

- Debe garantizársele a I. el instrumento que acredita su identidad autopercibida, respetando para ello el nombre de pila y el género con el cual se siente identificado.

- Si bien actualmente el adolescente se encuentra efectivamente contenido bajo el abrigo de su tía materna, el cambio de la guarda dispuesta en sede policial se funda exclusivamente en el pedido del I. y en la posibilidad de que

el adolescente pueda llevar adelante una amplia y fluida comunicación con ambos progenitores en un entorno neutral que la beligerante relación adulta exige; todo ello en resguardo de su interés superior.

- Respecto del régimen de comunicación, se trata de un derecho que interesa a distintas vinculaciones familiares y que no tiene por finalidad únicamente coadyuvar a la faz formativa del destinatario sino a fomentar el desarrollo de vínculos estrechos y trascendentes.

- Establecer provisoriamente un amplio régimen comunicacional entre el adolescente y sus progenitores, el cual será llevado de común acuerdo a fin de no entorpecer las actividades y lo horarios de descanso, aseo, escolaridad, higiene, entre otros del adolescente.

- La finalidad que tiene el régimen comunicacional entre los hijos y padres no convivientes es la de dar estabilidad al vínculo afectivo y emocional entre ellos, fortaleciendo un conocimiento personal mutuo, necesidad de asegurar la solidaridad familiar, proteger los legítimos afectos que derivan de ese orden de relaciones, y así garantizar la coparentalidad a pesar de la separación de los padres.

- Si bien existe una notoria relación disfuncional entre la Sra. A. y el Sr. S. E. que interfiere en el sano ejercicio de los roles parentales, concurre también un derecho fundamental de raigambre convencional-constitucional que estamos llamados a respetar, cual es el derecho de I. R. S. A. a alcanzar una comunicación amplia y fluida con ambos progenitores, no obstante, la beligerante relación existente entre los adultos.

III.3. Contexto normativo

- CN: art. 19.

- Corte IDH, opinión consultiva 24/17.

- Convención de los Derechos del Niño: art. 3.1.

- Cód. Civ. y Com.: arts. 69 y 646.

- Ley 26.743.

- Ley 26.061, arts. 5º y 7º.

Tribunal: Juzg. de Menores Nº 3 Corrientes.

Cita: MJ-JU-M-131833-AR.

IV. Adulto mayor. Desalojo anticipado

IV.1. El caso

Se promueve incidente de desocupación y entrega anticipada e inmediata del inmueble casa-habitación la que permanece ocupada por el Sr. T. J. A. B. y/o cualquier ocupante si los hubiere, la cual hoy es objeto de litis y su entrega cautelar y como Depositarios Judiciales a los Sres. B. N. B. de T. y a C. A.T., por aplicación analógica del art. 680 bis del Cód. Proc. Civ. y Com. el que deberá tramitar *inaudita parte*. Se rechaza la petición.

IV.2. Contexto doctrinario

- El desalojo prematuro del padre y abuelo de los actores, lejos de llevar a pacificar la cuestión, exacerbaría los ánimos de quien trasfirió el bien a su hija y ahora justamente lo reclama por causal de ingratitud.

- Iniciada acción tendiente a revocar la donación del inmueble a favor de su hija, por ingratitud; la que actualmente se encuentra a nombre de sus hijos, la verosimilitud del derecho aparece cuestionada, *prima facie* para hacer lugar a la medida peticionada, puesto que la discusión versa sobre si el acto jurídico de donación realizado oportunamente amerita o no su revocación por la causal de ingratitud esgrimida respecto de la beneficiaria. Por lo tanto, se deberá estar a las resultas de aquella causa.

- Se trata —el demandado— de una persona que puede subsumirse en la categoría de vulnerable por la edad y la desventaja económica en relación con la contraria, extremo este último importante en este contexto al tratarse de una relación familiar donde existen derechos deberes mutuos. Por lo que merece especial atención y protección.

- Derivado de la edad del demandado (mayor de 60 años), es de aplicación el Régimen de Protección de los Adultos Mayores en la Provincia de Corrientes.

- Donde se pretende el desalojo de una persona de 77 años de edad en forma anticipada; deben cobrar preeminencia en la generalidad de las actuaciones judiciales y por lo tanto suma cautela al momento de decidir.

- En la causa entran en colisión intereses de dos grupos sociales cuyos derechos gozan de protección constitucional; por una parte, el adolescente y por la otra, el adulto mayor.

- Es que, respecto de las personas menores de edad, no se advierte que alterar anticipadamente el estado de hecho de la situación aquí planteada, le redunden mayores beneficios que el meramente económico. En cambio, el perjuicio al demandado es evidente, se lo estaría desalojando de su hogar y sin un juicio completo que determine la veracidad de la ingratitud de su descendiente, habilitante para la revocación de la donación previamente efectuada.

- El desalojo anticipado provocaría daños irreversibles en aquella persona que no solo es parte del grupo vulnerables, sino a quien lo une lazos familiares que implican derechos-deberes asistenciales mutuos, en caso de necesidad.

- La convivencia no puede forzarse a costa del sufrimiento de una de las partes, sino que se deben administrar medidas tendientes a reconocer a cada uno su cuota parte en el inmueble y dividirlo si correspondiere por los canales normales de un proceso que asegure el cese de la relación hostil que es evidente.

- El presente es un proceso de reivindicación netamente civil, pero con connotación de derecho de familia por las circunstancias que rodean el caso y primordialmente por el vínculo entre las partes y por ello a modo de "sentencia preventiva", a los efectos de asegurar la tutela jurídica que el Estado debe otorgar previniendo eventuales efectos dañinos, corresponde ahora de oficio, disponer medidas para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad del proceso, evitando daños colaterales.

- No se trata ya de la acción judicial ni de la pretensión procesal sino estrictamente sustancial, que dé un deber genérico que cumple funciones puramente demarcatorias y se decretará oficiosamente una obligación específica y exigible, a los fines de prevenir los daños temidos por el recurrente.

- Frente a un conflicto familiar, resulta necesario apartarse de lo estrictamente procesal, por cuanto exige una composición humana que excede el marco de lo jurídico y requiere la prevalencia de criterios esencialmente discrecionales, que apunten a la mejor tutela de los derechos comprometidos, y en vías de una rápida protección de los derechos de los involucrados.

- Instar a las partes, mayores de edad, a realizar tratamientos terapéuticos necesarios a los fines de solucionar los problemas de relación advertidos en los en las causas que acompañan como prueba.

- Abstenerse de ejecutar acciones o incurrir en omisiones que impliquen actos de violencia o pongan en riesgo la integridad de las partes, por si o mediante terceros, en forma directa o indirecta y agraviarse entre los mismos y toda otra medida que disponga la juez de primera instancia.

- Es posible la aplicación, inclusive de sanciones conminatorias, en caso de detectarse incumplimientos en la primera instancia.

IV.3. Contexto normativo

- CN: art. 75, incs. 22 y 23.

- Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores: art. 2º.

- Convención de los Derechos del Niño.

- 100 Reglas de Brasilia.

- Cód. Civ. y Com.: arts. 706, 709, 1713.

- Cód. Proc. Civ. y Com. Corrientes: art. 323 bis.

- Ley 27.360. Convención Interamericana sobre protección de los derechos Humanos de las Personas mayores.

- Ley 24.417. Protección contra la violencia familiar.

- Const. Corrientes: art. 43.

- Ley 6243. Sistema integral de Protección a Adultos Mayores.

Tribunal: CCiv. Com. y Lab. Goya (Ctes.).

Cita: MJ-JU-M-132773-AR.

V. Niño, niña adolescente con discapacidad. Derecho a la ser oído. Derecho a la educación

V.1. El caso

A raíz de la comunicación telefónica mantenida con una representante de la DISEPA, donde se informó al magistrado sobre la aparente situación de vulnerabilidad en la que se encontraría una persona menor de edad de nombre C. J. A. Es un adolescente de 13 años de edad que habita en una familia de escasos recursos —aunque se halla contenido por ella—, padece algún problema de salud mental no definido al momento del dictado de la presente, y que —como agravante— ha sido desescolarizado por obstáculos institucionales infundados que le ha impuesto la escuela dificultando el acceso a su derecho a la educación que, a su vez, derivaron en la exclusión de acceso a beneficios sociales.

V.2. Contexto doctrinario

- En la audiencia, el adolescente manifestó enérgicamente su intención de ir a la escuela, incluso sostuvo que tiene mochila, útiles y cartuchera a tal efecto.

- En materia probatoria en este ámbito, rige el principio *favor probationem* que supone que "en caso de duda en torno a la producción, admisión, conducencia o eficacia de las pruebas habrá que estarse por un criterio amplio a favor de ella (...) pues se entiende que la falta de demostración de ellos puede ocasionar a las partes un gravamen de imposible reparación ulterior.

- Como derivación necesaria de la importancia que el derecho a la educación tiene para un pleno desarrollo de la persona, cuando las niñas, niños y adolescentes padecen dificultades para el acceso a ella, los obstáculos deben allanarse, y no agravarse.

V.3. Contexto normativo

- Ley 26.061.

- Leyes provinciales: 5773 y 5907.

Tribunal: Juzg. de Paz de Mburucuyá (Ctes.).

Cita: RC J 3697/21.

VI. Nulidad del matrimonio

VI.1. El caso

En fecha 15/05/2015 se interpone acción de nulidad del matrimonio celebrado el día 15/03/1991. Fundamenta en el ocultamiento de la calidad de padre extramatrimonial de dos criaturas nacidas en fecha muy cercanas a la del matrimonio y en forma subsidiaria interpone la pretensión de que se haga lugar al divorcio por injuria grave. Primera instancia, rechazada; la demanda recurrida es desestimada por la Cámara.

VI.2. Contexto doctrinario

- En el caso de marras solo se debate un interés particular de un cónyuge, en cuyo seno no se juega ningún orden público familiar, por lo cual, la acción está sujeta a caducidad, es una acción disponible —y en la actualidad en el Código Civil y Comercial sujeta a una prescripción de un año.

- La consecuencia de la especialidad es que las causales de nulidad son únicamente las que surgen de los arts. 219 y 220 del Cód. Civil.

- Razones de pura lógica jurídica imponen la improcedencia de la pretensión de anular un vínculo ya disuelto por una sentencia de divorcio vincular pasada en autoridad de cosa juzgada.

- La falta de liquidación de la sociedad conyugal al momento de la interposición de la demanda de nulidad no constituye argumento válido para relevar el impedimento de orden lógico de que es imposible anular —es decir, privar de efecto jurídico alguno— a un vínculo matrimonial extinguido por obra de un divorcio vincular.

- Tanto en el código civil como en el Código Civil y Comercial el legislador ha mantenido en un marco de extrema restricción la acción de nulidad de matrimonio por un vicio del consentimiento, como el error o dolo, con un estrictísimo plazo de caducidad de la acción, pasados 30 días de la continuación de la convivencia una vez conocido el vicio.

- La inteligencia de la norma es que al día treinta y uno de conocido el vicio —por más grave que haya significado para el/la nulificante— si no se ha interrumpido la convivencia, está vedada en forma absoluta la pretensión de nuli-

dad a favor del cónyuge inocente porque se halla caduca la acción, al día 31.

- El legislador al establecer —antes y ahora— tal restrictivo régimen para poder anular un matrimonio por un vicio del consentimiento considera que pasados 30 días, si no se interrumpe —de manera inequívoca la convivencia— se presume la subsanación y/o purga de aquel sin importar su gravedad, así es claro que la ley permite la confirmación de los matrimonios afectados de nulidad relativa.

- Como no se puede disolver lo ya disuelto, no existe tal previsión legal de facultar la acción de nulidad relativa de un matrimonio disuelto por divorcio vincular.

- En el análisis de la extrema limitación en 30 días a la caducidad de la acción de nulidad de matrimonio por vicio del consentimiento, salta a la vista que ninguna excepción ha efectuado el legislador en mérito a la gravedad del vicio denunciado.

- La existencia de la sentencia de divorcio vincular pasada en autoridad de cosa juzgada constituye un valladar de orden lógico y jurídico para la procedencia de la acción interpuesta.

VI.3. Contexto normativo

- Cód. Civ. y Com.: arts. 166, incs. 1º, 2º, 3º, 4º, 6º, 7º; 213, inc. 3º, 219, 220, inc. 4º, 425, inc. c).

Tribunal: CCiv. Com. y Lab. Reconquista.

Cita: RC J 3514/21.

VII. Incumplimiento deber de asistencia familiar

VII.1. El caso

Contra el pronunciamiento que condena a C. R. S. a la pena de 6 meses de prisión de ejecución condicional, en calidad de autor del delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar; la defensa particular del condenado interpone recurso de casación que es rechazado.

VII.2. Contexto doctrinario

- El delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar es de tipo doloso porque la sustracción debe ser voluntaria, de omisión simple y por ende no requiere un dolo específico; basta que el obligado se sustraiga voluntariamente (como ocurre en autos) a su deber, no siendo indispensable un deliberado propósito de incumplir, especial ya que de modo taxativo enumera las personas que pueden cometerlo (en este caso, el padre), de peligro abstracto, porque la mera realización de la conducta punible ya pone en situación de peligro el interés del tutelado y permanente, y su consumación se produce y continúa en el tiempo.

- No resulta necesario acreditar que el accionar omisivo está enderezado deliberadamente a sustraerse al cumplimiento, sino que es suficiente que se encuentre probado el elemento subjetivo consistente en la voluntad consciente de no pasar la prestación a que está obligado aunque sea en menor medida, pues el delito se consuma aunque este no lo haya premeditado o preordenado, cuando pudiendo satisfacer la obligación alimentaria, no lo hace, sin que tengan influencia en su dolo los motivos del sujeto.

- Se considera que el tribunal de juicio conserva al momento de imponer el monto de la pena, sus facultades discrecionales y su independencia frente al requerimiento punitivo Fiscal.

- El tipo penal imputado (tiene incidencia sobre menores a los que puede provocárseles un innecesario padecimiento, debiendo incorporarse el “interés superior del niño” como pauta hermenéutica constitucional y principio rector para la solución de los derechos en pugna.

- Los magistrados deben ponderar al resolver las cuestiones que le son sometidas a su jurisdicción, las consecuencias que sus decisiones puedan tener, pues ellas podrán influir directa o indirectamente en la protección y el desarrollo personal de los niños.

- La restricción al pago de las cuotas alimentarias no solo constituye una violencia económica con la expareja, sino una violación flagrante a los derechos del niño, siendo responsabilidad del Estado adoptar todas las medias necesarias para que los niños sean protegidos y cuidados para lograr su bienestar, teniendo en cuenta los deberes y derechos de sus padres, en caso contrario se incumple con las compromisos asumidos internacionalmente.

- Resulta obligatoria la incorporación del "interés superior del niño" como criterio de interpretación de la normativa aplicable, de los hechos y de las pruebas del caso puesto que —en definitiva— no solo es un producto de un sistema normativo que —tras advertir las peculiares condiciones (edad, nivel de madurez y necesidades específicas) que determinan la situación de vulnerabilidad del niño— conmina a brindar respuestas concretas incluso en decisiones jurisdiccionales como la presente, sino que —además— nos sitúa en una comprensión global de ese estado de vulnerabilidad que padecen los niños que es fundamental para resolver adecuadamente el caso.

VII.3. Contexto normativo

- *Tribunal*: Sup. Trib. Corrientes, sent. 110, del 06/11/2020.

Cita: http://www.juscorrientes.gov.ar/wp-content/uploads/sin-categoria/pdf/2020/2020-S110--penal-PXG-29362.pdf.

VIII. Restricción a la capacidad

VIII.1. Autorización para contraer matrimonio

VIII.1.a. El caso

Contra el pronunciamiento que resolvió desestimar el recurso de apelación propuesto por la Unidad de Letrados en Salud Mental y confirmar la sentencia que declaró la restricción de la capacidad de la recurrente, y estableció como salvaguardia la necesaria autorización judicial para realizar disposiciones testamentarias, contraer matrimonio e ingresar a establecimientos militares, de seguridad y religiosos, se interpuso recurso extraordinario en relación con la necesidad de previa autorización judicial a efectos de contraer matrimonio. Se declara procedente el medio impugnativo.

VIII.1.b. Contexto doctrinario

- La falta de fundamentación para limitar en el futuro la libre facultad de contraer matrimonio de C. —solapado en que "solo" es el cumplimiento de un recaudo previo— fuera reiterada por la magistratura de las instancias de grado en sus pronunciamientos; resulta jurídicamente intolerable y revela un desconocimiento de la normativa imperante con relación a los institutos de la capacidad y el matrimonio.

- La inconveniente disminución en abstracto de la libertad para contraer nupcias debió contar con un respaldo motivacional por parte de la magistratura que le permitiese arribar a la confirmación del mencionado "recaudo previo".

- La carencia argumental conlleva, además, una arbitrariedad, y con ello la vulneración del principio reinante en la materia que procura que en los procesos como el de autos la afectación de la autonomía personal debe ser la menor posible.

- Una persona lleva una vida independiente cuando tiene el poder de elegir libremente y tomar decisiones sobre su propia vida, y entre estas últimas sin dudas se halla la posibilidad de decidir respecto de contraer matrimonio y con quién.

- La protección pretendida en realidad trunca anticipadamente la autonomía de C., y la coloca en una situación de desigualdad y marginación en clara contradicción con el ordenamiento jurídico.

- Las disposiciones de fondo que regulan el instituto del matrimonio expresamente prevén mecanismos tuitivos y de salvaguardia de cualquier persona que se vea privada de discernimiento para la celebración del matrimonio, acto para el cual el consentimiento no puede someterse a modalidad, plazo, condición o cargo alguno, ni contar con vicios en él, y frente al cual se contempla la posibilidad de oposición a su concreta celebración en caso que de verificarse alguno de los impedimentos previstos, y en caso que este se hubiese llevado delante de todas formas, la posibilidad de declarar su nulidad.

- El acto matrimonial se celebra públicamente, con la presencia de testigos, imbuido de las demás formalidades que requiere la ley y frente al oficial público quien, de advertir la existencia del impedimento previsto, suspenderá la celebración del matrimonio hasta que se pruebe la habilidad de los contrayentes o se rechace la oposición.

- Ley de Salud Mental prevé el deber de partir de la presunción de capacidad de todas las personas, y acorde con ello la determinación de un padecimiento mental *per se* no lleva necesariamente a presumir la incapacidad para este acto

ni la automática aplicación del impedimento matrimonial.

VIII.1.c. Contexto normativo

- Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad: art. 23, inc. a).

- Cód. Civ. y Com.: arts. 31, inc. b); 403, inc. g); 405, 408, 409, 418 y 425.

- Ley de Salud Mental: art. 3º.

Tribunal: Sup. Trib. Entre Ríos, 11/06/2020.

Cita: RC J 5865/20.

VIII.2. Adulto mayor

VIII.2.a. El caso

Contra la sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones de Concepción del Uruguay que revoca la sentencia de primera instancia en cuanto restringe la capacidad de la Sra. R. A. V. C. y establece apoyos intermedios de asistencia para actos de administración y de disposición, interpone la denunciante —O. E. W., hija de la denunciada— recurso de inaplicabilidad de ley que se declara improcedente.

VIII.2.b. Contexto doctrinario

- La sentencia dictada en los procesos de restricción a la capacidad ostenta carácter declarativo, y su revisión no presupone un proceso nuevo sino exactamente la revisión de la sentencia dictada previo examen interdisciplinario, la audiencia personal y la revisión de las consideraciones y fundamentos tenidos en cuenta al momento de la resolución originaria.

- Se valoró la inexistencia de una patología inhabilitante grave que impida el desenvolvimiento de la denunciada en sociedad, con riesgo de resultar un daño en su persona o bienes y a tal convencimiento arribó luego de evaluar integralmente la prueba obrante en autos y dar relevancia por su inmediatez y claridad al informe del ETI.

- El recurrente puede no compartir la valoración judicial de aquel, mas esa particular ponderación no demuestra en sí misma una arbitrariedad si, como en el caso, la decisión judicial se encuentra suficientemente fundada en las constancias objetivas de la causa.

- Si bien el informe del equipo interdisciplinario, constituye un elemento esencial en el proceso, en tanto asesora al juez ampliando su conocimiento en las cuestiones sometidas a su decisión, su particular valoración queda reservada al magistrado que conserva la dirección del proceso y entonces queda implícita su potestad indelegable de seleccionar aquellos elementos de juicio que le permitan arribar a una solución integral y efectiva, quedando plenamente fundada, la no consideración de la ampliación del informe cuya aplicación individual y automática el recurrente postula.

- El razonamiento judicial se sustenta prioritariamente en armonía con los nuevos paradigmas establecidos en nuestra legislación, en cuanto se promueve el respeto de los derechos fundamentales de la persona evitando la aplicación de normas sobre la capacidad civil que en los hechos resulten discriminatorias por considerar a la vejez como una enfermedad, equiparando senectud con senilidad.

- Se consideró que la Sra. V. C. era plenamente capaz, sin encontrar elementos que permitan justificar una interferencia en su libertad y autonomía, teniendo en cuenta sus propias manifestaciones, que además ponen en evidencia que ya cuenta en los hechos con el apoyo incondicional de su hijo y nieto político cuando así lo requiere.

VIII.2.c. Contexto normativo

- Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores.

- Cód. Civ. y Com.: arts. 32 y 706.

- Ley Procesal de Familia: arts. 174, 183, 186 y 190.

- Ley 27.360.

Tribunal: Sup. Trib. Entre Ríos, 19/08/2020.

Cita: RC J 7294/20.

IX. Liquidación de la "sociedad conyugal". Bien propio. Mejoras

IX.1. El caso

Se promueve incidente de liquidación de la "sociedad conyugal" por parte del S. Denun-

cia créditos de la entonces sociedad conyugal —hoy comunidad— contra su excónyuge titular de los inmuebles, la instancia de grado resuelve que el monto resultante de la actualización que deberá practicarse generará un crédito en favor del S. equivalente al 50% de él y cuya deudora es la incidentada P. Se interpuso recurso de apelación por parte de esta última, recurso que se hiciera lugar y en consecuencia se rechaza la demanda interpuesta por S.

IX.2. Contexto doctrinario

- Las mejoras son bienes propios por accesión.

- Lo accesorio sigue la condición jurídica de lo principal.

- El propietario de la cosa principal propia lo es de lo que aumenta por accesión.

- El nuevo Código zanja cualquier discusión respecto de las mejoras sobre bienes propios con fondos gananciales, considerándolas propias, con recompensa a favor de la comunidad por su valor.

- La mejora es un hecho jurídico consistente en la modificación material, una alteración en la estructura de la cosa que produce un aumento de su valor económico.

- No se incluyen en las mejoras los aumentos de valor por causas extrínsecas que actuando desde afuera no modifican la cosa.

- La recompensa procede toda vez que uno u otro cónyuge se haya enriquecido a expensas de la comunidad, y en ese caso debe o es deudor de la recompensa a ella.

- La recompensa también se ha caracterizado como indemnización entre los cónyuges con el propósito de asegurar a ambos esposos la exacta participación por mitades en los bienes gananciales, igualdad que pudo haberse afectada por la gestión durante el régimen tanto en detrimento de los gananciales y a favor de los bienes propios, como en detrimento de los propios y a favor de os gananciales.

- Las mejoras —aunque hubieran sido cuantitativamente importantes— no alteran la naturaleza del bien, que sigue siendo propio o ganancial, según el título originario, pero dan lugar a una recompensa, solo en función de la naturaleza de los fondos invertidos.

- Todas las obligaciones que haya soportado un cónyuge a favor de la comunidad, y viceversa, serán compensadas mediante un cálculo aritmético al momento de la liquidación, restándose o sumándose a las hijuelas respectivas.

- La carga de la prueba corresponde a quien invoca el derecho a recompensa, sin limitación respecto de los medios probatorios.

- Si bien incumba probar a quien invoca, y puede ser hecha por cualquier medio probatorio, en cada caso habrá que tener en consideración la parte que se encuentra en mejores condiciones de demostrar los hechos controvertidos en virtud del principio referido a las cargas dinámicas de las pruebas.

- No se presume que las mejoras sobre bienes propios se realizan con fondos gananciales, y quien alega ese extremo debe probarlo.

- Para que la demanda por las recompensas resulte procedente deben acreditarse: 1. la incorporación de mejoras sobre el inmueble propio de la causante, por medio de aumentos materiales y que esos aumentos hayan redundado en beneficio de la finca; 2. que tales mejoras se hicieran a costa de la sociedad conyugal, o sea, mediante la inversión de dinero o valores gananciales, o a costa del oro cónyuge; resultando en el primer caso acreedora de la sociedad conyugal y, en el segundo el actor.; 3. la subsistencia del enriquecimiento del inmueble propio de la causante, como consecuencia de aquellas mejoras, en el monto de la liquidación de la sociedad conyugal y, 4. la determinación del pretendido crédito.

- La carga de la prueba en materia de mejoras introducidas en bienes propios recae sobre la parte que no es titular de dicho bien y en consecuencia, es quien realiza el reclamo.

IX.3. *Contexto normativo*

- Cód. Civ. y Com.: arts. 464, 466, 488, 492, 493, 495, 710 y 751.

Tribunal: CCiv. y Com. Paraná, sala II, 23/06/2020.

Cita: 6322/20.