RDFyP

REVISTA DE DERECHO DE FAMILIA Y DE LAS PERSONAS

SUCESIONES • PERSONALÍSIMOS
BIOÉTICA • DERECHO MÉDICO

Año XIII | Número 5 | Octubre 2021

DIRECTORES:
MARCOS M. CÓRDOBA
GRACIELA MEDINA
NÉSTOR E. SOLARI

ÁREA PERSONA, BIOÉTICA
Y DERECHO MÉDICO:

Salvador D. Bergel
Alberto J. Bueres
José W. Tobías

ISSN 1852-8708

INCLUYE VERSIÓN DIGITAL

THOMSON REUTERS
LA LEY

ISSN: 1852-8708
RNPI: En trámite

Todos los derechos reservados
© **La Ley S.A. Editora e Impresora**

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 2da. 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

RDFyP

REVISTA DE DERECHO DE FAMILIA Y DE LAS PERSONAS

SUCESIONES • PERSONALÍSIMOS •
BIOÉTICA • DERECHO MÉDICO

DIRECTORES:

MARCOS M. CÓRDOBA
GRACIELA MEDINA
NÉSTOR E. SOLARI

ÁREA PERSONA, BIOÉTICA
Y DERECHO MÉDICO:

Salvador D. Bergel
Alberto J. Bueres
José W. Tobías

Año XIII | Número 5 | Octubre 2021

INCLUYE VERSIÓN **DIGITAL**

THOMSON REUTERS
LA LEY

DIRECTORES

MARÍA J. MÉNDEZ COSTA
(1921-2015)
CARLOS H. VIDAL TAQUINI
(1936-2016)
MARCOS M. CÓRDOBA
GRACIELA MEDINA
NÉSTOR E. SOLARI

ÁREA PERSONA, BIOÉTICA Y DERECHO MÉDICO

SALVADOR D. BERGEL
ALBERTO J. BUERES
JOSÉ W. TOBÍAS

CONSEJO ACADÉMICO

Armando S. Andruet (h.)
Gustavo A. Bossert
Eduardo I. Fanzolato
María Susana Najurieta
José Luis Pérez Lasala
Eduardo Pettigiani
Julio César Rivera
Eduardo Roca
Eduardo A. Zannoni

ELENA HIGHTON DE NOLASCO
Titular de la Oficina de Violencia
Doméstica de la CSJN

CARMEN M. ARGIBAY
Titular de la Oficina de la Mujer
de la CSJN (1939-2014)

CONSEJO DE REDACCIÓN

María Isabel Benavente
Jorge C. Berbere Delgado
Pedro Di Lella
Francisco Ferrer
Silvia Guahnon
Lidia B. Hernández
Pedro F. Hooft
Adriana N. Krasnow
Raúl Gustavo Lozano
Jorge A. Mazzinghi (h.)
Mauricio L. Mizrahi
Analía Monferrer
Osvaldo Pitrau
Ricardo D. Rabinovich-Berkman
Gabriel Rolleri
Eduardo G. Roveda
Luis Omar Salomón
Eduardo A. Sambrizzi
Vilma R. Vanella
María Silvia Villaverde

DIRECCIÓN ACADÉMICA
Mónica Pinto

COMITÉ HONORARIO

Agustín Gordillo
Aída Kemelmajer
Alberto J. Bueres
Carlos Etala
Cecilia Grosman
Eugenio Bulygin
Eugenio R. Zaffaroni
Héctor Alegria
José Tobías
Julio C. Rivera
Nelly Minyersky
Noemí Lidia Nicolau

COMITÉ ACADÉMICO

Administrativo
Carlos F. Balbín
Fernando R. García Pullés
Ernesto A. Marcer
Guido Santiago Tawil

Constitucional
Alberto B. Bianchi
Roberto Gargarella
María Angélica Gelli
Juan V. Sola

Internacional Privado
María Susana Najurieta
Alfredo Mario Soto
María Elsa Uzal

Internacional Público
Susana Ruiz Cerutti
Silvina González Napolitano
Raúl Vinuesa

Familia
Carlos Arianna
Luis Ugarte
Adriana Wagmaister

Civil
Carlos Hernández
Sebastián Picasso
Sandra Wierzba
Diego Zentner

Penal
Mary Beloff
Alberto Edgardo Donna
Daniel Pastor

Laboral
Mario Ackerman
Adrián Goldin
Julio César Simón

Comercial
Rafael Mariano Manóvil
Horacio Roitman

Filosofía
Ricardo Guibourg
Rodolfo Vigo

Derechos Humanos
Laura Giosa
Roberto Saba

Ambiental
Néstor Cafferatta
Leila Devia
Silvia Nonna

COMITÉ EDITORIAL

Penal
Fernando Córdoba
Fernando Díaz Cantón
Ivana Bloch
Marcelo Ferrante
Marcos Salt
Marcelo Sgro

Criminología
Gabriel Ignacio Anitua
Matías Bailone
Máximo Sozzo

Familia
Silvia Eugenia Fernández
Eleonora Lamm
Ida Scherman

Civil
Carlos Calvo Costa
Luis Daniel Crovi
María Victoria Famá
Adriana Krasnow
Luis F. P. Leiva Fernández
Carlos Parellada
Máximo Gonzalo Sozzo

Laboral
Lucas Caparrós
Juan Pablo Mugnolo
Claudia Priore

Constitucional
María Gabriela Ábalos
Marcela Basterra
María Laura Clérico
César Sebastián Vega

COMITÉ EDITORIAL *(Continuación)*

Internacional Público
Emiliano Buis
Alejandro Chehtman
Natalia Luterstein
Nahuel Maisley

Internacional Privado
Paula María All
Nieve Rubaja
Luciana Scotti

Administrativo
Alfonso Buteler
María Paula Renella
Susana Vega

Comercial
Hugo Acciarri
Pablo Heredia
Lorena Schneider
Pamela Tolosa

Filosofía
Marcelo Alegre
Claudio Eduardo Martyniuk
Renato Rabbi-Baldi Cabanillas

Derechos Humanos
Leonardo Filippini
Calógero Pizzolo
Silvina Zimerman

Ambiental
Mariana Catalano
José Esaín

Director Editorial
Fulvio G. Santarelli

Jefa de Redacción
Yamila Cagliero

Editores
Nicolás R. Acerbi Valderrama
Florencia Candia
Elia Reátegui Hehn
Marlene Slattery

ÍNDICE

FAMILIA

Doctrina

La nueva Ley de Alquileres y su impacto en la vivienda familiar
Néstor E. Solari 5

La determinación de la filiación matrimonial y su vigencia
Fernando Millán 9

Claves para lograr una buena escucha de niños, niñas y adolescentes en los procesos de familias
Fernando A. Gastiazoro 17

Comentarios Jurisprudenciales

NULIDAD DE MATRIMONIO
Rechazo de la demanda. Vicio en el consentimiento al contraer matrimonio. Condiciones personales del contrayente. Homosexualidad. 27

¿Cuándo procede la nulidad relativa del matrimonio por error en las cualidades personales?
María Cristina Mourelle de Tamborenea - Pamela Kazmirczuk 33

COMPENSACIÓN ECONÓMICA EN LA UNIÓN CONVIVENCIAL
Suspensión de las mediaciones en virtud de la emergencia sanitaria. Perspectiva de género. Desestimación del pedido de caducidad 42

Razonabilidad, género y acceso a la justicia en el cómputo del plazo de caducidad en las prestaciones compensatorias
Patricia M. Junyent de Dutari 45

GUARDA A PARIENTES
Interés superior del niño. Derecho a ser oído. Prevención de la revictimización. Limitación de la duración. Inconstitucionalidad del art. 657 del Cód. Civ. y Com. 55

¿Procede declarar la inconstitucionalidad del plazo previsto en el art. 657?
Mercedes Uriburu - Rodolfo G. Jáuregui 60

Jurisprudencia Destacada

RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑOS
Certiorari negativo. Causa penal iniciada contra el progenitor que debe restituir al niño. Efectos. Finalidad del Convenio de la Haya en la materia 69

BOZAL LEGAL
Prohibición de realizar comentarios de la separación o divorcio de las partes. Medida dispuesta en forma abierta, indeterminada y general. Revocación de sentencia. Censura previa. Libertad de expresión. Confirmación del decisorio en cuanto a la protección de los niños y ampliación de la orden al actor 71

ADOPCIÓN INTERNACIONAL
Información sumaria destinada a la producción de prueba psicológica e informe socioambiental solicitada por la postulante a una adopción en Haití. Procedencia. Disidencia 74

ADOPCIÓN *POST MORTEM*
Pretensos adoptantes fallecidos durante el proceso. Otorgamiento de la adopción plena. Principio de realidad familiar. Niño que queda al cuidado de la abuela..... 77

SUCESIONES

Doctrina

Nueva ley de reducción y colación de donaciones. De la protección de la legítima a la protección del tráfico jurídico y del adquirente de buena fe
Graciela Medina 89

Comentarios Jurisprudenciales

PARTICIÓN HEREDITARIA
Acuerdo. Cesión de derechos hereditarios. Adjudicación de un bien. Unidad negocial. Homologación..... 99

Entre la cesión de herencia y la partición privada
Alejandro F. Bosch Madariaga (h.) 102

Jurisprudencia

CESIÓN DE DERECHOS HEREDITARIOS
Incumplimiento del contrato. Autonomía de la voluntad. Resolución del boleto. Daño moral 109

TESTAMENTO OLÓGRAFO
Determinación de la autoría de una letra con una firma autenticada. Pericia caligráfica. Aplicación del art. 2339 del Cód. Civ. y Com. Amplitud de prueba 115

PERSONA

Doctrina

Estigmatización hacia los usuarios del servicio de salud mental: el caso "Chano"
Gabriela Robles..... 123

Comentarios Jurisprudenciales

CRIOPRESERVACIÓN DE EMBRIONES
Pedido de autorización judicial para destruir embriones originados con técnicas de reproducción humana asistida. Rechazo. Irrazonabilidad de considerar al embrión como una cosa. Intención del legislador. Protección que se le debe a todo ser humano. Inaplicabilidad del art. 59 del Cód. Civ. y Com. 131

Reconocimiento del inicio de la vida humana desde la concepción
Eduardo A. Sambrizzi 143

ACCESO A LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO
Revocación de la medida cautelar que dispuso la suspensión de la aplicación de la ley 27.610. Rechazo de la acción y archivo de la causa. Ausencia de "caso" o "causa". Falta de legitimación del amparista. Facultades del juez 152

ACCESO A LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO
Suspensión de la aplicación de la res. 1/2019 del Ministerio de Salud y de la ley 27.610. Procedencia de la medida cautelar de no innovar. Legitimación del accionante. Irrelevancia de la condición de "católico" del juez 164

La política pública como acto de gobierno. La función del legislador y la función del juez
Elena B. Mendoza 175

COBERTURA DE SALUD
Arbitrariedad de la sentencia que ordena la cobertura total de la medicación prescripta a un paciente. Osteoporosis. Disidencia 181

Una decisión salomónica
Paola Alejandra Urbina 185

Jurisprudencia

IDENTIDAD AUTOPERCIBIDA
Adolescente. Cambio registral. Derecho de toda persona a ser tratado de acuerdo con su identidad de género. 193

VIOLENCIAS

Jurisprudencia

VIOLENCIA OBSTÉTRICA
Historia clínica con datos falsos. Violación al deber de información. Consentimiento informado. Derecho a un parto humanizado 201

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 220

DAÑOS ORIGINADOS EN LAS RELACIONES DE FAMILIA
Violencia de género. Prueba testimonial. Privacidad de la vida familiar. Daño moral 230

LEGISLACIÓN

NACIONAL

LEY 27.635
Ley de Equidad en la Representación de los Géneros en los Servicios de Comunicación de la República Argentina – Régimen obligatorio para prestadores estatales y de promoción para servicios de gestión privada – Norma complementaria de la ley 26.522 253

LEY 27.636
Ley de Promoción del Acceso al Empleo Formal para Personas Travestis, Transexuales y Transgénero "Diana Sacayán - Lohana Berkins" – Medidas de acción positiva 255

DECRETO 475
Seguridad social – Reconocimiento de períodos de servicio a mujeres y/o personas gestantes por tareas de cuidado de hijos, para su acceso a prestaciones previsionales – Modificación de ley 24.241..... 257

DECRETO 515
Atención y Cuidado Integral de la Salud Durante el Embarazo y la Primera Infancia – Reglamentación de la ley 27.611. 265

DECRETO 516
Acceso a la Interrupción Voluntaria del Embarazo y a la Atención Postaborto – Reglamentación de la ley 27.610. 273

DECRETO 476
Registro Nacional de las Personas – Características y nomenclaturas de Documentos Nacionales de Identidad y de Pasaportes Ordinarios para argentinos – Norma complementaria de las leyes 17.671 y 26.743. 276

RESOLUCIÓN GENERAL 12 (IGJ)
Entidades comerciales y civiles reguladas por la Inspección General de Justicia – Paridad de género en la integración de órganos de administración y/o de fiscalización – Ratificación de la vigencia de todo lo dispuesto en las res. grales. 34, 35 y 42 (IGJ). 280

FAMILIA

Doctrina

La nueva Ley de Alquileres y su impacto en la vivienda familiar

Néstor E. Solari (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Protección de la vivienda familiar.— III. Alcances.— IV. El plazo de la locación.— V. Derecho real de habitación.

I. Introducción

La ley 27.551, recientemente sancionada, contiene reformas al régimen de locaciones. Comprende dos títulos. El primero de ellos —arts. 1º a 12—, intitulado "Reformas al Código Civil y Comercial de la Nación", modifica los arts. 75, 1196, 1198, 1199, 1201, 1203, 1209, 1221, 1222, 1351, y agrega los arts. 1204 bis y 1221 bis, al referido Código de fondo.

El Título II, denominado "Regulación complementaria de las locaciones", comprende los arts. 13 a 22 de la ley de referencia **(1)**, donde se prevé lo atinente a la garantía (art. 13), ajustes (art. 14); consignación (art. 15); la declaración del instrumento a la AFIP (art. 16); se incorpora el Programa Nacional de Alquiler Social (arts. 17 a 20); y algunas disposiciones sobre los Métodos alternativos de resolución de conflictos (arts. 21 y 22).

De las variadas cuestiones que aborda la ley, nos detendremos en analizar el impacto que produce en punto a la vivienda familiar.

II. Protección de la vivienda familiar

El ámbito contractual de la Ley de Locaciones, en cuanto a sus términos y alcances, tiene sus arterias comunicantes con la vivienda familiar, en forma directa, cuando se contempla la *continuación de la locación* **(2)**; y cuando se produce el divorcio de los cónyuges **(3)** o el cese de la unión convivencial **(4)**. De esta manera, la locación contractual irradia sus efectos a la vivienda familiar, si se dan los supuestos fácticos legales.

Ello así, porque la protección de la "vivienda" —en general— y de "la vivienda familiar" —en particular— gozan de jerarquía constitucional.

El art. 14 bis de la CN garantiza la protección integral de la familia y el acceso a una vivienda digna. A su vez, los tratados internacionales con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 de la Carta Magna) consagran, en varias oportunidades, el derecho humano a la vivienda. Así,

---

(*) Doctor en Derecho, UBA. Profesor titular de Derecho de Familia y Sucesiones, UBA.

(1) Los arts. 23 y 24 de la ley constituyen disposiciones de forma.

(2) Dice el art. 1190, Cód. Civ. y Com.: "Si la cosa locada es inmueble, o parte material de un inmueble, destinado a habitación, en caso de abandono o fallecimiento del locatario, la locación puede ser continuada en las mismas condiciones pactadas, y hasta el vencimiento del plazo contractual, por quien lo habite y acredite haber recibido del locatario ostensible trato familiar durante el año previo al abandono o fallecimiento. El derecho del continuador en la locación prevalece sobre el del heredero del locatario".

(3) El párr. 2º del art. 444, Cód. Civ. y Com. prescribe: "Si se trata de un inmueble alquilado, el cónyuge no locatario tiene derecho a continuar en la locación hasta el vencimiento del contrato, manteniendo el obligado al pago y las garantías que primitivamente se constituyeron en el contrato".

(4) El art. 526 Cód. Civ. y Com., en el antepenúltimo párrafo indica: "Si se trata de un inmueble alquilado, el conviviente no locatario tiene derecho a continuar en la locación hasta el vencimiento del contrato, manteniéndose él obligado al pago y las garantías que primitivamente se constituyeron en el contrato".

la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25.1); la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XXIII); el Pacto internacional de Derechos económicos, Sociales y Culturales (art. 11.1); la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (art. 5º.e.III); y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 14, h).

En la estructura del Código Civil y Comercial vigente, en las relaciones familiares, existen distintas protecciones de la vivienda familiar, tanto para el matrimonio como para las uniones convivenciales, aplicables durante la convivencia de las partes como luego de su cese.

Además, existen previsiones legales en protección de la vivienda para el cónyuge supérstite, en su condición de heredero, en la sucesión del premuerto, que le otorga la facultad de solicitar la indivisión forzosa temporaria de la vivienda, de conformidad al art. 2332, Cód. Civ. y Com., o bien la atribución preferencial en la partición, de acuerdo con lo preceptuado en el inc. a) del art. 2381 del mismo Cód. Civ. y Com.

Agréguese a ello el derecho real de habitación viudal, tanto para los cónyuges supérstites (art. 2383, Cód. Civ. y Com.) como para los convivientes supérstites (art. 527, Cód. Civ. y Com.).

Asimismo, además de las disposiciones específicas y concretas sobre la vivienda familiar, se legisla sobre la afectación de la vivienda, en general. De esta manera, el régimen de la "afectación de la vivienda" (arts. 244 a 256, Cód. Civ. y Com.) viene a sustituir el viejo sistema del *bien de familia* de la ley 14.394, ahora derogado.

En tal sentido, la ley 14.394 refería al "bien de familia"; el nuevo régimen, instaurado por el Código Civil y Comercial, lo sustituyó por el "inmueble destinado a vivienda".

El nuevo sistema indica que los beneficiarios de la afectación, de acuerdo con el art. 246, Cód. Civ. y Com., son: a) el propietario constituyente, su cónyuge, su conviviente, sus ascendientes o descendientes; b) en defecto de ellos, sus parientes dentro del tercer grado que convivan con el constituyente.

III. Alcances

Analizaremos algunas disposiciones de la vivienda familiar, a los fines de señalar la influencia que pudo haber tenido el dictado de la ley 27.551 de Alquileres, en los preceptos que se encuentran involucrados.

Entre los efectos del divorcio se contempla la atribución del uso de la vivienda a uno de los excónyuges, cuando dicha persona "está en situación económica más desventajosa para proveerse de una vivienda por sus propios medios" (inc. b], art. 443, Cód. Civ. y Com.).

Mientras que su "equivalente" en las uniones convivenciales, entre los efectos del cese de la unión, se prevé la atribución del uso de la vivienda familiar, "si acredita la extrema necesidad de una vivienda y la imposibilidad de procurársela en forma inmediata" (inc. b, art. 526, Cód. Civ. y Com.).

Ahora bien, tanto en el divorcio (conf. art. 444, Cód. Civ. y Com.) como en el cese de la unión convivencial (conf. art. 526, Cód. Civ. y Com.), si prospera la atribución de la vivienda familiar, será ejercida, en principio, de manera gratuita, sin que el beneficiario de la vivienda deba pagar un canon locativo por dicho uso.

A petición del interesado —excónyuge o exconviviente— el juez podría fijar una renta compensatoria por el uso del inmueble (conf. arts. 444 y 526, Cód. Civ. y Com., respectivamente), la cual será valorada teniendo en cuenta las particularidades del caso.

En tales hipótesis, si se fija una contraprestación por el uso de la vivienda, podrían resultar aplicables los *ajustes* preceptuados en el art. 14 de la ley 27.551, a consideración del juez.

Por lo demás, resultan aplicables los términos del art. 1201, Cód. Civ. y Com., texto según ley 27.551, tanto a los cónyuges como a los convivientes, en ejercicio de la atribución de la vivienda familiar señalada, en cuanto indica la conservación de la cosa con aptitud para el uso convenido; asimismo, el pago de las cargas y contribuciones por la actividad, indicado en el art. 1209, Cód. Civ. y Com. (texto según ley 27.551).

Una normativa novedosa en la ley es aquella que se agrega como art. 1204 bis al Código de fondo, consistente en la denominada "compensación", en los siguientes términos y alcances: "Los gastos y acreencias que se encuentran a cargo del locador, conforme a las disposiciones de esta sección, pueden ser compensados de pleno derecho por el locatario con los cánones locativos, previa notificación fehaciente al locador del detalle de los mismos".

Cuando la atribución de la vivienda familiar, ya fuere entre cónyuges divorciados o exconvivientes, ha sido a cambio de una renta fijada judicialmente o convenida por las partes, el recurso de la "compensación" resulta perfectamente aplicable entre las partes, pudiendo el locatario ejercer las facultades establecidas en la norma.

IV. El plazo de la locación

Uno de los aspectos principales de la reforma de la ley ha sido lo atinente a elevar el plazo mínimo de la duración de la locación **(5)**, pasando de dos años a tres años. En efecto, dice el art. 1198 (texto según ley 27.551), bajo el título de *plazo mínimo de la locación de inmueble*: "El contrato de locación de inmuebles, cualquiera sea su destino, si carece de plazo expreso y determinado mayor, se considera celebrado por el plazo mínimo legal de tres [3] años, excepto los casos del art. 1199. El locatario puede renunciar a este plazo, si está en la tenencia de la cosa".

El art. 1199, Cód. Civ. y Com. (texto según ley 27.551), señala las excepciones al plazo mínimo antes indicado: "No se aplica el plazo mínimo legal a los contratos de locación de inmuebles o partes de ellos destinados a: a) sede de embajada, consulado u organismo internacional, y el destinado a habitación de su personal extranjero diplomático o consular; b) habitación con muebles que se arriende con fines de turismo, descanso o similares. Si el plazo del contrato o de los contratos consecutivos supera los tres [3] meses, se presume que no fue hecho con esos fines; c) guarda de cosas; d) exposición u oferta de cosas o servicios de un predio ferial. Tampoco se aplica el plazo mínimo legal a los contratos que tengan por objeto el cumplimiento de una finalidad determinada expresada en el contrato y que debe normalmente cumplirse en el plazo menor pactado".

Esta normativa resulta interesante vincularla con la disposición de la vivienda familiar cuando se legisla especialmente una de las formas de familia —uniones convivenciales—, en los términos del Código Civil y Comercial.

Así, debemos recordar que, tratándose de un matrimonio, cuando se produce el divorcio y uno de los cónyuges solicita la atribución de la vivienda familiar, la ley no impone un plazo máximo para su fijación, dejando al juez la valoración según el caso concreto (conf. art. 443, Cód. Civ. y Com.).

En cambio, cuando uno de los exconvivientes solicita la atribución de la vivienda familiar, que ha sido sede durante la normal convivencia, el ordenamiento jurídico le impone al juzgador un plazo máximo para su duración, consistente en dos años desde el momento en que se produjo el cese de la convivencia (conf. art. 526, Cód. Civ. y Com.). Es decir, el juez podría fijar un plazo menor pero nunca mayor a dos años, cualquiera fuere el tiempo que haya durado la unión convivencial.

La fijación de un plazo máximo en la atribución de la vivienda familiar nos ha llevado a pronunciarnos acerca de la inconstitucionalidad e inconvencionalidad del plazo **(6)**, en atención a que se trata de una vivienda familiar, cuyo beneficiario es un integrante de la unión —el conviviente—, y en aplicación de un derecho humano a la vivienda familiar no sería conveniente fijar, en abstracto, un plazo máximo al respecto, dada las particularidades que puede revestir cada grupo familiar.

En tal sentido, no sería justo que tenga como límite el plazo de dos años cuando estemos en presencia de una unión convivencial que se ha extendido por muchos años. A los efectos de

(5) Decía el art. 1198 del Cód. Civ. y Com. derogado: "El contrato de locación de inmueble, cualquiera sea su destino, si carece de plazo expreso y determinado mayor, se considera celebrado por un plazo mínimo legal de dos años, excepto los casos del art. 1199. El locatario puede renunciar a este plazo si está en la tenencia de la cosa".

(6) SOLARI, Néstor E., "Derecho de las Familias", Ed. La Ley, 2017, p. 338.

determinar el derecho a la atribución de la vivienda familiar, no es lo mismo una unión convivencial que haya durado solamente dos años, de aquella otra que se hubiere prolongado durante veinte o más años. Determinar *a priori* el plazo máximo deviene arbitrario.

Por lo demás, implica una discriminación de modelos familiares, en punto a la vivienda familiar, respecto de la unión matrimonial, que no fija un plazo máximo.

Sin perjuicio de ello, y en aplicación de la nueva Ley de Alquileres, estimamos que dicho plazo máximo fijado para los convivientes debe quedar, por vía analógica, extendido a tres años, por aplicación de la ley 27.551. Ello así, porque no sería razonable que en materia contractual se proteja la vivienda por un plazo mínimo de dos años y que cuando estamos en presencia de un grupo familiar —convivientes— la protección legal se reduzca a dos años, como máximo. La solución desafortunada del precepto, ahora, presenta esta nueva agravante, pues además de la inconstitucionalidad del plazo máximo fijado para los convivientes, los locatarios por vía contractual tienen mayor protección que aquellos que son reconocidos como familias, al estar precedidos de una unión convivencial.

V. Derecho real de habitación

Finalmente, la protección de la vivienda familiar también alcanza sus efectos una vez producida la muerte de uno de los integrantes de la unión, por aplicación del llamado *derecho real de habitación viudal*.

Tratándose de cónyuges, el art. 2383, Cód. Civ. y Com. dice: "El cónyuge supérstite tiene derecho real de habitación vitalicio y gratuito de pleno derecho sobre el inmueble de propiedad del causante, que constituyó el último hogar conyugal, y que a la apertura de la sucesión no se encontraba en condominio con otras personas. Este derecho es inoponible a los acreedores del causante".

En cuanto a las uniones convivenciales, el art. 527, Cód. Civ. y Com. prescribe: "El conviviente supérstite que carece de vivienda propia habitable o de bienes suficientes que aseguren el acceso a esta puede invocar el derecho real de habitación gratuito por un plazo máximo de dos años sobre el inmueble de 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. Este derecho es inoponible a los acreedores del causante. 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".

En esta última hipótesis de modelo familiar —uniones convivenciales—, vuelve a aparecer entre sus requisitos y condiciones del derecho real de habitación, la fijación de un plazo máximo de duración, consistente en dos años a partir de la muerte del conviviente causante.

También aquí venimos sosteniendo declarar la inconstitucionalidad e inconvencionalidad del precepto en crisis, en cuanto al plazo máximo impuesto, pues las particularidades del caso impiden establecer parámetros abstractos en tal sentido **(7)**.

Sin perjuicio de ello, pregonamos que, como hipótesis de base, el plazo debe extenderse a tres años, por aplicación analógica del art. 1198, Cód. Civ. y Com. (texto según ley 27.551). En efecto, si se fija un mínimo de duración de tres años para una locación contractual, no podría sostenerse válidamente la doctrina emergente del precepto que nos ocupa, que fija un plazo máximo de dos años a partir de la muerte del causante. Otra vez, en materia contractual hay más protección que en el ámbito familiar, en punto a la vivienda.

Claro que todo ello dependerá de la jurisprudencia, en la aplicación práctica, debiendo recurrir a los arts. 1º y 2º del Cód. Civ. y Com., hasta tanto el legislador actualice y modifique los desajustes legales existentes.

(7) SOLARI, Néstor E., "Manual de Sucesiones", Ed. La Ley, 2020, p. 276.

La determinación de la filiación matrimonial y su vigencia

Fernando Millán

Sumario: I. Introducción. Planteo de la cuestión.— II. Categorías de hijos.— III. Fundamentos de la determinación de filiación matrimonial.— IV. El matrimonio actual.— V. Determinaciones de filiación natural.— VI. El elemento biológico en la filiación por naturaleza.— VII. Palabras de cierre. Simplemente un punto de partida.

I. Introducción. Planteo de la cuestión

Son múltiples las definiciones que podemos encontrar sobre el concepto de filiación, la cual se caracteriza como el vínculo jurídico existente entre padres e hijos que tiene normalmente como presupuesto determinante el vínculo biológico (filiación por naturaleza), pero también puede encontrar su fuente en la misma ley (filiación por adopción) **(1)**.

Este vínculo jurídico de parentesco que se crea entre los progenitores y sus hijos, en la actualidad cuenta con una triple fuente. Así lo enuncia el art. 558, Cód. Civ. y Com.: "La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción. La filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos, conforme las disposiciones de este Código. Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera será la naturaleza de la filiación".

Históricamente el derecho ha reconocido solo dos formas de filiación: La filiación por naturaleza y la filiación por adopción. El Código Civil y Comercial, incorpora una tercera fuente, la filiación por técnicas de reproducción humana asistida. Ello provoca grandes cambios en el estudio del sistema filiatorio.

Los profundos cambios normativos acontecidos en el régimen de la filiación tras la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación (Cód. Civ. y Com.), se sitúan en un contexto marcado por veloces transformaciones sociales y avances biotecnológicos, cargados de valoraciones que exceden el campo jurídico **(2)**.

Tomando como base de partida los cambios socioculturales que se observan en materia de familia, como así también los adelantos bioéticos en materia de nuevas técnicas de reproducción humanamente asistida, permite observar una disociación entre el elemento biológico a los fines de la determinación de la filiación, tornando mayor preeminencia al elemento volitivo.

En esta oportunidad nos detendremos en analizar la fuente de filiación por naturaleza, recordemos que es aquel vínculo biológico y natural generado por la consanguinidad con sus progenitores. Esta clase de filiación se subdivide en matrimonial o extramatrimonial, en tanto y en cuanto los progenitores estuvieran unidos o no, en matrimonio.

Intentaremos determinar si la subdivisión de filiación matrimonial y extramatrimonial guarda coherencia en la estructura jurídica actual, o por el contrario sería pasible de una revisión conceptual. Intentaremos dar respuesta a al-

(1) KRASNOW, Adriana N., "Filiación". La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 7.

(2) FAMÁ, María Victoria, "Filiación por Naturaleza y por Técnicas de Reproducción Humana Asistida". Colección Derecho de Familia. La Ley, Buenos Aires, 2017, p. 1.

gunos interrogantes, a los fines de establecer la fuente de filiación. ¿Resulta determinante que los hijos nazcan dentro o fuera del matrimonio? Si esto fuera así, ¿produce distintas consecuencias jurídicas?

En principio, la diferenciación de la fuente filial por naturaleza y su subdivisión en matrimonial y extramatrimonial aparece como propio o característico del pasado y sin embargo este esquema se mantiene en la actualidad.

Revisemos los fundamentos legales que sustentan esta distinción. Este anacronismo ha sido recientemente confirmado con la modificación del Código Civil y Comercial **(3)**.

Intentaremos analizar por qué motivo, en la actualidad, el legislador ha considerado adecuado discriminar entre filiación matrimonial y extramatrimonial a los fines de determinar la filiación por naturaleza.

II. Categorías de hijos

Como clara consecuencia de emplazar la determinación de la filiación diferenciando en matrimonial y extramatrimonial, genera clasificaciones de hijos que se mantienen actualmente, y que, sin perjuicio de no generar diferencias en cuanto a la extensión de sus derechos con posterioridad al acto de emplazamiento, ya que todos los hijos gozan de la misma protección legal, puede acarrear consecuencias no deseadas.

Aparece como poco razonable mantener estas clasificaciones a los fines de lograr determinar la filiación desde la perspectiva actual, subsistiendo hoy en día las clasificaciones de hijos discriminando entre matrimoniales y extramatrimoniales.

Si bien hoy se encuentran equiparados en cuanto a derechos, recordemos que el art. 558, última parte refiere: "la filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código". La evolución normativa en cuestiones de filiación ha marcado categorías de hijo que han producido severas consecuencias entre los portadores de dichas clasificaciones.

El derecho anterior a la codificación moderna distinguió varias clases de hijos. Ante todo, se dividían en legítimos e ilegítimos; los ilegítimos se subdividían en naturales y no naturales, y estos últimos, a su vez, en adulterinos, incestuosos, espurios y sacrílegos.

El Código de Vélez adoptó casi sin variantes la clasificación tradicional. Distinguió a los hijos legítimos, nacidos de matrimonio válido o putativo (nulo, pero contraído de buena fe), de los ilegítimos, reducidos a naturales, adulterinos, incestuosos y sacrílegos. Suprimió la categoría de espurios.

Los hijos legítimos (art. 359) eran los concebidos durante el matrimonio válido o putativo de sus padres, y los legitimados eran aquellos cuyos padres contrarían matrimonio con posterioridad a la concepción.

En la filiación ilegítima se discriminaba entre los hijos adulterinos —si hubieran sido engendrados cuando los padres no podían contraer matrimonio por impedimento de ligamen (art. 338)—, los incestuosos —nacidos de padres que tenían impedimentos para contraer matrimonio por parentesco no dispensable según los cánones de la Iglesia Católica (art. 339)—, los sacrílegos —procedentes de padre clérigo de órdenes mayores, o de personas, padre o madres ligada por voto solemnes de castidad, en orden religiosa aprobada por la Iglesia católica (art. 340)—, reservándose la denominación de hijos naturales a los concebidos por progenitores que al tiempo de la concepción pudieran casarse aunque fuere con dispensa (art. 311) **(4)**.

Estas clasificaciones producían marcadas diferencias dependiendo del lugar y el momento en que un hijo nacía. No resultaba lógico ni razonable mantener dichas clasificaciones por cuanto se ha hecho recaer sobre los hijos, situaciones que ellos no provocaron, sino que surgía de la conducta de los padres, aunque los privaba de ciertos derechos.

(3) Ley 26.994, entró en vigor el 1 de agosto de 2015.

(4) MEDINA, Graciela - ROVEDA, Eduardo Guillermo, "Derecho de Familia". Abeledo Perrot, p. 490.

La diferencia entre hijos legítimos e ilegítimos fue sometida, en el momento de revisión, a profundo análisis, sugiriéndose su posible desaparición normativa por varios motivos; particularmente por la desigualdad social y jurídica que supone, por una mayor congruencia con el sentimiento cristiano, así como también por la tendencia actual de los ordenamientos civiles a la equiparación total de hijos matrimoniales y no matrimoniales **(5)**.

Desde que la ley 2393 de Matrimonio Civil (1888) derogó todas las disposiciones del Código relativas a los hijos sacrílegos, se presentaron varios proyectos tendientes a mejorar la condición de los nacidos fuera de matrimonio. La ley 14.367 (1954) suprimió las discriminaciones públicas y oficiales entre los hijos, nacidos o no de uniones matrimoniales, y también las categorías de adulterinos e incestuosos, denominado a todos los nacidos fuera del matrimonio hijos extramatrimoniales. El proceso de igualación culminó con la ley 23.264 (1985), que redujo las clases a dos: por naturalezas (matrimoniales y extramatrimoniales), y por adopción **(6)**.

El recorrido de la ley local resulta similar al que se puede apreciar en el derecho comparado. En Italia, la mencionada igualdad se ha logrado con la ley 219/2012, que entró en vigencia el 1° de enero de 2013 y, sucesivamente, en el mes de julio de 2013 fue confirmada por el Consejo de Ministros italianos con la aprobación del correspondiente decreto legislativo que reformó "todas las disposiciones vigentes en materia de filiación para eliminar toda discriminación residual entre los hijos nacidos dentro del matrimonio y los nacidos fuera de él" **(7)**.

Sin embargo, las distintas clases de hijos subsistieron, si bien se suprimieron los términos estigmatizantes —incestuosos, adulterinos, sacrílegos— que anteriormente contenía la ley, se unificaron todos ello en la clasificación de hijos extramatrimoniales.

Finalmente resulta necesario resaltar que, con la incorporación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José de Costa Rica, en su art. 17, inc. 5, se establece que "la ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo" **(8)**.

Por virtud de tales razonamientos, deja de ser determinante de la filiación el estado de derecho en el que están emplazados los genitores entre sí; y, en cambio, por gravitación del vínculo biológico, prevalece la uniformidad que hay en las relaciones madre-hijo y padre-hijo. Esa uniformidad impide establecer diferencias legales —que serían contrarias a la lógica— entre los hijos **(9)**.

¿Por qué motivo subsiste la clasificación de filiación matrimonial y extramatrimonial en la fuente de filiación natural?

III. Fundamentos de la determinación de filiación matrimonial

Como hemos observado, a lo largo de toda la historia del derecho se han realizado distintas clasificaciones de los hijos. La principal razón de la existencia de estas clasificaciones es que, por medio de ellas se establecían distintas categorías sociales que respondían al orden que imperaba dentro de una sociedad en un momento de la historia. La maternidad quedaba determinada mediante el alumbramiento, que era un hecho objetivo, cierto; pero en un estado de promiscuidad sexual no se podía saber quién era el padre.

Cuando la unión monogámica se jerarquiza como una forma de encauzar las conductas se-

(5) ZANNONI, Eduardo, "Derecho de Familia". Astrea, Tomo 2, 5ª edición actualizada y ampliada, p. 325.

(6) LEVAGGI, Abelardo, "Antecedentes históricos del Derecho de Filiación". Nexis Abeledo Perrot, Revista Derecho de Familia. Lexis marzo/abril 2007, p. 95.

(7) LUCCHINI GUASTALLA, Emanuele, "La reciente reforma del régimen de filiación en el Derecho italiano". Derecho Moderno. Liber Amicorum Marcos M. Córdoba, Tomo I, Rubinzal-Culzoni. p. 478.

(8) Ley 23.054, Aprobación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, llamada Pacto de San José de Costa Rica. Promulgada: marzo 19 de 1984.

(9) DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique, "La unificación de la filiación". JA, 1984-1, enero-marzo de 1984, Buenos Aires, p. 751.

xuales en la sociedad, también se apunta a dar certeza en la determinación de quién es el padre de los hijos que tenga una mujer. Si la unión es monogámica, es decir, si hay convivencia, hay permanencia y hay exclusividad sexual, es ineludible atribuir los hijos que ella tenga al hombre que está a su lado. De allí el axioma romano de que padre es el que demuestra las nupcias **(10)**.

En principio, todo parece indicar que en la sociedad actual el matrimonio aparece acompañado de diversas formas de familia, y esto no es solo una afirmación desde la óptica sociológica, sino por el contrario, ha sido recientemente refrendado por la incorporación de nuevas figuras en el Código Civil y Comercial de la Nación, como pueden ser la regulación de uniones convivenciales (art. 509 y ss.), la figura del progenitor afín, como exponente de las familias ensambladas (art. 672 y ss.), matrimonio entre personas del mismo sexo (art. 402 y ss.), entre otras.

Suprimir las diversas clases de hijos ilegítimos y unificarse como única clase de hijos a los matrimoniales y extramatrimoniales, tenía sustento normativo en la sociedad de esa época, sobre la base de considerar la única forma de familia la matrimonial.

Por otra parte, en el Código Civil se resguardaba celosamente la familia matrimonial, rodeándola de derechos y deberes recíprocos y se desalentaban las uniones no matrimoniales, privándolas de efectos jurídico tanto entre hombre y mujer, como con relación a los hijos. De esta manera se procuraba encaminar el comportamiento de una sociedad hacia las conductas querida por el legislador como más beneficiosas para el orden social.

Con la ley 23.264, se modifica en forma sustancial este sistema, ya que se persigue un sinceramiento en las relaciones de familia, permitiendo la determinación del vínculo biológico. El interés jurídicamente protegido es el hijo; y su derecho a conocer a su padre y a su madre, en contraposición al sistema anterior quedaba preferencia al vínculo entre los esposos **(11)**.

En esta inteligencia, a la luz del anterior Código Civil, la fidelidad era considerada un deber jurídico derivado del carácter monogámico del matrimonio. La subsistencia de deberes personales propios del matrimonio dotaba de cierta coherencia a los efectos de determinar la maternidad y la paternidad legalmente.

Nótese que dentro de los efectos personales del matrimonio se encontraba el deber de fidelidad **(12)**. La fidelidad presupone, por tanto, exclusividad del débito conyugal respecto del otro cónyuge. Con el matrimonio, cada cónyuge renuncia a su libertad sexual, en el sentido de que pierde el derecho a unirse carnalmente con otra persona diversa del otro cónyuge; pero adquiere un derecho propiamente dicho al acceso conyugal **(13)**. Este efecto propio del matrimonio se acompañaba de la cohabitación como la obligación recíproca y permanente de vivir bajo el mismo techo.

La legislación anterior, por un lado, imponía la obligación de mantener relaciones sexuales exclusivamente entre cónyuges, absteniéndose de tenerlas fuera del matrimonio, a la vez que los obligaba a convivir y consecuentemente al momento de determinar la filiación, establecía presunciones rígidas tanto de maternidad como de paternidad para los esposos. A esto debemos añadir que la recepción del divorcio vincular fue tardía en nuestro sistema.

Recordemos también que desde la órbita del derecho penal, en caso de contraer un nuevo matrimonio encontrándose subsistente el anterior, queda configurado el delito de bigamia (arts. 134, 135, inc. 1 y 136, Cód. Penal).

(10) AZPIRI, Jorge, "Juicio de filiación y patria potestad". Hammurabi, 2da. edición, p. 31.

(11) AZPIRI, Jorge, "Juicio de filiación y patria potestad". Hammurabi, 2da. edición, p. 69.

(12) Art. 198 Código Civil. Art. 198. Los esposos se deben mutuamente fidelidad, asistencia y alimentos. (Artículo sustituido por art. 1° de la Ley 23.515 BO 12/06/1987.) Actualmente derogado por ley 26.944.

(13) ZANNONI, Eduardo, "Derecho de Familia", Astrea, Tomo 1, 5ª edición actualizada y ampliada, p 433, citando a Campogrande

Si la ley imponía la exclusividad sexual entre los cónyuges, resultaba al menos armónico a los fines de determinar los efectos legales, que la paternidad del marido se imponga por ley.

IV. El matrimonio actual

La fidelidad escapa a la esfera jurídica, no puede exigirse coactivamente, ni su incumplimiento sancionarse por el derecho. No es más que una manifestación de la conducta humana que pertenece al terreno íntimo de los cónyuges y de cada pareja. Naturalmente, ello no implica que la ley promueva un matrimonio en el que no se respeten los compromisos asumidos, ni que propicie conductas reñidas con las pautas culturales vigentes, o que la conciencia social reprocha o subestima. Simplemente, lo que la norma está reconociendo es que la fidelidad está incluida en el propio proyecto acordado por los cónyuges, y que no puede ser impuesta por el ordenamiento jurídico, porque trasciende su ámbito de incumbencia **(14)**.

Uno de los grandes cambios sufridos por el matrimonio fue la incorporación de la ley 26.618, que consagró los matrimonios entre personas del mismo sexo, aunque en esa oportunidad nada se legisló en materia de filiación, produciendo desarmonías en el campo de las determinaciones de maternidad y paternidad, solo subsanada por la reforma reciente.

De esta manera, en la reforma de unificación del Código Civil y Comercial ocurrida en 2015, el legislador ha preferido despojar al matrimonio de ciertos efectos que anteriormente resultaban de la estructura propia de la unión matrimonial.

Aparece así el divorcio sin expresión de causa, lo cual permite una salida más ágil del vínculo matrimonial y acorde con la dinámica de relaciones de nuestro tiempo, desaparecen las causales subjetivas de divorcio, consecuentemente cesan las sanciones en caso de incumplimiento de los efectos propios del matrimonio.

Desaparece la posibilidad de obtener una sentencia condenatoria en el divorcio, y con ello la posibilidad de solicitar alimentos en carácter de cónyuge inocente. Pese a ello, subsiste el sistema filiatorio inalterado en lo que hace a la filiación natural.

El mantener presunciones rígidas de determinación de la maternidad y la filiación presumida por ley, tiene fundamento legal sobre la base de establecer que entre cónyuges se mantiene la exclusividad recíproca de relaciones sexuales.

V. Determinaciones de filiación natural

Tradicionalmente hemos definido a la determinación como la afirmación legal de una realidad biológica preexistente, es indudable la cercanía de la cuestión biológica en la fuente de filiación por naturaleza, no así con el resto de las causas fuentes como lo son las técnicas de reproducción asistida y la adopción.

Desde los tiempos más remotos, la determinación de la maternidad ha encontrado su fundamento en principios romanos como, *partus sequitum ventrem* (el parto sigue al vientre) y *mater semper certa est* (la madre siempre es cierta), y que importa suponer que la maternidad se acredita por el parto de la mujer o, en otras palabras, que el hecho objetivo del parto (debidamente probado) atribuye ipso iure la maternidad.

De esta manera, se ha vuelto a consagrar en la norma la determinación de la maternidad por la existencia de un hecho biológico como lo son el parto y la identidad del nacido, así el art. 565, Cód. Civ. y Com., primer párrafo establece como principio general: en la filiación por naturaleza, la maternidad se establece con la prueba del nacimiento y la identidad del nacido.

En la redacción del Código anterior **(15)** se establecía la presunción de paternidad, atribuyendo de pleno derecho dicha paternidad, a quien fuera marido de la madre al momento del parto. Con la incorporación de la ley 26.618, y ante supuesto de matrimonio celebrados entre dos mujeres resultaba necesario armonizar dichas presunciones, y en base a ello se consagró en el art. 566, Cód. Civ. y Com., el cual establece:

(14) HERRERA, Marisa — CARAMELO, Gustavo — PICASSO, Sebastián, directores. "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado", Tomo II, Libro Segundo, Arts. 401 a 723, p. 49.

(15) Con la reforma de la ley 23.264 sancionada en 1985.

"excepto prueba en contrario, se presumen hijos del o la cónyuge los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a la interposición de la demanda de divorcio o nulidad del matrimonio, de la separación de hecho o de la muerte".

Dicha armonización encontró razonable modificar la vieja "presunción de paternidad" por la determinación de la filiación presumida por ley. Esta presunción de filiación subsiste hasta los 300 días posteriores a la interposición de la demanda de divorcio o nulidad de matrimonio; de la separación de hecho o de la muerte,

De esta manera, se está otorgando trascendencia jurídica a una situación de hecho, como lo es la separación de los cónyuges, esto produce una rotación de los rígidos presupuestos de determinación de filiación legal, ya que cede la imposición de pleno derecho para él o la cónyuge de la madre si se acredita el estado de separado de hecho.

Para decirlo en los mismos términos de la ley, el art. 567, Cód. Civ. y Com. establece que, aunque falte la presunción de filiación debido a la separación de hecho de los cónyuges, el nacido debe ser inscripto como hijo de estos, si concurre el consentimiento de ambos.

Se desplaza la rígida presunción basada en fundamentos biológicos a un elemento volitivo, ya que el emplazamiento ocurre por el reconocimiento de ambos cónyuges.

La filiación por naturaleza es una categoría estrechamente ligada a la sexualidad, dado que generalmente se identifican los autores genealógicos del niño y aquellos constituyen la causa iuris y fundamento básico que justifica el título otorgado a estos. Sin embargo, es preciso aclarar que cuando se hace referencia a "la filiación por naturaleza" se alude igualmente a circunstancias ajenas al hecho biológico de la procreación (así, por ejemplo, cuando queda determinada la filiación del cónyuge a través de la presunción legal del art. 566 del Cód. Civ. y Com.). En rigor, cuando no hay identidad entre el hecho de la procreación y el vínculo jurídico que resulta del emplazamiento, la filiación que se otorga no es propiamente "por naturaleza" sino que "opera como si fuera por naturaleza" **(16)**.

La verdad biológica no se erige en un valor absoluto a la hora de determinar judicialmente la filiación por naturaleza, sino un punto de partida. Como lo afirma una autora, la filiación se compone de dos factores: la biología y la norma jurídica. Esta posibilidad de disociar ambos elementos permite que la filiación no necesariamente se asiente en un hecho natural de relevancia jurídica, como ocurre, por ejemplo, con las técnicas de reproducción humana asistida. El derecho se inclina a favorecer, en algunas situaciones, ciertos factores socioculturales, tema relacionado con la concepción actual del rol y funciones de la familia **(17)**.

Al lado de la verdad biológica existe otra realidad que no puede ser ignorada: la verdad sociológica, cultural y social, que también hace a la identidad humana. Así, la cuestión biológica no es la única que interesa al derecho de filiación, sino que este combina naturaleza y cultura, de manera que subyace en el vínculo filiatorio una institución social, adquiriendo un rol relevante la llamada filiación querida y vivida por el sujeto y su entorno; las afecciones, los intereses morales, la comunicación intelectual y ética, la continuidad de los vínculos de hecho, la responsabilidad asistencial, en fin, lo que se ha llamado la faz existencial y dinámica **(18)**.

Adviértase que existe al lado de la filiación biológica otra verdad que no podrá ser ignorada: la sociológica, cultural y social, que también hace a la identidad de la persona humana.

"La identidad filiatoria tiene también una perspectiva dinámica y presupone el arraigo de vínculos paterno-filiales asumidos y recíprocamente aceptados por padre e hijo. La mentada

(16) FAMÁ, María Victoria, "Filiación por Naturaleza y por Técnicas de Reproducción Humana Asistida". Colección Derecho de Familia. La Ley, Buenos Aires, 2017, p. 5.

(17) ALES URÍA ACEVEDO, María de las Mercedes, "El derecho a la identidad en la filiación", Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, p. 35.

(18) ALESI, Martín B., "ADN, Prueba y filiación". Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Buenos Aires, Abeledo Perrot, Volumen: 68, ps. 17 a 42 citando a Mizrahi.

verdad biográfica debe merecer amparo y respeto por la justicia. De esta forma, sucede así que en los casos de posesiones de estado consolidadas no tiene por qué prevalecer el elemento biológico, afectando una identidad filiatoria que no es su correlato", concluyendo finalmente que la posesión de estado no solo será un medio de prueba, sino que ha de constituir una causa de obtención del vínculo, cumpliendo una función adquisitiva del título **(19)**.

VI. El elemento biológico en la filiación por naturaleza

Aun cuando el vínculo biológico es imprescindible para el vínculo jurídico, no es aquel por sí solo suficiente para provocar el vínculo familiar por cuanto no siempre él tiene trascendencia al plano jurídico, y será necesaria esa trascendencia, ese reconocimiento jurídico, en la medida en que el legislador lo resuelva conforme a su propia concepción ético-social, para la plenitud del vínculo familiar.

De esta manera observamos que la cuestión biológica no es la única que interesa al derecho de filiación, sino que este combina naturaleza y cultura, de manera que el vínculo filiatorio subyace una institución social.

Tampoco el vínculo biológico es bastante por sí para ocasionar el vínculo jurídico. Se torna forzosa la manifestación de la voluntad que provoque el acto de emplazamiento en el estado de familia con el consecuente surgimiento de los derechos subjetivo familiares preestablecidos por la ley. Aun así, aunque pudiera existir una voluntad que pretendiera la trascendencia de una vinculación biológica, ella sería inocua si no se dan las condiciones que la ley establece para que, a su vez, tomando en consideración esa vinculación biológica determinada pueda tener extensión jurídica como lo son las relaciones sexuales entre hombre y mujer que en nuestro derecho civil la tendrán solo a través del matrimonio o en la filiación ante las calificaciones y límites que la ley prevé **(20)**.

Aun cuando el elemento biológico tradicionalmente ha cobrado protagonismo, la norma contemplaba supuestos donde dicho principio cedía, resaltando la idea de la filiación social, dando preeminencia a la situación voluntaria —de hecho— por sobre el duro dato biológico.

Mientras que el régimen plasmado por el codificador originario se sustentaba en presunciones iuris et de iure que podían corresponderse o no con la realidad biológica, siendo el interés jurídicamente protegido la integridad de la familia matrimonial; la norma vigente consagra presunciones iuris tantum, con el objeto de que el hijo pueda acceder a un emplazamiento completo que se ajuste a la verdad biológica. De esta forma, el nuevo régimen que perdura hasta el presente busca que el hijo acceda en todos los casos a un emplazamiento completo y que este se corresponda con la realidad de su origen **(21)**.

No obstante estas contundentes afirmaciones, la doctrina habla de un "acercamiento a la verdad biológica" entendiendo que este acercamiento no supone que el principio de veracidad sea el prevalerte, sino que existen otros principios que pueden hacerlo ceder **(22)**.

Así, por un lado, nos encontramos que la firmeza de los estados civiles es más importante que el principio de verdad biológica. Solamente así entenderíamos, determinadas normas atinentes a la adopción, o las limitaciones establecidas al reconocimiento y a la determinación de la filiación biológica-legitimación, plazos, etc. **(23)**.

(19) MIZRAHI, Mauricio Luis, "Legitimados para impugnar la paternidad matrimonial". Abeledo Perrot, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Buenos Aires, Volumen: 36), ps. 121 a 139.

(20) VIDAL TAQUINI, Carlos H., "El vínculo familiar". LA LEY, 1982-B, 800.

(21) KRASNOW, Adriana N., "La filiación y sus fuentes en el Proyecto de Reforma Código Civil y Comercial 2012 en Argentina". InDret 1/2014. Barcelona enero 2014.

(22) LLEDÓ YAGÜE, F., "Fecundación artificial y derecho", Madrid, Tecnos, 1988, p. 134.

(23) FÁBREGA RUIZ, C. F., "Biología y filiación. Aproximación al estudio jurídico de las pruebas biológicas de paternidad y de las técnicas de reproducción asistida". Editorial Comares. Granada, 1999, p. 92.

VII. Palabras de cierre. Simplemente un punto de partida

En estas páginas no pretendimos arribar a conclusiones excluyentes, finales y absolutas sobre el sistema filiatorio, simplemente hemos tratado de señalar nuevos interrogantes que serán punto de partida para estudios posteriores.

Aunque podemos afirmar desde este momento que la verdad biológica no aparece como único dato relevante a los efectos de determinar la filiación por naturaleza, y que el principio de la realidad biológica no aparece como un derecho absoluto.

Resulta insuficiente el planteo del puro dato genético como elemento único y excluyente para conformar la relación de filiación por naturaleza.

El haber modificado los efectos personales del matrimonio, como así también la incorporación de nuevas formas de matrimonio y nuevas formas de familia, trae como consecuencia una desarmonía con el sistema filiatorio, ya que el rígido sistema de presunciones queda desdibujado desde los fundamentos teóricos.

De esta manera, continuamos aplicando moldes vetustos a situaciones nuevas. Para armonizar dicha cuestión, resultaría necesario una revisión integral del sistema de la fuente filial por naturaleza en particular, y de todo el sistema de filiación.

En el cual el elemento biológico no resulte ser determinante del vínculo filial, sino que deberá cobrar mayor entidad la concepción amplia de filiación, centrándose en la visión sociológica y/o social, que otorgará mayor armonía con la dignidad de la persona.

La identidad personal ha sido caracterizada como el derecho de cada uno de ser uno mismo, distinguirse y de ser distinto, sobre la base de sus propios atributos y cualidades personal. Configura un derecho personalísimo que tiende a resguardar un falseamiento y desnaturalización, tanto del sujeto en sí como en lo que concierne a su proyección social, procurando que no se presente como un ser humano concreto con atributos que no son propios de su personalidad **(24)**.

Aparece como evidente que los vínculos filiatorios que la ley reconoce en cada caso no deben contar necesariamente con una base biológica. La idea de correlacionar la filiación con el origen biológico se encuentra en crisis.

La incipiente incorporación del elemento volitivo en la filiación por técnicas de reproducción humana asistida allana el camino hacia la posibilidad de considerar de manera unificada toda la materia de filiación, sobre la base exclusiva de la voluntad procreacional.

---

(24) MIZRAHI, Mauricio Luis, "Identidad filiatoria y pruebas biológicas". Astrea, p. 55.

Claves para lograr una buena escucha de niños, niñas y adolescentes en los procesos de familias

Fernando A. Gastiazoro

Sumario: I. Introducción.— II. Los procesos de familias.— III. Derecho a una representación técnica jurídica.— IV. Estructuras edilicias y uso de tecnologías.— V. La importancia de tribunales especializados.— VI. Una indispensable mirada desde la interdisciplina.— VII. Conclusión.

I. Introducción

Los derechos de niños, niñas y adolescentes (a partir de aquí NNA) gozan de reconocimiento en todos los ordenamientos jurídicos, proyectándose como un valor universal, encontrando su punto neurálgico en la Convención de los Derechos del Niño de 1989 (de ahora en adelante CDN), de carácter obligatorio para los 195 estados firmantes.

En esta línea, la República Argentina incorpora, a través de su reforma constitucional de 1994, los tratados internacionales de derechos humanos —art. 75, inc. 22— y les asigna jerarquía normativa, integrando el denominado "bloque de constitucionalidad", al que nos remiten los arts. 1° y 2° del Cód. Civ. y Com. vigente.

El mismo compromiso se refuerza con la sanción de la ley nacional 26.061 de Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes, del año 2005 y las diversas leyes que se han pronunciado en las distintas provincias argentinas, estableciendo valiosos contenidos normativos, con un mismo norte, que es garantizar el ejercicio, disfrute pleno, efectivo y permanente de la infancia en todo el territorio nacional.

Ante tal escenario normativo, en el presente trabajo nos detendremos en el derecho de NNA a participar en los procesos judiciales o administrativos, específicamente en los procesos de familias, que encuentra su cúspide en el art. 12, CDN y la OG 12/2009, y que sigue el mismo tránsito jurídico descendiente mencionado.

La motivación radica en visualizar que estamos en presencia de un derecho, como tantos otros, que se encuentra ampliamente reconocido y llamativamente vulnerado. En este sentido, el maestro Bidart Campos advierte: "De las normas a la realidad, hay una distancia semejante a la que existe entre el remedio en la estantería de la farmacia y el remedio aplicado al cuerpo del enfermo" **(1)**.

A partir de la situación problema planteada, pretendemos a lo largo de este trabajo poner de relieve lo importante que resulta para un NNA ser escuchado en los procesos que se discuten sus derechos, desarrollando algunas pautas conducentes a lograr una buena escucha, en el marco de una justicia amigable, como verdaderos sujetos de derechos.

II. Los procesos de familias

El proceso es un medio útil para concretar o materializar el derecho de fondo, a efectos de que este se plasme en la realidad. Por esto es que el proceso se perfila como un vehículo para

(1) BIDART CAMPOS, Germán, "La realidad, las normas y las formas jurídicas". LA LEY, 1990-E, 680.

cumplir con las normas sustanciales. No podríamos concebir el funcionamiento de estas sin un debido procedimiento que canalice su cumplimiento. Se puede decir que son anverso y reverso de una misma cuestión.

El moderno derecho procesal de familias está en pleno desarrollo evolutivo. Especialmente se ha dado en aquellos países en los cuales sus legislaciones otorgan preeminencia a los derechos humanos y, correlativamente, han gozado de una constitucionalización de su derecho privado interno, espejándose en forma progresiva en sus legislaciones internas.

Los estándares establecidos por el sistema interamericano y europeo de protección de derechos humanos, computados en gran parte por estos ordenamientos, conllevan a que las normas procesales necesariamente procuren consolidar un sistema de tutela diferenciada en diversos procedimientos de familias, instituciones que tratan de equilibrar situaciones concretas, en una cada vez más ponderada justicia de acompañamiento o protectora.

Este entramado normativo comenzó a partir de la Segunda Guerra Mundial, por lo que hoy en día corresponde hablar también de derecho procesal constitucional, por la relación que existe entre el proceso y la Constitución; vale decir, siguiendo a Gozaíni, "cómo se aplican las garantías judiciales de la norma fundamental en los procesos entre partes" **(2)**. Derecho de familias y derecho procesal se encuentran atravesados por las normas que provienen de las constituciones nacionales, que nos remiten a aplicar los tratados internacionales, principalmente, aquellos que tienen una fuerte carga de derechos humanos, incorporados por la reforma constitucional de 1994, tal como manifestamos en la introducción.

En este escenario normativo, se entiende que Argentina pasó la etapa del reconocimiento de derechos de la infancia, que tuvo su epicentro en la CDN de 1989 y, ahora, en pleno siglo XXI, debemos ahondar nuestros esfuerzos para lograr que se hagan efectivos y materialicen todo el conjunto de derechos allí enarbolados.

En este sentido, el destacado jurista español Villagrasa Alcaide se cuestiona si vamos hacia una nueva CDN, e indica: "Aunque los derechos de la infancia, recogidos en la Convención, se han ido incorporando lentamente a las legislaciones internas de aquellos países que en el mundo han ratificado esta norma internacional como ley propia; la realidad es que, a pesar del carácter universal e indivisible de sus normas, su aplicación completa y real, desde su aprobación en el año 1989, dista mucho de ser una constatación efectiva" **(3)**.

El desafío es procurar que las estructuras procesales estén a merced de los NNA, en consonancia con los principios jurídicos que presiden su participación en los procesos de familias, y que las disposiciones que provienen del derecho procesal de familias se adecuen a los tratados internacionales de derechos humanos, que contemplan una tutela especial, diferenciada y protectora a efectos el cumplimiento de sus derechos se haga efectivos.

Basset ilustra estas ideas con sabias palabras, señalando que "las leyes que miran demasiado a lo alto y muy poco el suelo que nuestros niños pisan, peca de excesiva abstracción y escasa efectividad. Esta retórica ajena, de tanto repetirse, acaba por significar poco. Así el niño pasó de ser objeto a sujeto de derechos no significa absolutamente nada si, en la práctica las políticas públicas en su mayoría siguen ignorando sus vulnerabilidades interseccionales" **(4)**.

III. Derecho a una representación técnica jurídica

Comenzaremos con un derecho que es de los más esenciales y, también, de los más vulnerados. Hemos naturalizado cómo, en un proceso judicial o en la etapa previa, los NNA no cuentan con un abogado o abogada que represente sus derechos.

Este derecho se enaltece como uno de los principales baluartes del sistema de protección

(2) GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, "Introducción al derecho procesal constitucional", p. 3.

(3) ILLAGRASA ALCAIDE, Carlos., "Derechos de la infancia y adolescencia: Hacia un sistema legal", p. 18.

(4) BASSET, Úrsula, "Sutiles evoluciones en la comprensión de los derechos de la infancia: niños y adolescentes ciudadanos en el siglo XXI", p. 65.

integral de la infancia y es parte de la columna vertebral que hacen a la tutela judicial efectiva. Así es como se encuentra recepcionado por la CDN. El art. 12, inc. 2° consagra el derecho a ser escuchado, sea directamente o por medio de un representante; el art. 37, inc. d) reconoce a todo niño privado de libertad el derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica, y el art. 40, inc. 2. b) le garantiza el derecho a asistencia letrada en la preparación y presentación de su defensa.

En Argentina, la ley nacional 26.061 de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes ha ampliado las garantías procesales de la Convención. El art. 27, inc. c) consagra el derecho del niño "a ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos, el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine".

Como se observa, esta representación jurídica reviste particular importancia en los procesos de familias. Se trata de que el niño pueda conocer sus derechos a efectos de poder formar su juicio propio, dentro de un proceso que determinará su inmediato futuro. Aquí, se le deberá informar en un lenguaje adecuado a su edad, sobre el contenido de la audiencia, qué representa la figura del juez, de los asistentes sociales o equipos interdisciplinarios, sobre qué podría hablar (derecho a la intimidad); que entienda que puede optar por no participar y, además, las consecuencias que podrían generarse y cómo sería o podría ser la dinámica familiar culminado el litigio (consecuencias futuras).

A modo de ejemplo, pensemos en un proceso de divorcio, en el cual los progenitores discuten o intercambian ideas sobre cómo será el cuidado personal (alternado-indistinto); en qué hogar tendrán los NNA la residencia principal y, en este sentido, cómo será el régimen de comunicación para el progenitor no conviviente.

Aquí, conforme lo que acontece en los tribunales, los intereses de los adultos a veces son distintos al de los NNA, en donde se observa un notorio egoísmo en las decisiones que terminan decidiendo la vida de estos últimos. Asimismo, niños y niñas tampoco participan cuando los padres acuerdan el plan de parentalidad en forma extrajudicial, decisión contraria a todos los postulados que rigen la materia. Incluso, y es más grave aún, cuando elaboran un acuerdo como el mencionado, lo presentan ante el juez para su homologación y este lo homologa sin más trámite.

No caben dudas de que los padres aman a sus hijos y no tomarían decisiones que puedan afectarlos. Aun así se advierte cómo, en los procesos de familias, trascienden hechos o situaciones distintas, como las pronunciadas, que son una constante en la práctica tribunalicia y deben servirnos de ejemplo para rediseñar este tipo de procesos y colocar a los NNA en el centro de la escena.

Distinta es la situación en donde el niño deba ser intervenido quirúrgicamente y sean los progenitores quienes deban decidir si esa intervención corresponde o no efectuar. Lógicamente, entendemos —en términos generales— que aquí la decisión será la que mejor represente al menor, conforme el asesoramiento que hayan recibido los progenitores o tutores de médicos especialistas.

En el primer supuesto, entendemos que es imprescindible que NNA cuenten con representación técnica jurídica, a efectos encuentren en el proceso judicial que los involucra, una persona que represente sus "mejores intereses" o "los deseos expresados por ellos", en relación a los adultos, y puedan contar con la información necesaria —consentimiento informado— que conducirá a que puedan generar una opinión lo más elaborada posible conforme a su edad, evolución y situación familiar particular; y cuando no sea así, estaremos ante un proceso notoriamente discriminatorio, inconstitucional y carente de todo fundamento legal.

IV. Estructuras edilicias y uso de tecnologías

El derecho de participación de NNA encuentra una íntima relación con el principio de autonomía progresiva, partiendo de la hipótesis de que puedan hacer uso efectivo de ese derecho lo antes posible, en términos cronológicos.

Como advertimos, no solo será trascendental que cuente con un abogado que tutele sus derechos, sino que, además, debemos generar

un ambiente propicio o adecuado a su edad, a efectos que el ejercicio de su derecho de participación sea en un contexto lo más natural y agradable posible.

Niños y niñas están acostumbrados a estar entre sus compañeros de jardín o de algún deporte o instrumento que practican con habitualidad, entreteniéndose con sus juguetes, con sus mascotas o, simplemente, divirtiéndose con alguna ocurrencia, en un contexto de alegría y confianza.

Todo lo contrario es el clima que se respira en los tribunales. Debemos reflexionar, por sentido común, que concurrir a los estrados judiciales de por sí resulta intimidatorio para un adulto; imaginemos para un NNA de cinco, diez o catorce años. No podemos pretender que puedan manifestarse, hacer un comentario o conversar abiertamente sobre la situación que están atravesando en un espacio que es completamente desconocido (no es común para un niño entrar en contacto con el sistema de justicia), ediliciamente inapropiado para lo que están acostumbrados y rodeados de personas adultas y extrañas, que lógicamente puedan causarles temor y desconfianza.

En este punto, vale recordar que el Comité de Derechos del Niño en la Observación General 12/2009 advierte en los estados signatarios de la CDN la obligación de adecuar su legislación interna a la letra del art. 12 y generar los mecanismos para garantizar su plena efectividad, impidiendo que los ritos burocráticos conspiren contra el encuentro del niño con la autoridad estatal. Expresa con mayor precisión: "No se puede escuchar eficazmente a un niño cuando el entorno sea intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado para su edad. Los procedimientos tienen que ser accesibles y apropiados a los niños. Debe prestarse especial atención al suministro y la transmisión de información adaptada a los niños, la prestación de apoyo adecuado para la defensa de los intereses propios, la debida capacitación del personal, el diseño de las salas del tribunal, la vestimenta de los jueces y abogados y la disponibilidad de pantallas de protección visual y salas de espera separadas".

En resumidas cuentas, la escucha sería más amena si gozaran de un espacio físico y espiritual necesario para recibir sin hostilidad y con un acogimiento que haga sentir libre al NNA al expresar su opinión; lo que implica cambios edilicios significativos y también de los objetos que componen dichas salas, pensando en la posibilidad de incorporar juguetes, aparatos electrónicos, instrumentos, mascotas, pinturas, etc. Como tantos magistrados y magistradas han hecho en sus juzgados.

Para dimensionar lo que venimos manifestando, en España, Chile o Irlanda se están empleando mascotas como apoyo técnico en esta tarea de entrevistar a los niños. Los perros de asistencia judicial son entrenados por profesionales para dar apoyo emocional a NNA que deben testificar tras haber sufrido violencia sexual o maltrato.

En esta misma línea, procuramos que la tecnología ocupe un rol significativo en la participación de niños y adolescentes.

Así las cosas, las audiencias deben ser grabadas, previo consentimiento informado, que consiste, por un lado, en que esa escucha sea informada (libertad de información), que tiene que ver con el derecho de ejercicio a ser escuchado, porque si el niño no sabe en qué consiste ese derecho y los límites y consecuencias (previas y posteriores) de ese ejercicio, en definitiva, no es portador de ese derecho.

Sobre este punto, que es determinante, nos aclara Verdera Izquierdo: "El derecho del menor a ser informado se configura como un paso previo, o fase de preparación, que conducirá a poder conformarse una verdadera visión de la realidad sobre la cual debe ser escuchado" **(5)**. Todo esto acompañado de su abogado particular y del equipo interdisciplinario del juzgado.

Y por otro, el consentimiento informado guarda relación con otro derecho fundamental, que es el derecho a la intimidad, que implica que niños y adolescentes deben conocer cómo se va a registrar su participación, es decir, de qué manera se va a resguardar su privacidad y tener la potestad de decidir sobre su publicidad, porque muchas veces los progenitores no conocen las

(5) VERDERA IZQUIERDO, Beatriz, "La actual configuración jurídica del menor", p. 97.

reales sensaciones de sus hijos, y los NNA tienen derecho a conservar sus secretos.

Otra opción, un poco utópica por los recursos y los tiempos que corren en la justicia, es que las audiencias se desarrollen en los domicilios o residencias particulares de los niños. Se emplearán medios técnicos (videoconferencias, filmaciones, etc.) que importarán trasladar al juez, al equipo interdisciplinario y al abogado particular de los NNA.

Este supuesto, de alguna manera, es lo que acontece con la Cámara Gesell, creado por el psicólogo norteamericano Arnold Gesell (1880-1961), que ha sido de notable utilidad para el desarrollo de las instancias jurídicas de recolección de pruebas, asociadas a procesos de investigación penal sobre hechos de abuso sexual que involucran a menores de edad.

Entendemos, en este marco, que la escucha de NNA en procesos de familias se podría realizar a distancia, es decir, en forma no presencial, en supuestos excepcionales, cuando las circunstancias del caso lo ameriten.

Qué mejor ejemplo, en los tiempos actuales que vivimos atravesados por una pandemia (COVID-19), en donde el Poder Judicial debe florecer en recursos y esfuerzos para cumplimentar con el acceso a la justicia de los más vulnerables. Herramientas como Zoom o Skype, tan utilizadas por los adultos para generar comunicación en tiempos actuales, podrían ser valiosas alternativas para entrevistar a NNA desde sus domicilios o en aquel sitio en donde se encuentran más cómodos para expresarse libremente.

Lo importante es generar opciones concretas que conduzcan siempre a que los NNA puedan hacer uso efectivo de su derecho de participación, aunque esto implique mayores esfuerzos de los operadores, y presupuestarios por parte de los diversos estados conforme las obligaciones asumidas.

V. La importancia de tribunales especializados

El derecho procesal de familias presenta significativas peculiaridades que implican que los operadores manejen con destreza técnica y sensibilidad humana las etapas o secuencias del conflicto para lograr su justa resolución. Al referirse a este tipo de procesos, nos alerta Rodolfo Jáuregui: "No obstante su contenido jurídico, en ocasiones en su seno se desencadenan verdaderos desencuentros amorosos, ríspidos, en los que participan de las disputas activamente o en forma solapada las más primarias pasiones humanas, los enconos, las frustraciones, los resentimientos y viscerales odios, con sus posibles desdeñables desbordes, y con toda la carga emocional nociva y el despliegue que ello significa" **(6)**.

Ante tal escenario particular, no caben dudas de que se requiere de previsiones legales y procesales especiales, que tiendan a tutelar los derechos de las personas más vulnerables, inmersas en este tipo de litigios.

En este carril de ideas, estamos en un camino de recodificación en el cual los diversos países o provincias que los integran brindan códigos procesales específicos en materia de familias, justamente respondiendo a la estrecha relación que existe entre derecho sustancial y procesal, y a esta idea de que se trata de un proceso que reúne ciertos matices que lo hacen especial y que debe estar en sintonía con las directivas que provienen de la legislación operante en derechos humanos.

Este movimiento comenzó en el siglo XX en Europa (década del 70), particularmente en España e Italia, cuando comenzaron a crearse los tribunales de familias especializados y se expandió al resto de los continentes. Hoy día, es reiterada la legislación que hace referencia a este punto. No solo en el orden sustancial, sino procesal también.

Así las cosas, las 100 Reglas de Brasilia prevén la especialización, determinando en su art. 40: "Se adoptarán medidas destinadas a la especialización de los profesionales, operadores y servidores del sistema judicial para la atención de las personas en condición de vulnerabilidad. En las materias en que se requiera, es conveniente la atribución de los asuntos a órganos especializa-

(6) JÁUREGUI, Rodolfo, "Proceso de familia, principios generales y tribunales especializados", p. 7. 37.

dos del sistema judicial". En esta línea, el Código Civil y Comercial argentino de 2015 lo prevé en su art. 706, "Principios generales en los procesos de familia", inc. B): "Los jueces antes los cuales tramitan estas causas deben ser especializados y contar con apoyo multidisciplinario".

Dicho esto, es importante que nos cuestionemos cuál debe ser o qué esperamos de los jueces en materia familiar, y reflexionemos sobre los tribunales especializados y deslicemos precisiones sobre cuál es su cometido, conducente a lograr el cumplimiento de los derechos de NNA.

En el marco de estas consideraciones, no es noticia que vivimos en una sociedad en constante movimiento y que sufre asiduas transformaciones, lo que genera un fuerte impacto en las relaciones de familias y, por ende, las funciones del derecho van mutando. En la judicatura, de alguna manera, sucede lo mismo, y es necesario que el rol o participación de los magistrados, se vaya reinventando, abandonando la vieja idea de juez pacificador o árbitro, que busca a partir de sus decisorios paz y justicia, como objetivo o punto final del proceso. Sería descabellado pensar en aquel conocido y popular refrán de Montesquieu, quien alardeaba de que "los jueces de la Nación, como es sabido, no son ni más ni menos que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza y el rigor de la ley misma".

En la actualidad, no alcanza con que el juez o la jueza de familia tengan exorbitantes conocimientos técnicos y procesales de la materia. Por supuesto que serán importantes, pero además es necesario que estén dotados de calidad humana, empatía, valores, principios, de compromiso con las personas involucradas y aprendizajes provenientes de otras áreas disciplinarias.

En nuestra mirada, no sirve de nada un magistrado que conozca de memoria la letra fina de la ley, pero que no logre empatizar con la situación que le toque resolver. Quizá en otras materias, como derecho tributario o mercantil, resulte suficiente, pudiendo resolver un litigio con cálculos matemáticos.

Pensemos que, en este tipo de procesos, se evalúa el pasado y el presente de una familia, para decidir sobre su futuro, su dinámica y el porvenir de sus miembros, y sobre todo en el proceso, participan NNA que deben ser la piedra angular de todas las decisiones.

Por estos motivos, como fiel reflejo de la constitucionalización del derecho privado, se requieren estos nuevos modelos de magistratura activista, protagonista, que se erija en agente de cambio, que encarnen un verdadero modelo de justicia de protección y acompañamiento, para asegurar una igualdad real en los procesos y la vigencia de derechos esenciales, sobre todo de las personas en situaciones de vulnerabilidad.

VI. Una indispensable mirada desde la interdisciplina

En congruencia con lo que vengo relatando, la participación de NNA en los procesos de familias tiene un componente multidisciplinar gravitante, en donde la visión jurídica se debe complementar con las voces provenientes de otras disciplinas.

Partiendo de esta afirmación, serán los magistrados quienes al momento sentenciar la mejor decisión para un niño o adolescente inmerso en un proceso de adopción, divorcio, plan de parentalidad (alimentos, cuidado personal y régimen de comunicación), tutela, guarda, etc., deberán estar dotados de herramientas provenientes de otras disciplinas, que se interesan también de manera directa y comprometida con el decisorio.

Sobre esta cuestión, volvemos a encontrar contenido en las 100 Reglas de Brasilia, al advertir en su art. 41, "Actuación interdisciplinaria": "Se destaca la importancia de la actuación de equipos multidisciplinarios, conformados por profesionales de las distintas áreas, para mejorar la respuesta del sistema judicial ante la demanda de justicia de una persona en condición de vulnerabilidad".

Es un delicado camino de transición el que debe atravesar un niño en un proceso de adopción, en el que es separado de su familia de origen y se pretende su inclusión en un nuevo grupo familiar, la cruel sensación de vivir el proceso de divorcio de las personas que ama; o pensemos en un proceso en el cual los abuelos

del niño exigen un régimen de comunicación, porque este es privado por sus propios progenitores.

Estos acontecimientos, que lamentablemente NNA deben atravesar, seguramente despierten muchas sensaciones encontradas que deben ser atendidas por profesionales especializados, que puedan brindar distintos criterios y valoraciones en una misma dirección, que será proteger el interés superior de los más vulnerables.

En concordancia, para alcanzar una tutela judicial efectiva de la infancia —personas vulnerables en razón de su edad—, que concierne su derecho de participación, será imprescindible que, en esa escucha, se encuentren presentes un psicólogo, un trabajador social o ambos, quienes serán las personas más capacitadas para analizar y comprender lo que ese niño piensa, le preocupa, lo que siente o cuáles son sus deseos y motivaciones.

La intervención de estos profesionales será vital en la etapa previa del proceso, es decir, antes de que el niño pueda participar, en lo que denominamos, consentimiento informado, brindando tranquilidad, contención y esclareciendo sus ideas. También es importante, y de lo que poco suele hablarse, es en la etapa posterior al juicio o mediación, y que los niños y adolescentes logren entender cómo va a ser la dinámica familiar a partir de la decisión del juez, a efectos repercuta lo menos posible en su vida y quehaceres diarios.

Será con esos informes en sus manos que los magistrados deben decidir el futuro inmediato de los niños. Si bien son informes no vinculantes, entendemos que los magistrados cuando no decidan conforme a lo detallado por aquel profesional deberán explicar los fundamentos por los cuales se apartan de aquella manifestación o al menos hacer una referencia en su sentencia judicial. No se puede concebir, que se decida sobre los NNA y no escuchemos a quienes más saben o más se han capacitado y, por lo tanto, están en mejores condiciones de describir las sensaciones que están viviendo.

En este escenario, consideramos que también la participación de especialistas en otras áreas disciplinarias en los procesos de familias servirá para desterrar ideas ciertamente arraigadas en la sociedad, y que los adultos suelen tener de NNA. Esto es, que no están capacitados para expresar sus ideas, que no pueden, que no saben, que mienten, que no están seguros de lo que quieren, y tantas otras manifestaciones que suelen pronunciarse; que no son más que conjeturas descalificadoras, que guardan como único propósito silenciar los sentimientos de niños y niñas, prohibiendo su participación en estos procesos, cuando muchas veces, esta manifestación puede ser más sincera, elocuente y veraz que la de cualquier adulto.

Los tribunales especializados sobre los cuales nos hemos pronunciado responden a esta idea. Deben estar dotados de jueces especialistas en derecho de familias y para facilitar, brindar y asegurar un mejor servicio de justicia, contar en forma imprescindible, con equipos interdisciplinarios, que cooperen a alcanzar las mejores decisiones en este tipo de procesos.

VII. Conclusión

La escucha de niños, niñas y adolescentes es una tarea compleja y los sitúa en una posición de especial vulnerabilidad. Canalizar ese derecho a través de las vías procesales y lograr su ejecución es uno de los mayores desafíos que ostentan los tribunales de familias.

En este trabajo, intentamos destacar distintas pautas procesales, técnicas y humanas, conducentes a que la escucha de NNA sea una labor más sencilla.

El derecho de participación de NNA en los procesos de familias es apenas una expresión de su derecho pleno a la ciudadanía y se manifiesta como una puerta de ingreso a la adquisición de otros derechos fundamentales.

No oír a niños, niñas y adolescentes en los procesos de familias no solo será contrario al derecho internacional de derechos humanos que rigen la materia, implicando la negación de un derecho fundamental que hacen a su personalidad jurídica, sino que, además, ese proceso portará consigo una nulidad procesal absoluta, por ser contrario a las disposiciones normativas que así lo exigen.

Comentarios Jurisprudenciales

NULIDAD DE MATRIMONIO

Rechazo de la demanda. Vicio en el consentimiento al contraer matrimonio. Condiciones personales del contrayente. Homosexualidad.

Con nota de María Cristina Mourelle de Tamborenea y Pamela Kazmirczuk

1. — Si transcurrieron 14 años de conocimiento mutuo entre las cónyuges resulta imposible aceptar que la actora desconozca la orientación sexual del contrayente a los fines de solicitar la nulidad del matrimonio.

2. — Aun cuando el demandado haya mantenido una relación homosexual durante la vigencia del matrimonio, no se configura en el caso el error en las cualidades personales del contrayente, ni la orientación sexual que pretende imputarle la actora es preexistente a la celebración del matrimonio, para operar como vicio de la voluntad y causal de nulidad del matrimonio, puesto que como se ha probado, el demandado es heterosexual.

TColeg. Familia Nro. 7, Rosario, 23/06/2021. - P. S. c. M. N. s/ nulidad de matrimonio.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/114334/2021]

COSTAS

A la actora vencida.

Rosario, junio 23 de 2021.

Resulta:

La señora S. M. P., por derecho propio y con el patrocinio de las abogadas V. C. y J. L., interpone demanda de nulidad de matrimonio contra su cónyuge N. A. M. con fundamento en el art. 425 inc. c) del Cód. Civ. y Com. de la Nación, al tiempo que reclama indemnización por daño material, psicológico y moral.

Relata que en el año 2004 a sus 16 años conoció al demandado, comenzando una relación de noviazgo en fecha 12/09/2008.

Señala que en octubre de 2011 realizaron un viaje a República Dominicana, y que se comprometieron, cristalizándose con la celebración del matrimonio en fecha 16 de marzo de 2013.

Afirma que iniciada la convivencia, comenzaron los malos tratos, al tiempo que desaparecía su autoestima, que trabajaba incansablemente, cocinaba e intentaba tener la casa impecable, y que con motivo de la constante exigencia, ello derivó en ataques de pánico.

Señala que los profesionales que intervinieron le aseguraron que los ataques de pánico tenían su origen en el matrimonio.

Destaca que pensaron en separarse, sin embargo comenzaron a viajar por distintos lugares del mundo, y que con el transcurso del tiempo las cosas se fueron acomodando.

Refiere que proyectaron agrandar la familia, ser padres y buscar una vivienda más grande.

Señala que en fecha 02/11/2017 a una amiga llamada M. G. R. le preguntaron si conocía una persona llamada D. B., motivo por el cual le preguntó a su esposo si conocía una persona con tal nombre.

Manifiesta que el demandado respondió que no lo conocía, luego transcurrieron los días con eventos familiares, hubo discusiones, él no la abrazaba no quería mantener relaciones sexuales, lo notaba más nervioso, se incrementaba el maltrato y alejaba continuamente el celular.

Considera que su conducta era un claro indicio de engaño.

Destaca que en fecha 05/01/2018 recibió un mail al trabajo con la foto de una denuncia donde el demandado solicitaba la prohibición de acercamiento contra D. B., afirmando que era una supuesta pareja de él.

Afirma haber entrado en pánico, estar asustada, manifiesta recibir mensajes de los contactos de facebook remitiendo fotos de la misma denuncia.

Sostiene que el demandado volvió a mentir al afirmar que el señor B. era un cliente del banco donde trabajaba, que todo era una construcción mental de ese sujeto.

Subraya que en fecha 6 de enero de 2018 luego de discutir por su mentira, el demandado se fue a casa de sus padres, en tanto el día 07/01/2018 con el intento de reanudar el vínculo lo contacta y regresa al hogar, finalmente el día 08/01/2018 retoma las sesiones con la psicóloga, y cuando regresa a su casa el demandado se había retirado, intenta localizarlo telefónicamente y nunca se estableció el mismo.

Manifiesta que se dirigió al banco a pedir información sobre el supuesto cliente extorsionador, y que a las 12.30 se reunió con el demandado quien le con-

fesó que siempre fue gay, y que nunca había podido decírselo a nadie.

Funda la procedencia de la nulidad del matrimonio en el vicio en el consentimiento, considerando que fue engañada, atento el error acerca de las cualidades personales del otro contrayente (art. 425 inc. c) y 409 del Cód. Civ. y Comercial).

Subraya que su consentimiento se encontró plenamente viciado atento que desconocía la verdadera elección sexual del demandado, lo que no juzga, pero que como consecuencia de ella vio frustrado sus planes familiares, personales y sociales, motivo por el cual solicita la nulidad del matrimonio por vicio esencial fundado en el error.

Reafirma que de haber sabido que el demandado era gay, jamás hubiera contraído matrimonio con él, considerando que prueba de ellos es que con posterioridad a su confesión, el 8 de enero de 2018 se oficializó el fin de la cohabitación, la cual de hecho se encontraba interrumpida desde el 5 de enero de 2018.

Añade que sus deseos y expectativas tenidas en mira al momento de celebrar el matrimonio se encuentran frustradas a causa de un comportamiento antijurídico del demandado, quien a todas luces actuó de mala fe en contraposición con lo ordenado por el art. 427 del Cód. Civ. y Comercial.

Sostiene que la revelación del engaño de su marido le provocó daños que superan ampliamente el ámbito emocional, y que repercuten en el ámbito físico y psíquico, motivo por el cual debió someterse a estudios médicos exhaustivos.

Afirma que el demandado le confesó que con la persona que estuvo trabajaba como "taxi boy", por lo cual deduce que dicha persona habría estado con otros hombres, lo cual conlleva, un riesgo actual y eventual, debiendo completar exámenes de HIV y otra enfermedad de transmisión sexual.

Manifiesta que la revelación de tamaño engaño repercutió en la vida laboral disminuyendo la capacidad productiva.

Reclama daño material en la suma de U$S 10.500 por pérdidas en las operaciones inmobiliarias, daño psicológico $250.000 y daño moral $250.000.

Ofrece pruebas y funda en derecho (fs. 4/13).

Impreso el trámite de ley (fs. 22), comparece el demandado señor N. A. M., por derecho propio y con patrocinio letrado del abogado E. R. (fs. 25).

Se ordena el traslado de la demanda (fs. 30), la que es contestada por el demandado a fs. 37/42.

El demandado niega todos y cada uno de los presupuestos de hecho y de derecho alegados e invocados por la actora y la documental atribuida.

Manifiesta que se casó con la actora con plena convicción y conciencia de su heterosexualidad en forma exclusiva intentando formar una familia y ella como su compañera de vida.

Refiere no tener la condición de homosexual, ni antes, ni en el momento de contraer matrimonio, ni después durante los años que siguieron de convivencia hasta el mes de agosto de 2017.

Afirma que habiendo contraído matrimonio en fecha 16 de marzo de 2013, dedicó todo su amor a su esposa, pero luego con la convivencia el vínculo se fue deteriorando, lo cual le provocó un alto grado de frustración emocional e insatisfacción que desembocó en el mes de agosto de 2017, que naciera la elección sexual de homosexualidad en forma ocasional con una sola persona.

Relata que el noviazgo se inició en setiembre de 2008, que era una relación sana, que en el año 2009 viajó a Buenos Aires a realizar una maestría en Comercio Internacional en la Universidad del S. y a trabajar, que viajaba a Rosario para encontrarse con S. una vez por semana; que a finales del año 2010 regresó a V. C., viajando todos los días a Rosario por cuestiones laborales y para encontrarse con la actora, finalmente en el año 2011 se radicó en Rosario, le pidió la mano a los padres de su novia, y le propuso matrimonio en el viaje a República Dominicana.

Destaca que durante toda la relación con su esposa le dedicó toda la atención a sus necesidades y cuidados como esposo, puesto que la acompañaba a tomar el colectivo, como así también cuando concurría a ser atendida por psicólogo y psiquiatra, preparaba la comida, mantenía el hogar limpio, para que pudiera descansar al regresar del trabajo.

Sostiene que varios meses después del casamiento, la relación matrimonial comenzó a desgastarse poco a poco por desacuerdos de pareja y su forma de solucionarlos.

Agrega que la actora comenzó a concurrir a un psicólogo y un psiquiatra en el año 2015, los desacuerdos se hicieron cada vez más frecuentes e intensos, desgastando la relación de a poco, motivo por el cual manifiesta que en más de una ocasión decidió armar las valijas con algunas pertenencias para retirarse de su casa y poner fin a la relación, no pudiendo llevar-

lo a cabo porque la actora lo llamaba o buscaba para evitarlo.

Reafirma haberse casado con la actora con plena convicción y conciencia de ser heterosexual exclusivamente, que intentó formar una familia, que nunca tuvo la condición de homosexual, ni antes, ni en el momento de contraer matrimonio, ni después durante los años que le siguieron de convivencia hasta el mes de agosto de 2017.

Reitera, que como consecuencia de la frustración emocional de un matrimonio que se fue desgastando, ocurrió que en el mes de agosto de 2017 tuviera en forma ocasional una elección sexual distinta (homosexual) a la anterior (heterosexual en forma exclusiva).

Considera que no ha existido nulidad en el matrimonio ya que su condición de heterosexualidad en forma exclusiva y absoluta ha existido no solo antes del matrimonio sino en el momento mismo del acto de celebración del matrimonio, para continuar con dicha condición en forma posterior al matrimonio hasta el mes de agosto de 2017.

Reconoce haber efectuado una denuncia policial en fecha 3 de noviembre de 2017 contra el señor D. B. por los hechos descriptos en la misma - Autos: "M. N. c. B. D s/ violencia familiar". CUIJ nro. ...

Subraya que solicitó una medida de prohibición de acercamiento contra el señor D. B. atento el pedido de este de dinero, para no revelar la relación homosexual a sus allegados íntimos.

Destaca que a partir del mail recibido por la actora en fecha 5 de enero de 2018 se produjo la separación en fecha 8 de enero de 2018.

Reafirma que no hubo error por parte de la señora S. P. al celebrar el matrimonio, dada su condición de heterosexual en forma exclusiva hasta el mes de agosto de 2017.

Agrega que no hubo ocultamiento de la condición sexual en el acto de matrimonio, puesto su cualidad de heterosexual en forma exclusiva, que tampoco hubo ignorancia sobre la condición sexual dada su calidad de heterosexual durante el noviazgo, acto de celebración del matrimonio y después del mismo hasta el mes de agosto de 2017.

Considera que al no haber ocultamiento de una condición que no la había, ni vicios de consentimiento por parte de la esposa en la celebración del matrimonio, debe rechazarse la demanda atento a que el matrimonio es válido, por no encontrarse reunidos los presupuestos de los arts. 425 inc. c) y 427 del Cód. Civ. y Comercial, motivo por el cual tampoco resultan procedentes los reclamos indemnizatorios formulados por la demandada.

Solicita el rechazo de la demanda, con costas, funda en derecho.

Mediante decreto de fecha 23 de mayo de 2018 se ordena la apertura de la causa a prueba (fs. 44), ratificando la prueba ofrecida la actora y ampliando la misma a fs. 47; en tanto la demandada lo hace a fs. 50/51.

Por auto N° 2457/18 se provee la prueba ofrecida (fs. 55), en tanto por auto N° 2821/18 se sortea Perito Psicóloga (fs. 66), celebradas las audiencias de fecha 01/10/2018 (fs. 83/85), de fecha 29/10/2018 (fs. 86/90), de fecha 27/11/2018 (fs. 122), agregada la pericia psicológica (fs. 147/150) y formulada las aclaraciones (fs. 158/159), mediante decreto de fecha 14 de diciembre 2020, se clausura el término de pruebas (fs. 165) y las partes presentan sus alegatos (fs. 116 y 168).

Mediante decreto de fecha 9 de abril 2021, se llaman autos para sentencia (fs. 171), quedando notificadas las partes a fs. 172 y 175, vencido el plazo legal, quedan los autos para resolver.

Considerando:

El thema decidendum se circunscribe en verificar si la libertad para prestar el consentimiento matrimonial, el cual fuera celebrado en fecha 16 de marzo de 2013, se encuentra viciado por haber incurrido la señora S. M. P. en el error acerca de las cualidades personales del señor N. A. M.

Sabido es que la ausencia de impedimentos matrimoniales es una condición de validez del matrimonio, motivo por el cual si en el acto de celebración el consentimiento de los contrayentes hubiese sido afectado por los vicios de violencia, dolo o error, adolecerá de nulidad relativa.

La norma 409 del Cód. Civ. y Com. de la Nación establece que son: "Vicios del consentimiento: a) la violencia, el dolo y el error acerca de la persona del otro contrayente; b) el error acerca de las cualidades personales del otro contrayente, si se prueba que quien lo sufrió no habría consentido el matrimonio si hubiese conocido ese estado de cosas y apreciado razonablemente la unión que contraía. El juez debe valorar la esencialidad del error considerando las circunstancias personales de quien lo alega", en tanto el art. 425 del citado cuerpo legal dispone: "Nulidad relativa. Legitimados. Es de nulidad relativa: inc. c) el matrimonio celebrado con alguno de los vicios del consentimiento a que se refiere el artículo 409. La nu-

lidad solo puede ser demandada por el cónyuge que ha sufrido el vicio de error, dolo o violencia. La nulidad no puede ser solicitada si se ha continuado la habitación por más de treinta días después de haber conocido el error o de haber cesado la violencia. El plazo para interponer la demanda es de un año desde que cesa la cohabitación".

Este es el marco normativo en que se encuentra encuadrada la pretensión de la señora S. P., quien centra su pretensión, en que su consentimiento al celebrar el matrimonio se encontró plenamente viciado, puesto que desconocía la verdadera elección sexual de su cónyuge. En otras palabras, afirma que de haber sabido que el demandado era "gay", jamás hubiera contraído matrimonio, considerando que prueba de ellos es que con posterioridad a tomar conocimiento de la relación homosexual habida por su cónyuge en agosto de 2017 con el señor D. B., la que fuera conocida en fecha 5 de enero de 2018, interrumpió la cohabitación en fecha 8 de enero de 2018.

En tanto, el señor N. M., considera que no ha existido nulidad en el matrimonio ya que su condición de heterosexualidad en forma exclusiva y absoluta ha existido no solo antes del matrimonio sino en el momento mismo del acto de celebración del matrimonio, para continuar con dicha condición en forma posterior a lo largo del matrimonio hasta el mes de agosto de 2017, cuando mantuvo una relación íntima, no sexual, con el señor D. B.

En este orden de ideas, corresponde analizar minuciosamente las especiales circunstancias de la causa, como así también valorar la prueba en su conjunto.

Relevantes resultan los datos y circunstancias detallados por la propia actora, bajo el título "El inicio del vínculo", al señalar que desde el año 2004, cuando tenía 16 años de edad, conoció al demandado, quien durante el lapso de cuatro años en forma insistente enviaba mails y mantenían conversaciones esporádicas. El noviazgo comenzó en fecha 12 de setiembre de 2009, habiendo realizado un viaje en octubre de 2011 a República Dominicana, finalmente se celebró el matrimonio en fecha 16 de marzo de 2013.

Por tanto, sencillo resulta, observar que las partes mantuvieron una relación de amistad por cuatro años, para luego convertirse en una relación intensa de noviazgo de cinco años, en las que compartieron incluso un viaje al exterior; y que desde la celebración del matrimonio hasta su ruptura también transcurrieron casi cinco años, en los que, como lo refiere la propia actora, compartieron numerosos momentos de intimidad realizando viajes a Punta del Este, La Paloma, La Romana, Playa del Carmen, Miami, Tailandia, Dubai, Nueva York, Orlando, Costa Oeste de Usa, Europa. Lo aquí descripto, demuestra que transcurrieron largos catorce años de conocimiento mutuo entre las partes.

Justamente esta historia de vida entre la señora P. y el señor M. me conducen a interpretar que resulta imposible aceptar que la actora desconozca la orientación sexual del contrayente.

La doctrina Carolina Duprat lo señala perfectamente al efectuar el comentario a la norma 425 inc. c) y su correlato art. 409 del Cód. Civ. y Comercial cuando refiere a que "En la actualidad, y conforme las nuevas realidades de los noviazgos, es muy difícil que se den estos casos, toda vez que normalmente los esposos se conocen muy bien antes de contraer matrimonio. Es frecuente, incluso que cohabiten, pero aunque no convivan, el conocimiento que tiene el uno del otro hace improbable que se den los supuestos referidos en la norma (Duprat, Carolina, Caramelo, Gustavo, "Código Civil y Comercial comentado", Gustavo Caramelo, Marisa Herrera, 1ª edición, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Infojus 2015, p. 39).

Si a este principio de realidad, se lo liga a la respuesta dada por la propia actora al absolver la posición séptima, en referencia que no sabe si el demandado tenía como condición sexual la heterosexual en forma exclusiva hasta agosto de 2017, y agrega que no puede hablar sobre su sexualidad (fs. 83), en tanto el demandado al absolver posiciones mantiene su posición cuya orientación sexual reafirma es la heterosexual, al tiempo que sostiene que la denuncia formulada en la que admite que fue pareja ocasional del señor D. B. (causa "M. c. B. s/ violencia familiar), no lo convierte en homosexual (fs. 84).

En este orden de ideas, considero crucial el resultado de la pericia psicológica efectuada por la perito R. B. C., en la cual, no está demás señalar, que participaron los delegados técnicos propuestos por las partes, el Psicólogo G. V. y la Psiquiatra E. A. (fs. 147/150).

El término crucial, no resulta superfluo, puesto que la perito psicóloga con claridad meridiana, concluye que el señor N. M. es un sujeto heterosexual, al tiempo que añade que la relación entre las partes tuvo una duración de 14 años en la cual siempre prevaleció la fidelidad.

En este punto debo detenerme por cuanto la norma coloca en cabeza del juzgador valorar la esencialidad del error considerando las circunstancias personales de quien lo alega.

En esta línea de ideas, se ha conceptualizado al error en la falsa idea o ausencia de idea que se posee sobre una cosa o persona. La doctora Marisa Herrera,

señala que la norma 409 Cód. Civ. y Comercial expresamente limita el objeto del error al establecer, en armonía con lo dispuesto por el art. 425 inc. c), que causa la nulidad relativa el matrimonio el error acerca de la persona (error sobre la identidad del sujeto) y/o las cualidades o características personales del otro contrayente. Respecto a este último, se contempla una previsión normativa amplia y abierta que posibilita la consideración de múltiples circunstancias configurativas del error. No obstante independientemente del hecho que hubiese dado lugar al mismo, reviste suma importancia la actividad probatoria en tanto deberá acreditarse que el error fue determinante, es decir, que de no haberse mediado, el acto jurídico matrimonial no se habría celebrado (Herrera, Marisa, "Código civil y Comercial de la Nación", T. II, obra colectiva dirigida por Ricardo Lorenzetti, Editorial Rubinzal-Culzoni, p. 601).

En otras palabras, se sostiene que el error de hecho como vicio de la voluntad y casual de nulidad debe ser esencial (art. 267 Cód. Civ. y Comercial). Además debe ser reconocible por el destinatario (art. 265 Cód. Civ. y Comercial), esto es, que el destinatario de la declaración lo haya podido conocer según la naturaleza del acto, las circunstancias de persona, tiempo y lugar (art. 266 Cód. Civ. y Comercial). Por último debe ser determinante para la celebración del matrimonio, de manera que si se hubiese conocido el real estado de cosas y apreciado razonablemente, el matrimonio no se hubiera contraído (ob. cit., Caramelo, Gustavo, p. 18)

Sentado ello, corresponde valorar en el caso concreto la esencialidad del error, teniendo en cuenta las condiciones personales y circunstancias particulares de quien pretende la nulidad del matrimonio, basada en el error, el cual a los fines de nulificar el matrimonio, requiere que no sea cualquier error, sino debe ser esencial, grave, determinante de la voluntad del contrayente.

Nuevamente la pericia psicológica echa luz a las características y personalidades de las partes, como así también el tipo de vínculo habido entre ellos a lo largo de su historia de vida.

Resalta la perito psicóloga que como consecuencia del vínculo patológico que caracterizó la relación entre las partes, el señor M. presenta un debilitamiento de su Yo, baja autoestima, convirtiéndolo en un sujeto vulnerable, producto de una relación tiranizada, con imposibilidad de decidir u opinar para no producir en la relación un malestar mayor, en tanto respecto de la señora S. P., indica que en ningún momento se paralizó frente a las situaciones dificultosas, sino que por el contrario, contó con los recursos defensivos necesarios para hacerle frente.

Desde esta perspectiva, me encuentro en la entera convicción de que no se configura el error en las cualidades personales del señor M., ni que la orientación sexual que pretende imputarle la actora, fuera preexistente a la celebración del matrimonio, que pueda operar como vicio de la voluntad y causal de nulidad del matrimonio, puesto que como se ha probado en autos, el señor N. M. es heterosexual.

A mayor abundamiento, la declaración de todos los testigos ofrecidos, tanto por la parte actora como por la parte demandada coinciden en declarar que la orientación sexual a lo largo de la vida del señor N. M. es heterosexual.

Así, la testigo M. G. R. sostuvo que "Era una relación normal. Concurrí muchas veces a la casa de ellos y él estaba así veía como era la pareja en estas situaciones, siempre muy cordiales, muy educados…." "heterosexual hasta que me contaron que tuvo una relación con un hombre, según lo que me contó S." (fs. 87), en tanto el testigo M. C., declaró "yo puedo hablar de lo que yo observaba o suponía, siempre fueron conversaciones heterosexuales. Nunca tuve ningún indicio de otra cosa" (fs. 87), el testigo F. A. declaró: "Yo de lo que conozco siempre le gustaron las mujeres, siempre se habló de mujeres, con quien salía con quien tenia relaciones sexuales. Cuando se casó no hablamos de esas cosas pero lo que siempre supe es que fue heterosexual. Conocí un montón de novias de V. C., tres novias aproximadamente y chicas con las que salió y tuvo relaciones sexuales con ellas" (fs. 99); en tanto el testigo J.R. dijo: "Hasta donde me consta N. es heterosexual porque lo conozco así desde que lo conozco. Por decir algún caso recuerdo cuando salimos en la adolescencia a boliches. N. siempre tendía alguna novia y nunca vi ningún comportamiento que me permitiera decir que era homosexual, al contrario. Luego, durante el noviazgo tampoco en ese momento estaba muy enganchado con S. y así siguió durante el matrimonio. Sin ver en este período nada que me indicara que N. era homosexual sino más bien me daba clara indicaciones que era heterosexual. N. durante el matrimonio siempre se mantuvo muy atento para con S." (fs. 100), por su parte el testigo E. M., progenitor del demandado, remarcó: "Es masculino bien definido en ese sentido y en algún momento pudo tener una experiencia distinta pero después siempre salió con mujeres, con novias ha llevado chicas a casa cuando nosotros no estábamos. Se por comentarios que a él le gustaban las chicas y las chicas gustaban de él. Se que siempre fue y en todo momento bien masculino" (fs. 101); y la madre del demandado señora M. L. sostuvo: "La orientación sexual de mi hijo es la heterosexualidad. Mi hijo no es gay y nunca lo fue. Desde chico se notaba que tenía tendencia hacia el sexo opuesto, recuerdo que en la escuela primaria hablaba de su novia con nombre y apellido como la mayoría de

los chicos lo hace. En la adolescencia tuve evidencia que salió con chicas por los llamados telefónicos de mi casa, por los comentarios que hacían mis alumnas (yo trabajaba como profesora en el secundario) y por las evidencias que tuve en mi casa cuando nosotros estábamos presentes, cuando le prestaba el auto. O sea que su condición sexual está bien definida. Repito que es heterosexual" (fs. 102); la hermana de la actora señora M. P. "Para mi siempre fue heterosexual hasta que saltó todo esto y yo me junto con D. B. Que el no podía creer que no me haya dado cuenta, le expliqué que el no parecía gay que yo tenía amigos gay y que al contrario él era homofóbico, incluso no había querido compartir el ascensor con un vecino mío gay" (fs. 103); en tanto la hermana del demandado L. M. dijo: "Me consta la orientación sexual de N. antes del matrimonio, durante siempre fue heterosexual. Le gustaban las mujeres. Lo se porque reiteradas veces lo manifestó e hizo comentarios al respecto, me acuerdo cuando era chica él estaba en la secundaria y en el club al que vamos se hace una fiesta y me acuerdo que lo vi con una chica y lo conté en el campo adelante de todos. No tengo dudas de la orientación sexual de mi hermano. Durante el matrimonio también ambos estaban muy enamorados. El primer viaje que hicimos todos juntos con S. fuimos al norte y alquilamos un auto de 7 asientos y ellos estaban delante mío y estaban constantemente acariciándose y dándose besos y le manifesté a mi mamá cuando paramos que ya era demasiado, porque lo veía todo el viaje. Cuando yo me enteré de esto, mi hermano me comentó que se iba a separar a la semana más o menos recuerdo que una noche le pregunté a mi hermano si era algo desde siempre o no y el me dijo que siempre le gustaron las mujeres, que de S. estaba completamente enamorado y que me quedara tranquilo que no era algo reprimido sino que siempre le gustaron las mujeres y de S. estaba enamorado" (L. M. fs. 106). Finalmente, el señor A. D. B., pareja ocasional del demandado, al ser interrogado si tuvo alguna relación sentimental o íntima ocasional con el señor M., declaró: "Yo no voy a contar a nadie, relación sentimental no tengo con nadie" (fs. 85).

Por tanto, analizadas las pruebas aportadas a la causa, resulta inadmisible concebir que la señora S. P., haya sido engañada en la orientación sexual que reviste el señor N. M. a la fecha de celebración del matrimonio, puesto que el alegado error en las cualidades personales no se encuentra configurado, motivo por el cual corresponde el rechazo de la demanda de nulidad de matrimonio.

Como consecuencia de ello, los rubros indemnizatorios deben ser rechazados *in totum*.

Finalmente, atento las resultas del juicio, cabe imponer las costas a la actora vencida.

Por lo expuesto y con fundamento en los arts. 265,266, 267, 409 inc. c) y 425 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, principio de realidad, y art. 251 el Cód. Proc. Civ. y Comercial resuelvo: Rechazar la demanda de nulidad de matrimonio y los rubros indemnizatorios, con costas a la actora. Insértese y hágase saber. — *Valeria Vittori.*

¿Cuándo procede la nulidad relativa del matrimonio por error en las cualidades personales?

María Cristina Mourelle de Tamborenea (*)
Pamela Kazmirczuk (**)

Sumario: I. El caso.— II. Los hechos.— III. El fallo.— IV. Introducción al tema: acto jurídico matrimonial y relación jurídica matrimonial.— V. El consentimiento matrimonial.— VI. Vicios del consentimiento.— VII. Efectos.— VIII. Importancia de la prueba.— IX. Conclusiones.

I. El caso

La señora S. M. P. interpone demanda contra su esposo N. A. M. fundando su derecho en el art. 425, inc. c del Cód. Civ. y Com. Como surge del fallo, el *thema decidendum* se circunscribe en verificar hasta dónde llega la libertad para prestar el consentimiento matrimonial en un matrimonio celebrado el 16 de marzo de 2013, y si este se encuentra viciado por haber incurrido la esposa en un error acerca de las cualidades personales del marido.

II. Los hechos

Relata la demandante que conoció a quien luego fuera su esposo en el año 2004, cuando ella contaba con 16 años de edad, comenzando una relación de noviazgo en fecha 12 de septiembre de 2008. En octubre de 2011, realizaron un viaje a República Dominicana, lugar donde se comprometieron, y posteriormente celebraron matrimonio, el 16 de marzo de 2013. S. M. P. afirma que iniciada la convivencia comenzaron los malos tratos, motivo por el cual pensaron en separarse, pero la posibilidad de realizar viajes por distintos lugares del mundo hizo que el proyecto de vida se fuera acomodando, incluso pensaron en tener hijos y buscar una vivienda acorde a las futuras necesidades.

Con fecha 2 de noviembre de 2017, una amiga de la demandante le preguntó si conocía a un hombre llamado D. B., pregunta que S. M. P. le transmitió a su esposo, respondiendo el demandado que no lo conocía; los días siguientes comenzaron las discusiones e incluso no mantenían relaciones sexuales, situación que la cónyuge consideró un claro indicio de engaño.

Con fecha 5 de enero de 2018 le enviaron un mail a su trabajo con la foto de una denuncia donde el demandado solicitaba la prohibición de acercamiento contra D. B., citándose los autos correspondientes. Como consecuencia de esta situación comenzó una discusión donde N. A. M. se retiró a casa de sus padres, pero al día siguiente lo contactó y regresó al hogar. El 8 de enero, la demandante concurrió a una sesión de terapia; cuando regresó a su domicilio, constató que el demandado se había retirado definitivamente del hogar conyugal. Ante este alejamiento, S. M. P. se dirigió al banco donde trabajaba N. A. M. En ese lugar sostuvo una

(*) Doctora en Notarial. Especialista en Derecho de Familia. Profesora del Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y de la Universidad Notarial Argentina. Directora de la Maestría en Planificación Sucesoria de la UNA.

(**) Abogada. Profesora de Derecho de Familia y Sucesiones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Cátedra Dra. Adriana Wagmaister.

conversación con el demandado, quien le confesó que siempre había sido gay.

Ante este panorama, S. M. P. entabló una acción de nulidad matrimonial, fundada en el hecho de que al momento de celebrar el matrimonio su consentimiento se encontraba viciado, puntualmente por el error en las cualidades personales de N. A. M. Subrayó que, de haber sabido que el demandado era gay, jamás hubiera contraído matrimonio con él.

Por su parte, el demandado manifestó que se casó con la actora con plena convicción y conciencia de su heterosexualidad en forma exclusiva, intentando formar una familia, y ella como su compañera de vida. Refirió no ser homosexual, ni antes, ni en el momento de contraer matrimonio, ni después durante los años que siguieron de convivencia, hasta el mes de agosto de 2017. Como consecuencia de la frustración emocional de un matrimonio que se fue desgastando, ocurrió que en el mes de agosto de 2017 tuviera en forma ocasional una elección sexual distinta (homosexual) a la anterior (heterosexual en forma exclusiva). Sostuvo que no hubo ocultamiento de la condición sexual en el acto del matrimonio, dada su cualidad de heterosexual en forma exclusiva, y que tampoco hubo ignorancia sobre la condición sexual dada su calidad de heterosexual durante el noviazgo, acto de celebración del matrimonio y después de este, hasta el mes de agosto de 2017.

III. El fallo

Para dictar sentencia, el punto central se circunscribía en verificar si el consentimiento matrimonial —prestado el 16 de marzo de 2013—, se encontraba viciado por haber incurrido la peticionante en un error acerca de las cualidades personales del demandado.

La sentenciante analizó las circunstancias de la causa, y valoró la prueba en su conjunto. Señaló como relevantes los datos y circunstancias detallados por la propia actora, quien relató que, en el año 2004, cuando tenía 16 años, conoció al demandado. Durante cuatro años mantuvieron conversaciones esporádicas. El noviazgo comenzó en septiembre de 2009, realizaron un viaje en octubre de 2011 a República Dominicana y el 16 de marzo de 2013 se celebró el matrimonio.

En resumen, las partes mantuvieron una relación de amistad por cuatro años, que luego se convirtió en una relación de noviazgo de cinco años, donde compartieron incluso un viaje al exterior, y finalmente, desde la celebración del matrimonio hasta su ruptura, transcurrieron casi cinco años más. Esto demuestra que transcurrieron catorce años de conocimiento mutuo entre las partes.

Teniendo en cuenta esta historia de vida de las partes, es que la jueza llega a la conclusión de que es imposible aceptar que la actora desconociera la orientación sexual del demandado.

Consideró crucial el resultado de la pericia psicológica, que determinó que el demandado es heterosexual. Además, precisó las características y personalidades de las partes, como así también el tipo de vínculo habido entre ellos, y resaltó que como consecuencia del vínculo patológico que caracterizó la relación, el demandado presentaba un debilitamiento de su Yo, baja autoestima, convirtiéndolo en un sujeto vulnerable, producto de una relación tiranizada, con imposibilidad de decidir u opinar para no producir en la relación un malestar mayor, en tanto respecto de la demandante, indicó que en ningún momento se paralizó frente a las situaciones dificultosas, sino que por el contrario, contó con los recursos defensivos necesarios para hacerle frente.

Por lo expuesto, la sentenciante concluyó que no se configuró el error en las cualidades personales del demandado, ni que la orientación sexual que pretendía imputarle la actora fuera preexistente a la celebración del matrimonio, que pudiera operar como vicio de la voluntad y causal de nulidad del matrimonio, puesto que, como se probó, el demandado es heterosexual.

Por lo tanto, resultaba inadmisible concebir que la demandante hubiera sido engañada en la orientación sexual que revistiera el demandado a la fecha de celebración del matrimonio, puesto que el error en las cualidades personales no se encontró configurado, motivo por el

cual rechazó la demanda de nulidad de matrimonio.

IV. Introducción al tema: acto jurídico matrimonial y relación jurídica matrimonial

La unión entre los esposos que llamamos matrimonio se logra a través de un acto jurídico, es decir un acto que tiene como fin inmediato establecer relaciones jurídicas conyugales. Celebrado el matrimonio —a través de este acto jurídico—, dará nacimiento a la relación jurídica matrimonial.

El acto jurídico, que en nuestro derecho exige el libre consentimiento expresado personalmente por los contrayentes ante la autoridad competente, es la causa fuente de la relación jurídica matrimonial contenida en derechos y obligaciones interdependientes y muchas veces recíprocos entre los cónyuges **(1)**.

Como el derecho a casarse es un derecho natural, la ley parte del principio de que toda persona es hábil para celebrar matrimonio, y por ello establece inversamente los impedimentos que, según el estado de las personas, obstan a su celebración fundándose en que no se cumplen con las exigencias físico-ético-sociales que la ley determina para considerar a una persona con aptitud nupcial; y entendiendo por aptitud nupcial al conjunto de requisitos que la ley exige para que una persona pueda celebrar matrimonio **(2)**.

Los impedimentos son aquellas prohibiciones de la ley que afectan a las personas para contraer un determinado matrimonio. Tienen sustento en hechos o situaciones jurídicas preexistentes que afectan al sujeto; pero el impedimento no es en sí mismo el hecho o situación jurídica preexistente, sino la prohibición que en consideración a ellos es formulada por la ley.

La clasificación más importante de los impedimentos matrimoniales es la que distingue entre impedimentos dirimentes e impedimentos impedientes. Los primeros constituyen un obstáculo para la celebración de un matrimonio válido, y si el matrimonio se celebrase no obstante la prohibición de la ley queda habilitada la sanción de nulidad de este.

En cambio, los impedimentos impedientes son aquellos que afectan la regularidad de la celebración del matrimonio sin provocar su invalidez y frente al supuesto de que este se celebre, este se resuelve con sanciones hacia los contrayentes. Cabría decir que los impedimentos impedientes son meramente prohibitivos en tanto no afectan los presupuestos de validez, como si ocurre con los dirimentes **(3)**.

El matrimonio es un acto jurídico familiar que requiere del consentimiento libre para que pueda existir en su plenitud. De esta manera y en orden al consentimiento, rige la teoría general de los actos voluntarios como así también normas específicas para determinados vicios. Estos alteran el querer de los contrayentes y son causa suficiente para privar al acto de sus efectos propios y su validez. Son pues vicios del consentimiento el error, el dolo y la violencia. A lo largo de la historia civilista de nuestro derecho, el instituto de la nulidad del matrimonio se ha mantenido casi inalterado a pesar de la evolución que ha sufrido la concepción del matrimonio según los distintos regímenes y las distintas épocas. Así, durante la vigencia del Código Civil de Vélez (ley 2393), teníamos un matrimonio indisoluble, luego con la reforma de la ley 23.515 que otorga disolubilidad por divorcio causado, y subsiste aun inmodificable con la gran reforma de la ley 26.994 y la llegada del divorcio incausado. En todos estos modelos de matrimonio y de divorcio, la nulidad responde a un matrimonio celebrado en violación a determinadas prohibiciones y presenta algunas notas características o tipificantes: la nulidad siempre es causada por motivos expresamente delimitados por la ley, y dicha nulidad solo puede ser declarada por una sentencia emanada de autoridad judicial en un proceso a pedido de parte, nunca de oficio **(4)**.

(1) ZANNONI, Eduardo, "Tratado de Derecho de Familia", Astrea, t 1, Bs. As., 1989, p. 119.

(2) VIDAL TAQUINI, Carlos, "Matrimonio civil", Ed. Astrea, Bs. As., 1991, p. 55.

(3) ZANNONI, Eduardo, ob. cit., p. 188 y ss.

(4) Trib. Coleg. Fam. 7ª Nom., Rosario, Santa Fe; 28/07/2016, "B., C. E. vs. M., M. s. Nulidad de matrimonio"; Rubinzal Online; 1200/2015; RC J 4211/16.

V. El consentimiento matrimonial

La celebración del matrimonio consiste en la prestación del consentimiento que es definido como la coincidencia de voluntades, o como la voluntad de cada uno de unirse al otro con sujeción al vínculo conyugal **(5)**.

El consentimiento es un elemento estructural del acto jurídico matrimonio y por lo tanto debe ser prestado personalmente, en forma libre y plena, *desprovista de los vicios de error, dolo o violencia,* y además, no estar sujeto a ningún tipo de modalidades. El matrimonio es un acto jurídico familiar que requiere de ese consentimiento libre para que pueda existir en su plenitud, rigiendo al respecto la teoría general de los actos voluntarios, y las normas específicas para determinados vicios del consentimiento, situación esta última que se pretendió hacer valer infructuosamente en el fallo comentado.

El error vicia la intención. La violencia, tanto física como moral, la libertad. La ausencia de discernimiento en los actos lícitos vicia los que fueron ejecutados sin conciencia, como es el caso de la enfermedad. En principio el acto lícito debe considerarse válido, por ello dependerá de la prueba, si es anulable. Hasta aquí la enunciación de los vicios de la voluntad **(6)**.

VI. Vicios del consentimiento

Conforme lo dispone el art. 260 del Cód. Civ. y Com., "El acto voluntario es el ejecutado con discernimiento, intención y libertad, que se manifiesta por un hecho exterior". Por lo tanto, si estos actos son realizados con alguno de los vicios contemplados en los arts. 265, 272 y 276 del citado ordenamiento, causan la nulidad de este y no producen por sí obligación alguna.

Por su parte, el art. 409 del Cód. Civ. y Com., textualmente dispone respecto de los vicios del consentimiento: "Son vicios del consentimiento: a. la violencia, el dolo y el error acerca de la persona del otro contrayente; b. el error acerca de las cualidades personales del otro contrayente, si se prueba que quien lo sufrió no habría consentido el matrimonio si hubiese conocido ese estado de cosas y apreciado razonablemente la unión que contraía. El juez debe valorar la esencialidad del error considerando las circunstancias personales de quien lo alega".

VI.1. Error

El error es la idea falsa o la falta de idea que se tiene sobre una cosa. Se entiende por error de derecho aquel que consiste en una falsa representación de la norma jurídica aplicable a un negocio en particular, bien sea por un conocimiento equivocado o una inexacta interpretación de la norma, o de su sentido, o por un total desconocimiento o ignorancia de esta.

Este error debe recaer sobre cualidades personales del otro contrayente, consideradas razonablemente determinantes en la prestación del consentimiento que se yerra **(7)**.

Conforme dispone el art. 265 del Cód. Civ. y Com., el error de hecho esencial vicia la voluntad y causa la nulidad del acto. Si el acto es bilateral o unilateral recepticio, el error debe, además, ser reconocible por el destinatario para causar la nulidad.

Por su parte, el art. 267 del mismo ordenamiento se refiere a los supuestos del error esencial, al disponer: "El error de hecho es esencial cuando recae sobre: a. la naturaleza del acto; b. un bien o un hecho diverso o de distinta especie que el que se pretendió designar, o una calidad, extensión o suma diversa a la querida; c. la cualidad sustancial del bien que haya sido determinante de la voluntad jurídica según la apreciación común o las circunstancias del caso; d. los motivos personales relevantes que hayan sido incorporados expresa o tácitamente; e. la persona con la cual se celebró o a la cual se refiere el acto si ella fue determinante para su celebración".

Cabe destacar que el art. 409 del Cód. Civ. y Com., mantiene la posibilidad de alegar el error en la persona física, y, además, el error en las cualidades personales que afectarían el con-

(5) DI LELLA, Pedro, "Consentimiento matrimonial", Enciclopedia de Derecho de familia, Ed. Universidad, Bs. As. T. I, 1991, p. 613.

(6) CNCiv. Sala J; 07/06/2016, "R., J. C. vs. C. V., M. J. s. Nulidad"; Rubinzal Online; 49065/2014; RC J 3677/16.

(7) ZANNONI, Eduardo, ob. cit., p. 248.

sentimiento ya que, de haberlo conocido antes de la celebración, no hubiese celebrado las nupcias.

Los cambios en la conducta de uno de los cónyuges, después de casados, no implican necesariamente error, sino eventualmente causa de divorcio, salvo que se demuestre la falsa apreciación de cualidades presupuestas en la prestación del consentimiento matrimonial. El error debe ser determinante y no debe provenir de una negligencia culpable en los términos del art. 929 del Cód. Civil **(8)**.

VI.1.a. Vinculación entre los vicios de error y dolo

Se trata de dos vicios de consentimiento distintos, pero existe entre ellos una innegable vinculación entre el resultante del dolo y el que tiene como causa el error. Resulta que en ambos casos la persona que sufre alguno de esos vicios, incurre en un error, pero radica la diferencia entre ambos en que, en el error la causa de la ignorancia o del falso juicio o falsa idea que se tenga sobre algo, tiene como origen al propio sujeto que lo sufre, es decir el error es espontáneo.

Por el contrario, en el dolo, el error es provocado, por un tercero que puede o no ser el otro contrayente —ajeno a la persona afectada por el dolo—, quien, mediante un engaño realizado por acción u omisión, logra conseguir de este último que otorgue el consentimiento para la celebración **(9)**.

VI.2. Dolo

El art. 271 del Cód. Civ. y Com. define el dolo al receptar: "Acción dolosa es toda aserción de lo falso o disimulación de lo verdadero, cualquier artificio, astucia o maquinación que se emplee para la celebración del acto. La omisión dolosa causa los mismos efectos que la acción dolosa, cuando el acto no se habría realizado sin la reticencia u ocultación".

Para que el dolo esencial este configurado, este debe reunir los requisitos del art. 272 del citado ordenamiento, que dispone: "El dolo es esencial y causa la nulidad del acto si es grave, es determinante de la voluntad, causa un daño importante y no ha habido dolo por ambas partes".

La realidad presenta matices infinitos y el dolo o la ocultación dolosa deben aparecer como graves y determinantes en la prestación del consentimiento matrimonial a los efectos que pueda convertir al acto en inválido **(10)**.

La jurisprudencia ha resuelto variados e interesantes casos que se han presentado donde estaba presente el dolo. Así, el matrimonio debe ser anulado si se encuentra acreditado que el consentimiento otorgado por la actora a fin de contraer matrimonio con el demandado se encontraba viciado por el dolo desplegado por este, quien simuló afecto e intención de desarrollar un proyecto en común allí dónde solo había un plan —consumado casi inmediatamente después de contraer las nupcias— para despojar a la actora de sus bienes, por lo cual el accionado debe ser considerado cónyuge de mala fe **(11)**.

En otro caso, se concluyó que debía decretarse la nulidad del matrimonio en virtud de la acción dolosa desplegada por la demandada para casarse con el actor, y a presentarse los presupuestos necesarios para que se configurase el consiguiente vicio del consentimiento. Así, la accionada, para lograr el consentimiento matrimonial del actor, no solo le comunicó que estaba embarazada —cosa que no era cierta—, sino que, además, fraguó documentación médica para avalar sus afirmaciones, las que lograron vencer la voluntad del accionante. Este, un hombre común de 25 años de edad, con fuertes convicciones religiosas que lo llevaron a tomar la decisión de casarse ante el posible embarazo de quien era su novia, no ha incurrido en ninguna negligencia culpable al no podérsele exigir alguna diligencia para descartar la gravedad del dolo. Efectivamente, lo que la ley exi-

(8) CNCiv., Sala A, 01/10/2012, "P. J. L. c. B. B. L. s/ nulidad de matrimonio", elDial AA7BBC, del 19/12/2012.

(9) SAMBRIZZI, Eduardo, "Un caso de nulidad de matrimonio por error provocado por un comportamiento doloso", Rev. DFyP, La Ley, junio 2011.

(10) Id. Ant. p. 23.

(11) CNCiv., Sala A; 27/12/2017, "R., M. L. vs. P., O. H. s. Nulidad de matrimonio"; Rubinzal Online; 84919/2010; RC J 1480/18.

ge para declarar la nulidad de un acto por vicio en el consentimiento de quien lo celebra víctima de engaño, es que los artificios o astucias hayan sido tales que, no obstante haber obrado prudentemente, haya podido ser engañada; en el caso, el actor, al enterarse de su posible paternidad, era soltero, no tenía hijos y quien le daba la noticia de la paternidad no era para él una persona extraña sino alguien con quien había mantenido un determinado soporte de relación y que, además, había conocido en la iglesia **(12)**.

También se declaró la nulidad del matrimonio con fundamento en el dolo que vició la voluntad de la actora al tiempo de la celebración, en tanto esta desconocía que su cónyuge consumía y vendía drogas desde hacía más de diez años y que portaba un arma de fuego, siendo detenido, con posterioridad, por tentativa de homicidio, ya que de haber conocido la accionante todas estas cualidades del demandado, no hubiera prestado su consentimiento al momento de celebración del matrimonio. El matrimonio es un acto jurídico familiar que requiere del consentimiento libre para que pueda existir en su plenitud, rigiendo al respecto la teoría general de los actos voluntarios y las normas específicas para determinados vicios del consentimiento, como lo es el dolo, que privan al acto de sus efectos propios y validez. En el caso, en que la actora desconocía cualidades personales de su cónyuge que, de haberlas conocido, la hubieran llevado a no contraer matrimonio, se presenta el dolo como un hecho negativo, en donde no hay argucias ni falsedades, sino el mero silencio o inacción ante la evidencia del error del otro, es decir, se trata de no informar al otro sobre determinadas cualidades o circunstancias que, de saberlas, podrían influir en su decisión **(13)**.

VI.3. La violencia

Y, por último, el art. 276 del Cód. Civ. y Com., dispone: "La fuerza irresistible y las amenazas que generan el temor de sufrir un mal grave e inminente que no se puedan contrarrestar o evitar en la persona o bienes de la parte o de un tercero, causan la nulidad del acto. La relevancia de las amenazas debe ser juzgada teniendo en cuenta la situación del amenazado y las demás circunstancias del caso".

En cuanto a los sujetos, el art. 277, establece que el autor de la fuerza irresistible y de las amenazas puede ser una de las partes del acto o un tercero, ajeno a la pareja.

VII. Efectos

Con la simplificación en el trámite del divorcio que ha traído el Código Civil y Comercial, cabe preguntarse: ¿por qué intentar una acción de nulidad y no un divorcio? Porque los efectos son diferentes.

¿Cuáles son los efectos de la nulidad decretada en base a un vicio del consentimiento?

Debemos tener en cuenta tres situaciones diferentes: si ambos cónyuges son de buena fe, si ambos son de mala fe, o si un cónyuge es de buena fe y el otro es de mala fe.

Recordemos que la sentencia de nulidad debe calificar la buena o mala fe de los cónyuges. Es el juez quien debe valorar y determinar la buena o mala fe.

Cabe aclarar que, si se intenta una acción de nulidad, y esta es rechazada, con posterioridad puede intentarse una acción tendiente a obtener el divorcio; pero si se intenta una acción de nulidad y esta es admitida, no puede luego iniciarse un proceso de divorcio, porque el vínculo ya se ha extinguido como consecuencia de la sentencia de nulidad.

Lo mismo ocurre en el caso inverso. 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 de nulidad de matrimonio basada en un vicio del consentimiento. Ello, dado que la acción importa una pretensión de nulidad relativa, en la que solo se debate un interés particular de un cónyuge, es decir que no se encuentra afectado el orden público familiar, por lo cual, la acción está sujeta a caducidad,

(12) C1ª CC Sala II, San Isidro, Buenos Aires; 21/10/2014, "T., G. D. vs. L., M. B. s. Nulidad de matrimonio"; Rubinzal Online; 3825/6; RC J 7946/14.

(13) TColeg. Fam. 7ª Nom., Rosario, Santa Fe; 03/11/2014, "D. P. R. vs. V. L. s. Nulidad matrimonial"; Rubinzal Online; 1067/2012; RC J 8214/14.

es una acción disponible, a la que la legislación actual sujeta a una prescripción de un año (inc. c, art. 425, Cód. Civ. y Com.). 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 **(14)**.

VII.1. Ambos cónyuges de buena fe

Cuando el matrimonio anulado ha sido celebrado de buena fe por ambos cónyuges, el art. 428 del Cód. Civ. y Com. dispone que ha de producir todos los efectos del matrimonio válido hasta el día en que se declare su nulidad, es decir, la sentencia firme de nulidad habrá de producir efectos hacia el futuro **(15)**.

VII.2. Ambos cónyuges de mala fe

La mala fe de ambos cónyuges en la celebración del matrimonio mantiene los mismos lineamientos del art. 223 del Código Civil de Vélez **(16)**.

El art. 430 del Cód. Civ. y Com. textualmente dispone: "Efectos de la mala fe de ambos cónyuges. El matrimonio anulado contraído de mala fe por ambos cónyuges no produce efecto alguno. Las convenciones matrimoniales quedan sin efecto, sin perjuicio de los derechos de terceros. Los bienes adquiridos hasta la nulidad se distribuyen, si se acreditan los aportes, como si fuese una sociedad no constituida regularmente".

VII.3. Un cónyuge de buena fe y un cónyuge de mala fe

Cuando existe un solo cónyuge de buena fe, el art. 429 del Cód. Civ. y Com. dispone que el matrimonio habrá de producir todos los efectos de un matrimonio válido, pero solo respecto del cónyuge de buena fe y hasta el día en que se declare la sentencia de nulidad.

La nulidad le otorga al cónyuge de buena fe derecho a:

a. solicitar compensaciones económicas, en la extensión mencionada en los artículos 441 y 442; en este caso el plazo se habrá de computar a partir de la sentencia que declara la nulidad;

b. revocar las donaciones realizadas al cónyuge de mala fe;

c. demandar por indemnización de daños y perjuicios al cónyuge de mala fe y a los terceros que hayan provocado el error, incurrido en dolo, o ejercido la violencia.

Además, si los cónyuges hubieran estado sometidos al régimen de comunidad, el de buena tiene un triple derecho de opción a los efectos de proceder a la liquidación de su régimen patrimonial, el que habrá de consistir en:

1. considerar que el matrimonio ha estado regido por el régimen de separación de bienes (es decir que cada cónyuge conservará los bienes de su titularidad);

2. liquidar los bienes mediante la aplicación de las normas del régimen de comunidad (adjudicando, en principio, la mitad de los bienes a cada uno); y

3. poder exigir la demostración de los aportes de cada cónyuge a efectos de dividir los bienes en proporción a ellos como si se tratase de una sociedad no constituida regularmente.

VIII. Importancia de la prueba

Como en todo proceso, quien alega debe probar los hechos invocados en la demanda, y por supuesto, determinar y encuadrar correctamente su pretensión. Las falencias u omisiones de las partes no pueden ser suplidas por el juzgador.

Así, en un caso donde se invocó un vicio del consentimiento para obtener una nulidad matrimonial, la jurisprudencia sostuvo: "No puede sostenerse que haya mediado una omisión de

(14) CCCL, Reconquista, Santa Fe; 16/06/2021, "O., C. A. vs. P., G. s. Nulidad de matrimonio"; Rubinzal Online; RC J 3514/21.

(15) MOURELLE de TAMBORENEA, María Cristina, "Derecho de Familia", Ed. Ad Hoc, Bs. As. 2015, p. 192.

(16) MOURELLE de TAMBORENEA, María Cristina, "Derecho de Familia", Ed. Ad Hoc, Bs. As. 2015, p. 194.

pronunciamiento cuando no se dedujo la pretensión con ese fundamento ni se invocó dicha causal —el error en las condiciones esenciales de la persona como vicio del consentimiento y causal de nulidad relativa—. Solo al alegar la actora manifestó que las circunstancias fácticas invocadas daban cuenta de la existencia de una nulidad relativa por vicios del consentimiento. No obstante, ello, lo cierto es que tampoco ha probado la actora su desconocimiento sobre el estado civil del demandado al tiempo de contraer nupcias, carga que pesaba sobre ella si pretendía obtener la declaración de nulidad por vicio de error. Y solo el demandado procuró aportar prueba demostrativa del conocimiento que tenía la actora sobre la existencia de un matrimonio anterior. Así pues, si bien no existe prueba directa de la mala fe de la actora, obran en autos constancias documentales de las que resultan indicios graves, precisos y concordantes de que conocía el verdadero estado civil del accionado, aunque este haya manifestado ser soltero en oportunidad de sus nupcias con la accionante. En efecto, la actora reconoció haber firmado un par de instrumentos públicos donde se indica que el demandado estaba casado en segundas nupcias con la actora, sin que se observen enmendaduras ni correcciones, siendo inaceptable el argumento de que solo firmó a los fines del asentimiento del inc. a, art. 49, ley 14.394. La presunción que dimana de tales indicios hace improcedente también la declaración de nulidad relativa por error en las cualidades personales del otro contrayente que invocara la actora como fundamento de sus agravios" **(17)**.

Para la procedencia de la nulidad del matrimonio en virtud de la reticencia o falta de intención por parte de uno de los cónyuges de dar cumplimiento a lo acordado (en el caso, bendecir el matrimonio como paso previo a iniciar la vida en común), debe probarse que existió ocultación y engaño aptos para desnaturalizar en los hechos los valores propios de un matrimonio normal, y que el nulidiscente no habría prestado su consentimiento de haber conocido la verdadera voluntad del otro **(18)**.

IX. Conclusiones

Por los motivos expuestos coincidimos totalmente con la decisión tomada en el fallo comentado y destacamos que este mismo tribunal resolvió hace algunos años un caso con hechos muy similares. Se trataba de una demanda de nulidad basada en el error en las cualidades personales del contrayente, que tuvo resolución favorable.

En esa oportunidad, sostuvo: "Corresponde admitir la demanda interpuesta por la actora y, en consecuencia, declarar la nulidad del matrimonio celebrado, pues ha quedado probado el desconocimiento que tenía la accionante de la condición sexual —homosexualidad— de su cónyuge, durante el noviazgo y el matrimonio, situación que solo fue conocida por ella —a los 10 meses de casada— y el círculo familiar y social al ser comunicado por el propio demandado. De hecho, con posterioridad a la separación de los cónyuges, el accionado entabla relación de pareja. Asimismo, ha quedado acreditado que de haber sido conocida dicha situación por la actora, no habría contraído matrimonio. En tal sentido, las pruebas testimoniales rendidas en autos coinciden al declarar que la relación de noviazgo —de 9 años— entre las partes era una 'relación normal', que tenían 'una relación excelente', eran 'la pareja ideal'. Asimismo, son coincidentes las declaraciones en cuanto a que ninguna de las personas del círculo íntimo del matrimonio conocía la condición sexual del demandado y que de haber sabido dicha condición la actora no habría celebrado dicho matrimonio. Entre los testigos citados a declarar, lo hace quien manifiesta que, luego de la separación, comenzó 'a salir' con el accionado, confirmando su condición homosexual desde antes del matrimonio. Por su parte en su declaración confesional el cónyuge manifiesta no haberle dicho nunca a nadie sobre sus gustos sexuales, pero que un día 'no aguanté más y se lo conté' (en relación con su esposa). Además, agre-

(17) CNCiv. Sala M; 04/06/2014, "F. G. I. vs. M. G. E. s. Nulidad de matrimonio"; Rubinzal Online; 65407/2010; RC J 5918/14.

(18) CNCiv. Sala J; 09/04/1999, "H. A., J. vs. D. A., M. s. Nulidad de matrimonio"; voto en disidencia de la Dra. Brilla de Serrat; Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la CNCiv.; 027823; RC J 21015/09.

ga que luego de dicha confesión se separaron y él se fue a vivir a casa de su madre" **(19)**. Y se concluyó: "Valoradas en conjunto y de modo armónico las probanzas aportadas y a la luz de las reglas de la sana crítica puede inferirse que el consentimiento otorgado por la actora al momento de contraer matrimonio se encontraba viciado por error, desconociendo las características personales del demandado —homosexualidad— que hubieran modificado su decisión de contraer matrimonio de haberlas conocido. Lo mencionado acarrea como sanción legal la nulidad del acto a través del presente proceso de impugnación por defectos graves originarios que existían con anterioridad y al momento de celebración del matrimonio y en el cual la actora de no haber mediado el error no hubiera consentido el matrimonio".

La acción de nulidad matrimonial es una herramienta muy útil, que los operadores del derecho debemos tener en cuenta.

(19) TColeg. Fam. 7ª Nom., Rosario, Santa Fe; 28/07/2016, "B., C. E. vs. M., M. s. Nulidad de matrimonio"; Rubinzal Online; 1200/2015; RC J 4211/16.

COMPENSACIÓN ECONÓMICA EN LA UNIÓN CONVIVENCIAL

Suspensión de las mediaciones en virtud de la emergencia sanitaria. Perspectiva de género. Desestimación del pedido de caducidad.

Con nota de Patricia M. Junyent de Dutari

1. — Solicitar que se acrediten las dificultades de recurrir a la mediación en plena pandemia no parece razonable, pues es de público conocimiento que en un principio las mediaciones se encontraban suspendidas, retomándose en forma virtual por res. 121/2020 del Ministerio de Justicia de la Nación del 23/04/2020. Exigir una mediación virtual en el contexto de desconcierto y desorganización que reinaba los primeros meses del ASPO resulta excesivo.

2. — Desde la perspectiva de género se acentúa el deber de magistrados de examinar con flexibilidad el plazo de caducidad impuesto por la ley, ya que lo contrario podría llevar a la irremediable y gravosa conclusión de toda posibilidad de debatir el derecho a percibir una compensación económica **[1].**

JNCiv. Nro. 92, 14/05/2021. - M., M. E. c. D., D. s/ fijación de compensación arts. 524, 525 CCCN.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/63615/2021]

CONTEXTO DOCTRINARIO DEL FALLO

[1] SOLARI, Néstor E., "El plazo de caducidad en la compensación económica", LA LEY 03/10/2017, 1, LA LEY 2017-E, 1037, DFyP (noviembre), 8, AR/DOC/2523/2017.

COSTAS

Se imponen al demandado.

1ª Instancia.-Buenos Aires, 14 de mayo de 2021.

Considerando:

I. A fs. 200/217, el Sr. D. D. opone la caducidad del derecho a solicitar compensación económica, por haber transcurrido el plazo establecido en el art. 525, *in fine*, del Cód. Civ. y Com. de la Nación. En forma subsidiaria contesta demanda.

Manifiesta que el supuesto previsto por el inc. g) del art. 523 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, consistente en el "cese de la convivencia mantenida", tuvo lugar el 10 de diciembre de 2019, y no el día 20 de dicho mes como relata la actora. Como prueba de ello, deja las constancias de ingresos y egresos del domicilio al que se mudó dentro del mismo barrio, conforme correo electrónico de fecha 18/05/2020 en el que se notifica a la guardia el cambio de unidad.

Destaca que la actora intenta justificar la dilación en el inicio de las presentes actuaciones en la suspensión de la audiencia de mediación por causas atribuibles a la situación sanitaria, mas no lo prueba. Que sus justificativos para el inicio de las actuaciones sin antes haber pasado por la etapa prejudicial de mediación, no son más que meros argumentos sin respaldo probatorio alguno.

Observa que la única y primera constancia que tuvo acerca de su probable reclamo, fue la carta documento del 26/08/2020, designando audiencia de mediación para el 07/09/2020. Es decir, ya habían transcurridos más de dos meses de haber caducado el derecho, que feneció en 10/06/2020.

II. En el escrito a despacho la Sra. M. E. M., contesta el traslado conferido, oponiéndose al progreso de la excepción.

Afirma que la demanda fue interpuesta el 10 de junio de 2020, justo la fecha que la propia demandada reconoce como plazo límite para que opere la caducidad. Que ello fue en el marco del ASPO, que impedía la celebración de la audiencia de mediación previa y obligatoria. Aclara que tal mediación fue solicitada (como se menciona en el escrito de inicio presentado con fecha 10/06/2020), pero en el marco del ASPO fue suspendida.

Concluye que aún de sostener la fecha del cese de la unión que invoca la demandada, tampoco prospera la caducidad, ya que la demanda fue iniciada el mismo día que en teoría hubiera operado tal caducidad.

III. El art. 524 del Cód. Civ. y Com. de la Nación prevé 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".

El art. 525 del citado Código establece un plazo de caducidad de seis meses para el reclamo judicial de esta figura, contados desde que se produjo la ruptura de la convivencia por cualquiera de las causales previstas en el art. 523 Cód. Civ. y Com. de la Nación.

El cómputo del plazo de caducidad impuesto por la ley ha suscitado sendos cuestionamientos prácticos, en especial en el caso de las uniones convivenciales, en que la fecha del cese de la convivencia no siempre puede acreditarse con certeza.

Una de las hipótesis más frecuentes en que ello sucede es la del caso de autos, es decir, la simple separación que pone fin a la convivencia. En este supuesto, el plazo irremediable comienza su curso a partir de la finalización de la vida compartida, sea por acuerdo, sea por decisión unilateral, sin que existan más circunstancias demostrativas del hecho que el retiro de uno de los convivientes del hogar que compartían.

Como bien se señala, cuando el *dies a quo* se encuentra ligado a este dato fáctico podrán existir discrepancias entre las partes y dificultades para acreditarlo, en especial si el cese definitivo estuvo precedido de una serie de interrupciones transitorias en la cohabitación. En estos casos, será determinante analizar "cuándo" terminó ese proyecto común, nota definitoria de esta forma de organización familiar (conf. Molina de Juan, Mariel, Compensación económica. Teoría y Práctica, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2018, p. 107. Ver también Rolleri, Gabriel, "Compensación económica entre convivientes" RCCyC 2017 (marzo), 03/03/2017, 46, Cita Online: AR/DOC/536/2017).

En principio, en estos casos, la carga de la prueba debe recaer sobre quien alega la caducidad (conf. art. 377, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

En las presentes actuaciones, la Sra. M. E. M. relata que la convivencia fue interrumpida el 20 de diciembre de 2019, presentando una serie de pruebas a fin de acreditar sus dichos. Por su parte el Sr. D. D. indica que la fecha del cese de la convivencia fue el 10 de diciembre de 2019.

El planteo es inconducente, como lo indica la actora, ya que aun cuando la relación hubiera finalizado el 10 de diciembre de 2019, no habría operado la caducidad del derecho, si se observa que la presente demanda fue interpuesta el 10 de junio de 2020, en el marco de la feria extraordinaria decretada por la Corte Suprema de Justicia en razón del ASPO dispuesto por el Gobierno Nacional. De hecho, la demanda solo fue iniciada a los fines de "interrumpir la prescripción" (SIC).

Solicitar que se acrediten las dificultades de recurrir a la mediación en plena pandemia no parece razonable, pues es de público conocimiento que en un principio las mediaciones se encontraban suspendidas, retomándose en forma virtual por Resolución 121/2020 del Ministerio de Justicia de la Nación del 23/04/2020. Es cierto que esta resolución es anterior al inicio de las actuaciones, pero exigir una mediación virtual en el contexto de desconcierto y desorganización que reinaba los primeros meses del ASPO resulta excesivo.

Por los argumentos esgrimidos, adelanto que el planteo de caducidad no habrá de prosperar.

Sin perjuicio de lo expuesto, corresponde destacar que frente a la duda, si no consta la fecha cierta para el inicio del cómputo del plazo de caducidad, los jueces y juezas debemos ser flexibles pues una decisión tendiente a declarar extinto el derecho resulta irremediable.

En efecto, la caducidad, como modo de extinción de ciertos derechos en razón de la omisión de su ejercicio durante un plazo prefijado por la ley o la voluntad de las partes, debe ser interpretada restrictivamente y cuando una situación se preste a diversas interpretaciones de mayor o menor alcance no corresponde considerarla consagrada. Y ello en tanto de todos los efectos que el curso del tiempo puede tener sobre una relación jurídica, la caducidad constituye, sin duda, el más gravoso.

En particular con relación a la cuestión aquí debatida, se ha sostenido que el tiempo breve fijado por la ley coloca a la supuesta beneficiaria en la necesidad de recurrir al proceso judicial en forma casi inminente, desconociendo las particularidades y dificultades que pueden presentarse en tan breve período. Las personas en un proceso de divorcio tienen su mente, en el acomodamiento de las cuestiones cotidianas, en los cambios que muchas veces los sobrepasa; y el conteo de los plazos legales pasa a la postergación. Este plazo exiguo resulta todavía más perjudicial para aquellas personas que hubieran formado una unión convivencial. En primer lugar, adviértase que —a diferencia del divorcio— el cese de la unión convivencial no requiere la vía judicial, produciéndose extrajudicialmente, por distintas circunstancias contempladas por la ley. De ahí que, normalmente, la pretensa beneficiaria deberá recurrir al respectivo asesoramiento legal antes de transcurrir el plazo legal, para así plantear judicialmente la acción judicial (conf. Solari, Néstor E., "El plazo de caducidad en la compensación económica", AR/DOC/2523/2017).

Así lo ha resuelto la jurisprudencia, al señalar que "dada la especial situación de violencia que se deriva de los hechos denunciados, la inestabilidad del grupo familiar y el estado de vulnerabilidad que atravesaba... la peticionante, concluimos que el cómputo del plazo de caducidad para el ejercicio de esta acción no pudo iniciar el 06/02/2017... las disposiciones del Cód. Civ. y Comercial, en materia de caducidad, deben interpretarse en un diálogo de fuentes, que no

puede desprenderse de las directivas dadas en las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad..." (CCCLM Sala I, Neuquén, 06/07/2018, "M. F. C. c. C. J. L. s. Compensación económica", RC J 5312/18).

En esta misma línea se subrayó que "juzgar con perspectiva de género impone decidir los casos recordando y aplicando que en nuestro sistema jurídico se consagra el reconocimiento del derecho de las mujeres a vivir libres de violencia y discriminación, de modo tal que es deber jurídico considerar las especiales situaciones en que viven muchas mujeres..., incluso para computar los plazos legales. Estas circunstancias llevan a otra incógnita a responder ¿es constitucional el plazo de seis meses establecido por el Cód. Civ. y Comercial? (Juz. Fam. N° 1, Esquel, 28/10/2019, "S., E. Y. c. L., J. D.", RC J 12.965/19).

Precisamente desde la perspectiva de género se acentúa el deber de magistrados y magistradas de examinar con flexibilidad el plazo de caducidad impuesto por la ley, ya que lo contrario podría llevar —reitero— a la irremediable y gravosa conclusión de toda posibilidad de debatir el derecho a percibir una compensación económica.

En referencia a los marcos teóricos que deben considerarse en toda decisión judicial, la perspectiva de género implica: a) reconocer las relaciones de poder que se dan entre los géneros, en general favorables a los hombres como grupo social y discriminatorias para las mujeres; b) que estas relaciones han sido constituidas social y culturalmente y son constitutivas de las personas; y c) que atraviesan todo el entramado social y se articulan con otras relaciones sociales, como las de clase, etnia, edad, preferencia sexual y religión.

Desde este enfoque, y sin perjuicio de lo que se resuelva en definitiva, corresponde reconocer en esta instancia que el acceso a justicia para las mujeres, que universalmente se encuentran en inferioridad de condiciones en términos de legitimidad y poder, suele ser un proceso arduo (conf. Gherardi, Natalia, "Notas sobre acceso a la justicia y servicios jurídicos gratuitos en experiencias comparadas: ¿un espacio de asistencia posible para las mujeres", en Birgin, Haydée y Kohen, Beatriz —comp.—, Acceso a la justicia como garantía de igualdad. Instituciones, actores y experiencias comparadas, Biblos, Buenos Aires, 2006, p. 136).

Este acceso a justicia requiere de la superación de los obstáculos sustanciales y formales que bloqueen la efectividad del derecho a la jurisdicción.

Adviértase en este sentido, que el art. 706 del Cód. Civ. y Comercial prevé que en los procesos de familia debe respetarse el principio de tutela judicial efectiva y que "Las normas que rigen el procedimiento deben ser aplicadas de modo de facilitar el acceso a la justicia, especialmente tratándose de personas vulnerables, y la resolución pacífica de los conflictos" (inc. a).

En el plano internacional, las Cien Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, prevén que "Se promoverán las condiciones necesarias para que la tutela judicial de los derechos reconocidos por el ordenamiento sea efectiva, adoptando aquellas medidas que mejor se adapten a cada condición de vulnerabilidad" (punto 25).

Constituye un deber del Estado neutralizar o compensar estas vulnerabilidades para garantizar el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales. Al respecto, cabe recordar lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva acerca del "Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal": "Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas".

Por estos fundamentos, sumados a los ya expuestos —como anticipé— habré de desestimar la caducidad de la acción.

IV. Por último, en cuanto a lo planteado por el demandado con relación a lo previsto por el art. 180 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, en orden a que "El traslado se notificará personalmente o por cedula dentro del tercero día de dictada la providencia que lo ordenare", se ha dicho "El segundo párrafo del artículo es totalmente superfluo, ya que, no existiendo sanción expresa, la notificación posterior es perfectamente válida... y no trae aparejada la caducidad del mismo (CCiv, sala C, ED, 33-385; Falcón, Enrique M., Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Ano-

tado. Concordado. Comentado, T. II, nota arts. 125 a 345).

Tal doctrina resulta aplicable al caso de autos, por lo que corresponde el rechazo del planteo impetrado en este sentido.

Por todo lo expuesto resuelvo: I. Desestimar el pedido de caducidad del derecho previsto art. 525 *in fine* del Cód. Civ. y Com. de la Nación. II. Desestimar lo planteado a fs. 152, punto IV, conforme lo señalado en el considerando V). III. Imponer las costas de la incidencia al demandado (arts. 68 y 69, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). IV. Notifíquese. — *María V. Famá*.

Razonabilidad, género y acceso a la justicia en el cómputo del plazo de caducidad en las prestaciones compensatorias

Patricia M. Junyent de Dutari

Sumario: I. Breve introducción al caso.— II. El desequilibrio patrimonial luego del divorcio o el cese de la convivencia.— III. Las denominadas prestaciones compensatorias.— IV. El cómputo del plazo frente al contexto de pandemia.— V. Criterio de interpretación restrictivo y flexible.— VI. La perspectiva de género.— VII. A modo de cierre. La tutela judicial efectiva.

I. Breve introducción al caso

Desde la mitología griega se visibilizó la función fundamental de la mujer en las sociedades en la figura de Hestia, diosa que representaba todo lo concerniente a la protección del hogar y la familia; razón por la cual casi nunca salía del Olimpo.

Sin embargo, esta digna misión, que implica mucho más que el cuidado de los hijos y los quehaceres domésticos, no había sido justamente reconocida por el ordenamiento jurídico a la hora abordar los quiebres producidos por las separaciones de aquellos que compartieron —hasta la convivencia— de un proyecto.

La jueza María Victoria Fama, mediante el fallo que procuramos rescatar **(1)**, nos introduce con suma justicia en este campo. Ello al tratar las denominadas prestaciones compensatorias, figura introducida por el Código Civil y Comercial de la Nación que responde al nuevo paradigma que de algún modo logra poner en evidencia rol que ha tenido históricamente la mujer; y brindar una solución de equidad cuando llega a su fin la comunidad de vida que compartió, ya sea bajo el régimen jurídico del matrimonio o de la unión convivencial.

Desde este puntal, aborda en particular el controvertido tema del cómputo del plazo de

(1) M., M. E. c. D., D. s/Fijación de compensación arts. 524, 525, Cód. Civ. y Com. (resolución firme) del 14 de mayo de 2021.

caducidad establecido por el ordenamiento de fondo para habilitar su solicitud.

Los antecedentes dan cuenta de que, iniciado el proceso en pos de la obtención de prestaciones compensatorias por parte de la mujer, el demandado opuso la caducidad del derecho a solicitarla por haber transcurrido el plazo de seis meses.

El pronunciamiento desestimó el pedido en base a una suma de argumentos guiados por los principios de derechos humanos; solución que a todas luces merecía el asunto debatido.

Estos, además, se enmarcan en un nuevo escenario planteado por el Código Civil y Comercial donde se van abriendo horizontes a dispositivos creativos en aras de dar soluciones pacificadoras y sanadoras de las relaciones derivadas del vínculo conyugal o convivencial. Se busca posibilitar su continuidad bajo otros modelos que permitan nuevas modalidades intersubjetivas, de forma tal de superar las asperezas y lograr su adecuado reencauzamiento.

Ello apareja múltiples proyecciones incluso en lo patrimonial, donde se vitaliza y cobra importancia el principio de equidad, a la par del de solidaridad.

II. El desequilibrio patrimonial luego del divorcio o el cese de la convivencia

El apoyo mutuo en el proyecto de vida compartido durante el matrimonio o la convivencia es propicio y permite a los miembros de la pareja desarrollar las potencialidades que le son propias en distintos órdenes de la vida. Alcanza, sin lugar a duda, no solo al plano espiritual sino también al laboral y profesional.

Ambos integrantes se hacen cargo de las tareas cotidianas del hogar y del cuidado y acompañamiento de los hijos. En muchas ocasiones, a raíz del tiempo dedicado por uno de ellos a dichos altos menesteres, este resigna espacios para realizar tareas lucrativas y, a la vez, evita al otro pagar a un tercero para que se haga cargo de aquellas.

De esta forma, desde lo económico se va conformando y alcanzando un nivel de vida común en el cual los esposos o convivientes forjan sus días gracias a los diferentes y valiosos aportes de uno y otro.

Cuando dicha comunidad de vida se rompe por la separación, se puede generar un desequilibrio que implica un empeoramiento de la situación patrimonial de uno de los cónyuges con respecto al otro y a la anterior que tenían durante la vida en común.

Aquel estado de ausencia de igualdad es definido por Graciela Medina como un descenso en el nivel de vida que se ha disfrutado durante el transcurso de la relación, siempre teniendo en cuenta las condiciones económicas bajo las cuales se hubiera desarrollado la vida conyugal, sin que implique un estado de necesidad, pero teniendo en cuenta las expectativas que hubiera tenido el cónyuge acreedor **(2)**.

Frente a este contexto, cuando la posición económica ha sido fruto del esfuerzo y vida en común de ambos, lo jurídico se motoriza en pos de la igualdad y va adaptando y adoptando figuras en procura de llegar a que ambos integrantes puedan gozar de los beneficios obtenidos durante dicho tiempo compartido.

Señala la autora citada que el desequilibrio puede ser perpetuo o coyuntural **(3)**. El primer supuesto se da cuando las situaciones habidas durante la convivencia y el tiempo que esta ha durado impiden las posibilidades de abrirse camino por sí mismo y obtener sus propios recursos. Son los casos de mujeres que han convivido muchos años en el rol de ama de casa o aquellos casos en que uno de los cónyuges tiene problemas de salud. En los demás casos, es probable que con el correr del tiempo quien se vio impedido de forjar su proyecto económico por dedicarse a la familia vaya logrando autónomamente su forma de subsistencia.

Observando estas situaciones y en coherencia con el espíritu que inspiró el dictado de la ley 23.515, la doctrina favoreció una lectura del art. 209 del Cód. Civil anterior en clave de equi-

(2) MEDINA, Graciela, "Compensación económica en el proyecto del Código", LA LEY, 2013-A, DFyP (2013), 3.

(3) MEDINA, Graciela, "Compensación económica...", ob. cit.

dad **(4)** —que vale la pena rescatar— al señalar que ya no podía ser interpretado como una sanción desde la perspectiva del cónyuge culpable del divorcio que pide alimentos al otro.

En este sentido, en aquel momento, Mizrahi entendió que la literalidad del precepto comprendía a cualquiera de los esposos, hubiera o no declaración de culpabilidad en la sentencia.

Así, siguiendo un análisis sistemático bajo estándares de razonabilidad, ante la presencia de un caso donde se exhibiera un marcado desequilibrio entre quienes habían sido cónyuges, la doctrina arribó a esta respuesta de equidad.

III. Las denominadas prestaciones compensatorias

En este escenario y frente a los desafíos que la equidad propicia, a la par de la interpretación normativa analizada desde la doctrina jurídica también se procuraron institutos acordes a esta, y a tal fin se fue abrevando de la experiencia extranjera.

Frente a un desequilibrio injustamente sufrido lo jurídico debe perfilar soluciones que respondan a esta máxima fundamental del derecho, que busca lo justo en cada caso concreto. Esta ha sido acuñada ya desde la concepción aristotélica como instrumento del juez para mitigar el rigor de la ley en ciertos casos **(5)**.

Ello en tanto, como se ha apuntado, "[l]a equidad no es una fuente sino la fuente del Derecho, por excelencia: por lo tanto, sería innecesario que el legislador la enumerara entre ellas para que desplegase en la vida concreta del Derecho todo su valor: sería siempre fuente, aunque aun cuando jamás se la mencionara" **(6)**. Ya Vélez Sarsfield, en la nota de los arts. 2567 a 2570 del Cód. Civil aludía a ella como un principio rector de orientación para los jueces.

Se persigue la justicia razonable de cada caso particular, singularizada sin sujeción a los rigorismos del derecho formal, que no siente simpatía por los preconceptos, los prejuicios y los estándares jurídicos: y que, por consiguiente, reclama la formulación de juicios de equidad toda vez que la ciencia jurídica no es otra cosa que el arte de lo justo **(7)**.

De allí se ha dicho que la equidad es creadora y está destinada a asegurar el valor justicia y opera por delegación tácita o expresa de la ley **(8)**.

Al respecto la jurisprudencia postula: "La justa solución del caso concreto no debe buscarse a través de la fría formulación de silogismos, sino mediante una selección axiológica que persiga la justicia del caso concreto, siendo claro que no existe una recta administración de justicia cuando los jueces aplican la ley mecánicamente y con abstracción o indiferencia por las consecuencias que esa aplicación tiene para las partes y, de un modo distinto pero no menos trascendente, para el cuerpo social todo" **(9)**.

Específicamente, para la temática analizada, se trata de contrarrestar una situación de empobrecimiento injusto que sufre el cónyuge que se dedica a los hijos o al hogar durante la convivencia y de este modo contribuye a la consecución de ciertos logros, dejando de lado su capacitación y desarrollo en el campo laboral **(10)**.

Desde hace algún tiempo se hacía referencia a las prestaciones compensatorias, cuya razón

(4) MIZRAHI, Mauricio Luis, "Los alimentos entre cónyuges divorciados por causales objetivas. Desdoblamiento interpretativo del art. 209 del Código Civil", LA LEY, 2009-B, 1104.

(5) CHIAPINI, Julio, "Prólogo", en Pesaresi, Guillermo Mario, La Equidad en el derecho positivo argentino, Editorial Fas, Rosario, 2006, p. 109.

(6) MAGGIORE, Giuseppe, "L'equitá e ilsuo valore neldiritto", en la Revista Internazionale di Filosofia del diritto, 1923, p. 256, citado por CHIAPPINI, Julio - PEYRANO, Walter H., "La jurisdicción de equidad o la vuelta del pretor", LA LEY, 1980-B, 937.

(7) CHIAPINI, Julio, "Prologo", en Pesaresi, Guillermo Mario; La Equidad en el derecho positivo argentino, Editorial Fas, Rosario, 2006, p. 109.

(8) CHIAPPINI, Julio - PEYRANO, Walter H., "La jurisdicción de equidad o la vuelta del pretor", LA LEY, 1980-B, 937.

(9) CSJN, Fallos 322:1537 y 304:1416. Idéntica tesitura ha sido adoptada por el TSJ, Sala Civil y Comercial, en "Banco de la Pcia. de Cba.", Auto N° 195 del 15/08/2007 y en "Citibank SA", Auto N° 360 del 20/11/2012.

(10) MEDINA, Graciela, "Compensación económica...", ob. cit.

de ser y fin consiste en procurar la igualdad económica entre quienes han sido marido y mujer conforme a los aportes efectuados durante el matrimonio o la convivencia. Según explican destacados juristas, la expresión proviene del alemán y es tomada por el derecho francés y fue traducida al español **(11)**.

En similares términos han sido definidas por la doctrina como la cantidad periódica o prestación única que un cónyuge o conviviente debe satisfacer a otro producido el divorcio o la cesación de la convivencia, para corregir una situación de desequilibrio padecido por un cónyuge o conviviente que implique un desmejoramiento en relación con la gozada durante el matrimonio o convivencia **(12)**.

Asimismo se ha dicho que es "una herramienta jurídica estrictamente patrimonial y de carácter objetivo que procura superar la injusta desigualdad económica producida por la peculiar distribución de roles y funciones que los miembros de la pareja llevaron adelante durante el matrimonio o la vida en común, que trajo como consecuencia diferentes capacidades para obtener ingresos, desigualdad en las posibilidades económicas y de inserción en la vida laboral, cuestión que la mayoría de las veces el régimen patrimonial es incapaz de solucionar" **(13)**.

En una palabra, se trata de un derecho patrimonial que procura paliar el desequilibrio acaecido como consecuencia de la ruptura del vínculo matrimonial o de la vida en común y, por tanto, no supone la existencia de un estado de necesidad.

Tanto fue madurando entre nuestra doctrina este instituto, que el nuevo Código Civil y Comercial lo recepta bajo el nombre tomado del derecho europeo. Se establece tanto para el divorcio como para el cese de uniones convivenciales y nulidades matrimoniales.

En consecuencia, como bien señala la doctrina, al mismo tiempo que se acrecienta el espacio brindado a la autonomía de la voluntad en el matrimonio, se regula esta institución de orden público al disolverse la unión en pos del equilibrio económico de quienes han compartido la vida **(14)**.

---

(11) BELLUSCIO, Augusto C., "Alimentos y prestaciones compensatorias", LA LEY, 1995-A, 1032; MEDINA, Graciela; "Compensación económica...", ob. cit.

(12) MEDINA, Graciela, "Compensación económica...", ob. cit. Ver también Conclusiones de las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil. UBA. Comisión de Familia. LL actualidad del 17/10/2013.

(13) cfr. MOLINA DE JUAN, Mariel, "Compensaciones económicas en el divorcio. Una herramienta jurídica con perspectiva de género", RDF 57-187, AP/DOC/4234/2012. También señala que la compensación económica persigue corregir el desequilibrio causado por la vida familiar, ocasionado por esa particular distribución de roles que determinó que un miembro de la pareja se postergara en pos del desarrollo del otro, y que se visualiza con la ruptura. Idéntica finalidad se consigna en los fundamentos del anteproyecto de Cód. Civ. y Com. Allí se apuntó a la existencia de un solo proveedor económico y de un cónyuge o conviviente que cumplía sus funciones antes del divorcio o del cese de la unión convivencial en el seno del hogar y en apoyo de la profesión del otro, concluyendo que no sería justo que al quiebre de esa elección se deje desamparado a aquél de los cónyuges o convivientes que invirtió su tiempo en tareas que no se traducen en réditos económicos. De esta finalidad principal se puedan desprender diferentes aplicaciones; y en la hipótesis que nos ocupa —según se verá funciona como una estrategia de dignificación de la mujer—, toda vez que: a) reconoce el valor económico de su dedicación al hogar y los hijos; b) corrige o repara las consecuencias de sus postergaciones, y c) le proporciona herramientas o recursos para su autosuficiencia...".

(14) SOLARI, Néstor E., "Las prestaciones compensatorias en el Proyecto del Código", LL, DFYP 2012 (octubre), 3.[7] Señala el art. 441: "Compensación económica. El cónyuge a quien el divorcio produce un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación y que tiene por causa adecuada el vínculo matrimonial y su ruptura, tiene derecho a una compensación. Ésta puede consistir en una prestación única, en una renta por tiempo determinado o excepcionalmente por plazo indeterminado. Puede pagarse con dinero, con el usufructo de determinados bienes o de cualquier otro modo que acuerden las partes o decida el juez". A continuación, el art. 442 establece los parámetros para su establecimiento y señala: "Fijación judicial de la compensación económica. A falta de acuerdo de los cónyuges en el convenio regulador, el juez debe determinar la procedencia y el monto de la compensación económica sobre la base de diversas circunstancias, entre otras: a) el estado patrimonial de cada uno de los cónyuges al inicio y a la finalización de la vida matrimonial; b) la dedicación que cada cónyuge brindó a la familia y a la crianza y educación de los hijos durante la convivencia y la que debe prestar con posterioridad al divorcio; c) la edad y el estado de salud de los cónyuges y de los hijos; d) la capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo del cónyuge que solicita la compensación económica; e) la colaboración prestada

Conforme al texto legal, no interesa ahondar en el tema de la culpa a fin de la implementación de este derecho, sino que basta la configuración de extremos objetivos que tornan viable la compensación **(15)**.

En materia de uniones convivenciales el art. 524 del Cód. Civ. y Com. establece: "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. Puede pagarse con dinero, con el usufructo de determinados bienes o de cualquier otro modo que acuerden las partes o en su defecto decida el juez".

Y el art. 525 expresa: "Fijación judicial de la compensación económica. El juez determina la procedencia y el monto de la compensación económica sobre la base de diversas circunstancias, entre otras: a) el estado patrimonial de cada uno de los convivientes al inicio y a la finalización de la unión; b) la dedicación que cada conviviente brindó a la familia y a la crianza y educación de los hijos y la que debe prestar con posterioridad al cese; c) la edad y el estado de salud de los convivientes y de los hijos; d) la capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo del conviviente que solicita la compensación económica; e) la colaboración prestada a las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro conviviente; f) la atribución de la vivienda familiar".

El tenor literal del enunciado normativo ensayado brinda parámetros que han de ponderarse para su procedencia, así como a una justa extensión del crédito a favor del cónyuge que se halla en una situación de menoscabo.

Repárese que el punto de partida es, precisamente, el estado patrimonial de cada uno de los convivientes al inicio y la finalización de la vida en común, así como la dedicación brindada a la familia y a la crianza y educación de los hijos, entre otros ítems.

Así, luego de la ruptura de la unión, las particularidades de cada situación deben ser valoradas con suma prudencia por el juez para evaluar la pertinencia de su establecimiento, así como su cuantificación, sin que deba necesariamente tratarse de sumas dinerarias.

Conforme expone la jurisprudencia, su procedencia impone lo siguientes requisitos: a) la separación; b) el desequilibrio económico manifiesto que sufre uno de los ex cónyuges o convivientes; c) el empeoramiento de la situación económica de uno; y d) una causa adecuada entre el matrimonio, la ruptura y el desequilibrio producido **(16)**.

Así, es menester la existencia de una situación de desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de la situación económica de uno de los que fueran cónyuges y que la causa de dicho desequilibrio resida en el vínculo matrimonial y su ruptura **(17)**. De comparar la situación económica tenida durante la vida en común con la posterior, debe manifestarse un detrimento o empeoramiento respecto de alguno de los cónyuges. A ello cabe agregar que tal desproporción debe haber sido causada por el cese de la vida compartida y no por causas ajenas a tal acontecer.

Por otra parte, a los fines de decidir sobre la configuración de los presupuestos sustanciales en el caso concreto, corresponde aplicar la normativa contenida en el art. 442 del Cód. Civ. y

a las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge; f) la atribución de la vivienda familiar, y si recae sobre un bien ganancial, un bien propio, o un inmueble arrendado. En este último caso, quién abona el canon locativo. La acción para reclamar la compensación económica caduca a los seis [6] meses de haberse dictado la sentencia de divorcio".

(15) SOLARI, Néstor E., "Las prestaciones compensatorias en el Proyecto del Código", LL, DFYP 2012 (octubre), 3.

(16) Cfr. CFamilia de 2ª Nom. Cba.; "B., V. C. c. Q., M. Compensación económica recurso de apelación", Comercio y Justicia del 5/07/2021.

(17) SAMBRIZZI, Eduardo A., "Las prestaciones compensatorias en el divorcio en el proyecto de reformas de 2012-2, XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, setiembre 2013, Comisión de Familia, http://www.jndc.com.ar/06%2011.htm, entrada del 16/02/2014.

Com., que alude a una serie de circunstancias patrimoniales que sirven también para precisar el contenido de la prestación.

Ahora bien, seguramente habrá algunas situaciones en las que, por el especial contexto en el que se produce la ruptura, no se considerarán procedentes. Ello acontecerá en casos que obliguen a su determinación por ser reñidas con la máxima de equidad que persiguen.

Ello por cuanto, como hemos precisado, fundamental en materia de familia es la nota de la singularidad, relativa a que cada una de las realidades deben ser juzgadas en concreto **(18)**.

IV. El cómputo del plazo frente al contexto de pandemia

Situados en este escenario cabe adentrarnos al tema del plazo de caducidad; motivo del pronunciamiento analizado.

Aquí se trató una de las hipótesis más frecuentes, esto es, la simple separación que pone fin a una unión convivencial.

A tal fin, cabe indicar que, en su último párrafo, el art. 525 del Cód. Civ. y Com. precitado, determina el plazo de caducidad al señalar que la acción para reclamar la compensación económica caduca a los seis meses de haberse producido cualquiera de las causas de finalización de la convivencia enumeradas en el art. 523.

El análisis del planteo incoado por el demandado llevó a la necesidad de considerar los tiempos.

En este cometido, el fallo da cuenta de que el proceso se inició el 10 de junio de 2020. La Sra. M. E. M. relató que la convivencia fue interrumpida el 20 de diciembre de 2019, presentando una serie de pruebas a fin de acreditar sus dichos. Por su parte, el Sr. D. D. indicó que la fecha del cese de la convivencia fue el 10 de diciembre de 2019.

Así las cosas, en el marco de la situación de pandemia, la magistrada juzgó la defensa del demandado de inconducente.

Ello, al considerar que aun cuando la relación hubiera finalizado el 10 de diciembre de 2019, no habría operado la caducidad del derecho, al observar que la solicitud de la prestación fue realizada en el marco de la feria extraordinaria decretada por la Corte Suprema de Justicia en razón del ASPO dispuesto por el Gobierno Nacional. De hecho, añade, la demanda solo fue iniciada a los fines de "interrumpir la prescripción" (*sic*).

Asimismo, apeló al insoslayable principio constitucional de la razonabilidad. En este sentido aclaró que solicitar que se acrediten las dificultades de recurrir a la mediación en plena pandemia no era adecuado ni proporcional, pues fue de público conocimiento que en un principio las mediaciones se encontraban suspendidas, retomándose en forma virtual por Resolución 121/2020 del Ministerio de Justicia de la Nación del 23/04/2020. Subrayó que, si bien es cierto que esa normativa era anterior al inicio de las actuaciones, el exigir una mediación virtual en el contexto de desconcierto y desorganización que reinaba los primeros meses del ASPO resultaba excesivo.

V. Criterio de interpretación restrictivo y flexible

El cómputo del plazo de caducidad impuesto por la ley ha suscitado cuestionamientos prácticos, en especial en casos como el analizado, de uniones convivenciales, puesto que la fecha del cese de la convivencia no siempre puede acreditarse con certeza.

En estos casos, será determinante analizar "cuándo" terminó ese proyecto común, extremo que define esta forma de organización familiar **(19)**. Ergo, en este supuesto, el plazo irremediablemente comienza su curso a partir de la finalización de la vida compartida, sea por acuerdo, sea por decisión unilateral, sin que existan más circunstancias demostrativas del

(18) En este sentido es elocuente el caso referenciado precedentemente de la Corte Suprema de Mendoza, "L. C. F. por la menor A. M. G. c. A. C. A. G. T. P. A. C. Sala I, Sentencia N.º 350 de fecha 12/05/2005, Semanario Jurídico, Edición Especial N.º 4, Familia y Menores, noviembre 2005.

(19) Cfr. MOLINA DE JUAN, Mariel, "Compensaciones económicas en el divorcio. Una herramienta jurídica con perspectiva de género", RDF 57-187, AP/DOC/4234/2012.

hecho que el retiro de uno de los convivientes del hogar que compartían.

Como bien se señala, cuando el *dies a quo* se encuentra ligado a este dato fáctico son habituales las discrepancias entre las partes y; a su vez, se hallarán dificultades para acreditarlo, en especial si el cese definitivo estuvo precedido de una serie de interrupciones transitorias en la cohabitación.

En este sentido, el fallo expone diáfanamente que, frente a la duda, si no consta la fecha cierta para el inicio del cómputo del plazo de caducidad, los jueces y juezas deben ser flexibles pues una decisión tendiente a declarar extinto el derecho resulta irremediable; dejando en una situación de desprotección a la beneficiaria.

Explica que la caducidad, como modo de extinción de ciertos derechos debido a la omisión de su ejercicio durante un plazo prefijado por la ley o la voluntad de las partes, debe ser interpretada restrictivamente y cuando una situación se preste a diversas interpretaciones de mayor o menor alcance no corresponde considerarla consagrada. Y ello en tanto de todos los efectos que el curso del tiempo puede tener sobre una relación jurídica, la caducidad constituye, sin duda, el más gravoso.

A ello se suma la consideración sobre la extensión del plazo cuando en estos momentos tan especiales para quienes han tomado una decisión de esta naturaleza se les presentan múltiples y variados frentes que atender en la vida cotidiana.

Al respecto, señala que el tiempo breve fijado por la ley coloca a la supuesta beneficiaria en la necesidad de recurrir al proceso judicial en forma casi inminente, desconociendo las particularidades y dificultades que pueden presentarse en tan breve período.

Destaca en este análisis que las personas en un proceso de separación tienen su mente en el acomodamiento de las cuestiones cotidianas y en los cambios que muchas veces los sobrepasan; de allí que, lógicamente, el conteo de los plazos legales pasa a la postergación.

Pone de manifiesto que este plazo exiguo resulta todavía más perjudicial para aquellas personas que hubieran formado una unión convivencial. En primer lugar, advierte que —a diferencia del divorcio— su cese no requiere la vía judicial, produciéndose extrajudicialmente, por distintas circunstancias contempladas por la ley. De ahí que, normalmente, la pretensa beneficiaria deberá recurrir al respectivo asesoramiento legal antes de transcurrir el plazo legal, para así plantear judicialmente la acción judicial **(20)**.

Cita jurisprudencia que, en igual sentido, expone que "dada la especial situación de violencia que se deriva de los hechos denunciados, la inestabilidad del grupo familiar y el estado de vulnerabilidad que atravesaba... la peticionante, concluimos que el cómputo del plazo de caducidad para el ejercicio de esta acción no pudo iniciar el 06/02/2017... las disposiciones del CCC, en materia de caducidad, deben interpretarse en un diálogo de fuentes, que no puede desprenderse de las directivas dadas en las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad..." **(21)**.

VI. La perspectiva de género

Otro argumento fuerte del fallo pasa por el tamiz de la teoría de género.

Entre nosotros, este marco teórico se relaciona intrínsecamente con el principio de igualdad ante la ley contenido en el art. 16 de la Constitución Nacional, según esta interpretación que le ha dado la Corte Suprema de Justicia refleja lo que alguna doctrina ha denominado el "principio de no discriminación", según el cual la igualdad de trato ante la ley se encontrará violada siempre que no sea posible superar el test de razonabilidad, test que algunas categorías (las "sospechosas"), se presume, *a priori* no pueden superar **(22)**.

(20) Cfr. SOLARI, Néstor; "El plazo de caducidad en la Compensación Económica", AR/DOC/2523/2017.

(21) CCCLM, Sala I, Neuquén; 6/07/2018; "M. F. C. vs. C. J. L. s/ Compensación Económica", RC J 5312/18.

(22) ROBERTO SABA (2007), "(Des) Igualdad estructural" y haremos un análisis del fallo "González Delgado y otros c. Universidad Nacional de Córdoba".

La lectura estructural entiende que lo que la igualdad ante la ley persigue es el objetivo de evitar la constitución y establecimiento de grupos sometidos, excluidos o sojuzgados por otros grupos. Según esta perspectiva, evitar la cristalización de un grupo excluido, sometido o sojuzgado es lo que parece subyacer como fundamento del principio de igualdad ante la ley **(23)**.

Entre otros instrumentos interamericanos de derechos humanos relevantes para la igualdad de género y los derechos de las mujeres se encuentran las disposiciones contenidas en los instrumentos marco del sistema interamericano, como la Declaración Americana, la Convención Americana y la Convención de Belém do Pará.

La CIDH asimismo se ha pronunciado sobre el rol destacado del poder judicial en enviar mensajes sociales avanzando la protección y la garantía de los derechos humanos; en particular, las normas encaminadas a proteger a sectores en particular riesgo a sus derechos humanos como las mujeres **(24)**. Asimismo, ha elaborado una profusa doctrina jurisprudencial desde toda clase de pronunciamientos.

Así, en su Opinión Consultiva 4/84 sobre el principio de igualdad indicó que: [l]a 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 de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza.

También se pronunció sobre el problema de la discriminación en su decisión de fondo sobre el caso de "Karen Atala e Hijas (Chile)"; en la cual sentó estándares importantes para el principio de igualdad y la obligación de no discriminar en lo pertinente a asuntos de género. Como punto de partida en su análisis, la CIDH destacó las distintas concepciones del derecho a la igualdad y la no discriminación.

Desde este enfoque, la doctrina ha señalado que corresponde reconocer que el acceso a justicia para las mujeres, que universalmente se encuentran en inferioridad de condiciones en términos de legitimidad y poder, suele ser un proceso arduo **(25)**.

Es que, como se ha dicho, la diferencia entre los sexos y la desigualdad legal están sumamente ligadas pues lo que se concibió como la diferencia de las mujeres respecto de los hombres lo fue en perjuicio de las mujeres porque está empíricamente comprobado que la jerarquización se ha hecho siempre a favor de los hombres **(26)**.

Con esta proyección, tal como lo señala el pronunciamiento anotado, desde la perspectiva de género se acentúa el deber de magistrados y magistradas de examinar con flexibilidad el plazo de caducidad impuesto por la ley, ya que lo contrario podría llevar —reitero— a la irremediable y gravosa conclusión de toda posibilidad de debatir el derecho a percibir una compensación económica.

Agrega que en esta misma línea se subrayó que "juzgar con perspectiva de género impone decidir los casos recordando y aplicando que en nuestro sistema jurídico se consagra el reco-

(23) ROBERTO SABA (2007), "(Des) Igualdad estructural" y haremos un análisis del fallo "González Delgado y otros c. Universidad Nacional de Córdoba".

(24) Véase en general, CIDH, Informe de Fondo No. 54/01, Caso 12.051, Maria da Penha Fernandes (Brasil), 16 de abril de 2001.

(25) Conf. GHERARDI, Natalia, "Notas sobre acceso a la justicia y servicios jurídicos gratuitos en experiencias comparadas: ¿un espacio de asistencia posible para las mujeres", en Birgin, Haydée y Kohen, Beatriz —comp.—, Acceso a la justicia como garantía de igualdad. Instituciones, actores y experiencias comparadas, Biblos, Buenos Aires, 2006, p. 136.

(26) FACIO, Alda; "Feminismo Género y Patriarcado". Costa Rica. Biblioteca Virtual del CIDEM.AC.ORG, http://cidem-ac.org/PDFs/bibliovirtual/VIOLENCIA%20CONTRA%20LAS%20MUJERES/Genero,%20Derecho%20y%20Patriarcado.pdf (última lectura junio 2014), ps. 16/37.

nocimiento del derecho de las mujeres a vivir libres de violencia y discriminación, de modo tal que es deber jurídico considerar las especiales situaciones en que viven muchas mujeres..., incluso para computar los plazos legales. Estas circunstancias llevan a otra incógnita a responder ¿es constitucional el plazo de seis meses establecido por el CCyC?" **(27)**.

Resume la magistrada en su sentencia que la perspectiva de género implica: a) reconocer las relaciones de poder que se dan entre los géneros, en general favorables a los hombres como grupo social y discriminatorias para las mujeres; b) que estas relaciones han sido constituidas social y culturalmente y son constitutivas de las personas; y c) que atraviesan todo el entramado social y se articulan con otras relaciones sociales, como las de clase, etnia, edad, preferencia sexual y religión.

VII. A modo de cierre. La tutela judicial efectiva

El último argumento del fallo de la Dra. Fama no podía ser otro que la tutela judicial efectiva.

La potencia de dicho argumento permite cerrar el análisis desde este cardinal.

Dicha garantía halla recepción en los arts. 18 de la CN, 10 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948 y 2.3.a. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Asimismo, las Cien Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, prevén que "[s]e promoverán las condiciones necesarias para que la tutela judicial de los derechos reconocidos por el ordenamiento sea efectiva, adoptando aquellas medidas que mejor se adapten a cada condición de vulnerabilidad" (punto 25).

Adviértase en este sentido, que el art. 706 del Cód. Civ. y Com. prevé que en los procesos de familia debe respetarse el principio de tutela judicial efectiva y que "[l]as normas que rigen el procedimiento deben ser aplicadas de modo de facilitar el acceso a la justicia, especialmente tratándose de personas vulnerables, y la resolución pacífica de los conflictos" (inc. a).

Todo este plafón normativo da cuenta que constituye un deber del Estado neutralizar o compensar estas vulnerabilidades para garantizar el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales.

Al respecto, cabe recordar lo señalado por la CIDH en la Opinión Consultiva 16 acerca del "Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal": "Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas".

La CIDH en el caso "Cantos v. República Argentina..." **(28)**, al referirse a las garantías judiciales de los arts. 8.1 y 25 del Pacto de San José de Costa Rica, ha dicho: "...Esta disposición de la Convención consagra el derecho de acceso a la justicia. De ella se desprende que los Estados no deben interponer trabas a las personas que acudan a los jueces o tribunales en busca de que sus derechos sean determinados o protegidos. Cualquier norma o medida del orden interno que imponga costos o dificulte de cualquier otra manera el acceso de los individuos a los tribunales, y que no esté justificada por las razonables necesidades de la propia administración de justicia, debe entenderse contraria al precitado artículo 8.1 de la Convención...".

(27) Juz. Fam. nº 1, Esquel, 28/10/2019, "S., E. Y. c. L., J. D.", RC J 12965/1.9.

(28) Del 28 de noviembre de 2002.

En lo atinente específicamente a las mujeres la CIDH ha identificado como un componente clave de estos esfuerzos la garantía de un acceso *de jure* y *de facto* a recursos judiciales idóneos y efectivos para superar problemas emblemáticos como la discriminación y la violencia contra las mujeres **(29)**.

En el plano nacional, nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha pronunciado en el sentido que el apego excesivo al texto de las normas sin apreciar las circunstancias particulares del caso no se aviene con la cautela con que se deben juzgar las situaciones en las que se encuentra en juego el *principio in dubio pro actione* **(30)**.

Tal como lo ha sostenido el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, el derecho a la tutela judicial efectiva, dentro del cual se inserta el de defensa, proscribe una interpretación jurídica de las normas adjetivas que conduzca a la exigencia a ultranza de condicionamientos que denieguen el acceso a la jurisdicción y, con él, a la verdad jurídico-objetiva, por motivos de excesivo ritualismo formal, que pueden ser superados sin quebranto para la estructura y configuración legal del proceso, como así también de la seguridad y la certeza jurídica en las relaciones procesales nacidas al amparo de las normas adjetivas **(31)**.

Consecuentemente, en virtud del principio señalado, el que consiste en brindar la mayor garantía y promover la interpretación más favorable al ejercicio del derecho de acción y, por lo tanto, asegurar, en lo posible, más allá de las dificultades de índole formal, una decisión sobre el fondo de la cuestión objeto del procedimiento **(32)**, cabe propiciar como lo hizo la jueza en este caso, una solución razonable y habilitar la instancia judicial.

Desde este puntal, el fallo señala que el acceso a justicia requiere de la superación de los obstáculos sustanciales y formales que bloqueen la efectividad del derecho a la jurisdicción.

En definitiva, el análisis de la situación detallada a la luz del principio general *pro actione* bastaba para desechar el planteo de la caducidad con el objeto de evitar una eventual denegación de justicia.

Para terminar, vale destacar en este colofón que el pronunciamiento objeto de este estudio, expone claramente y en primera persona que las dificultades de acceso a la justicia remiten, al menos desde uno de sus ángulos, a las responsabilidades que las mujeres que son operadoras jurídicas tienen en la profundización de las exclusiones que nos rodean, que impiden que tantas otras mujeres puedan exigir aquello que creen que les corresponde en derecho.

(29) CIDH, "Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas", OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68, 20 de enero de 2007, párr. 1.

(30) Del dictamen de la Procuración General, al que remitió; Fallos 330:1389, 10/04/2007, "Cocha Nicolás Alberto s/ Rec. Judicial".

(31) TSJ Cba., Sala Cont. Adm., Sent. Nro. 85/2000, "Telefónica", reiterada en Sent. Nro. 10/2012 "Toyota", entre otras.

(32) TSJ Cba., Sent. Nro. 52/2019.

GUARDA A PARIENTES

Interés superior del niño. Derecho a ser oído. Prevención de la revictimización. Limitación de la duración. Inconstitucionalidad del art. 657 del Cód. Civ. y Com.

Con nota de Mercedes Uriburu y Rodolfo G. Jáuregui

1. — Bajo el amparo de la institución de la guarda, la peticionante asegura a su hermano ejercicio de todos sus derechos, quien puede crecer y desarrollarse en un ambiente familiar, contenedor y donde quiere permanecer.

2. — Dadas las especiales circunstancias del caso, la edad del menor —14 años—, el grado de madurez exhibido en cada una de las intervenciones requeridas y la convicción de sus expresiones, la revisión de su situación de vida dentro de un año, mediante el trámite del proceso de tutela como propone el recurso, conduciría a una revictimización incompatible con su interés superior, al imponerle un nuevo tránsito por los estrados judiciales para debatir y discernir sobre su futuro, cuando el estatus jurídico alcanzado permite su protección y su desarrollo integral.

3. — La atención del caso está dirigida a comprender y ofrecer al menor, de catorce años, la respuesta jurisdiccional más adecuada a la situación de vida que le toca transitar, dado el prioritario y superior interés que le confiere el sistema jurídico.

4. — A fin de preservar el interés superior del adolescente, es necesario ofrecer una respuesta personalizada, dado que los conceptos abstractos pueden no satisfacer las necesidades de una persona de un nombre y apellido determinados, con una residencia precisa y circunstancias particulares.

5. — La escucha activa al menor comprende no solamente el derecho a ser oído en todo proceso judicial que le concierna, sino a que sus opiniones sean tenidas en cuenta en las decisiones que se tomen, valorando su grado de madurez.

6. — Corresponde declarar de oficio la inconstitucionalidad para el caso del art. 657 del Cód. Civ. y Com. en cuanto limita temporalmente la guarda, por ser violatorio a los arts. 2°, 3°, 4°, 12, 27, 31 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y 31, 33, 75, inc. 22 de la Constitución Nacional.

C2aCiv. y Com., La Plata, sala III, 18/05/2021. - J. S. s/ guarda a parientes.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/60684/2021]

COSTAS

Se imponen por su orden.

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Se declara la inconstitucionalidad del art. 657 del Cód. Civ. y Com.

Causa N° 126719

2ª Instancia.- La Plata, mayo 18 de 2021.

1ª ¿Es justo el decisorio dictado el día 3 de noviembre de 2020? 2ª ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

1ª cuestión. — El doctor *Soto* dijo:

I. En la sentencia cuestionada, la señora Jueza de la anterior instancia otorgó la guarda de S. J. a su hermana S. J. hasta que adquiera la mayoría de edad.

II. En lo que importa destacar, señaló la Magistrada que la guarda a parientes regulada por el artículo 657 del Cód. Civ. y Comercial, permite que ante casos de especial gravedad el juez otorgue el cuidado del hijo en cabeza de un pariente, ello siempre con carácter excepcional y por el plazo máximo de un año, prorrogable por razones fundadas, sin que ello implique privar a sus progenitores de la responsabilidad parental.

Explicitó que la guardadora designada adquiere un estatus jurídico frente a terceros que le permitirá ejercer con mayor eficacia las funciones inherentes al cuidado del niño o al adolescente, garantizando el ejercicio de sus derechos fundamentales, tales como el derecho a la salud, por las posibilidades de gozar de la cobertura médica del guardador, su derecho a la alimentación, escolaridad, entre otros. Agregó la Jueza que dado que el Cód. Civ. y Comercial no brinda un remedio acorde a la situación que de hecho se encuentra viviendo S., su deber es encontrar una respuesta contenedora a fin de adoptar una solución permanente y apropiada para garantizar su interés superior.

Destacó que su hermana es quien se encuentra garantizando los cuidados de S., quien está contenido

en el grupo familiar, por lo que es necesario continuar otorgando seguridad jurídica a la situación que se encuentran vivenciando desde el fallecimiento de su papá y la enfermedad de su madre.

III. Contra esa forma de decidir apeló la señora Asesora de Incapaces, expresando agravios el día 1 de febrero de 2021, con réplica de día 25 de febrero del mismo año.

IV. En síntesis que se formula, expuso la Dra. Ozafrain de Ortiz que el niño S. J. tiene 13 años de edad, es hijo de M. de los A. D. y de R. H. J., quien ya falleció.

Luego de relatar las condiciones de salud de S. y los antecedentes de la causa, señaló que a pedido de S., le fue otorgada la guarda de su hermano de conformidad con lo normado por el artículo 657 del Cód. Civ. y Comercial. Y que transcurrido el plazo mencionado, surgió de los elementos reunidos en autos la conveniencia de disponer su prórroga, pero conforme los términos previstos por la norma de fondo se podrá prorrogar la guarda por un único plazo de un año más.

Disintió con la decisión, afirmando que el argumento es una valoración personal "contra legem", aludiendo a la existencia de una laguna legal que no existe, dado que al finalizar el plazo de prórroga de la guarda a parientes, el juez a pedido de parte o sin él deberá acudir a la última frase del primer párrafo del artículo 657 del código sustancial que dispone "Vencido el plazo el juez debe resolver la situación del niño, niña o adolescente mediante otras figuras que se regulan en este Código".

Sostuvo que en autos la guarda preadoptiva no puede prosperar como consecuencia de la restricción impuesta por el artículo 601 inc. c) del Cód. Civ. y Comercial, por lo que la única opción posible sería la de la tutela. Refirió seguidamente a lo dispuesto por el artículo 104 que también establece el modo de dar continuidad a la guarda a parientes cuando se ha cumplido la única prórroga anual prevista. Señalando que "La tutela está destinada a brindar protección a la persona y bienes de un niño, niña o adolescente que no ha alcanzado la plenitud de su capacidad civil cuando no haya persona que ejerza la responsabilidad parental."

Concluyó que no solamente resulta excesivo el plazo creado interpretativamente cuando el artículo 104 prevé la continuidad de la protección del niño a través de la tutela, sino que además restringe la posibilidad de que la hermana se desempeñe como tutora con muchas más atribuciones, si es que la evolución del proceso así lo aconseja, brindándole mayores herramientas para la restitución y protección de sus derechos, constituyendo así una sentencia regresiva de derechos.

En su respuesta, S. S. afirmó que en el recurso se hace una errónea interpretación del artículo 104 del Cód. Civ. y Comercial puesto que prescribe "Si se hubiera otorgado la guarda a un pariente de conformidad con lo previsto en el Título de la responsabilidad parental, la protección de la persona y bienes del niño, niña y adolescente puede quedar a cargo del guardador por decisión del juez que otorgó la guarda, si ello es más beneficioso para su interés superior; en igual sentido, si los titulares de la responsabilidad parental delegaron su ejercicio a un pariente. En este caso, el juez que homologó la delegación puede otorgar las funciones de protección de la persona y bienes de los niños, niñas y adolescentes a quienes los titulares delegaron su ejercicio. En ambos supuestos, el guardador es el representante legal del niño, niña o adolescente en todas aquellas cuestiones de carácter patrimonial".

Afirmó que se le atribuye al guardador las mismas facultades que al tutor, por lo que la figura utilizada resulta correcta para el caso, ya que la tutela se trata de una asistencia a una autonomía progresiva de las capacidades del menor, y se puede investir al guardador con las facultades del tutor, sin necesidad de cambiar la figura, tal como lo habilita el referido artículo 104.

El reconocimiento del guardador como representante legal es novedoso y necesario porque facilita y agiliza la dinámica de la vida diaria del niño para el acceso sus derechos a la salud, la educación, la estabilidad familiar, a su esparcimiento y a todos los demás derechos.

Que el abanico de derechos y obligaciones del niño y su guardador quedan cubiertas, por lo que el agravio esgrimido por la Asesora carece de sustento.

V. La presentación recursiva propuesta por la señora Asesora de Menores trae a este Tribunal el conocimiento de la historia de vida del adolescente S. J., hoy de 14 años de edad.

A instancia de su hermana S., quien promovió la guarda y encarna el rol procesal de parte apelada, supimos que S. nació el 17 de abril de 2007 y que a raíz del síndrome urémico hemolítico que padeció en el año 2008, cuatro años después recibió un riñón trasplantado.

Que en el año 2017 su padre falleció, su madre padeció un aneurisma cerebral en el mes de mayo de 2018, por lo cual desde entonces está al cuidado de su hermana S., en la ciudad de Lobos.

Señaló la Jueza de la Primera Instancia que en la escucha del adolescente este expuso que "...con su hermana se encuentra bien, contenido, y se realiza los controles médicos en el Hospital Garrahan al que lo lleva su hermana. Asimismo, respecto de su mamá manifiesta que si fuera por él no la vería más ya que lo amenaza mucho, y no entiende que él no quiere estar con ella".

También dijo S. a la Jueza que quiere seguir viviendo con su hermana S. y que ella quiere vivir con él.

El 1 de julio del año 2019 se otorgó la guarda provisoria a su hermana S. y se ordenó un perímetro de exclusión de 200 metros a su madre por el plazo de 60 días.

El 19 de octubre del año 2020, la Perito Trabajadora Social María Eugenia Stefanoff informó que mantuvo una entrevista telefónica con la guardadora, quien fue colaboradora, clara y precisa en sus respuestas, brindando el conocimiento necesario sobre la dinámica familiar que cuida a S.

El grupo familiar en la actualidad se compone por la entrevistada junto a su pareja A., de 22 años, su hija de cinco días de vida, R., y J. S. S. realiza actividades de venta de productos naturistas y su pareja trabaja en una fundición en la misma localidad.

La vivienda es alquilada, de material con todos los servicios de luz, agua y gas; inserta en un barrio poblado.

Continúa narrando la experta que el grupo familiar planea mudarse en diciembre próximo a una construcción en el mismo terreno de la madre de la entrevistada, sito en la misma localidad.

S. continúa sus clases de segundo año de secundaria en el mismo establecimiento educativo; la modalidad virtual le ha sido favorable y que también realiza actividad física "hard combat" en la localidad asistiendo a las clases presencialmente.

En cuanto esparcimiento, continúa con sus gustos como andar en bicicleta por la localidad y retomó los encuentros con dos amigos bajo todos los recaudos para protegerse de posible contagio de covid-19.

En el ámbito de la salud es asistido virtualmente por el Equipo Médico del Hospital Garrahan, donde los resultados de "valores de análisis clínicos" se encontrarían regularizados. Y queda pendiente una próxima "ecografía renal" presencial. Sigue con aceptación el tratamiento de medicación y médico que le es indicado.

Se encuentra razonablemente estabilizado en su peso y aumentó su talla conforme a su edad, manteniendo una buena alimentación y descanso.

Refiere asimismo que habría sido sorprendido por pesadillas los días que mantenía conversación con su progenitora, con quien en algunas ocasiones quiere comunicarse y posteriormente ha evidenciado cierto malestar en sus emociones.

Mantiene contacto fluido y afectuoso con otros familiares, los demás hermanos y la madre la guardadora, quienes compondrían el núcleo afectivo familiar del adolescente.

Es beneficiario de la pensión de nación no contributiva, quedando pendiente la gestión de la Obra Social correspondiente.

En la opinión de la Trabajadora Social, S. está contenido en los aspectos fundamentales de alimentación, habitabilidad, educación, esparcimiento, salud y vínculos familiares.

Considera que ha podido afrontar momentos de angustia vinculados con su cuidado especial de salud y la imposibilidad temporal de realizar la vida normalmente, dado el cuidado especial del embarazo cursado recientemente por S.

Sugiere el seguimiento del Servicio Local para la obtención de la obra social en una delegación de ANSES, para lo cual se requiere solicitar a la progenitora la documentación original.

También señala la conveniencia de gestionar un espacio de tratamiento psicológico, según la demanda realizada por el adolescente a su guardadora.

Finalmente, que se cumplimenten los estudios médicos necesarios para continuar con su tratamiento médico.

El 20 de octubre del año 2020, y en forma previa dictar la sentencia cuestionada, la Jueza mantuvo una nueva entrevista con S., quien expuso que respecto de la convivencia con su hermana ahora estaba bien, luego de superar algunos malos momentos debidos a que se portaba mal y su hermana le decía que así no podían continuar conviviendo. Que entendió, mejoró y se llevan bien y ayuda con las tareas de la casa dado que su hermana hace cinco días tuvo una hija.

Contó que convive también con A., la pareja de su hermana, y que su abuela del corazón ahora vino por el nacimiento de su sobrina.

Que se están organizando y en dos meses les van a entregar una casita nueva que van a poner en el fondo

donde tendría su habitación, que hoy comparte con su sobrinita recién nacida.

Contó sobre alternativas de la escuela y del cuidado de su salud, que tuvo que cambiar la dieta porque algunos análisis no habían dado bien y que realizaba deportes.

Respecto de la relación con su mamá, contó que tiene poco diálogo, que sigue todo igual porque su mamá quiere que él vaya a su casa y se quede y no entiende que él no va a ir a su casa a quedarse solo con ella, que se vieron en la plaza o en una heladería pero siempre con alguien cercano por si sucedía algo. Que se apena porque ella no entienda lo que pasa, o no le importe, que no haga el tratamiento médico que necesita.

Finalmente, S. expuso su parecer sobre la renovación de la guarda, señalando si de él dependiera, quisiera que se la renovaran por seis años más, pero que también aceptaba lo que la hermana dijera.

El 22 de abril pasado tomamos contacto con S., por vía telemática, y mantuvimos una fluida y fructífera conversación.

Lo vimos pulcro, aseado, de buen humor y muy desenvuelto, comentando espontáneamente sus actuales circunstancias, como un pequeño resfriado que lo aquejaba en ese momento.

Contó que cursa el tercer año de secundaria, y lo hace de manera virtual por consejo médico.

También narró con precisión y soltura su rutina diaria, compuesta especialmente por las tareas escolares y dos veces por semana por la práctica del básquet.

Expuso sobre su núcleo familiar, compuesto por su hermana y sus sobrinos, entre ellos uno recién nacido, y también aludió a otros —entiendo que en referencia a hijos de los otros hermanos de su hermana—, con gran naturalidad y sentido de pertenencia.

Señaló también, al pasar, que su hermana se ocupa de las cuestiones médicas y que sigue las indicaciones de su "médico del Garrahan", por ejemplo en cuanto a su escolarización virtual.

VI. Como ha señalado este Tribunal anteriormente, la atención del caso está dirigida a comprender y ofrecer a S., de catorce años, la respuesta jurisdiccional más adecuada a la situación de vida que le toca transitar, dado el prioritario y superior interés que le confiere el sistema jurídico (arts. 3, 9 y 12, Convención Internacional sobre los Derechos del Niño; 31, 33, 75 inc. 22 y concs., Constitución Nacional; 2, 3 y concs., ley 26.061; 1, 11, 15, 36.2 y concs., Constitución Provincial; 4, 5, 6, 7 y concs., ley 13.298; SCBA, causa 101.726, sentencia del 05/04/2013; esta Sala, causa 125.988, RSD 130/20).

En esa dirección, la materia de debate pone en crisis el alcance del artículo 657 del Cód. Civ. y Comercial, cuyo primer párrafo limita a dos años la duración de la guarda, remitiendo luego a otras figuras del mismo Código la situación del niño, niña o adolescente.

La Dra. Karina Bigliardi en el entendimiento que este mecanismo no brinda un remedio acorde a la situación vive S., decidió extenderla hasta su mayoría de edad, generando las críticas de la señora Asesora.

Frente a la clara disposición legal interna debe destacarse que a fin de preservar el interés superior del adolescente, es necesario ofrecer una respuesta personalizada, dado que los conceptos abstractos pueden no satisfacer las necesidades de una persona de un nombre y apellido determinados, con una residencia precisa y circunstancias particulares (conf. Corte Suprema de Justicia de la Nación —2015-05-27— M., M. S. s/ guarda. AR/DOC/2379/2015).

A tales fines, adquiere especial relevancia la escucha activa a S. que se ha hecho en ambas instancias, que comprende no solamente el derecho a ser oído en todo proceso judicial que le concierna, sino a que sus opiniones sean tenidas en cuenta en las decisiones que se tomen, valorando su grado de madurez (arts. 26, tercer párrafo, 639, inciso c, y 707, CC y C).

Mediante las tres intervenciones que tuvo S. en el proceso, el 11 de junio 2019, el 20 de octubre de 2020 y el 22 de abril de este año, es posible construir el contexto volitivo del adolescente, donde se destacan su rechazo a volver a vivir con su madre —no obstante las esporádicas comunicaciones que tenga con ella—, su deseo de continuar viviendo con su hermana, precisando el aspecto temporal al expresar "por seis años más".

Este deseo señalado con claridad es compatible con la excelente impresión que obtuvimos sobre su condición general al entrevistarlo hace menos de un mes, la favorable opinión pericial vertida por la Trabajadora Social, y la propia expresión de su hermana S. al solicitar al Tribunal la confirmación del decisorio cuestionado.

El artículo 104 del Cód. Civ. y Comercial permite, si resultara beneficioso para el menor, que la protección de la persona y de los bienes del niño, niña y adolescente quede a cargo del guardador, ejerciendo en tal caso el guardador la representación legal en todas aquellas cuestiones de carácter patrimonial.

Vale decir que bajo el amparo de la institución de la guarda, S. asegura a S. el ejercicio de todos sus derechos, quien puede crecer y desarrollarse en un ambiente familiar, contenedor y donde quiere permanecer.

En esa dirección, la sentencia apelada contempla una solución que tiene realmente en cuenta la opinión de este adolescente, quien en una expresión madura conforme a su edad y grado de desarrollo, expuso su parecer con claridad, de manera que la decisión de la Primera Instancia es la que mejor se adecua a la consideración de su interés superior, pauta rectora que debe alumbrar toda decisión que sobre él se adopte.

Es que, dadas las especiales circunstancias del caso, la edad de S. (14 años), el grado de madurez exhibido en cada una de las intervenciones requeridas y la convicción de sus expresiones, la revisión de su situación de vida dentro de un año, mediante el trámite del proceso de tutela como propone el recurso, conduciría a una revictimización incompatible con su interés superior, al imponerle un nuevo tránsito por los estrados judiciales para debatir y discernir sobre su futuro, cuando el estatus jurídico alcanzado permite su protección y su desarrollo integral (arts. 104 y 657, primer párrafo, última parte, Cód. Civ. y Comercial).

En efecto, el adolescente que hoy escuchamos alegre, expectante sobre su futuro, responsable en sus estudios y atento al cuidado de su salud, debió superar los difíciles años de su infancia, donde perdió a su padre, se enfermó su madre quien no pudo —hasta el momento—, recuperarse adecuadamente para cuidarlo y asegurarle un hogar; hogar que le provee su hermana asegurando amorosamente su bienestar psicofísico (arts. 75 inc. 22, Const. Nac., 3 aparts. 1 y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño y concs.; SCBA; causa C. 118.503, 22/06/2016).

Resulta necesario entonces analizar la norma interna que impone un plazo a la guarda desde la perspectiva convencional constitucional, dado que cuando un Estado es parte de un tratado internacional como el de los Derechos del Niño, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquel, lo que compele a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean obstruidos por la aplicación de normas contrarias a los fines trazados.

El diálogo de fuentes prescripto por el primer artículo del Cód. Civ. y Comercial conduce a la conexión armónica de sus normas con la Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos, de modo que corresponde formular el control de convencionalidad y constitucionalidad, interpretando y aplicando la ley sustancial en forma modo coherente con el ordenamiento todo, mediante una decisión razonablemente fundada (arts. 2 y 3, Cód. Civ. y Comercial).

Por tanto, y en el mismo sentido expresado por la Suprema Corte provincial "los textos positivos deben contrastarse con los antecedentes de hecho, máxime en asuntos en los que el interés del niño —de rango superior— opera imperativamente en un papel integrador, que llena los eventuales vacíos de la ley y prevalece sobre los preceptos cuya implementación se revele contraria a los derechos de aquel" (causa C. 121.612, 03/07/2019).

Repárese en la trascendencia que tiene el control de constitucionalidad de las leyes, expresión de la supremacía del orden constitucional que recepta el artículo 31 de la Carta Magna, instrumento que nace por creación pretoriana de la Corte Suprema de Estados Unidos en el célebre caso "Marbury c. Madison", en el año 1803.

Adoptada por nuestro país, esta herramienta puede ser utilizada por cualquier juez de la república —control difuso— y, tradicionalmente, requería en forma inexcusable la petición de la parte interesada, posición que fue abandonada por la CS en el año 2001, a través de la sentencia dictada en el caso "Mill de Pereyra" (Fallos: 324:3219. María A. Gelli, "Constitución de la Nación Argentina...", ed. LA LEY, año 2003, ps. 286/287; esta Sala, causa 118.115, RSD 55/15).

La Casación provincial adoptó el mismo temperamento oficioso a partir del caso "Zaniratto" (22/12/2004), señalando en sus decisiones que "El control de constitucionalidad de las normas —conforme el ejercicio de la atribución que emana del art. 31 de la Constitución Nacional— constituye una cuestión de derecho y no de hecho, de ahí que el abordaje y resolución de oficio no quiebra la igualdad de las partes en el proceso ni afecta la garantía de la defensa en juicio, la que no puede ser argumentada frente al derecho aplicable para resolver la contienda (causa L 117.516 S 01/04/2015, entre otros).

Las circunstancias fácticas expuestas, y las consideraciones vertidas requieren que sea declarada de oficio la inconstitucionalidad para el caso del artículo 657 del Cód. Civ. y Comercial en cuanto limita temporalmente la guarda, por ser violatorio a los artículos 2, 3, 4, 12, 27, 31 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y 31, 33, 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, postulándose, con el alcance señalado, la confirmación de la sentencia apelada (art. 266, C. Proc.).

Voto en consecuencia por la afirmativa.

Por los mismos fundamentos la doctora *Larumbe* votó en igual sentido.

2ª cuestión. — El doctor *Soto* dijo:

Obtenido el necesario acuerdo de opiniones al tratar y decidir la cuestión anterior corresponde: I. Confirmar la sentencia apelada, declarando de oficio la inconstitucionalidad para el caso del artículo 657 del Cód. Civ. y Comercial en cuanto limita temporalmente la guarda. II. Imponer las costas por su orden dadas las particulares circunstancias del caso (art. 68, 2° parte, C. Proc.). III. Vuelvan los autos al Acuerdo para la regulación de los honorarios devengados en esta sede. Así lo voto.

La doctora *Larumbe* adhirió en un todo al voto que antecede, con lo que se dio por terminado el Acuerdo, dictándose por el Tribunal la siguiente sentencia:

Considerando:

Que en el precedente acuerdo ha quedado establecido que el decisorio dictado el día 3 de noviembre de 2020 es justo (arts. 2, 3, 4, 12, 27, 31 de la Convención sobre los Derechos del Niño; 31, 33, 75 inc. 22, Constitución Nacional; 168, 171 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; 1, 2, 3, 104, 657, Cód. Civ. y Comercial; 34, 68, 163, C. Proc.).

Por ello corresponde: I. Confirmar la sentencia apelada, declarando de oficio la inconstitucionalidad para el caso del artículo 657 del Cód. Civ. y Comercial en cuanto limita temporalmente la guarda. II. Imponer las costas por su orden dadas las particulares circunstancias del caso. III. Vuelvan los autos al Acuerdo para la regulación de los honorarios devengados en esta sede. Regístrese. Notifíquese. Devuélvase. — *Andrés A. Soto. — Laura M. Larumbe.*

¿Procede declarar la inconstitucionalidad del plazo previsto en el art. 657?

Mercedes Uriburu
Rodolfo G. Jáuregui

Sumario: I. Síntesis del fallo comentado.— II. Los institutos del Código Civil y Comercial involucrados en el caso.— III. Una posible solución para casos similares.— IV. Conclusiones.

I. Síntesis del fallo comentado

En el caso, el padre del adolescente de 13 años falleció y la madre padeció un aneurisma cerebral en el mes de mayo de 2018. Desde ese entonces la persona menor de edad quedó al cuidado de su hermana guardadora en la ciudad de Lobos. Expuso al ser escuchado que con ella "se encuentra bien, contenido, que su guardadora lo llevaba donde se realiza los controles médicos en el Hospital Garrahan (antes recibió un trasplante de riñón por haber padecido síndrome hemolítico). Que si fuera por él a su madre no la vería más ya que lo amenaza mucho, y no entiende que él no quiere estar con ella".

a) La jueza de primera instancia le otorgó la guarda a su hermana, hasta que adquiera la mayoría de edad. Destacó que el Código Civil y Comercial no logra establecer una solución acorde a la circunstancia del caso y que la guardadora le garantiza todos sus cuidados, siendo necesario dar seguridad jurídica a la situación, que sea permanente y apropiada para garantizar su interés superior.

b) Contra dicho pronunciamiento la Sra. defensora interpuso un recurso de apelación. Adujo que el argumento utilizado por la magistrada de primera instancia es contrario a la ley y que debió haber acudido a la última frase del primer párrafo del art. 657: "Vencido el plazo el juez debe resolver la situación del niño, niña o adolescente mediante otras figuras que se regulan en este Código".

Calificó la solución como regresiva de derechos ya que el plazo creado resultaba excesivo. Agregó que restringe la posibilidad de que la hermana de S. se desempeñe como su tutora —con mayores atribuciones— cuando el art. 104 del Cód. Civ. y Com. prevé la continuidad de la protección del NNyA a través de esta.

c) La jueza afirmó que la defensora realizó una errónea interpretación del art. 104 del Cód. Civ. y Com. Destacó que quien ejerce la guarda tiene las mismas facultades que el/la tutor/tutora y que el art. 104 habilita a investir al guardador con las facultades del tutor sin necesidad de cambiar la figura. Concluyó que el agravio argumentado por la asesora carece de sustento debido a que el abanico de derechos y obligaciones del niño y su guardador quedaron cubiertos.

d) La Cámara rechazó el recurso (el adolescente contaba con 14 años a la época del fallo) declaró de oficio la inconstitucionalidad —para el caso concreto— del art. 657 Cód. Civ. y Com. por limitar temporalmente la guarda.

Se fundó en los siguientes argumentos: 1°) el contenido de los informes favorables realizados por la perito en Trabajo Social; 2°) la opinión del adolescente —valorando su grado de madurez—, donde manifestó sus deseos de vivir con su hermana "por seis años más"; 3°) el art. 104 del Cód. Civ. y Com. habilita la solución y la guarda da amparo de todos los derechos del adolescente; 4°) es la que mejor se adecúa a la consideración del interés superior; 5°) la revisión de su situación de vida dentro de un año —conforme el trámite del proceso de tutela como propone el recurso—, conduciría a una revictimización del adolescente incompatible con su interés superior, al imponer un nuevo tránsito por los estrados judiciales para debatir y discernir sobre su futuro cuando el estatus jurídico alcanzado permite su protección y su desarrollo integral.

II. Los institutos del Código Civil y Comercial involucrados en el caso

II.1. Guarda judicial

La guarda se encuentra regulada en el art. 657 del Cód. Civ. y Com. y se vincula sistemáticamente con el tercer párrafo del art. 104 **(1)** del mismo cuerpo legal: "En supuestos de especial gravedad, el juez puede otorgar la guarda a un pariente por un plazo de un año, prorrogable por razones fundadas por otro período igual. Vencido el plazo, el juez debe resolver la situación del niño, niña o adolescente mediante otras figuras que se regulan en este Código. El guardador tiene el cuidado personal del niño o adolescente y está facultado a tomar decisiones relativas a las actividades cotidiana, sin perjuicio de que la responsabilidad parental quede en cabeza del o los progenitores, quienes conservan los derechos y responsabilidades emergentes de esta titularidad y ejercicio".

Es una institución que supone una decisión judicial fundada, excepcional que implica separar temporalmente a un niño por un lapso determinado de su núcleo familiar, cuando este no le brinda cuidados adecuados, por encontrarse en una situación de vulnerabilidad, contraria a su interés superior.

Entre sus caracteres enumeramos: excepcionalidad, provisoriedad, no discrecionalidad, revocabilidad y temporalidad. Asimismo, puede ser dictada de oficio, no debe considerarse un

(1) "Si se hubiera otorgado la guarda a un pariente de conformidad con lo previsto en el Título de la responsabilidad parental, la protección de la persona y bienes del niño, niña y adolescente puede quedar a cargo del guardador por decisión del juez que otorgó la guarda, si ello es más beneficioso para su interés superior; en igual sentido, si los titulares de la responsabilidad parental delegaron su ejercicio a un pariente. En este caso, el juez que homologó la delegación puede otorgar las funciones de protección de la persona y bienes de los niños, niñas y adolescentes a quienes los titulares delegaron su ejercicio. En ambos supuestos, el guardador es el representante legal del niño, niña o adolescente en todas aquellas cuestiones de carácter patrimonial".

antecedente de la adopción (art. 611) **(2)** y está sujeta a control estatal. En principio no afecta la titularidad ni el ejercicio de la responsabilidad parental, salvo exclusivamente el deber-derecho de cuidado personal **(3)**.

La sentencia en glosa frontalmente cuestionó el carácter de la temporalidad y concomitantemente afectó la nota de control estatal.

II.1.a. El plazo

La norma dispone un tiempo de duración máximo para el otorgamiento de la guarda (un año), prorrogable por otro año más por razones fundadas. Vencido el plazo, quien ejerce la magistratura tiene el deber de resolver la situación del niño, niña o adolescente mediante otras figuras que se regulan en el Cód. Civ. y Com.

En realidad, si bien la letra pluraliza las posibles aplicables como si existiesen opciones, se remite exclusivamente a la tutela, dado que, como se dijo, no puede considerarse un antecedente de la adopción (ver art. 611 del Cód. Civ. y Com.)

Ahora bien, ¿por qué el Código establece un plazo máximo de dos años? En tren de advertir coincidencias, es el mismo que el que tiene previsto para la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental a un pariente [643] y también en materia de ejercicio ante los desacuerdos reiterados de los progenitores o cuando concurre cualquier otra causa que lo entorpece gravemente puede atribuirlo total o parcialmente a uno ellos, o distribuirles sus funciones [642].

Se trataría del límite temporal extremo según la voluntad del legislador para poner tope a soluciones provisorias o de coyuntura, que no marca un quiebre justamente en el ejercicio del cúmulo de deberes-derechos por parte de los progenitores y que indica más bien que se encuentran, por diferentes motivos, en una circunstancia transitoria y eventualmente superable

Cierta doctrina considera en el caso de la guarda que es impuesto para evitar una situación de inestabilidad jurídica ya que hay una interferencia en el ejercicio de la responsabilidad parental (solo afecta, en principio, el cuidado personal) **(4)**.

En dicho espacio de tiempo los órganos del estado deberán prestar apoyo a los progenitores del NNyA (art. 18 de la CDN) a los fines de que se puedan hacer cargo del ejercicio pleno de la responsabilidad parental. Si vencido dicho plazo no hay una respuesta favorable o un cambio en la situación de los progenitores, quien ejerce la magistratura se encuentra obligado normativamente a resolver la situación jurídica del NNyA. Esa es la ingeniería del Código Civil y Comercial.

Como bien apunta Galli Fiant el nuevo digesto define por primera vez algunas figuras derivadas —o disociadas— de la responsabilidad parental: la delegación a favor de un pariente, la delegación a favor del progenitor afín y la guarda judicial, las que son herramientas convenientes para organizar la convivencia transitoria con un pariente o con el progenitor afín, pero no dan el soporte suficiente para casos en los que la situación tiende a ser definitiva **(5)**. Se trata de situaciones precarias que luego de un tiempo requieren de respuestas que le otorguen estabilidad **(6)**. Observamos que otra figura, como por ejemplo la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental en el progenitor afín, no tiene expresamente previsto un plazo estipulado concreto de dura-

(2) Además, en el caso viene reforzada la prohibición en tanto los hermanos no pueden adoptar, lo que es causa de nulidad absoluta (art. 634, inc. f).

(3) Ver JÁUREGUI, Rodolfo G., "La guarda judicial del art. 657 y concordantes del Código Civil y Comercial. Cuestiones procesales y de fondo", Editorial La Ley DFyP 2020 (agosto), 18/08/2020, 15, Cita Online: AR/DOC/590/2020.

(4) Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, directores: HERRERA, Marisa — CARMELO, Gustavo — PICASSO, Sebastián, Infojus, Tomo I, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, p. 492.

(5) Cfr. GALLI FIANT, María Magdalena, "Vigencia de la tutela como figura de protección". LLLitoral 2017 (junio), 3 opinión con la que coincide SOLARI, Néstor Eliseo, "Derecho de las Familias", Ed. La Ley, 2017, Bs. As., p. 676.

(6) Cfr. BEDROSSIAN, Gabriel, "Derecho de Familia", Cathedra jurídica, Bs. As., 2020, 2ª ed., p. 902.

ción (ver art. 674 del Cód. Civ. y Com.) más entendemos que también en dicha norma prima la inteligencia de que es por un lapso temporal breve, aunque de hecho pueden existir enfermedades, viajes u otras circunstancias que se extiendan en el tiempo

En definitiva, el plazo máximo es una garantía para el sujeto vulnerable, que entiende que la indefinición jurídica de la situación es perjudicial

II.1.b. El control estatal

En general rige en los diferentes institutos relacionados a la niñez y adolescencia. Se encuentra en cabeza de la judicatura, de los órganos administrativos y del Ministerio Público de la Defensa (arts. 103 y ccs.).

La guarda concretamente podrá ser revocada ante probados incumplimientos de los deberes-derechos a cargo del guardador, ya sea a pedido de cualquiera de los legitimados o de oficio. El mentado control está ligado al plazo dado que es de toda lógica que, si la magistratura dispone la medida, debe garantizar no solo una buena selección acreditando la idoneidad de la persona guardadora, sino mediante un seguimiento concreto su buen desempeño y al finalizar los períodos de tiempo determinados por la norma (un año pudiendo ser prorrogado por un año más), que esté en condiciones de examinar la situación actual y particularizada del NNyA para canalizar la tutela.

Ante la indeterminación del plazo que propone el fallo o, mejor dicho, extendido el plazo fijado imperativamente por ley hasta la mayoría de edad oficiosamente, la solución pensada en el diseño de la norma como netamente provisoria, pasa a ser definitiva. Altera si se quiere el corazón o sea la naturaleza jurídica y la finalidad del instituto, sin que se considere ningún mecanismo de control

De esta forma se anticipa la magistratura, dando por sentado o por supuesto en una proyección imaginaria que entiende justificada por los contenidos de los informes confeccionados, que todo transcurrirá favorablemente para el adolescente, desconociendo eventuales conflictos típicos de las relaciones entre hermanos que se pueden presentar y de alguna forma, no encarnando en la decisión el rol propio de acompañamiento que se reconoce a la justicia especializada, abdicando la sublime función insustituible de control estatal.

II.1.c. ¿Intervenir por imperativo de la ley y de la CDN es revictimizar?

El fin de evitar la revictimización (así llama a un eventual regreso al año a Tribunales para el trámite de la tutela) luce utilizado como fundamento. Parecería, avistado desde el microsistema normativo considerado en su conjunto, como poco acertado o insuficiente.

Es por su condición de vulnerabilidad (ser adolescente y no encontrarse bajo el cuidado de ninguno de sus progenitores, o sea privado temporalmente de su medio familiar) que se interviene, y las distintas etapas evolutivas necesitan de un acompañamiento singular, para hacer posible en forma oportuna, ante una situación extraordinaria, con la detección prematura o temprana de situaciones desfavorables, la protección y asistencia que como garantía suya le otorga el art. 20 de la CDN, siendo por otra parte, un deber del Estado lograrlo.

II.1.d. El tercer párrafo del art. 104 del Cód. Civ. y Com.

Aquí vale una crítica al Código. La remisión del art. 104 tercer párrafo (“a la guarda a un pariente de conformidad con lo previsto en el Título de la responsabilidad parental”), es al art. 657, debido que no hay otra norma en el Cód. Civ. y Com. que la autorice en dicho título.

Conviene realizar un par de comentarios: presenta una redacción confusa y una desafortunada ubicación sistemática en el método del Código. Lo primero es debido a que entendemos que siempre la guarda tiene como fin la protección de la persona y los bienes del NNyA. Parecería que puede otorgar en virtud de dicho párrafo también el deber derecho de representación y nada impide hacerlo, pues tal como afecta uno de los deberes-derechos, (el cuidado personal), puede abarcar la representación en caso de ser necesario a criterio de la magistratura. En relación con lo segundo, debió ser incluido dentro del tít. VII, del Libro II, “De la

responsabilidad parental", pues se refiere a dos figuras reguladas en el título (643, y 657), que reciben por ello una regulación dispersa.

La guarda se incorporó al Cód. Civ. y Com. ante la situación de NNyA en condiciones de vulnerabilidad que una vez finalizados los plazos de las medidas excepciones tropezaban con un vacío legislativo. Era necesario delimitar los derechos y deberes guardadores y marcar su excepcionalidad —"en supuestos de especial gravedad reza el 657"— dado que los NNyA tienen el derecho humano esencial de vivir con sus padres y ser cuidados por ellos (art. 9 CDN).

En un caso jurisprudencial en el que la madre hacía años había dejado a los niños con la abuela de estos y el progenitor se encontraba privado de la libertad, se otorgó la tutela, revocándose la guarda: "La guarda prevista por el art. 657 no procura una solución definitiva, pues este instituto no busca dar una solución permanente al problema que pudieran estar atravesando los menores, ya que regularmente está afectada por la transitoriedad de su vigencia. Es que la idea de la guarda (fuera del campo de la responsabilidad parental) consiste en brindar una solución provisoria hasta tanto se logre la inserción del niño junto a sus padres biológicos y, de no ser posible ello, se acuda a figuras más abarcadoras como la tutela o la adopción. Esa provisoriedad, por otra parte, no solo esta precisada en los Fundamentos del Anteproyecto, sino también en el texto mismo del art. 657 del Código; el cual determina los plazos de su vigencia" **(7)**.

II.2. La tutela

La figura del/a tutor/a emana subsidiariamente cuando no haya persona que ejerza la responsabilidad parental (indiferentemente que sea por extinción, privación, o suspensión). Su función es proteger al NNyA tutelado, resguardar su persona y sus bienes, ejerciendo su representación legal en cuanto fuese necesario. Se encuentra legislada en los arts. 104 a 137 del Cód. Civ. y Com.

Puede ser unipersonal o pluripersonal, es personalísima y se encuentra sujeta a control del estado, estas características surgen el Cód. Civ. y Com. También es subsidiaria —ausencia o imposibilidad del ejercicio de la responsabilidad parental—, no constituye una carga pública, podría ser eventualmente onerosa, tiene rango constitucional, su discernimiento es siempre judicial **(8)**.

Acotamos que quien ejerce la tutela solo puede representar al NNyA en aquellos actos para los cuales este no esté en condiciones de ejecutarlos hábilmente por su inmadurez, sin quedar sujetos a una edad determinada, distinguiéndose a su vez de la asistencia que también es requerida para otros actos. Sus principios son el interés superior del niño, su autonomía progresiva, y el derecho a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta según su grado de edad y madurez o sea los mismos que los de la responsabilidad parental. (por la remisión del art. 104, segundo párrafo).

En el caso que nos ocupa, de haberse otorgado la tutela —como fue solicitada por la defensora— nos encontraríamos frente a la tutela dativa consagrada en el art. 107 del Cód. Civ. y Com.: "Ante la ausencia de designación paterna de tutor o tutores o ante la excusación, rechazo o imposibilidad de ejercicio de aquellos designados, el juez debe otorgar la tutela a la persona que sea más idónea para brindar protección al niño, niña o adolescente, debiendo fundar razonablemente los motivos que justifican dicha idoneidad".

Esta designación que debe realizar quien ejerce la magistratura —obligado a tomar la medida en aras del principio de oficiosidad— debe acontecer luego de evaluar la idoneidad del/de la postulante o de los/as postulantes y el provecho de la designación para el tutelado. Emerge como residual, dado que opera solamente cuando aquella no se materializó o en su defecto, cuando por alguna razón finaliza durante la minoridad del pupilo y sin que sus padres hayan reasumido sus funciones.

(7) CNCiv., Sala L, 06/09/2016, "B. M., L. R. y otros s/ guarda" (Cita Online: AR/JUR/70598/2016).

(8) Cfr. JÁUREGUI, Rodolfo G., "La Tutela en el Proyecto" DFyP 2012 (julio), 309 - TR LALEY AR/DOC/2923/2012.

III. Una posible solución para casos similares

Parecería ser entonces que en la economía del Código Civil y Comercial (o sea sin recurrir en la declaración de inconstitucionalidad del art. 657) y por aplicación del principio del *iura novit curia* en el caso bien se podría haber otorgado la tutela.

En efecto, aunque no exista motivo o causal para privar del ejercicio de la responsabilidad parental a la progenitora, conforme al art. 702, inc. d), "la magistratura estaba en condiciones de evaluar la posibilidad de declarar la suspensión del ejercicio de la responsabilidad 'mientras dure' la convivencia del hijo o hija con un tercero, separado de sus progenitores por razones graves, de conformidad con lo establecido en leyes especiales", circunstancia que requeriría, reitero, de algún pronunciamiento jurisdiccional, para que encaje dentro de los límites de la tutela la situación concreta. Si bien la separación del NNyA de los progenitores no se funda en "leyes especiales" si obedece a una decisión judicial fundada en ley como quedó dicho. Ello habilitaba la aplicación de la tutela

IV. Conclusiones

1) El art. 657 del Cód. Civ. y Com. tiene previsto un plazo máximo como garantía para la persona vulnerable y establece un mandato claro y nítido dirigido a quien ejerce la magistratura, para situaciones provisorias. Coincide con el de otras situaciones extraordinarias. Extenderlo desmesuradamente puede afectar su naturaleza y el sistema de protección diseñado legalmente.

2) No solo se debe garantizar en la selección la idoneidad de las personas guardadoras, sino el debido control estatal para posibilitar las detecciones tempranas de situaciones que requieran medias urgentes de protección (art. 20, CDN).

3) La declaración de inconstitucionalidad no se justificaba en el caso **(9)**.

4) En situaciones que se van a extender en el tiempo, el mismo Código trae soluciones posibles (en el caso la tutela, mediante la aplicación del 702 inc. d) y del art. 104 y ccs).

(9) La CSJN tiene reiteradamente dicho que "la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional, ya que las leyes debidamente sancionadas y promulgadas, eso es, dictadas de acuerdo con los mecanismos previstos en la Ley Fundamental, gozan de una presunción de legitimidad que operan plenamente y que obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia, únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable" (Fallos 314:424, entre otros), y ha afirmado también que debe ser considerado como última ratio del orden jurídico.

Jurisprudencia Destacada

RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑOS

***Certiorari* negativo. Causa penal iniciada contra el progenitor que debe restituir al niño. Efectos. Finalidad del Convenio de la Haya en la materia.**

1. — Pese a que los recursos extraordinarios resultan inadmisibles (art. 280, Cód. Proc. Civ. y Com.), se reafirma que el objetivo del Convenio de la Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores radica en garantizar el regreso del niño no solo inmediato sino también seguro. A tal efecto, el magistrado a cargo del proceso, de acuerdo con las particularidades del caso, determinará la forma, el modo y las condiciones en que deberá llevarse a cabo el retorno, procurando siempre decidir por aquéllas que resulten menos lesivas para el niño.

2. — Dado que el interés superior del niño debe constituir la preocupación fundamental de los progenitores, corresponde exhortarlos a fin de que obren con mesura en el ejercicio de sus derechos y, en particular, a que cooperen estrechamente en la etapa de ejecución de sentencia en la búsqueda de una solución amistosa que no se oriente en la satisfacción del interés subjetivo de cada uno, sino en el respeto tanto del bienestar y la integridad de su hija menor, como también de la relación parental —permanente y continua— con ambos padres.

3. — Sin perjuicio de las derivaciones que pudiera tener la causa penal en Francia, la medida de retorno seguro del niño adoptada por el a quo y cuestionada por el recurrente es incompatible con la propia finalidad del CH 1980. Habiéndose comprometido el progenitor actor a colaborar no impulsando la acción penal, la decisión que, a los fines de propender a un retorno seguro, dispuso esclarecer y solucionar previamente, a través del actor, las situaciones de índole penal que pudieren existir contra la progenitora demandada en Francia, no puede implicar que una eventual decisión judicial de las autoridades de dicho estado extranjero de acuerdo con su ordenamiento jurídico, resulte un obstáculo a la restitución ordenada en la sentencia (Rosenkrantz).

CS, 08/07/2021. - P., F. N. c. T., S. B. s/ restitución internacional de niños.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/105650/2021]

CIV 013611/2019/5/RH003

Buenos Aires, 8 de julio de 2021

Considerando:

1°) Que los recursos extraordinarios resultan inadmisibles (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

2°) Que no obstante ello, el Tribunal estima conveniente reafirmar que el objetivo del Convenio de la Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores radica en garantizar el regreso del niño no solo inmediato sino también seguro (conf. Fallos: 339:1763). A tal efecto, el magistrado a cargo del proceso, de acuerdo a las particularidades del caso, determinará la forma, el modo y las condiciones en que deberá llevarse a cabo el retorno, procurando siempre decidir por aquéllas que resulten menos lesivas para el niño.

3°) Que habida cuenta de que el procedimiento de ejecución de sentencia que ordena la restitución de la niña A. a Francia se encuentra encaminado al cumplimiento de dicha finalidad -en cuyo marco se han adoptado diferentes medidas que han ido ajustándose en función de la dinámica que caracteriza a esa etapa procesal en estos asuntos- y con el objeto de tutelar de manera efectiva el interés superior de A., resulta apropiado poner en conocimiento de la jueza de grado las consideraciones formuladas por el señor Defensor General Adjunto de la Nación en su dictamen (en especial, apartado V, puntos 1 a 10).

4°) Que, por último, dado que el interés superior del niño debe constituir la preocupación fundamental de los progenitores, corresponde exhortarlos a fin de que obren con mesura en el ejercicio de sus derechos y, en particular, a que cooperen estrechamente en la etapa de ejecución de sentencia en la búsqueda de una solución amistosa que no se oriente en la satisfacción del interés subjetivo de cada uno, sino en el respeto tanto del bienestar y la integridad de su hija menor, como también de la relación parental -permanente y continua- con ambos padres.

Por ello, se desestiman las presentaciones directas. Exhórtese a las partes en los términos mencionados. Agréguense copias de la presente decisión y del dictamen de la Defensoría General de la Nación a las actuaciones principales. Notifíquese y, previa devolución de los autos, archívense. — *Elena I. Highton de Nolasco. — Juan Carlos Maqueda. — Horacio Rosatti. — Carlos F. Rosenkrantz.*

Disidencia parcial del doctor *Rosenkrantz*

Considerando:

1°) Contra la sentencia dictada por la Sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que confirmó, en lo sustancial, la decisión que ordenó la restitución de la hija de las partes a Francia en los términos del Convenio de La Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (en adelante CH 1980) —aprobado por ley 23.857—, y que dispuso medidas de regreso seguro, ambos progenitores interpusieron recurso extraordinario cuya denegación dio origen a las quejas en examen.

2°) El recurso extraordinario deducido por la demandada, dirigido a cuestionar la orden de restitución y, en subsidio, a formular planteos vinculados con el regreso seguro de su hija a Francia, resulta inadmisible (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

3°) El actor ha desistido de los agravios deducidos respecto de las medidas de regreso seguro dispuestas, "salvo el que se refiere a que una causa penal no es razón para no restituir" (escrito del 27 de abril de 2021, individualizado en el sistema LEX 100 como fs. 1444/1446).

El recurso extraordinario se fundó en que el tribunal a quo hizo una incorrecta aplicación del CH 1980 al disponer medidas de retorno seguro exorbitantes que hace inejecutable la restitución internacional. En lo que interesa, el recurrente cuestionó la medida de retorno seguro vinculada con la causa penal sustanciada en Francia contra la demandada, invocando que si bien se compromete a colaborar no impulsando la acción penal, las derivaciones de dicha causa no deben ser un obstáculo para la restitución ordenada.

4°) Así delimitado el agravio del actor, el recurso extraordinario resulta admisible dado que la decisión cuestionada es susceptible de generarle un gravamen irreparable al disponer una medida que —con carácter cautelar—, condiciona la restitución internacional de un modo incompatible con la correcta interpretación y aplicación del CH 1980 (art. 14, inc. 3, de la ley 48).

5°) En efecto, la cámara confirmó la decisión que, a los fines de propender a un retorno seguro de la niña, dispuso "esclarecer y solucionar previamente, a través del actor, las situaciones de índole penal" que pudieren existir contra la demandada en Francia. Destacó que la medida está destinada a asegurar el retorno seguro de la menor, resguardándola de una situación que puede resultarle traumática en el supuesto de que fuese separada de su madre en la misma oportunidad del regreso, extremo que no hace al interés superior de la niña.

Más allá de la vaguedad de los términos en que está redactada la medida en cuanto dispone esclarecer y solucionar a través del actor la situación de índole penal, no cabe duda de que condiciona la restitución al cumplimiento de la medida así dispuesta.

6°) Esta Corte Suprema ha destacado que el objetivo del CH 1980 es garantizar el regreso no solo inmediato del niño sino también seguro y que aun en el caso de que no se configure una excepción a la restitución, nada impide recurrir a las herramientas que resulten necesarias y adecuadas para asegurar que el retorno se lleve a cabo de modo que queden resguardados los derechos de los menores involucrados (Fallos: 339:1534 "Q., A. c/ C., M. V. y otro s/ reintegro de hijo", considerando once).

Ahora bien, las medidas de retorno seguro deben ser razonables a fin de resguardar del mejor modo posible los derechos del niño en el cumplimiento de la sentencia de restitución internacional, pero no pueden importar, a priori, la frustración de la finalidad del convenio de garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita (art. 1, inc. a, del CH 1980). Esto sucedería si la medida condicionara el retorno a que no se imponga una determinada pena que sea, por ejemplo, consecuencia de la sustracción ilícita que motiva la orden de restitución en los términos del CH 1980.

7°) El Defensor General Adjunto de la Nación señala en su dictamen que la Autoridad Central Argentina informó, con relación a la causa penal promovida contra la demandada en la jurisdicción francesa, que la denuncia presentada por el padre está en trámite y que Francia tiene un sistema de enjuiciamiento discrecional, dependiendo la iniciación del proceso penal del criterio del fiscal, y agregó que la Vice Procuradora Francesa interviniente en la causa penal manifestó que no tiene intención de perseguir penalmente a la madre de la niña siempre que la restituya a la mayor brevedad posible.

8°) En tales circunstancias, sin perjuicio de las derivaciones que pudiera tener la causa penal en Francia –de acuerdo con los informes producidos durante la etapa de ejecución de la sentencia que se está cumpliendo en primera instancia-, la medida de retorno seguro adoptada por el a quo y cuestionada por el recurrente es incompatible con la propia finalidad del CH 1980.

Ello es así pues, habiéndose comprometido el actor a colaborar no impulsando la acción penal, la decisión que, a los fines de propender a un retorno seguro de la niña, dispuso esclarecer y solucionar previamente, a través del actor, las situaciones de índole penal que pudieren existir contra la demandada en

Francia, no puede implicar que una eventual decisión judicial de las autoridades de dicho estado extranjero de acuerdo con su ordenamiento jurídico, resulte un obstáculo a la restitución ordenada en la sentencia (Fallos: 339:1534, citado, argumento del voto del juez Rosenkrantz, considerando dieciséis).

Por ello, se hace lugar a la queja del actor, se declara procedente el recurso extraordinario y se revoca la sentencia recurrida con el alcance precisado en el segundo párrafo del considerando octavo. Agréguese copia de la sentencia y del dictamen de la Defensoría General de la Nación a las actuaciones principales. Notifíquese y, previa devolución de los autos, archívese.

BOZAL LEGAL

Prohibición de realizar comentarios de la separación o divorcio de las partes. Medida dispuesta en forma abierta, indeterminada y general. Revocación de sentencia. Censura previa. Libertad de expresión. Confirmación del decisorio en cuanto a la protección de los niños y ampliación de la orden al actor.

1. — La prohibición enunciada en términos genéricos de realizar comentarios, difundir, o divulgar cualquier dato, circunstancia, información o noticia relativa a la separación y divorcio de las partes excede la tutela que requiere la intimidad de los niños y violenta la libertad de expresión de la demandada, que solo puede verse sujeta al límite impuesto por la prohibición sobre sus hijos en el ámbito público y con relación a la específica situación del divorcio; pues, en lo demás, se halla supeditada a su responsabilidad ulterior.

2. — Corresponde concluir en que la medida judicial preventiva admitida en términos generales en el primer apartado de la decisión recurrida constituye, en principio, censura previa. Pues teniendo en cuenta el carácter casi absoluto del derecho de expresión, las medidas preventivas pueden ser admitidas únicamente cuando están en juego los derechos de los menores, con sustento en el art. 13, Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), conforme al estándar que resulta de los precedentes de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos que se orientan a dar primacía a la libertad de prensa y expresión, sujeta a la reparación posterior.

3. — Debe revocarse la prohibición de expresión impuesta a la demandada en al apartado I. del fallo recurrido. Ello sin perjuicio del convenio de confidencialidad que las partes manifiestan haber suscripto con posterioridad al dictado de la medida, a cuyo cumplimiento deberán, en su caso, someterse. Se confirma, en cambio, la medida dispuesta con relación a los menores de edad, pues el plexo constitucional-convencional impone su protección frente a injerencias que atenten contra su superior interés.

4. — La publicación en los medios de comunicación masiva del nombre de menores de edad ligados a juicios en trámite representa una indebida intromisión en su esfera de intimidad, que puede causar, conforme al curso ordinario de los hechos, un daño en el desenvolvimiento psicológico y social de los niños así expuestos públicamente.

5. — Cuando en forma abierta, indeterminada y general un juez impide que alguien hable, publique o difunda sus ideas, opiniones o pareceres, por cualquier medio, incluidos los de comunicación y las redes sociales, sobre una situación, persona o hecho, anticipando la posibilidad de que pueda ofender a otra con aseveraciones calumniosas o injuriosas, está cercenando la libertad de expresión aplicando una censura previa prohibida por los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional y 13 de la CIDH, entre otros instrumentos centrales de nuestro orden jurídico.

6. — Más allá de la opinión que pudiera merecer la conveniencia en exponer los avatares de la vida personal y matrimonial en los medios de difusión masiva, calificar a un discurso como ofensivo y admitir su censura llevaría al tribunal actuante a imponer sus personales puntos de vista o, tal vez, a fallar sobre las bases de su propio disgusto respecto de la exposición.

7. — Es preciso evitar la censura previa. Sin que ello importe, desde luego, renunciar al derecho de exigir a los responsables, en su caso, una reparación ulterior. Por el contrario, que el derecho de expresión no sea absoluto significa que existe la posibilidad de reclamar judicialmente por los daños que puedan derivarse.

CNCiv., sala M, 17/05/2021. - S., R. F. E. c. L. S. V. M. s/ medidas precautorias.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/32159/2021]

42.936/2020

2ª Instancia.- Buenos Aires, mayo 17 de 2021.

Considerando:

I. El expediente electrónico fue remitido para conocer en el recurso interpuesto por la demandada contra lo resuelto el 28/09/2020.

La decisión recurrida dispuso: I. Ordenar a la Srta. V. M. L. S. que se abstenga, por sí misma, y/o a través de su dirección letrada, y/o por interpósita persona, de realizar comentarios, difundir, o divulgar cualquier dato, circunstancia, información o noticia relativa a la separación y divorcio de las partes; II. Que se abstenga, asimismo, de publicar, difundir el nombre de los hijos menores de edad (L. y D.), en cualquier medio de comunicación; III. Todo ello, bajo apercibimiento de imponer una multa en caso de incumplimiento.

La demandada solicitó que la medida sea revocada. Adujo que el carácter tan amplio de los términos en que fue admitida impide su libertad de expresión, a punto de cercenar su derecho a referirse a su propia vida personal y familiar. Consideró que la prohibición debió dirigirse contra los medios de prensa en donde se difundieron las noticias del divorcio de las partes. Agregó que, en su caso, debió ser impuesta a ambas partes y resaltó el carácter público y mediático que reviste el accionante.

Al responder, el actor negó que la orden impuesta impida a la actora expresarse sobre aspectos de su vida y se allanó a que la inhibición para referirse a los términos del divorcio y a la mención de los menores de edad hijos de la pareja, rija para ambas partes.

II. El conflicto se desató cuando, iniciadas las negociaciones extrajudiciales entre las partes y sus letradas en relación al divorcio y división de bienes de la expareja, trascendieron detalles en un programa televisivo —y luego en diversos portales digitales que reprodujeron la noticia—, que, además de referirse a la importancia del patrimonio a liquidar y aventurar la posible litigiosidad del tema, enunciaron los nombres y edades de los hijos del matrimonio disuelto.

El actor atribuyó a la demandada y a su letrada el haber filtrado a la prensa las negociaciones que debían ser preservadas en un ámbito confidencial, a la par que achacó que se habían vulnerado los derechos de sus hijos, aún menores de edad, a no sufrir injerencias en su intimidad.

Es así que, más allá de la eventualidad no comprobada de que la demandada habría aportado la información que luego se difundió en los medios, aparece aquí expuesto un conflicto de derechos e intereses que corresponde al tribunal armonizar al tiempo de decidir acerca de una tutela inhibitoria como la requerida por el accionante.

III. Para ello debe acudirse a un juicio de ponderación que incluya todos los derechos en pugna, acordando la menor restricción posible en pos del bien prioritariamente tutelado.

Este análisis deberá examinar cuidadosamente, por un lado, la debida protección a la libertad de expresión de la demandada y de la prensa que pudiera recoger sus dichos y la consecuente prohibición de la censura previa, pues juegan un rol decisivo en el mantenimiento del sistema republicano de gobierno, como así lo ha venido sosteniendo la CSJN en todos sus precedentes. Por el otro, la tutela del derecho a la intimidad del actor y, en especial, de los hijos menores de edad, quienes no pueden ser objeto de intrusiones ilegítimas y arbitrarias en su esfera íntima, ya que el art. 16, inc. 1°, de la Convención sobre los Derechos del Niño es explícito en su mandato al respecto.

En este sentido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos proporciona pautas para juzgar los casos vinculados con el ejercicio de la libertad de expresión. El art. 13 de la convención establece: "1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. 2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley, y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas".

Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone en su art. 14.1: "...toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores".

Como así lo ha entendido la Corte, dicho régimen normativo establece inequívocamente un ámbito de protección de los derechos de los menores de edad, entre los cuales se encuentra indudablemente el derecho a la intimidad, contemplado en términos generales en el art. 19 de la Constitución Nacional (Fallos: 306:1892) y también protegido, en términos amplios, en el art. 5 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el art. 17 del

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el art. 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Sin embargo, también ha dejado asentado la Corte que los derechos reconocidos en la Constitución —y por ende en los tratados que cuentan con jerarquía constitucional por el art. 75, inc. 22 de la Carta Magna— deben ser interpretados armónicamente, para hallar un ámbito de correspondencia recíproca dentro del cual obtengan su mayor amplitud los derechos y garantías individuales. En la ya señalada tarea de armonización de las garantías constitucionales cabe entender que la protección judicial del interés del menor debe estar estrictamente ceñida a lo que resulta indispensable, para evitar así una injustificada restricción de la libertad de prensa (Fallos: 316:1623).

La publicación en los medios de comunicación masiva del nombre de menores de edad ligados a juicios en trámite, representa una indebida intromisión en su esfera de intimidad, que puede causar, conforme al curso ordinario de los hechos, un daño en el desenvolvimiento psicológico y social de los niños así expuestos públicamente (CSJN, Fallos: 324:975, doctrina del caso "S. V. c. M. D. A. s/ medidas precautorias, del 03/04/2001).

Sin embargo, la prohibición enunciada en términos genéricos en el punto I del fallo apelado de realizar comentarios, difundir, o divulgar cualquier dato, circunstancia, información o noticia relativa a la separación y divorcio de las partes excede la tutela que requiere la intimidad de los niños y violenta la libertad de expresión de la demandada, que solo puede verse sujeta al límite impuesto por la prohibición sobre sus hijos en el ámbito público y en relación a la específica situación del divorcio; pues, en lo demás, se halla supeditada a su responsabilidad ulterior.

Por esto, corresponde concluir en que la medida judicial preventiva admitida en términos generales en el primer apartado de la decisión recurrida constituye, en principio, censura previa. Pues teniendo en cuenta el carácter casi absoluto del derecho de expresión, las medidas preventivas pueden ser admitidas únicamente cuando están en juego los derechos de los menores, con sustento en el art. 13, Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), conforme al estándar que resulta de los precedentes de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos que se orientan a dar primacía a la libertad de prensa y expresión, sujeta a la reparación posterior (en igual sentido Galdós, Jorge, "La libertad de prensa, la intimidad y la tutela inhibitoria de expresión", 2017, Revista Jurídica LA LEY, (F), p. 824).

Así se ha entendido que cuando en forma abierta, indeterminada y general un juez impide que alguien hable, publique o difunda sus ideas, opiniones o pareceres, por cualquier medio, incluidos los de comunicación y las redes sociales, sobre una situación, persona o hecho, anticipando la posibilidad de que pueda ofender a otra con aseveraciones calumniosas o injuriosas, está cercenando la libertad de expresión aplicando una censura previa prohibida por los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional y 13 de la CIDH, entre otros instrumentos centrales de nuestro orden jurídico (cfr. Pulvirenti, Orlando D., "¿Bozal legal o mordaza judicial? La libertad de expresión y la censura judicial", MJ-DOC-6703-AR| MJD6703).

Más allá de la opinión que pudiera merecer la conveniencia en exponer los avatares de la vida personal y matrimonial en los medios de difusión masiva, calificar a un discurso como ofensivo y admitir su censura llevaría al tribunal actuante a imponer sus personales puntos de vista o, tal vez, a fallar sobre las bases de su propio disgusto respecto de la exposición (cfr. Gil Domínguez, Andrés, "El caso León Ferrari": una lección sobre la libertad en un estado constitucional de derecho, LA LEY, 2005-C, 707).

Por cierto, es preciso evitar la censura previa. Sin que ello importe, desde luego, renunciar al derecho de exigir a los responsables, en su caso, una reparación ulterior. Por el contrario, que el derecho de expresión no sea absoluto significa que existe la posibilidad de reclamar judicialmente por los daños que puedan derivarse (cfr. CNCiv., Sala H, Expte. 64.320/20 del 30/12/2020).

IV. En la inteligencia de lo que hasta aquí se ha expresado, debe revocarse la prohibición de expresión impuesta a la demandada en al apartado I del fallo recurrido.

Ello, sin perjuicio del convenio de confidencialidad que las partes manifiestan haber suscripto con posterioridad al dictado de la medida, a cuyo cumplimiento deberán, en su caso, someterse.

Se confirma, en cambio, la medida dispuesta con relación a los menores de edad L. y D., pues el plexo constitucional-convencional impone su protección frente a injerencias que atenten contra su superior interés.

Por ello, y de conformidad con lo dictaminado por la Defensora de Menores de Cámara, el Tribunal resuelve: Revocar el punto I) de la resolución apelada del 28/08/2020 y confirmar lo demás que decide; ampliando al actor la prohibición de mención de los menores de edad en medios masivos de difusión, con los alcances que resultan de los considerandos. Costas de

la alzada en el orden causado atento a los vencimientos parciales y mutuos que importa la decisión (art. 68 y 71 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Regístrese, notifíquese y devuélvase. Se deja constancia de que la vocalía N° 37 se encuentra vacante. — *María I. Benavente. — Guillermo D. González Zurro.*

ADOPCIÓN INTERNACIONAL

Información sumaria destinada a la producción de prueba psicológica e informe socioambiental solicitada por la postulante a una adopción en Haití. Procedencia. Disidencia.

1. — Una persona residente en Argentina que quiera adoptar en otro país debe poder obtener el certificado de idoneidad solicitando a un juez competente en su jurisdicción, que mediante una información sumaria, requiera los exámenes pertinentes, para dictar luego sentencia que apruebe o no la información sumaria sobre la idoneidad para adoptar.

2. — Teniendo en cuenta que se trata de un recaudo exigido por la autoridad administrativa de Haití, conforme la legislación vigente en ese país, no acceder a la producción de una pericia psicológica solicitada por la postulante a una adopción internacional, implicaría dejar a esta sin una vía adecuada para hacer valer legítimos derechos, cualquiera sea la solución final de su pretensión.

3. — La intervención del equipo técnico del RUAGA, solo intervienen para realizar la evaluación de los postulantes para adoptar dentro de la jurisdicción nacional, mas no cuando se trata de una adopción internacional.

4. — La acción está orientada a la declaración de la idoneidad adoptiva de la postulante como trámite previo para una adopción en el extranjero, por lo que no es competente el RUAGA para evaluar la idoneidad de la firmante.

5. — Más allá de considerar improcedente la vía —en el caso "información sumaria"— a través de la cual se introducen las peticiones, se comparte el criterio sustentado por la magistrada de grado en cuanto a que la solicitud excede el ámbito de la actuación jurisdiccional, pues se requiere en sede judicial la producción de pruebas para cumplimentar un recaudo administrativo previo a solicitar una adopción internacional. A ello cabe agregar que la República Argentina ha hecho expresa reserva en cuanto a la posibilidad de la adopción internacional, respecto de la Convención sobre los Derechos del Niño (ley 23849, art. 2°) (del voto en disidencia de la Dra. Abreut).

6. — La postura de República Argentina frente a la adopción internacional de menores surge ratificada a partir de la circunstancia de que, en el ámbito internacional, existen diferentes tratados que regulan la materia, los cuales el país decidió expresamente no suscribir (del voto en disidencia de la Dra. Abreut).

7. — Si bien el anteproyecto de Código Civil y Comercial contenía una norma que establecía que las autoridades administrativas o jurisdiccionales argentinas debían prestar cooperación a las personas con domicilio o residencia habitual en la Argentina, aspirantes a una adopción a otorgarse en país extranjero, que soliciten informes sociales o ambientales de preparación o de seguimiento de una adopción a conferirse o conferida en el extranjero (art. 2635), tal previsión fue suprimida en la elevación efectuada por el Poder Ejecutivo nacional, en temperamento que mantuvo luego el legislador (del voto en disidencia de la Dra. Abreut).

CNCiv., sala H, 01/06/2021. - F. E., V. s/ información sumaria.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/66469/2021]

Expte. n° CIV 004084/2021/CA001

Buenos Aires, 1 de junio de 2021.

Vistos:

Vienen estos autos a la Alzada para resolver la apelación interpuesta contra la resolución dictada por la magistrada de grado en virtud de la cual rechazó "in limine" la información sumaria solicitada por la parte actora. El Sr. Fiscal de Cámara dictaminó con fecha 28 de mayo de 2021

Los doctores *Kiper* y *Fajre* dijeron:

Del examen de las actuaciones resulta que Sra. V. F. E. promueve información sumaria a fin de que se ordene la producción de una pericia psicológica a su respecto, y de un informe socio ambiental por medio de un perito asistente social, con el objeto de postularse para tramitar una adopción internacional que se llevará a cabo en Haití. Las pruebas que se incorporen serán utilizadas por las autoridades administrativas que es el "I. DU B.-E. S. ET DE R." (IBSER) con domicilio en .. r. des m. P. -AU-P., H. y las autoridades

judiciales en Haití que me otorgarán, eventualmente, la adopción plena de un niño/a.

La peticionante solicita concretamente que se apruebe la información sumaria, y que declare su idoneidad para adoptar un niño/a de hasta ... años de edad.

Dada la naturaleza de la cuestión y más allá de la vía – información sumaria – a través de la cual se introducen las peticiones, nada obsta a que se examine la procedencia de las mismas.

En efecto, se desprende de la presentación liminar que la peticionaria requiere la producción de las pruebas referidas (pericial psicológica e informe socioambiental) para cumplimentar un recaudo administrativo previo a solicitar una adopción en otro país (en el caso Haiti).

La magistrada de grado rechazó la información sumaria por considerar que resulta ajeno a la esfera de actuación del Poder Judicial el emitir un juicio de valor acerca de las aptitudes de quienes pretenden adoptar, destacándose que esa es una tarea propia del Registro Único de Adoptantes a Guarda con Fines Preadoptivos, de conformidad con lo establecido por el art. 8 de la ley 25.854.

Señaló que en el ámbito interno de la República Argentina, es el mencionado Registro -que fue creado por la ley 25.854 con la finalidad de formalizar una lista de aspirantes a guarda con fines de adopción, e instrumentado en el ámbito de esta ciudad bajo la órbita del Consejo de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes mediante la ley 1417-, quien tiene facultades para evaluar la idoneidad de los aspirantes para ser admitidos como tales, pudiendo aceptar o denegar las solicitudes de inscripciones y también decidir sobre la procedencia o revocación de las mismas.

En tales términos, consideró que correspondía que el Equipo Técnico de la mencionada institución serían los encargados de realizar la evaluación de la postulante dando cumplimiento con los protocolos internos de evaluación y, una vez ello cumplido, podrá la suscripta eventualmente y en caso de resultar ello necesario conforme la legislación extrajera citada en la demanda, expedirse en relación al requerimiento efectuado, correspondiendo en este estado, el rechazo de la información sumaria

Si bien para las adopciones a nivel nacional rige el RUAGA, lo cierto es que en caso la peticionante pretende la adopción de un niño/a que se encuentra fuera de la República Argentina, más precisamente en Haití, por lo que no corresponde darle intervención al mencionado organismo.

En efecto, la competencia al DNRUA cuyo propósito central consiste en "...constituir red informática que interconecte los registros provinciales de postulantes a adopción para brindar a todos los niños del país que lo necesitan la posibilidad de guarda familiar con fines adoptivos en su propia provincia, en su región o en otra del país si no fuere factible lo primero..." (art. 1 del decreto 1328/2009 reglamentario de la ley 25.854).

En los considerandos del decreto reglamentario antes mencionado se señala: "... Que un sistema así concebido resulta un razonable límite a las maniobras de apropiación de niños por personas de extraña jurisdicción y fortalece el cumplimiento de los recaudos en pos de la adopción nacional que establece el artículo 315 del Código Civil y artículo 5º de la Ley Nº 25.854..."

De lo expuesto, surge con meridiana claridad que la intervención del equipo técnico del RUAGA, solo intervienen para realizar la evaluación de los postulantes para adoptar dentro de la jurisdicción nacional, mas no cuando se trata de una adopción internacional.

En la especie se reitera, la presente acción está orientada a la declaración de la idoneidad adoptiva de la postulante como trámite previo para una adopción en el extranjero, por lo que no es competente el RUAGA para evaluar la idoneidad de la firmante.

Por otra parte, no puede perderse de vista que la información promovida no constituye un proceso de adopción, sino una acción tendiente a recopilar información, sobre la base de la valoración que deberán llevar a cabo determinados profesionales sobre la aptitud de la solicitante, para que luego el magistrado brinde aprobación a tales informes médicos, psicológicos y socio ambientales, sobre la aptitud de la postulante producidos conforme la opinión de aquellos auxiliares designados de oficio, evaluando si reúnen las condiciones económicas, personales, de salud física y psicológica para que se les confiera la guarda de un menor, de acuerdo a los cánones exigibles en el país.

En Argentina la única vía para lograr los informes psicológicos y la encuesta ambiental que se ha considerado como oficial es la de un proceso judicial, donde los pretensos adoptantes solicitan la producción internacional de un niño que se llevará a cabo en determinado país (conf. Quaini, Fabiana Marcela, "La adopción internacional. Una perspectiva desde Argentina", Revista de Derecho de Familia y de las Personas, La Ley, Septiembre de 2011, Año III, Nº 8, pág. 32).

Por tal motivo, una persona residente en Argentina que quiera adoptar en otro país, debe poder obtener el certificado de idoneidad solicitándole a un juez competente en su jurisdicción, que mediante una información sumaria, requiera los exámenes pertinentes, para dictar luego sentencia que apruebe o no la información sumaria sobre la idoneidad para adoptar (conf. CNCiv. Sala M, "L.M.I. s/información sumaria", R. 602.880, 9/11/12).

No se desconoce que existen posturas encontradas en cuanto a si la autoridad competente es meramente administrativa o si es judicial, no obstante, consideramos que no existe ningún impedimento legal para que la jurisdicción se expida previa producción de la prueba pericial pertinente si la peticionante se encuentra apta para adoptar.

Por tal motivo, una persona residente en Argentina que quiera adoptar en otro país, debe poder obtener el certificado de idoneidad solicitándole a un juez competente en su jurisdicción, que mediante una información sumaria, requiera los exámenes pertinentes, para dictar luego sentencia que apruebe o no la información sumaria sobre la idoneidad para adoptar (CCNCiv., Sala M, Expte. 26006/2012 "L. M. I. s/ información sumaria", del 8/11/12, ídem Tribunal de Familia número 1 de San Isidro, autos: 35.150 caratulados: "R. I. H. Y otra s/ Información Sumaria"; Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires., en autos C. 108.957 de fecha 10/02/2010; Cám. Familia 2° Nom. Córdoba, 02/03/2012, "R. P. M. y otro - Actos de Jurisdicción Voluntaria - Sumaria Información - Recurso de Apelación - Expte. N° 319290).

Así las cosas, se advierte en el punto, la formalización de una concreta petición extracontenciosa, respecto de la cual no se aprecia –en este estado– la existencia de conflicto alguno sino únicamente la voluntad de constituirse en postulante para una futura adopción. Es decir que se procura en el caso, una decisión a favor de la peticionaria, pero no en contra o a favor de un tercero (v. Palacio, Lino, "Manual de Derecho Procesal Civil, Abeledo-Perrot, Tomo I pág. 92).

En este contexto, y al solo fin de cumplir con la acreditación de idoneidad de la solicitante, no se verifica óbice a la procedencia de la petición.

Para ello se tiene en cuenta que se trata de un recaudo exigido por la autoridad administrativa de Haiti, conforme la legislación vigente en ese país, no acceder al pedido, implicaría dejar a la peticionaria sin una vía adecuada para hacer valer legítimos derechos, cualquiera sea la solución final de su pretensión.

La doctora *Abreut* dijo:

Del examen de las actuaciones resulta que Sra. V. F. E. promueve información sumaria a fin de que se ordene la producción de una pericia psicológica a su respecto, y de un informe socioambiental por medio de una perito asistente social, con el objeto de postularse para tramitar una adopción internacional que se llevará a cabo en Haití. Las pruebas que se incorporen serán utilizadas por las autoridades administrativas que es el "I. D. B.-E S. E. DE R." (IBSER) con domicilio en 18 r. des m. P.-AU-P, HAITI y las autoridades judiciales en Haití que me otorgarán, eventualmente, la adopción plena de un niño/a.

Señala que los informes son requeridos por el referido órgano administrativo, a los fines de acreditar su idoneidad para poder solicitar una adopción internacional en dicho país.

La información sumaria fue desestimada *in limine* por la Sra. Juez *a quo*.

Ahora bien, sentado lo expuesto, cabe señalar primeramente, más allá de considerar improcedente la vía – en el caso "información sumaria" – a través de la cual se introducen las peticiones, que se comparte el criterio sustentado por la magistrada de grado en cuanto a que la solicitud excede el ámbito de la actuación jurisdiccional, pues se requiere en sede judicial la producción de pruebas para cumplimentar un recaudo administrativo previo a solicitar una adopción internacional.- A ello cabe agregar que la República Argentina ha hecho expresa reserva en cuanto a la posibilidad de la adopción internacional, respecto de la Convención sobre los derechos del niño (Ley 23849, art. 2°).

La postura de República Argentina frente a la adopción internacional de menores, que se desprende de la citada reserva, surge ratificada a partir de la circunstancia de que, en el ámbito internacional, existen diferentes tratados que regulan la materia, los cuales el país decidió expresamente no suscribir.

Por otra parte, no puedo dejar de mencionar que si bien el anteproyecto de Código Civil y Comercial contenía una norma en la que se establecía que las autoridades administrativas o jurisdiccionales argentinas debían prestar cooperación a las personas con domicilio o residencia habitual en la Argentina, aspirantes a una adopción a otorgarse en país extranjero, que soliciten informes sociales o ambientales de preparación o de seguimiento de una adopción a conferirse o conferida en el extranjero" (art. 2635), lo cierto es que tal previsión fue suprimida en la elevación efectuada por el Poder Ejecutivo Nacional, en temperamento que mantuvo luego el legislador.

Por último, por razones de brevedad me adhiero a los fundamentos esgrimidos por el Sr. Fiscal de Cámara en el dictamen de fecha, los cuales son compartidos por la suscripta.

Por ello, mantengo mi postura adoptada en el precedente dictado por mayoría de este Tribunal en los autos caratulados: "R. A., M. M. s/ información sumaria", del 16/3/2012" y por ende corresponde confirmar lo decidido por la magistrada de grado.

Por las consideraciones precedentes, y oído que fuera el Sr. Fiscal de Cámara, el Tribunal, por mayoría de votos, *Resuelve:* Revocar la resolución apelada.

Regístrese, Notifíquese al Sr. Fiscal de Cámara. Comuníquese al CIJ y cumplido, devuélvase. — *Liliana E. Abreut de Begher. — Claudio M. Kiper. — José B. Fajre.*

ADOPCIÓN *POST MORTEM*

Pretensos adoptantes fallecidos durante el proceso. Otorgamiento de la adopción plena. Principio de realidad familiar. Niño que queda al cuidado de la abuela.

1. — Habiéndose cumplimentado con los requisitos legales exigidos y surgiendo claramente que la adopción plena resulta adecuada al interés del niño, es procedente su otorgamiento a los pretensos adoptantes fallecidos durante el proceso, por prevalecer el principio de realidad familiar, al haberse probado que aquel se encuentra plenamente integrado al grupo familiar al haber vivido allí desde sus primeros días de vida, que los actores demostraron su aptitud a tal fin y sobre todo por ser ese el deseo genuino del niño, a quien se tiene la obligación fundamental de oír y de tener en cuenta, no solo porque la ley lo dice, sino porque así lo indica el corazón y ese es el camino en el proceso **[1].**

2. — Que el interés superior del niño comprende la máxima satisfacción de su derecho a tener una familia, que se encuentra realizado mediante la concesión de la adopción post mortem de sus padres, otorgando de este modo un marco legal a su situación socioafectiva con su familia extensa, atento al hecho luctuoso del fallecimiento de ambos adoptantes.

3. — No hay dudas, conforme a constancias del expediente, que la preservación de la identidad dinámica del niño se encuentra consolidada y desarrollada dentro del entorno familiar proporcionado por la familia extensa de los pretensos adoptantes, ante su lamentable deceso, ya que dicha construcción se fundó desde su nacimiento hasta la fecha y subsiste el lazo socioafectivo con aquella.

4. — La voluntad adoptiva de las personas que en vida fueron los pretensos adoptantes se desprende de sus permanentes manifestaciones a lo largo del proceso, a través del cual oportunamente peticionaron la adopción del niño, de quien ya tenían otorgada hace un tiempo la guarda judicial y a quien en vida le prodigaron trato y cuidado inherente al de un hijo. Dichas expresiones crean la más íntima convicción de que la adopción plena es la que mejor se condice con la realidad circundante del niño, quien con una marcada madurez manifestó en acta de audiencia su indudable intención de ser hijo de aquellos, donde salta a la vista los lazos socioafectivos con su familia extensa, que le ha otorgado al niño el estado de nieto, primo, sobrino.

5. — La institución de la adopción es el último recurso ante situaciones que de plano son irreversibles, viéndose obligados los operadores de justicia y garantes de pleno ejercicio de los derechos a encontrar respuestas superadoras para devolver al niño su derecho a crecer y a desarrollarse en familia.

6. — Para lograr el desarrollo integral de un niño, niña y adolescente es fundamental que crezcan en un ambiente protector, y nada mejor que el familiar, donde el afecto, el respeto, el cuidado y el amor les permita desarrollarse plenamente hasta lograr una vida independiente y autónoma; en el caso, dentro de los lazos socioafectivos creados desde el nacimiento del niño con la familia extensa de los pretensos adoptantes fallecidos.

JCiv. Personas y Fam. 1a Nominación, San José de Metán, 28/12/2020. - P. P., W. L. s/ adopción.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/73762/2020]

JURISPRUDENCIA VINCULADA

[1] Juzgado de Menores Nº 3 de Corrientes, "L., M. s/ adopción", 05/08/2020, RCCyC, 2021 (febrero), 123, AR/JUR/30596/2020.

Expte. N° EXP-45157/19

1ª Instancia.- San José de Metán, diciembre 28 de 2020.

Resulta:

Que a fs. 08/09 de autos se presenta por ante la Proveyente el Dr. F. G. S. M. P..., en su carácter de apoderado del Sr. W. L. P. P. DNI N°..., quien actúa por sus propios derechos a fin de iniciar juicio de Adopción Plena del niño M. P. DNI N°... nacido 14 de agosto de 2011 en el Hospital Materno-Infantil Dpto. Capital, Pcia. de Salta.

Expone los hechos, funda el derecho que hace a su pretensión y ofrece pruebas.

Que a fs. 10 de autos se da curso legal a la presente acción, otorgando intervención a la Asesoría de Menores y al Ministerio Fiscal.

A fs. 13 rola acta de audiencia:... "a los 30 días del mes de septiembre de 2019, siendo hs. 10:00, comparecen a los fines decretados en los autos caratulados: "P. P., W. L. por adopción", Exp. 45.157/19, que se tramita por ante este Juzgado de 1° Instancia en lo Civil de Personas y Familia del Distrito Judicial del Sur Metán, el Sr. P. W. L., DNI N°..., junto al menor M. P., acompañado del Dr. F. S. G., en presencia de la Sra. Asesora de Menores e Incapaces N° 2 Dra. Karina Patricia Singh. Abierto el acto por S. S. Dr. Carlos A. Graciano Juez Subrogante y Secretaría actuante. La elección efectuada por las partes de llevar a cabo la adopción, se celebra la presente audiencia, también se deja constancia de lo dispuesto por el Art. 605 del (Fallecimiento de Madre). Puesto en uso de la palabra al Sr. W. L., manifiesta que, cuando murió su esposa, M. lloró mucho, hizo un tratamiento con una psicóloga, que trabaja con los niños con yoga, músicoterapia, cromoterapia, mantras, mandalas y otras disciplinas dentro de la psicología que ayudan a superar la situación, y ella a su vez le dio 5 ejercicios que hagan a la noche antes de dormir para armonizar, para sacar la ira y termina con un mantra para dormir relajado y armónico. Expresa que se siente identificado con el apellido materno desprendiéndose esto de la manera que el niño contesta cundo se le pregunta por su nombre. Manifiesta que en el mes de abril la psicóloga le dio de alta. Que en el colegio que asiste a través del gabinete psicológico se le da contención todos los días, que el dicente tiene reuniones trimestrales con el gabinete y M. anda muy bien académicamente. Que su hijo siente mucha pertenencia en el Colegio y el Club. Puesto en uso de la palabra a M. P. K. manifiesta que vive en Buenos Aires en Tigre, que lo pasa lindo, que tiene muchos amigos y juegan al Fútbol en el recreo, que también juega al Rugby en un club, que su padre es el entrenador, que en realidad son 12 entrenadores ya que son 60 chicos los que juegan. Que va al Colegio M. H., que asiste a segundo grado. Expresa que le gusta estar con su padre, que tiene 19 primos algunos en Rosario de la Frontera. Se puede apreciar que existe una plena integración entre el niño y padre adoptante..." Siguen firmas (*sic*).

Que a fs. 20/22 rola Informe Social en el que se concluye que:... "Consideraciones: Se infiere que el matrimonio P. - K. y M. se han conformado como familia. Ante la muerte de su madre, el Sr. P. pudo brindarle a M. los recursos necesarios para afrontar su pérdida. Surge de la entrevista que tanto la institución educativa como familiares y amigos acompañan al niño y al padre frente a la muerte de la Sra. K. Se advierte claramente la construcción de un vínculo paterno-filial entre el Sr. P. P. y M..." (*sic*).

Que a fs. 32/37 el Dr. F. G. S. apoderado de los actores adjunta acta de defunción de los Sres. M. K. y W. L. P. P. Hace saber que M. se encuentra al cuidado de la madre de la difunta Sra. M. K.

A fs. 38 se ordena correr vista de lo manifestado a la Sra. Asesora de Menores e Incapaces quien a fs. 39 solicita se constate la situación actual del menor M.P., persona a cargo del mismo, grupo familiar conviviente y todo otro dato de interés.

A fs. 43 rola acta de audiencia del 24 de Julio de 2020 mediante la utilización de medios tecnológicos atento la pandemia COVID-19, que impide ser realizada en forma presencial..." siendo hs. 12:00, comparecen a los fines decretados en los autos caratulados: "P. P., W. L. por adopción - F" Exp. 45.157/19, que se tramita por ante este Juzgado de 1° Instancia en lo Civil de Personas y Familia del Distrito Judicial del Sur Metán, la Sra. N. A. G. G. DNI N°... de 74 años de edad (abuela) en compañía de la Tía Sra. J. K. y en presencia de la Sra. Asesora de Menores e Incapaces N° 2 Dra. Karina Singh.

Abierto el acto por S. S. Dra. Frida Bosernitzán Juez y Secretaría actuante, S. S. comienza a realizar la audiencia del día de la fecha mediante *zoom* a los fines de establecer contacto con el niño M. quien manifiesta estar acompañado de su abuela N. A. G. G. DNI N°... de 74 años de edad y su tía J. K. A preguntas realizadas por S. S. M. manifiesta que vive con su abuela a quien le dice N. y con la cual se encuentra muy bien y que son sus deseos de seguir viviendo con ella. M. refiere que tiene primos con los cuales comparte su tiempo libre todos los días ya que la cuarentena la pasan en familia. Que su tía J. vive a tres cuadras, su tía S. (quien es la madrina) a seis cuadras y cerca también su tío A., todos de apellido K. Refiere que tiene clases virtuales y que el 3 de agosto recomienzan las clases. Que tiene el apoyo de dos psicopedagogas que van a su domicilio una a la mañana que lo acompaña con

las tareas en inglés y la otra psicopedagoga a la tarde para las tareas en castellano, porque el colegio al que concurre es bilingüe. Que a veces, cuando está en la casa de su tía J. ella lo ayuda con las tareas, ya que ella es psicopedagoga de profesión. M. manifiesta que tiene muchos amigos y estos le regalaron una bicicleta con cambios y salen a dar una vuelta en bicicleta o caminando. Que en su barrio comparten con sus ocho primos que viven en el mismo lugar, pero que en total tiene quince primos y los restantes viven en la misma localidad, pero no en su barrio. Manifiesta la Sra. J. K. que M. cumple años el 14 de agosto y le van a hacer una linda fiestita. A preguntas realizadas por la Sra. Asesora de menores e Incapaces a M., si se siente bien con su abuela: el mismo manifiesta que se siente bien y quiere quedarse con ella. A preguntas realizadas a la Sra. G.: La misma refiere que la peticionante es ella. Manifiesta M. que considera que todos son su familia y que está rodeado de mucho afecto. A pregunta realizada de cómo le gustaría llamarse el mismo responde M. P. K., solo así. A preguntas realizadas a la Sra. J. la misma manifiesta que cuando comiencen las clases M. va a ir con una de las maestras que lo llevaría o quizás en el transporte escolar ya que algunos de sus primos van al mismo colegio y que su abuela también lo podría llevar ya que tiene auto y maneja; que a las reuniones de la escuela la que iría es la Sra. N. A. G. G. Preguntado el menor respecto de si tiene contacto con sus familiares de Rosario de la Frontera el mismo manifiesta que tiene contacto con su abuelo paterno W. P. mediante mensajes, y llamadas, también con su tía T. a quien llama T. Que se organizaron en un grupo de WhatsApp entre todos los familiares de Bs. As. y de Rosario de la Frontera y que hace poco lo llamo a su abuelo por su cumpleaños. Puesta en posesión de la palabra la Sra. N. manifiesta que quiere que todo el trámite legal se termine así M. tenga su propio DNI y que además ese es el deseo del niño. Se deja constancia por Secretaría que todo el tiempo que duró la audiencia el niño buscaba contacto con su abuela, se los ve abrazados lo cual denota el cariño que la misma le dispensa y da cuenta del lazo afectivo que los une"... (*sic*).

A fs. 64/65 rola presentación de la Sra. N. G. G. DNI N°... quien pone en conocimiento que la misma es madre de M. K. quien fuera madre de M. Refiere que M. se casó con W. L. P. P. y que M. llego a sus vidas el 14 de agosto de 2011, desde ese momento M. fue parte de su familia como M. P. K. Ante el fallecimiento de su hija el 24 de noviembre de 2018 y de su yerno el 30 de mayo de 2020 M. vive con ella, ya que su domicilio es centro de reunión familiar, donde se encuentra muy cómodo y con muchos amigos y está absolutamente integrado a su familia. Manifiesta que: ... "Tanto él como todos nosotros nos encontramos a la espera del dictado de la sentencia... de adopción"... (*sic*).

Que a fs. 77 vta. y 78 rola informe socioambiental realizado en el domicilio de la Sra. N. G. G. DNI N°...

Que a fs. 87/91 rola dictamen de la Sra. Asesora de Menores N° 1, Dra. Karina Patricia Singh, quien se expide favorablemente a la acción interpuesta de Adopción Plena.

Que a fs. 41 rola dictamen del Ministerio Fiscal quien estima que puede hacerse lugar a la Adopción del niño M.

Considerando:

Que vienen los presentes obrados a los fines de expedirme respecto de la de la Adopción Plena del niño M. DNI N°..., solicitada oportunamente por los Sres. M. K. y W. P. P.

Entrando en el análisis de la cuestión planteada, cabe señalar que se debe resolver las presentes actuaciones teniendo en cuenta que el Instituto de la Adopción es un instrumento legal establecido para la protección del niño y conforme con la misión específica que les compete en el ámbito del derecho de familia, donde se dirimen problemas humanos cuyas soluciones se instrumentan a través del análisis del caso concreto y no mediante la aplicación de fórmulas o modelos predispuestos por consecuencias lógicas previamente establecidas del entramado normativo. Es por ello que para apreciar si corresponde la adopción de un niño, no es posible prescindir del estudio de los antecedentes de la causa, como así también de valorar el mejor interés del Niño consagrado en los art. 3.1 y 21 de la de la Convención de los Derechos del Niño.

En este orden de ideas el Cód. Civ. y Com. de la Nación es en lo que respecta al Instituto de Adopción, en su Art. 594 establece que "...La adopción es una institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando estos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen. La adopción se otorga solo por sentencia judicial y emplaza al adoptado en el estado de hijo, conforme con las disposiciones de este Código...". Dicha norma señala, en cumplimiento del principio del interés superior del niño, el derecho del niño a tener una familia donde pueda encontrar lazos afectivos que le permitan cristalizar su personalidad en formación, cuando ello no pueda ser proporcionado por su familia de origen.

En el caso *sub examine* el niño M. se encontraba contenido por el matrimonio P. - K. conforme constancia de acta de audiencia de fs. 13 que en su parte

pertinente dice:..." Puesto en uso de la palabra a M. P. K. manifiesta que vive en Buenos Aires en Tigre, que la pasa lindo, que tiene muchos amigos y juegan al Fútbol en el recreo, que también juega al Rugby en un club, que su padre es el entrenador, que en realidad son 12 entrenadores ya que son 60 chicos los que juegan. Que va al Colegio M. H., que asiste a segundo grado. Expresa que le gusta estar con su padre, que tiene 19 primos, algunos en Rosario de la Frontera"... Es decir que el niño M. se encontraba contenido junto al matrimonio P. - K. y actualmente debido al hecho luctuoso de ambos padres su realidad vital se desarrolla con su abuela, tíos y primos maternos.

La doctrina entiende que: "...La concepción de la adopción ha variado durante el siglo pasado y ha tomado un rumbo diferente al que traía desde sus orígenes: ya no se pone el acento en las necesidades del adoptante, ni en su imposibilidad de tener hijos biológicos, sino que el instituto hace centro en la necesidad de amparo de los niños, y en crear entre estos y sus adoptantes un vínculo signado por el amor con similares características al de la relación natural..." (Código Civil y Comercial de la Nación Comentado / Julio César Rivera y Graciela Medina - 1ª ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires, LA LEY, 2015, p. 594).

En el ámbito de los derechos del niño se reconoce a la adopción como un instrumento necesario para la protección de los menores, institución esta que tiene justificación y fundamento en los valores de justicia, solidaridad y paz social. En este sentido CSJN precisó que "...La adopción es una institución de protección familiar y social especialmente establecida en interés superior del menor, para dotarlo de una familia que asegure su bienestar y desarrollo integral. El interés superior del niño representa el reconocimiento del menor como persona, la aceptación de sus necesidades y la defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos por sí mismo y, a fin de evitar subjetividades en procura de superar la relativa indeterminación de la expresión, resulta útil asociar dicho "interés del niño" con sus derechos fundamentales. Así resultará en interés del menor toda acción o medida que tienda a respetar sus derechos y perjudicial la que pueda vulnerarlos..." (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 02/08/2005, S., C. s/ adopción; Actualidad Jurídica de Córdoba - Familia y Minoridad, vol. 17, septiembre de 2005, p. 1753).

El Cód. Civ. y Com. de la Nación ha establecido condiciones y principios en resguardo del interés superior del niño, ello se justifica por la trascendencia de la institución y la importancia de sus efectos, dado que con la adopción se emplaza al adoptado en el estado de hijo del adoptante; y en particular en la adopción plena el adoptado adquiere el mismo parentesco que tendría un hijo biológico del adoptante con todos los parientes de este, todo ello conforme lo establece el art. 535 del Cód. Civ. y Com. de la Nación. En virtud de lo expresado corresponde analizar si se cumplen en las presentes actuaciones las condiciones y principios que regulan la institución.

En este sentido, podemos deducir que cuando un menor se encuentra desamparado, entiéndase privado de su entorno familiar o cuando el que tiene no resulta adecuado para su desarrollo, la mejor opción escogida por el legislador, con preferencia sobre cualquier otro tipo de medida, como podría ser la permanencia en instituciones públicas, es su inserción en un nuevo entorno familiar. Para ello, en nuestro sistema jurídico se arbitró el instituto de la adopción como instrumento jurídico que establece entre el o los menores y su o sus adoptantes un vínculo de filiación equiparable a la biológica en todos sus efectos. Con ello se pretende unir real y filialmente al menor con quienes de hecho no son sus progenitores biológicos.

La normativa vigente que encuadra jurídicamente en el instituto de la adopción establece que cuando la situación de desamparo se verifica de manera irreversible, la adopción es el medio más adecuado para proteger los intereses del menor. De allí, tal como lo dispone el art. 594, la adopción solo puede concederse por resolución judicial, la que tendrá siempre en cuenta el interés del adoptado, que se sobrepone con el necesario equilibrio a cualquier otro interés legítimo subyacente en el proceso de constitución y la idoneidad de los adoptantes para el ejercicio de la responsabilidad parental; es decir su capacidad de otorgar al menor el entorno más adecuado para su protección integral, de modo tal que queda fuera de toda duda que el sustrato de la adopción, como en el resto de las normas jurídicas que se ocupan del menor, persigue primordialmente una finalidad tuitiva, es decir, que estamos ante un mecanismo singular de protección del menor que se encuentra en una situación de desvalimiento, en la que también confluyen lógicamente los intereses de los adoptantes.

Es por ello que se debe entender que la voluntad del matrimonio K. - P. P. de adoptar al niño M. en forma inobjetable, se encuentra plasmada en los autos caratulados Guarda Judicial con fines de adopción del menor M. P. Expte. N° 41.424/15, en la sentencia de fs. 389/397. La voluntad adoptiva de las personas que en vida fueron los pretensos adoptantes se desprende de sus permanentes manifestaciones a lo largo del proceso, a través del cual oportunamente peticionaron la adopción del menor, de quien ya tenían otorgada hace un tiempo la guarda Judicial y a quien en vida le prodigaron trato y cuidado inherente al de un hijo. Dichas expresiones crean la más íntima convicción de que la adopción plena es la que mejor se condice con la realidad circundante del menor, que con una mar-

cada madurez manifestó en acta de audiencia de fs. 43 de los presentes obrados, su indudable intensión de ser hijo del matrimonio P. K., donde salta a la vista los lazos socioafectivos con su familia extensa, que le ha otorgado al niño el estado de nieto, primo, sobrino: ..."A preguntas realizadas por S. S. M. manifiesta que vive con su abuela a quien le dice N. y con la cual se encuentra muy bien y que son sus deseos de seguir viviendo con ella. M. refiere que tiene primos con los cuales comparte su tiempo libre todos los días ya que la cuarentena la pasan en familia. Que su tía J. vive a tres cuadras, su tía S. (quien es la madrina) a seis cuadras y cerca también su tío A. Todos de apellido K. Refiere que tiene clases virtuales y que el 3 de agosto recomienzan las clases"..." Que a veces cuando está en la casa de su tía J. ella lo ayuda con las tareas, ya que ella es psicopedagoga de profesión. M. manifiesta que tiene muchos amigos y estos le regalaron una bicicleta con cambios y salen a dar una vuelta en bicicleta o caminando. Que en su barrio comparten con sus ocho primos que viven en el mismo lugar, pero que en total tiene quince primos y los restantes viven en la misma localidad pero no en su barrio"... (*sic*).

Que el interés superior de M. comprende la máxima satisfacción de su derecho a tener una familia, que se encuentra realizado mediante la concesión de la adopción *post mortem* de sus padres M. K. y W. L. P. P., otorgando de este modo un marco legal a su situación socio afectiva con su familia extensa atento el hecho luctuoso del fallecimiento de ambos adoptantes. La Convención de los Derechos del Niños con respecto a la preservación de la identidad en su art. 8 entiende que..." el derecho a la identidad debe ser preservado como un valor en sí mismo a través de diferentes medidas de acción positiva; y siempre teniendo en cuenta que la identidad involucra dos aspectos, uno estático, conformado por el genoma humano (y que en el tema de la adopción se vincula con la familia de origen) y otro dinámico, derivado del despliegue temporal y fluido de la personalidad, que compromete los aspectos éticos, religiosos y culturales (que son provistos por la familia adoptiva) —cfr. aut. cit., "Tratado de Derecho de Familia", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2014, T. III, ps. 50/5—. En este contexto se debe entender que no hay dudas, conforme a constancias de autos, que la preservación de la identidad dinámica de M. se encuentra consolidada y desarrollada dentro del entorno familiar proporcionado por la familia extensa del matrimonio K. - P., ante su lamentable deceso, ya que dicha construcción se fundó desde su nacimiento el 14 de agosto de 2011 hasta la fecha y subsiste el lazo socioafectivo con la familia extensa (conforme arts. 8 de la Convención de los Derechos del Niño; 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Observación General N° 14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, párrs. 55 y 56; CIDH, caso "Gelman c. Uruguay, Fondo y Reparaciones", párrs. 121 y 122, arts. 8 y 25 de la Convención Americana).

Asimismo, el Art. 599 del Cód. Civ. y Com. de la Nación establece que "...el niño, niña o adolescente puede ser adoptado por un matrimonio, por ambos integrantes de una unión convivencial o por una única persona. Todo adoptante debe ser por lo menos dieciséis años mayor que el adoptado, excepto cuando el cónyuge o conviviente adopta al hijo del otro cónyuge o conviviente...", tal recaudo normativo se encuentra acreditado en el acta de matrimonio de fs. 05 de los autos caratulados "Guarda Judicial con Fines de Adopción Expte. N° 41.424/15. Del Informe Social rolante a fs. 78 vta. y 79, realizado por el servicio social del Juzgado de Familia N° 4 de San Isidro "...Durante la presencia del suscripto en el lugar, pudo observar un excelente ambiente de contención para M., quien se explayara sobre sus actividades escolares y deportivas. Claramente expresó su deseo de vivir junto a su abuela, bajo la responsabilidad de ella. La Sra. N., a su vez, manifestó también su deseo de ser la persona a cargo de M., dejando en claro que son equipo con sus otros hijos y resto de la familia, en lo que respecta a la contención y cuidado de M."... (*sic*).

En el caso bajo análisis, la institución de la adopción es el último recurso ante situaciones que de plano son irreversibles, por lo que nos vemos obligados, como operadores de justicia y garantes de pleno ejercicio de los derechos, a encontrar respuestas superadoras para devolver al niño su derecho a crecer y a desarrollarse en familia. Todo ello en el entendimiento de que para lograr el desarrollo integral de un niño, niña y adolescente es fundamental que crezcan en un ambiente protector y nada mejor que el familiar donde el afecto, el respeto, el cuidado y el amor les permita desarrollarse plenamente hasta lograr una vida independiente y autónoma dentro de los lazos socio afectivos creados desde el año 2011 con la familia K. - P. que hace al desarrollo de su historia vital ahora con su familia extensa.

En este contexto es menester resaltar que a fs. 389/397 y vta. se dictó resolución en el Expte. N° 41.424/15 que rola por cuerda separada al presente, por la que fue otorgada la Guarda Legal con Fines de Adopción del niño M., a los actores W. L. P. P. DNI N° ... y M. K. DNI N° ..., quienes habían quedado legitimados en consecuencia para iniciar la acción de Adopción Plena.

A través de dicha Guarda Legal con fines de adopción, la Judicente ha podido conocer, analizar y valorar las condiciones personales y aptitudes de los futuros adoptantes para ejercer tal rol, y de los informe socioambientales de fs. 77 vta./78 se ha realizado un control de legalidad y también de mérito sobre las

personas que han recibido al niño de autos, teniendo en cuenta que M. actualmente se encuentran totalmente integrado al grupo familiar extenso, habiéndose creado un vínculo familiar y siempre en miras a la aplicación del principio rector en todas aquellas cuestiones atinentes a menores de edad, cual es el interés superior de los mismos, conforme lo establece el Art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño "...En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las Instituciones Públicas o Privadas del bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos una consideración primordial a la que atenderá será el Superior Interés del Niño...". Adelanto mi postura en el sentido de que corresponde hace lugar a la presente acción de Adopción Plena *post mortem*.

Debo señalar que la constitucionalización del Derecho Privado y en este caso la enunciación de los principios de Derechos Humanos, entre ellos el principio rector del Interés Superior del Niño, viene a efectivizar un cambio de paradigma en el ámbito de la adopción, afirma Marisa Herrera que en el ámbito de la adopción "...no son la familia de origen ni la adoptiva los principales protagonistas de la filiación adoptiva, sino el niño..." (Código Civil y Comercial de la Nación Comentado / Dirigido por Ricardo Luis Lorenzetti - 1ª ed. - Santa Fe, Rubinzal - Culzoni, año 2015, T. IV, p. 19).

Del mismo modo, otro principio humano receptado expresamente por los Art. 595 y 596 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, es el Derecho a Conocer los Orígenes, es por ello que se debe tener presente que el adoptado "...con edad y grado de madurez suficiente tiene derecho a conocer los datos relativos a su origen y puede acceder, cuando lo requiera, al expediente judicial y administrativo en el que se tramitó su adopción y a otra información que conste en registros judiciales o administrativos..." (Art. 596, Cód. Civ. y Com. de la Nación).

Conforme al art. 620 del Cód. Civ. y Com. de la Nación el mismo define la Adopción Plena como aquella que "...Confiere al adoptado la condición de hijo y extingue los vínculos jurídicos con la familia de origen, con la excepción de que subsisten los impedimentos matrimoniales. El adoptado tiene en la familia adoptiva los mismos derechos y obligaciones de todo hijo...". Otorgándole el carácter de irrevocable (Art. 624 Cód. Civ. y Com. de la Nación). En este marco jurídico del Cód. Civ. y Com. de la Nación el parentesco adoptivo se genera con la sentencia judicial que otorga la adopción, y en el caso de la Adopción Plena se emplaza al adoptado en el estado de hijo de aquel, creando el nexo jurídico de parentesco con todos los parientes del adoptante. Así también conforme al art. 626 Cód. Civ. y Com. de la Nación b) si se trata de una adopción conjunta, se aplican las reglas generales relativas al apellido de los hijos matrimoniales, debiendo valorar el juez la opinión del adoptado al respecto, es por ello que al momento de instituir el emplazamiento de estado filial y la consecuente modificación del apellido debe otorgarse suma importancia la opinión de los niños, en tal sentido es oportuno tener presente la manifestación en acta de audiencia de fs. 43 vta. el niño manifestó:... "A pregunta realizada de cómo le gustaría llamarse el mismo responde M. P. K., solo así"...

La misión específica de los tribunales en cuestiones de familia resulta desvirtuada si se limitan a resolver los problemas humanos mediante la aplicación de fórmulas o modelos prefijados, desatendiéndose de las circunstancias del caso (CSJN, Fallos: 328:2870; 331:147; entre otros; asimismo, Dictamen del Procurador Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación que esta hace suyo en CIV 90032/2013/CS1 "M., M. S. s/ guarda", cit., p. 7).

Habiéndose cumplimentado en autos con los requisitos legales exigidos y surgiendo claramente de los presentes obrados que la adopción plena resulta adecuada al interés del niño M., por lo que es procedente su otorgamiento a los pretensos adoptantes fallecidos durante el proceso, por prevalecer el principio de realidad familiar, al haberse probado que aquel se encuentra plenamente integrado al grupo familiar al haber vivido allí desde sus primeros días de vida, que los actores demostraron su aptitud a tal fin y sobre todo por ser ese el deseo genuino de M. a quien tengo la obligación fundamental de oír y de tener en cuenta no solo porque la ley lo dice sino porque así lo indica el corazón y ese es el camino en este proceso.

La ley nos impone el compromiso de hacerte conocer tu realidad biológica y quisiera M. que cundo puedas y desees acceder a este expediente, sepas que todos los que trabajamos para que tu deseo se haga realidad, no solo te escuchamos atentamente, sino que lo hicimos con todo nuestro ser, entendiendo desde lo más profundo tus sentimientos y valorando cada una de tus palabras dando prioridad siempre a tu bienestar y a tu felicidad. Saber escucharte es saber comprenderte y esa es una misión que estamos cumpliendo, haciendo lugar a lo que con tanto amor nos estas pidiendo y así puedas construir tu propia historia.

Por lo que la Proveyente estima procedente tal como lo adelantara precedentemente hacer lugar a la demanda de Adopción Plena peticionada, en virtud de lo establecido por el art. 7, 594, 595, 596, 615, 617, 618, 620, 624, 625, 626 y cctes. del Cód. Civ. y Com. de la Nación (Ley 26.994). Art. 3, 11, 24, 27 y cctes. de la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de

las Niñas Niños y adolescentes. Art. 5, 9, 12, 18 y cctes. de la Convención sobre los derechos del Niño, y los dictámenes favorables de la Asesora de Menores e Incapaces y el Ministerio Fiscal intervinientes en autos.

Por ello, fallo: I. Hacer lugar en todas sus partes a la adopción póstuma solicitada a fs. 08/09 de autos, en consecuencia otorgar la Adopción plena del niño M. DNI N°... nacido 14 de agosto de 2011 en el departamento Capital, Pcia. de Salta a favor de los Sres. M. K. DNI N°... fallecida el 24 de noviembre de 2018 (conf. constancia de fs. 32) y W. L. P. P. DNI N°..., fallecido 30 de mayo de 2020, retrotrayéndose este vínculo al día 26 de diciembre de 2018, fecha del otorgamiento de la Guarda con fines de Adopción. Expte. N° 41.424/15 rolante a fs. 389/398. II. Disponer el cambio de apellido del niño quien pasará a llamarse M. P. K. III. Ordenar que oportunamente la familia extensa haga conocer al niño los datos relativos a su origen, dando así cumplimiento con lo preceptuado por el Art. 596 del Cód. Civ. y Com. de la Nación. IV. Firme y consentida la presente sentencia líbrese oficio a la Dirección General del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas para la inscripción de la misma, de conformidad y en los términos establecidos por los Arts. 48, 49, 50 y cctes. de la Ley 26.413. V. Dese cumplimiento a lo ordenado en el Art. 7 Anexo Acordada N° 8640/01, librándose en consecuencia el pertinente oficio a la Secretaría Tutelar de la Corte de Justicia a fin de hacerle conocer el dictado la presente sentencia. VI. Regístrese, notifíquese y cúmplase. — *Frida Bosernitzán.*

SUCESIONES

Doctrina

Nueva ley de reducción y colación de donaciones

De la protección de la legítima a la protección del tráfico jurídico y del adquirente de buena fe

Graciela Medina [(*)]

Sumario: I. Introducción y objetivos.— II. La evolución del proyecto.— III. El régimen establecido en el Código Civil y Comercial de la Nación.— IV. El peligro de la acción de reducción de donaciones para el tráfico jurídico.— V. Los cambios introducidos por la nueva ley.— VI. Otros fundamentos.— VII. Nuestra opinión.

I. Introducción y objetivos

El propósito del presente trabajo es realizar un análisis de la Ley de Cambio de Régimen de las Acciones de Reducción y Colación de Donaciones que fue aprobado en la Cámara de Diputados de la Nación el 11 de noviembre **(1)**. Para realizarlo nos proponemos explicar sus fundamentos y comparar el sistema nuevo con el régimen del Código Civil y Comercial.

Sucintamente, cabe señalar que el proyecto impulsado por el Colegio de Escribanos de la Capital Federal busca, por un lado, evitar que las donaciones realizadas a herederos forzosos estén sujetas a la acción de reducción; y por otro, intenta limitar el ejercicio de esta acción en el supuesto de terceros adquirentes de buena fe, con el fin de optimizar la venta de inmuebles.

La nueva ley cambia sustancialmente el sistema de protección de la legítima, al reducir la posibilidad de ejercer la acción de reducción, entre herederos forzosos, al tiempo que da mayor seguridad a los terceros adquirentes de buena fe e influye en la seguridad jurídica de las compraventas de inmuebles.

II. La evolución del proyecto

El diputado Luis Francisco Cigogna, en el año 2017, presentó el proyecto de supresión de la acción de reducción entre herederos forzosos en la Cámara de Diputados (expte. D-2482-17), donde fue aprobado por unanimidad el día 22 de noviembre del año 2017.

No contó con igual suerte en la Cámara de Senadores, donde al no ser tratado durante los años 2018 y 2019, perdió estado parlamentario **(2)**.

En el año 2020, el proyecto fue presentado nuevamente por los senadores Juan M. Pais, Beatriz G. Mirkin, Claudio M. Doñate, Cristina López Valverde, Inés I. Blas, Adolfo Rodríguez Saá, María T. M. González y Silvina M. García Larraburu, dando inicio al expte. S-328/2020.

El 15 de octubre del 2020, por unanimidad de los senadores presentes, la Cámara de Senado-

(*) Profesora titular de Familia y Sucesiones de la UBA.

(1) El proyecto fue aprobado por el Honorable Sanado el día 15 de octubre de 2020 y por la Cámara de Diputados el 11 de noviembre de 2020.

(2) Por aplicación de la ley 13.640, el proyecto habría perdido estado parlamentario el 1 de marzo del año 2020, pero según otra interpretación atenta a tener media sanción de una Cámara mantiene estado parlamentario por tres años.

res de la Nación aprobó el proyecto y dispuso su remisión a la Cámara de Diputados de la Nación, donde fue aprobada el 11 de noviembre de 2020 por 239 votos afirmativos, ninguno negativo y una abstención.

III. El régimen establecido en el Código Civil y Comercial de la Nación

El Código Civil y Comercial de la Nación prevé diferentes acciones sucesorias, entre las cuales se encuentran la acción de colación y la acción de reducción: la primera de ellas se propone mantener la igualdad entre los sucesores del mismo grado; mientras que la segunda tiene por fin proteger la legítima de los herederos legitimarios.

La colación supone computar en la masa partible el valor de las donaciones que el causante le ha hecho en vida a un heredero forzoso que concurre con otros herederos forzosos; e imputar en su propia porción ese valor, para compensar a los demás herederos en bienes hereditarios equivalentes a los que le fueron donados al colacionante. Es fundamentalmente una imputación contable, por la cual no se traen bienes al sucesorio, sino que se contabilizan valores; y, en su caso, se recibe de menos **(3)**.

La colación tiene como principal finalidad la igualdad de los herederos forzosos, buscando eliminar cualquier desequilibrio patrimonial que pueda generarse con motivo de una donación entregada por el causante a uno de los herederos.

En virtud de esta búsqueda de la igualdad la ley presume que la donación entregada al heredero forzoso es como un anticipo de su porción hereditaria. Es decir, que se entiende que lo que el causante entrega en vida a un legitimario es a cuenta de la cuota de legítima que le corresponde al momento de su muerte.

Sin embargo, dicha presunción puede ser contrarrestada simplemente con la dispensa de colacionar, es decir, cuando el causante expresamente dispone que esa donación no es a cuenta de su hijuela, sino que debe entregarse como una mejora que agranda la porción hereditaria que por ley le corresponde.

Como puede observarse, la ley entiende como regla que mediante la donación la voluntad presunta del causante es adelantar la herencia al legitimario, hecho que debe computarse al momento de la muerte y su excepción; es decir, si el causante no quiere atribuirlo a un adelanto, sino a una mejora, deberá estar expresamente declarado mediante una dispensa de colación.

Un ejemplo imaginario puede aclarar el funcionamiento del instituto: el Sr. A tenía 3 hijos, B, C y D. Dos años antes de fallecer, le había donado un inmueble a B por valor de $ 400.000. A la apertura de la sucesión del Sr. A. deja bienes equivalentes a $ 1.400.000. Así, para armar la masa partible, hay que computar el valor donado al caudal relicto, es decir, sumar el *donatum* al *relictum,* para ello:

$ 1.400.000 Bienes dejados por el causante (sr. A)

+ $ 400.000 Donación a B

$ 1.800.000 Masa del cálculo

El valor de la masa de cálculo debe distribuirse por partes iguales, es decir, $ 600.000 para cada uno de los descendientes.

Suponiendo que los valores se encuentran determinados a la época de la partición, debe realizarse la siguiente distribución:

El heredero B solo recibirá $ 200.000, porque ya recibió una donación de $ 400.000. Mientras que a los herederos C y D se les entregará $ 600.000 a cada uno.

Como puede observarse, de esta forma se logra una igualdad entre los legitimarios, ya que todos reciben $ 600.000. C y D reciben la totalidad al momento particional; en cambio, B solo recibe $ 200.000, ya que como adelanto hereditario había recibido en vida del causante un inmueble valuado en $ 400.000.

Distinto es el caso en que al momento de la muerte del causante no existan bienes en el sucesorio porque todo lo que tenía en vida se lo donó a su hijo D. En este caso computar en la

(3) MEDINA, Graciela - ROLLERI, Gabriel, "Derecho de las Sucesiones", Ed. Abeledo Perrot, 2018, p. 474.

masa partible la donación recibida no es suficiente, porque no existe manera de compensar lo recibido por un sucesor. En este caso el sistema prevé la posibilidad de ejercer la acción de reducción para salvaguardar la legítima de los herederos legitimarios.

Acá hay que tener en cuenta que el sistema argentino diferencia la acción de reducción de la de colación, porque mientras que el objeto de la acción de colación es proteger la igualdad de los herederos forzosos, el objeto de la acción de reducción es la protección de la legítima. Así estas acciones se diferencian en que:

1) La acción de reducción tiene por objeto proteger la porción legítima y solo opera en caso de que aquella se haya visto afectada para disminuir las donaciones que excedan la porción disponible, sin entrometerse en las posibles desigualdades provenientes de que el testador haya beneficiado a alguno de sus herederos forzosos.

La acción de colación, en cambio, funciona, aunque la legítima no se haya visto afectada, ya que busca mantener la igualdad en la distribución entre herederos legitimarios.

2) La reducción puede invocarse aun contra la voluntad del causante, ya que hace prevalecer el orden público del instituto de la legítima hereditaria; en cambio la colación procede solo si el causante guardó silencio, pues esta se presume como adelanto de la herencia y solo no prospera al efectuar una dispensa de colación.

3) La acción de reducción tiene efectos reipersecutorios, aunque pueda compensarse el excedente afectado en dinero; en tanto que la colación se traduce en una mera operación contable.

En cuanto a la acción de reducción, cabe recordar que "[l]a reducción es una acción que protege la legítima contra aquellas disposiciones testamentarias y donaciones que realizó el causante en exceso de su porción disponible, y mediante la cual se busca reducir ese excedente, hasta dejar integrada la cuota legítima del heredero accionante".

Ello es lógico de entender, ya que cuando el causante se excede en su porción disponible —por medio de legados dispuestos en un testamento o mediante donaciones hechas en vida—, inevitablemente invade la porción legítima de los herederos legitimarios.

Los legitimados pasivos de la acción de reducción resultan ser aquellos beneficiarios de las liberalidades hechas por el causante, sean estos extraños o colegitimarios. Como consecuencia del efecto reipersecutorio: si el bien donado fue enajenado, la acción debe dirigirse juntamente contra el beneficiario de la liberalidad y el subadquirente (art. 2458).

El art. 2453 dispone: "Si la reducción de las disposiciones testamentarias no es suficiente para que quede cubierta la porción legítima, el heredero legitimario puede pedir la reducción de las donaciones hechas por el causante. Se reduce primero la última donación y luego las demás, en orden inverso a sus fechas, hasta salvar el derecho del reclamante. Las de igual fecha se reducen a prorrata".

Mientras que el art. 2458 dispone que "el legitimario puede perseguir contra terceros adquirentes los bienes registrables. El donatario y el subadquirente demandado, en su caso, pueden desinteresar al legitimario satisfaciendo en dinero el perjuicio a la cuota legítima".

De esta forma la acción del legitimario afectado en su legítima puede dirigirse contra el donatario y también contra el subadquirente, sin importar que su título de adquisición haya sido oneroso o gratuito, ya que la acción siempre prospera contra él. Siempre que los bienes sean "registrables", incluyendo de esta forma bienes inmuebles y muebles en esa condición, es decir, automotores, buques y embarcaciones, aeronaves, equinos de pura sangre, etcétera.

IV. El peligro de la acción de reducción de donaciones para el tráfico jurídico

De lo expuesto en el punto anterior surge claro que siempre que exista una donación de un bien registrable, existe la posibilidad que este bien esté sujeto a acción de reducción, lo que le resta valor de mercado y en muchos casos lo excluye del tráfico jurídico, ya que los bancos

no aceptan inmuebles que tienen como antecedente una donación para la constitución de mutuos hipotecarios, lo que disminuye el acceso al crédito, dificulta la compra de inmuebles, y constituye una severo problema, si estos están destinados a vivienda.

Lo antes expuesto conspira con los nobles propósitos de la donación y con la sana intención de regalar una casa a nuestros hijos, propósito que se encuentra muy enraizado en los anhelos de la mayoría de la población argentina.

El régimen de reducción de donaciones lleva a que muchas veces se disfrace la donación del inmueble a los descendientes, bajo otros ropajes jurídicos, o se simulen compraventas entre padres e hijos, o se constituyan sociedades; o en lugar de donar inmuebles se dona dinero para la compra del predio, porque sobre el dinero, al no ser un bien registrable, no se puede realizar la acción de reducción.

El sistema del Código Civil y Comercial marca una feroz e injusta diferencia entre los herederos que recibieron la donación del dinero para comprar un inmueble y aquellos a quienes se les donó un inmueble, ya que los primeros no están sujetos a acción de reducción y los segundos, sí. Ello constituye una injusta distinción que nos demuestra que el sistema no basta para proteger la legítima de los herederos forzosos, cuando la donación es de bienes no registrales y entorpece el tráfico jurídico, o lo donado es un bien sujeto a derechos registrales.

Con lo cual la existencia de una acción de reducción tan rígidamente pensada constituye un estorbo para el tráfico jurídico, al tiempo que no constituye un instrumento potente para la protección de la legítima, porque las transferencias gratuitas se realizan de todas formas y el único que se ve realmente perjudicado es el adquirente de buena fe a quien se le impide acceder a ciertos bienes, porque no se le concede créditos hipotecarios por el temor del ejercicio de una acción de reducción.

Ante esa situación, los escribanos de la capital federal insistieron en el sostenimiento del proyecto, hasta lograr su aprobación en busca de impedir las acciones de reducción entre herederos forzosos y también aquellas dirigidas a subadquirentes a título oneroso y de buena fe.

V. Los cambios introducidos por la nueva ley

Concretamente se pretende cambiar los arts. 2386, 2457, 2458 y 2459 de la siguiente manera.

V.1. Art. 2386

"Art. 2386.— *Donaciones inoficiosas*. La donación hecha a un descendiente o al cónyuge cuyo valor excede la suma de la porción disponible, más la porción legítima del donatario, aunque haya dispensa de colación o mejora, está sujeta a reducción por el valor del exceso".

Se cambia la redacción de este artículo por la siguiente:

"Art. 2386.— *Donaciones inoficiosas*. La donación hecha a un descendiente o al cónyuge, cuyo valor excede la suma de la porción disponible más la porción legítima del donatario, aunque haya dispensa de colación o mejora, está sujeta a colación debiendo compensarse la diferencia en dinero".

Como advertimos, la nueva legislación propone que entre herederos forzosos descendientes o cónyuges no se pueda ejercer la acción de reducción, sino solamente la acción de colación, por la cual se compensan los valores recibidos en la donación con los bienes sucesorios.

El problema se presentará cuando los bienes sucesorios resulten inexistentes o insuficientes, en cuyo caso no hay posibilidades de realizar la compensación; y como la acción de reducción no se puede realizar, la legítima perderá una de sus formas de protección.

Si se hace una donación a un extraño y esta viola la legítima de un heredero forzoso, es indudable que ese heredero forzoso puede ejercer la acción de reducción contra el extraño (donatario) hasta dejar a salvo su legítima. Esto no se discute en nuestra doctrina.

Pero también puede suceder que se haga una donación a un heredero forzoso del donante, habiendo otros herederos forzosos.

No ofrecen dificultad los casos en que el valor de la donación colacionable es menor o igual que el correspondiente a la cuota del heredero donatario en la herencia. La materialización de la cuota del heredero surge de sumar el caudal hereditario neto y el valor de la donación, dividiendo ese monto resultante por el número de herederos.

Aplicando los principios comunes de los arts. 3476 y ss. del Cód. Civil, en tales casos se procederá a descontar, en el momento de la partición, el valor de la donación en la hijuela del donatario, recibiendo de menos bienes hereditarios y compensando con más bienes a los demás coherederos; o no recibiendo nada, si la donación es igual a la cuota hereditaria del donatario, repartiendo, entonces, el caudal entre los otros coherederos.

La dificultad surge cuando el valor de la donación es mayor que la cuota hereditaria del heredero donatario, excediendo la parte de libre disposición y la porción de legítima del donatario; en ese caso se viola la legítima de otro heredero forzoso. Por ello, según el Código Civil y Comercial, deja de actuar la colación y entra a regir la reducción, porque no corresponde igualar las porciones de los herederos forzosos sirviéndose de operaciones contables, sino que hay que aplicar la reducción para defender la legítima de otro heredero forzoso **(4)**.

Esta defensa no será posible a partir de la vigencia de la ley comentada.

Valga decir que en una declaración la FACA **(5)** se opuso al proyecto aprobado por la Cámara de Diputados en noviembre del 2020 señalando: "En los nuevos textos que proponen a los arts. 2457, 2458 y 2459 cambian el concepto de la buena fe del subadquirente, que se presumirá, aunque conozca que el bien que adquiere había sido donado al enajenante y aunque sepa que el donante tenía herederos forzosos a la fecha de la donación.

"Hasta ahora, la buena fe consiste en ser diligente e investigar los antecedentes del bien registrable que se adquiere. Si aparece en la cadena de transmisiones una donación, ya se tiene conciencia que, de acuerdo con la ley, que se presume conocida por todos, la donación está sujeta a resolución o ineficacia si posteriormente se demuestra que afecta la legítima de los herederos forzosos, por lo cual el subadquirente del donatario no puede invocar nunca buena fe. Ahora este sistema cambiará. Habrá que demostrar la mala fe del subadquirente; o sea que a la fecha de la donación él sabía que con esa donación se perjudicaba a los futuros herederos forzosos del donante. Demostración esta que en la práctica es imposible, porque la lesión a la legítima solo se puede demostrar después del fallecimiento del donante, haciendo los cálculos pertinentes con los bienes que el dejó. Por lo tanto, con este cambio conceptual desaparece virtualmente el efecto extintivo de la acción de reducción sobre los derechos reales constituidos por el donante o por el subadquirente sobre los bienes donados, como también, lógicamente, quedarán firmes los actos de enajenación de los mismos. Y esto es en perjuicio de los hijos o del cónyuge, que se ven privados de todo medio defensivo si el donatario resulta insolvente, aunque este sea otro heredero o un tercero".

V.2. Art. 2457

El actual Código Civil y Comercial establece en su "Art. 2457.— *Derechos reales constituidos por el donatario*. La reducción extingue, con relación al legitimario, los derechos reales constituidos por el donatario o por sus sucesores".

- El texto aprobado por ambas Cámaras de la Legislatura Nacional dispone la siguiente redacción: "Art. 2457.— *Derechos reales constituidos por el donatario*. La reducción extingue, con relación al legitimario, los derechos reales constituidos por el donatario, o por sus sucesores. Sin embargo, la reducción, declarada por los jueces, no afectará la validez de los derechos reales sobre bienes registrales constituidos o transmisibles por el donatario a favor de terceros de buena fe y a título oneroso".

Con la reforma se pretende dar una mayor protección al tercero de buena fe para que no se puedan reducir las donaciones que afecten

(4) PÉREZ LASALA, José L. - MEDINA, Graciela, "Acciones Sucesorias", Rubinzal-Culzoni Edit., 2011, ps 223 y ss.

(5) Declaración de la Federación Argentina de Colegios de Abogados del 9 de noviembre de 2020.

la legítima de terceros adquirentes de buena fe. Este artículo debe interpretarse en forma conjunta con el art. 2459 del texto que reforma al Código Civil y Comercial que establece que no afecta la buena fe del tercer adquirente el hecho que conociera la existencia de la donación.

- El Código Civil y Comercial en su redacción original establecía en su "Art. 2458.— *Acción reipersecutoria*. El legitimario puede perseguir contra terceros adquirentes los bienes registrables. El donatario y el subadquirente demandado, en su caso, pueden desinteresar al legitimario satisfaciendo en dinero el perjuicio a la cuota legítima".

- Mientras que el artículo reformado dispone en el "Art. 2458.— *Acción reipersecutoria*. Salvo lo dispuesto en el artículo anterior el legitimario puede perseguir contra terceros adquirentes los bienes registrables. El donatario y el subadquirente demandado, en su caso, pueden desinteresar al legitimario satisfaciendo en dinero el perjuicio a la cuota legítima".

La cuestión radica en el conflicto entre los intereses del heredero afectado en su legítima y los del tercer adquirente de la cosa donada, a título oneroso y actuando con buena fe.

El nuevo artículo deja de lado la tesis que estima más justa la protección del legitimario burlado en su derecho por la conducta antijurídica de su pariente que la del adquirente que pagó el precio de mercado del inmueble; que es totalmente ajeno a la relación de los coherederos; que obró con entera buena fe; que, normalmente, no pudo conocer la existencia de la particularísima situación que podría originar el desbaratamiento de su derecho y que, además, recurrió al escribano de su confianza, que hizo el pertinente estudio de títulos sin poder mensurar el equilibrio del acervo al momento del fallecimiento ni encontrar ostensible indicio de imperfección o de posibles riesgos.

Para el sistema introducido por la reforma del Código Civil y Comercial la situación de quien adquiere del donatario legitimario —heredero anticipado— es similar a la del tercero que adquiere del heredero aparente regulada en el art. 2315 del Cód. Civ. y Com. de la Nación; requiere, por tanto, solución análoga; así se da adecuada satisfacción a los intereses en juego.

En definitiva, en el sistema nuevo, no procederá acción alguna contra el tercero de buena fe a título oneroso que adquirió el bien registral donado del donatario legitimario o de sus sucesores.

En tal caso debe ser considerado de buena fe el adquirente que no conoció o no hubiera podido conocer, actuando con razonable prudencia, la existencia de herederos de mejor o igual derecho que el donatario; o que los derechos de este están judicialmente controvertidos, no siendo suficiente que el adquirente conozca la existencia de la donación, para estimarlo de mala fe.

V.3. Art. 2459

El Código Civil y Comercial de la Nación establece en su "Art. 2459.— *Prescripción adquisitiva*. La acción de reducción no procede contra el donatario, ni contra el subadquirente que han poseído la cosa donada durante diez años computados desde la adquisición de la posesión. Se aplica el art. 1901".

- Este artículo ha sido unánimemente criticado y en el texto reformado se estima oportuno redactarlo de la siguiente manera: "Art. 2459.— *Prescripción adquisitiva*. La acción de reducción no procede contra el donatario ni contra el subadquirente que han poseído la cosa donada durante diez años computados desde la adquisición de la posesión. Se aplica el art. 1901. No obstará la buena fe del poseedor el conocimiento de la existencia de la donación. El texto sugerido no supera las objeciones realizadas a la norma vigente, ya que las reproduce".

Al respecto, creemos más oportuno la redacción del proyecto de 1998 adoptado por el anteproyecto del 2018 que decía "Art. 2459.— *Donaciones reducibles*. Son reducibles las donaciones hechas por el causante en los diez años anteriores a su muerte".

Esta enunciación es más correcta que la actual y que la aprobada por la Cámara de Senadores, ya que suprime el término prescripción, porque es incorrecto hablar de prescripción de una acción no nacida y mantiene la idea central

de no incluir en la masa que sirve de base para determinar la legítima las donaciones efectuadas por el causante cuando han transcurrido 10 años desde la donación, con el objeto de dar seguridad al tráfico jurídico.

VI. Otros fundamentos

Sentado ello, cuadra destacar que el proyecto favorece a las personas jurídicas sin fines de lucro, como las asociaciones, fundaciones y las organizaciones religiosas, entre otras, quienes normalmente reciben bienes en donación y padecen los efectos señalados anteriormente, por cuanto tiene dificultades para transmitir bienes recibidos por donación; lo que puede frustrar la consecución de su objeto.

Estas personas jurídicas ven entorpecidas sus funciones si deben esperar diez años partir de la toma de posesión del inmueble por el donatario, para poder disponer del bien sin observabilidad alguna del título.

Tanta relevancia tiene la nueva ley en cuestión que Unicef, AMIA, Cruz Roja Argentina, Fundación Sales, Obra Don Orione, Fundación Mons. Jorge Gottau, Fundación Instituto Jane Goodall Argentina para la Investigación de la Vida Salvaje, la Conservación y la Educación, y la Arquidiócesis de la Ciudad de Buenos Aires han brindado el beneplácito por escrito y solicitado su tratamiento.

VII. Nuestra opinión

Los fundamentos dados en el proyecto aprobado el 11 de noviembre de 2020 por la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, en tanto busca dar seguridad al tráfico jurídico y proteger al tercero de buena fe, responde a las necesidades que tiene la sociedad moderna, de certeza negocial y respeto a la buena fe contractual.

No obstante que compartimos las razones que avalan la reforma, consideramos necesario aclarar que, al suprimir la acción de reducción entre herederos forzosos, descendiente y cónyuges, se altera sustancialmente la protección de su legítima, porque la acción de colación es válida para proteger la igualdad entre los sucesores, pero no para proteger su legítima.

Hay que recordar que la acción de colación está basada en el *moins prenant* de la doctrina francesa, cuyo significado es *tomar de menos*, que no basta cuando la legítima se ha menoscabado.

Por nuestra parte, este cambio de paradigmas no merece objeciones, por cuanto consideramos que las políticas públicas en torno al derecho de sucesiones deben adecuarse a los intereses de la sociedad en que se dictan.

Comentarios Jurisprudenciales

PARTICIÓN HEREDITARIA

Acuerdo. Cesión de derechos hereditarios. Adjudicación de un bien. Unidad negocial. Homologación.

Con nota de Alejandro F. Bosch Madariaga (h.)

1. — No existe impedimento alguno para dentro del juicio sucesorio la cónyuge y los hijos herederos del causante 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.

2. — 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.

3. — Ambos copartícipes —viuda e hijos— pueden realizar la partición en la forma y por el acto que por unanimidad juzguen conveniente y así, hacer cesar la indivisión poscomunitaria, no advirtiéndose en consecuencia que el carácter de bien ganancial, en la especie desnaturalice el acto particionario presentado.

4. — Los herederos tienen la más absoluta libertad para contratar/partir la herencia. Habiendo conformidad, 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.

CCiv. y Com., San Isidro, sala III, 12/05/2021. - Claramonte, Ricardo Armando s/ sucesión *ab intestato*.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/63619/2021]

2ª Instancia.- San Isidro, mayo 12 de 2021.

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 Comercial, 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 Comercial.

II. La articulación recursiva.

El 03/03/2021 los herederos apelan en subsidio, conforme fundamentos allí expuestos.

III. Los agravios.

Sostienen los recurrentes que el art. 2369 del Cód. Civ. y Comercial 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 Comercial).

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 recordar 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", 4° ed., ps. 331/333, Nros. 261, 262 y sus citas).

Esta es la posición que ha receptado también el Cód. Civ. y Comercial 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. art. 2369 y ss. Cód. Civ. y Comercial; 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 ri 828/95 y 93.522 ri 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 ri 521/2003; 96.178 ri 428/04; causa 105638, 05/2008 Sala II, causa N° SI-30382-2011, RSI 42 del 01/03/ 2012; causa N° 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. artículos 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 Comercial) 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 Comercial)., tal es la postura que adopta el Cód. Civ. y Comercial (conf. Griffa, María Florencia, en "Improcedente asimilación de la partición a la cesión de derechos hereditarios - Anotaciones sobre una reciente sentencia", Cita: RC D 306/2015). 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. 2.369 del Cód. Civ. y Comercial, 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. 2) 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 Comercial) 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 (art. 289 Cód. Civ. y Comercial y 3 inc. a) de la ley 17.801). Es que si a esa solución se arribó existiendo una norma legal exclusiva en el Cód. 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. 2, 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 Comercial).

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, (art. 3462 Cod. Civ., arts. 2369, 2374 y cc del Cód. Civ. y Com. de la Nación, 761 y 765 del Cód. Proc. Civ. y Comercial y 18 C.N). En consecuencia debe modificarse lo decidido disponiéndose que en la instancia de origen se homologue y ordene la inscripción del acuerdo particionario presentado 26-02-21 previa verificación de los recaudos exigidos por el art. 765 del Cód. Proc. Civ. y Comercial (conf. causas SI-30382-2012 RSI 42/12, A-5271/7, RSI 107/12 y 40945-2019 RSI 6/21 de esta Sala III arts. 3.462 del Cód. Civil (y su similar, art. 2369 del Cód. Civ. y Comercial) y 761 del Cód. Proc. Civ. y Comercial), lo que así se decide.

El presente es suscripto en forma telemática (art. 1 Res. 386/2020, art. 1 ap. B 1.1 Res. 10/2020 SPL, art. 7 Res. 14/2020 SPL, art. 2 Res. 18/2020 SPL, art. 1 Res. 21/2020 SPL, Res. 25/2020, Res. 535/2020 SPL, Res. 30/2020, Res. 31/2020 SPL, Res. 33/2020 SPL, Res. 36/2020 SPL, Res. 40/2020 SPL, Res. 45/2020 SPL, Res. 52/2020, Res. 58/2020 SPL, Res. 60/2020 SPL, Res. 64/2020 SPL, Res. 1250/2020 SPL, Res. 7/2021, Res. 9/2021, Res. 480/2020, todas ellas de la SCBA). Regístrese y devuélvase al Juzgado de origen de manera electrónica atento lo dispuesto por las Res, 386/2, 480/2020, 25/2020, 30/2020 SPL y 31/20 SPL, 33/20 SPL y 36/20 SPL y conc. y art. 11 Ac. 3975/2020 de la SCBA. — *Ana M. Breuer. — María I. Solans. —Silvina A. Mauri.*

Entre la cesión de herencia y la partición privada

Alejandro F. Bosch Madariaga (h.)

Sumario: I. El fallo.— II. Agravios.— III. La sala.— IV. Diferencias entre cesión de herencia y partición.— V. Conclusión.

I. El fallo

La Primera Instancia se niega a homologar un convenio de partición presentado por los herederos.

Sostiene el *a quo* que no es una partición de bienes en los términos de los arts. 2369, Cód. Civ. y Com. de la Nación, sino una constitución de derechos de usufructo en favor del cónyuge supérstite y una cesión de derechos hereditarios de aquella a favor de sus hijos. Actos que deben efectuarse por escritura pública conforme arts. 1017, 1233, 1618, Cód. Civ. y Com.

Los herederos apelan en subsidio.

II. Agravios

Los herederos manifiestan que, si están presentes, capaces, pueden realizar la partición por la forma y por el acto que por unanimidad consideren conveniente.

Refieren que han resuelto cesar la indivisión estableciendo una adjudicación de modo que un 50% del inmueble queda en cabeza de E. C., el restante 50% de la nuda propiedad a favor de G. C. y el usufructo a favor del cónyuge supérstite.

III. La sala

III.1. Comienza el Superior señalando que tanto el Código de Vélez como el Cód. Civ. y Com. no dieron una definición sobre la partición.

Sin embargo, la doctrina suplió dicha omisión **(1)**.

Al referirse a la partición privada, el Superior hace referencia a los arts. 3462, Cód. Civil y al 2369, Cód. Civ. y Com. Se requiere que todos los herederos estén presentes y plenamente capaces en el acto particionario.

Los preceptos mantienen su esencia en cuanto a que los herederos estén presentes, nada obsta que en su lugar comparezca un apoderado.

Respecto a la capacidad, fue incluida con la ley 17.711 en el texto del art. 3462 del Cód. Civil, que solamente requería la mayoría de edad. Autorizándose la partición a mayores incapaces, lo que era inaceptable, contrariando el art. 3465, Cód. Civil que requería la partición judicial en caso de menores o incapaces.

El Cód. Civ. y Com. en su art. 2371, inc. 1º exige partición judicial cuando alguno de los copartícipes tiene su capacidad restringida **(2)**. El Cód. Civ. y Com. incorporó una modificación, el término capacidad fue sustituido por "plenamente capaces" **(3)**.

(1) "La partición es, pues el acto mediante el cual los herederos materializan la porción ideal que en la herencia les tocaba, transformándola en bienes concretos sobre los cuales tienen un derecho exclusivo" (BORDA, G., "Tratado de Derecho Civil", Ed. Perrot, 6ª ed., t. I, p. 421).

(2) BELLUSCIO, A. — MAFFIA, Jorge, "Derecho Sucesorio Según las normas del Código Civil y Comercial", Ed. Astrea, 2020, p. 228.

(3) Se sostiene que tal modificación era necesaria, dado que en el actual Código existen "matices entre la

Ambos preceptos enuncian la necesidad de la unanimidad en cuanto a la forma y acto para realizar la partición **(4)**.

Presupuesto fundamental, ya que, si se tratara de partición privada por voto de la mayoría, podría ocurrir que un grupo de herederos se pongan de acuerdo en perjuicio de uno de ellos o de la minoría. Sería fuente de conflictos que se extenderían en el tiempo.

III.2. Señala la Sala que los herederos tienen la más amplia libertad y que el fin del acto particionario es hacer a cada uno dueño exclusivo de lo que se le adjudica **(5)**. Postura receptada por el art. 2369, Cód. Civ. y Com.

Reitera la Alzada que todos los copartícipes son capaces y mayores de edad, que han puesto fin a la indivisión poscomunitaria desmembrando los derechos comprendidos en la propiedad del bien, se adjudicaron distintas parcelas con valor económico (50% nuda propiedad a cada hijo y el usufructo a favor del cónyuge supérstite).

Consideramos acertado el criterio amplio que rige la Sala, ya que, la partición no se circunscribe a una adjudicación de bienes de manera mecánica. La partición puede concluir en un "negocio mixto", se atribuyen entre los coherederos derechos y bienes que exceden el acto de asignación. Manifiesta el Superior que, aunque se trate de bienes gananciales no se desnaturaliza el acto particionario presentado por los herederos **(6)**.

III.3. Resulta evidente que en el caso en análisis no hay abuso de derecho, los copartícipes no están obrando contra la buena fe.

Incluso se busca no dejar desamparada a la cónyuge supérstite por una parte y por otra solucionar una cuestión a futuro que es cuando se produzca el deceso de la viuda en cuestión.

A nuestro criterio, no resulta positivo asfixiar la dinámica de las relaciones humanas con obstáculos jurídicos cuando los coherederos son capaces, existe unanimidad y han arribado a una partición pacífica y conforme derecho.

Consideramos que la Primera Instancia efectúa un análisis del art. 1017, inc. a) del Cód. Civ. y Com. de manera aislada y no dentro del contexto del proceso sucesorio.

En este último, el derecho de usufructo está dentro de una dinámica en la que es suficiente la aprobación del magistrado.

Recordemos que el convenio de partición debe presentarse ante el magistrado a fin de que controle los presupuestos necesarios para su aprobación, presencialidad, capacidad, unanimidad.

Una vez que los coherederos agregan el convenio particionario al expediente, este adquiere carácter de instrumento público, siendo título suficiente para atribuir *ut singuli* a los bienes adjudicados **(7)**.

---

plena capacidad y la incapacidad, lo que en el régimen anterior no existía" (CABRERA DE GALIBALDI, M. L. Cecilia, "Código Civil y Comercial comentado y anotado", 2ª ed. ampliada y actualizada, t. VII J. M. Cura [dir.], p. 238.

(4) "El requisito de unanimidad de herederos establecido por el art. 3462 del Cód. Civil para la realización de la partición privada de bienes, interesa tanto al contenido como a la forma del acto. En consecuencia, para resolver que la partición sea privada y para determinar el modo de efectuarla y el acto que la materializara, se exige la presencia y capacidad de todos los herederos, y que los mismos obren por unanimidad" ("Requisitos de la partición privada" con nota de Xanthos, LA LEY, 1995-E-73).

(5) "En el convenio de partición hereditario, rige la más absoluta libertad, por lo que los coherederos pueden acordar la adjudicación en especie, o la venta o la renta y compensación pecuniaria" (11/03/2019, fallo CNCiv. MJ-JU M 117 683-AR).

(6) Teniendo en cuenta que los herederos presentes y "plenamente capaces" pueden realizar la partición en la forma y por el acto que por unanimidad juzguen convenientes en orden a lo dispuesto en el art. 2369 del Cód. Civ. y Com., esta norma es, asimismo, aplicable para hacer cesar el estado de indivisión poscomunitaria originada en la disolución de la comunidad de ganancias por muerte (CNCiv., sala H, 11/07/2018 Cita: MJ-JU-M-113549-AR | MJJ113549 | MJJ113549).

(7) El art. 3462 del Cód. Civil establece que los herederos pueden partir del modo que por unanimidad juzguen conveniente. Lo que hace exigible que el convenio de partición se presente al juez, es la necesidad de prever un medio eficaz para que el magistrado controle que se dan los presupuestos que hacen procedentes la

El fallo, destaca que prima la libertad de formas fundando su argumento en el art. 1015, Cód. Civ. y Com., señala que, formalizada la partición por instrumento privado, se obtiene su legalidad y autenticidad agregándola al proceso sucesorio **(8)**.

Una vez aprobado por el magistrado, se va a expedir un testimonio (art. 289, Cód. Civ. y Com.) (instrumento público judicial) que se va a inscribir en el Registro correspondiente **(9)**.

Manifiesta la Sala que, si el Código Civil admitía la partición mixta, no advierte por que el Cód. Civ. y Com., pese a no regular la partición mixta, se apartaría de dicho criterio cuando considera a todas las particiones como no formales.

III.4. El principio rector debe ser el de la "autonomía de la voluntad", el respeto por las libertades individuales que repercute de manera positiva en todos los actos de la vida diaria, al tráfico jurídico.

III.5. Luego, la Sala se refiere a la aplicación de la ley en el tiempo, señalando que:

- En cuanto a la aplicación de la ley en el tiempo, la sucesión intestada se rige por la ley vigente al momento de la muerte del causante, por ejemplo, una persona muere antes de la sanción del Cód. Civ. y Com. y se inicia el proceso sucesorio años después. Se aplica el Código de Vélez.

- Con respecto a las normas de naturaleza procesal y las normas 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.

IV. Diferencias entre cesión de herencia y partición

IV.1. La cesión de herencia es aleatoria **(10)**, dado que no se transmiten bienes específicamente determinados, sino el derecho hereditario que puede variar en su extensión, el alea no tiene la flexibilidad de los juegos de azar. En la cesión, el alea no solo comprende los bienes conocidos, sino también los que se desconocían al momento del contrato **(11)**.

IV.2. Otro punto es la responsabilidad por garantía de evicción, en la partición se debe por los bienes divididos (arts. 1033, inc. b y 2404, Cód. Civ. y Com.), y por el contrario la cesión se limita a la calidad de heredero y a la cuota parte en la vocación hereditaria (art. 2305, Cód. Civ. y Com.).

IV.3. La cesión de herencia produce efectos (art. 2302, Cód. Civ. y Com. entre cedente y cesionario desde la celebración del contrato, respecto a otros herederos, legatarios y acreedores del cedente desde que la escritura pública se incorpora al expediente sucesorio, respecto al deudor de un crédito de la herencia desde que se le notifica la cesión; a diferencia

partición privada; es decir, es acordada por quienes, como herederos, son capaces y se encuentran presentes. A su vez, por la incorporación al expediente judicial el convenio adquiere carácter de instrumento público y, como tal, título suficiente para atribuir ut singuli los bienes adjudicados (ZANNONI, Eduardo A., ob. cit., p. 683) (CNCiv., 18/02/2021 MJ-JU-M-130885-AR | MJJ130885 | MJJ130885).

(8) La partición efectuada por herederos mayores de edad (art. 3462, Cód. Civil) aprobada judicialmente y debidamente inscripta en el Registro de la Propiedad, tiene el sello autentico de los instrumentos públicos y constituye un título perfecto inatacable que hace innecesaria la escritura pública, por lo que no puede prosperar la observación hecha al título por el comprador fundada en que emana de una partición hecha privadamente y sin el requisito de la escritura pública (CNCiv., en pleno, 17/10/1924, JA 18-111).

(9) Ley 17.801. "Art. 3º.— Para que los documentos mencionados en el artículo anterior puedan ser inscriptos o anotados deberán reunir los siguientes requisitos: a) Estar constituidos por escritura notarial o resolución judicial o administrativa, según legalmente corresponda...".

(10) "... lo que se cede es un derecho sobre un objeto: herencia, que por naturaleza importa una universalidad indeterminada, compuesta de diferentes bienes. Esa universalidad es variable, pues dependerá del activo que lo integre y del pasivo que lo grave, el saldo que en definitiva hubiera correspondido al cedente y que en consecuencia habrá recibir el cesionario (GOYENA COPELLO, H., "Tratado del Derecho de Sucesión", Ed. La Ley, 3ª ed., t. III, p. 624).

(11) BELLUSCIO, A. — MAFFIA, Jorge, "Derecho Sucesorio Según las normas del Código Civil y Comercial, Ed. Astrea, 2020, p. 172.

de la partición que es oponible a terceros desde la inscripción de los bienes en sus respectivos Registros.

V. Conclusión

Del análisis de este fallo surge que se trata de una partición privada.

Se reunieron los presupuestos necesarios para concretar la unanimidad, capacidad, presencialidad.

La Cámara ha seguido la buena senda, respetando la autonomía de la voluntad.

Destaca la función didáctica de las sentencias. Sentando precedentes hacia el futuro.

JURISPRUDENCIA

CESIÓN DE DERECHOS HEREDITARIOS

Incumplimiento del contrato. Autonomía de la voluntad. Resolución del boleto. Daño moral.

1. — La cesión de derechos hereditarios no pudo formalizarse, por incumplimiento de la parte cesionaria, la que no desconoció el contrato, no concurrió el día del pago al lugar que indicaba el convenio, no acreditó haberse comunicado con el escribano que propuso para suministrar los datos e informes necesarios para la escritura, ni justificó debidamente el cambio de moneda pactada, cuando había expresado que contaba con ella.

2. — El reclamo de la demandada con relación a que no pudo comprobarse que el actor cumplió con sus obligaciones, respecto a los trámites necesarios del expediente sucesorio, no justificó su obrar cuando tampoco acreditó que haya dado oportunamente instrucciones al escribano para el estudio de títulos y otras diligencias, ni que a este le fuera imposible acceder al expediente sucesorio en tiempo oportuno.

3. — El criterio objetivo para valorar el incumplimiento de un contrato en cuyo fundamento se ejerce la facultad resolutoria no debe atender solo a las cláusulas, sino a toda otra declaración o antecedente del que pueda deducirse que han quedado desvanecidos los fines particulares que el acreedor pensaba realizar con el exacto cumplimiento de la prestación que se le debía.

4. — Una vez resuelto el contrato de cesión de derechos hereditarios, permitir al actor conservar todas las sumas abonadas por el demandado constituiría, en principio, un enriquecimiento sin causa; situación que no puede ser contemplada.

5. — El incumplimiento provoca daño, consistente en la insatisfacción que representa para el acreedor la prestación incumplida, en que la cesionaria, pese a que por escrito dijo contar con la suma en dólares (billete) para hacer la operación, decidió unilateralmente cambiar la moneda de pago, concurrir a otro lugar para efectuarlo, e incumplir sus obligaciones vinculadas a la comunicación e instrucciones oportunas al escribano que había propuesto en el convenio, generando zozobra y angustias respecto del momento en que podría concretarse la operación, aun después de la fecha de mora pactada, e hiriendo las justas susceptibilidades del cedente, quien, pese a todo, realizó numerosas negociaciones intentando posibilitar el cumplimiento de lo acordado, mientras que el cesionario ni siquiera promovió la consignación respectiva y permanece aún en el inmueble sin haber abonado ni intentar abonar suma alguna durante la ocupación.

CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

El hecho dañoso:

Incumplimiento contrato cesión de derechos hereditarios.

Referencias de la víctima:

Sexo: Masculino.

Componentes del daño:

Daño patrimonial

Lucro cesante: USD 126.000

CNCiv., sala L, 09/03/2021. - B. O. R. c. Acorbi SA s/ resolución de contrato.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/1556/2021]

COSTAS

Se imponen a la demandada.

INTERESES

Se aplica la tasa del 4% anual.

Expte. N° 86.600/16

2ª Instancia.- Buenos Aires, marzo 9 de 2021.

La doctora *Pérez Pardo* dijo:

I. Contra la sentencia de fecha 19/06/2020, recurrió la demandada el día 24/06/2020, por los agravios que expuso el 24/09/2020, contestados el día 08/10/2020; y la parte actora el día 24/06/2020, por los agravios vertidos el día 21/09/20, contestados el 25/09/2020.

II. En la instancia de grado se hizo lugar a la demanda interpuesta por O. R. B. contra Acorbi SA, confirmándose judicialmente la resolución del boleto de cesión de derechos hereditarios respecto del inmueble ubicado en la calle ..., Panamericana Ramal Pilar, Del Viso, Provincia de Buenos Aires; se condenó a Acorbi SA a restituir a la actora la posesión del inmueble, con pérdida de USD 45.000, con más intereses del 4% anual hasta el momento del efectivo pago; y se ordenó al actor reintegrar a la demandada las tres cuotas abonadas (USD 30.000, USD 75.000 y USD

75.000), sin ningún interés por la mora en que incurrió esa parte; asimismo, se condenó a la demandada a pagar al actor la suma de $220.000 en concepto de daño moral y gastos.

Conforme surge de la demanda, el actor dio en locación a la demandada el inmueble sito en la calle ..., Panamericana Ramal Pilar, Del Viso, inscripto en la matrícula ...; el local contaba con tres sectores: uno destinado a local gastronómico, otro a cocheras y un tercero a publicidad, por lo cual se celebraron tres contratos, con un valor locativo mensual de $1.500, para cada uno de ellos (v. fs. 8/17).

Durante la locación, Acorbi SA manifestó su voluntad de adquirir en propiedad el inmueble en cuestión, cuya titularidad se encontraba en cabeza de la hermana fallecida del actor, H. N. B., siendo su única heredera la Sra. Y. P. P. (madre del accionante), quien, a su vez, había cedido sus derechos hereditarios a favor del actor. Así, el 23 de febrero de 2012, se suscribió un boleto de cesión de derechos hereditarios, por el cual O. B. (actor) se obligaba a ceder y transferir a favor de Acorbi SA (demandada) el inmueble referenciado (v. fs. 6/7). Por su parte, Acorbi SA debía abonar la suma de U$S 460.000, pagándose en el acto del boleto la suma de U$S 45.000 en concepto de seña y a cuenta de precio, restando la suma de U$S 415.000, que serían pagaderos de la siguiente forma: U$S 30.000 el día 15 de mayo de 2012; U$S 75.000 el 15 de octubre de 2012; U$S 75.000 el 15 de abril de 2013, y la suma de U$S 235.000 el día 15 de octubre de 2013, fecha en la que se firmaría y formalizaría la escrituración con la cesión de derechos hereditarios. En el propio boleto se autorizó al escribano designado para acceder al proceso sucesorio.

La demandada abonó las cuotas, con excepción de la última, informando al actor que, probablemente, no contaría con la suma en dólares para la fecha indicada, y pidiendo una fecha próxima para la escrituración. Dijo el actor que, ante la falta de comunicación, intimó a la cesionaria al cumplimiento del pago (el día siguiente al vencimiento); y luego de varios meses de conversaciones y CD que se enviaron, finalmente, inició la presente acción, reclamando la resolución del contrato, la restitución del inmueble y el resarcimiento de los daños ocasionados por el incumplimiento contractual de la demandada.

La accionada manifestó que se comunicó telefónicamente con el actor a fin de poner en su conocimiento la imposibilidad de comprar dólares billetes estadounidenses, informándole que le entregaría en su domicilio el día fijado, la suma de $1.372.400, que equivalían a los adeudados U$D 235.000, conforme cotización oficial al día del vencimiento de dicha cuota (15/10/2013). Manifestó que, habiéndose presentado en el domicilio del Sr. B., no fue atendido; y que, posteriormente, ante la inminencia de la fecha de escrituración, se contactó con el escribano designado, quien le informó que nadie se había comunicado con él y que tampoco se había autorizado el trámite en los autos "B. N. H. s/ sucesión" (Expte. N° 79.565/08), todo lo cual, en su visión, hacía evidente el incumplimiento del actor respecto a la obligación que se encontraba a su cargo.

Para admitir la acción, el magistrado aplicó los artículos 1203, 1204 y concordantes del Cód. Civil, haciendo lugar a la resolución del contrato de cesión de derechos, y disponiendo la restitución del inmueble, con pérdida de la seña de USD 45.000, con más intereses al 4% anual; también ordenó el reintegro a la demandada de las sumas abonadas, y fijó partidas indemnizatorias a favor del actor, solo en concepto de daño moral y gastos, rechazando el lucro cesante.

La demandada se agravió respecto de la pérdida de la suma de USD 45.000 con más sus intereses; de que se haya dispuesto el reintegro de lo abonado sin aplicación de intereses; y juzgó altas las indemnizaciones fijadas por daño moral y gastos.

La parte actora se agravió respecto de su obligación de reintegrar la suma total de USD 180.000, solicitando se declare su pérdida en favor del actor, en función de la mala fe con la cual actuó la accionada y dado que pese a la mora y al planteo de resolución, aún permanece en el inmueble sin abonar suma alguna, solicitando que supletoriamente, se reduzca sustancialmente la suma que debe reintegrar. También se agravió por la tasa de interés fijada respecto de la seña de USD 45.000; y por la cuantía de la indemnización fijada por daño moral.

III. En primer lugar, debo señalar que tendré en cuenta la normativa vigente al tiempo en que sucedieron los hechos, por cuanto los efectos de las relaciones jurídicas se rigen por la ley vigente al momento en que estas se producen (conf. art. 7 Cód. Civ. y Comercial; Kemelmajer en "La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes", p. 32 y ss., ed. Rubinzal-Culzoni).

Asimismo, debo recordar que los jueces no están obligados a analizar todas y cada una de las argumentaciones de las partes, ni tampoco cada medida de prueba; sino solamente aquellas que sean conducentes y posean relevancia para decidir el caso, según la forma en que ha quedada trabada la relación procesal (CSJN, Fallos: 144:611; 258:304, 262:222, 265:301, 272:225, 274:113, 276:132, 280:3201, 303:2088, 304:819, 305:537, 307:1121, entre otros).

IV. En autos no se encuentra debatida la celebración del contrato "boleto de cesión de derechos", obrante a fs. 6/7, a través del cual el Sr. B., en su carácter de único cesionario del total del acervo hereditario de la sucesión caratulada "B. N. H. s/ sucesión ab-intestato" (Expte. N° 79.565/08), cedía y transfería a la demandada Acorbi SA (representada por su presidente Sr. R. V. P.), los derechos y acciones hereditarios que tenía y le correspondían sobre el inmueble de calle ... esquina colectora 12 de octubre, sin número, Km 42, 5, Panamericana Ramal Pilar, Del Viso, Provincia de Buenos Aires, inscripto en la matrícula ..., que integraba el acervo hereditario de la sucesión mencionada (v. cláusula primera, fs. 6).

En la cláusula segunda, se pactó el precio y la forma de pago, comprometiéndose el demandado a abonar la suma de U$S 460.000, pagando en ese mismo acto la suma de U$S 45.000 en concepto de seña y a cuenta de precio, y adeudándose la suma de U$S 415.000, pagaderos: U$S 30.000 el día 15 de mayo de 2012; U$S 75.000 el 15 de octubre de 2012; U$S 75.000 el 15 de abril de 2013; y la de U$S 235.000 el día 15 de octubre de 2013, fecha en la cual se firmaría y formalizaría la escritura con la cesión de derechos hereditarios respecto del bien.

En la cláusula tercera del contrato se estableció como condición expresa, "determinante e irrevocable", que el pago al cual se obligaba Acorbi SA, debía ser en "billetes de la mencionada moneda", es decir, en dólares estadounidenses billete; y el cesionario manifestó en ese momento, ser poseedor material de la suma de dólares necesarios para la operación, renunciando a plantear la imprevisión contractual, por haber tomado todos los recaudos para cumplir con el pago del saldo del precio (v. fs. 6 vta.).

En dicho acto se entregó la posesión del inmueble a Acorbi SA (cláusula quinta) y se estableció que la escrituración se realizaría el día en que se efectuara el último pago, es decir el día 15 de octubre de 2013 (v. cláusula séptima, fs. 6 vta.).

En la cláusula octava, se pactó que la mora sería en forma automática, por el solo vencimiento de los plazos acordados, sin necesidad de interpelación judicial o extrajudicial alguna; y se estableció que, ante el incumplimiento del cesionario, el cedente podría optar entre: A) Exigir su total cumplimiento más el pago de una multa diaria de dólares estadounidenses billetes (U$D 50) en concepto de cláusula penal (...), o B) Resolver el contrato de pleno derecho, sin necesidad de interpelación ni trámite alguno, judicial o extrajudicial, con pérdida para el cesionario de la suma entregada en ese acto, que quedaría para beneficio del cedente, como indemnización por todo concepto (v. fs. 7).

Sentado ello, resulta insoslayable la necesidad de recurrir, para la interpretación de todo contrato, a los principios emanados de los arts. 1197 y 1198 del Cód. Civil, aplicables al caso.

Estas normas establecen los principios rectores en materia contractual y constituyen pautas insoslayables para establecer las conductas de los otorgantes. Así, las convenciones celebradas en los contratos son ley para las partes y estos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente los contratantes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión. Por otra parte, cabe aclarar también que, tratándose de cesión onerosa de derechos hereditarios sobre un inmueble, corresponde aplicar las disposiciones sobre compraventa de inmuebles (criterio doctrinario y jurisprudencial, ahora previsto expresamente por el art. 2309 y conc. Del Cód. Civ. y Com. de la Nación).

A fs. 19 se agregó la carta documento enviada por el demandado al actor el día 15/10/2013, a través de la cual manifestaba que se había presentado en el domicilio del Sr. B. para abonar el saldo adeudado con la suma de $1.372.400, equivalentes a USD 235.000 según cotización oficial del día; y asimismo, intimaba al actor para que en el plazo de 48 hs. demostrara en forma fehaciente, el cumplimiento de la obligaciones por él asumidas, relativas a la autorización en el expediente sucesorio para formalizar la cesión de derechos sobre el bien.

El actor, a su vez, intimó a la accionada por CD el día 16/10/2013 (día siguiente al vencimiento del plazo) para pagar la última cuota, bajo apercibimiento de aplicar la cláusula octava (v. fs. 18).

El día 18/10/2013 el actor rechazó expresamente la carta documento que el demandado había enviado el 15/10/2013, y destacó que en el boleto se había pactado en forma "expresa, determinante e irrevocable" que el pago debía realizarse en dólares billete estadounidenses (conforme cláusula tercera) y reiteró la intimación de pago, bajo apercibimiento de aplicar la cláusula octava. Asimismo, expresó que, en el expediente sucesorio, se encontraba fehacientemente acreditado el pago de la tasa de justicia y los honorarios de letrados (v. fs. 20).

El día 19/10/2013, el demandado se mantuvo en su postura, enviando una nueva CD, manifestado que el actor no había denunciado en el sucesorio al escribano que debía llevar adelante formalización de la cesión; y expresó que era él quien hacía efectiva la cláusula octava del contrato, por lo cual iniciaría acciones judiciales (v. fs. 21). Esta misiva fue a su vez rechazada por el actor mediante la CD de fecha 23/10/2013 (v. fs.

22), manifestado que hacía aplicación de la cláusula octava del contrato.

El demandado finalmente envió una nueva CD el día 25/10/2013, expresando que se había apersonado en el juzgado donde tramitaba el sucesorio, y le habían informado que se encontraba archivado, por lo cual no había podido corroborar los extremos afirmados por el actor; así, rechazó la CD del Sr. B reiterando que abonaría el saldo del precio una vez que comprobara que el actor había cumplido con sus obligaciones (v. fs. 23). El Sr. B rechazó esta CD mediante la de fecha 30/10/2013 (v. fs. 24), donde manifestó que interpretaba el accionar del demandado, con la intención de dilatar la escrituración.

Los días 21/12/2013, 13/02/2014, 18/03/2014 el Sr. B. envió nuevas intimaciones, con el fin de lograr el pago y escritura (fs. 25/26, 27/28 y 30); frente a lo cual la cesionaria se mantuvo en su postura mediante la CD de fs. 29 y 31 del 12/03/2014 y 27/03/2014 respectivamente, culminando el intercambio epistolar con la CD del día 08/04/2014 (fs. 32), donde el actor comunicaba el inicio de las acciones legales.

A fs. 84/5 se agregó la escritura pública 212 de la cual surge que, ya iniciadas estas actuaciones y continuando con las negociaciones, el Sr. B compareció ante el escribano J. M. B. R. —que no era el designado en el convenio— el 15 de agosto de 2017, a fin de otorgar la escritura de derechos y acciones hereditarias, habiendo intimado previamente a la cesionaria Acorbi SA, mediante carta documento N° 838685443 y 838685430, sin que esta última compareciera, por lo cual labró el acta a pedido del interesado.

Finalmente, mediante la carta documento de fecha 29/08/2017, obrante a fs. 87/90, el actor comunicó a Acorbi SA la decisión de resolver el contrato por exclusiva responsabilidad de esta, y la intimó a restituir el inmueble, sin reintegro de las sumas percibidas, abonadas por la demandada.

V. Se ha dicho que el criterio objetivo para valorar el incumplimiento de un contrato en cuyo fundamento se ejerce la facultad resolutoria, no debe atender solo a las cláusulas, sino a toda otra declaración o antecedente del que pueda deducirse que han quedado desvanecidos los fines particulares que el acreedor pensaba realizar con el exacto cumplimiento de la prestación que se le debía (Cf. CNCiv. Sala A, *in re* "Central Corporation SA c. Comisión Municipal de la Vivienda s/ sumario", 21/04/1994").

En autos, en base a los propios escritos constitutivos del proceso y la prueba arrimada, quedó claro que la cesión (reconocida por ambas partes) no pudo formalizarse, y coincido con el Sr. Juez interviniente en que fue por incumplimiento de la parte cesionaria, quien no desconoció el contrato, no concurrió el día del pago al lugar que indicaba el convenio —en la escribanía designada—; no acreditó haberse comunicado con el escribano que propuso para suministrar los datos e informes necesarios para la escritura; ni justificó debidamente el cambio de moneda pactada cuando había expresado que contaba con ella.

Sobre ello, entiendo verosímil lo afirmado por el actor en el sentido que pese a que el accionado contaba con los billetes necesarios para la compra, la operación no se hizo en febrero de 2012 (cuando se firmó el contrato) por cuanto restaban aún cumplir trámites de la sucesión y el pago de honorarios; en ese contexto entiendo lo manifestado por el demandado en la cláusula tercera, declarándose "poseedor material de la suma de dólares estadounidenses billetes necesarios para la operación, en efectivo" (ver fs. 6 y vta.). En efecto, unilateralmente pretendió abonar la última cuota en moneda nacional, pese a ese compromiso expreso y a la renuncia a plantear la imprevisión contractual (conf. fs. 6 vta.).

El reclamo de la demandada en relación a que no pudo comprobarse que el actor cumplió con sus obligaciones respecto a los trámites necesarios del expediente sucesorio, en mi visión, no justificó su obrar cuando tampoco acreditó que haya dado oportunamente instrucciones al escribano para el estudio de títulos y otras diligencias, ni que a este le fuera imposible acceder al expediente sucesorio en tiempo oportuno, siendo que comúnmente, es práctica de los juzgados que en la ferias de enero y julio, suelen paralizar las actuaciones que se encuentran concluidas o sin trámite en un plazo mayor a seis meses —que sería el caso de autos—; ello sin perjuicio de señalar que no restaba diligencia relevante pendiente para el actor, dado que el pago de la tasa de justicia y de los honorarios ya habían sido cumplidos, la inscripción podía tener lugar por tracto abreviado y la autorización del escribano surgía del propio boleto.

Estando a lo estrictamente apelado, la parte actora se quejó de que el juez fijara un 4% de interés sobre los U$D 45.000 recibidos como seña, solicitando la aplicación de una tasa más alta; pidió además no reintegrar suma alguna al demandado, por considerar que el accionado obro de mala fe, y que, pese a la mora y resolución, el accionado siguió ocupando el inmueble sin abonar suma alguna —en lo que yo interpreto como un reclamo de valor locativo como lucro cesante— pidiendo que a todo evento, se reduzca la suma que debe reintegrar a la accionada.

En este punto es vital recurrir a la letra del contrato que, en la cláusula octava, prevé que, en caso de incumplimiento, el Sr. B. podría optar por... "B) resol-

ver el contrato de pleno derecho, sin necesidad de interpelación ni trámite alguno, judicial o extrajudicial, con pérdida para el cesionario de" la suma entregada en este acto", la que quedará para beneficio del cedente como indemnización por todo concepto" (v. fs. 7). Así, la petición del actor de conservar la totalidad de las sumas abonadas por el demandado, quien debe restituir el inmueble, resultaría contraria a la cláusula resolutoria a la que ambas partes se sometieron al suscribir el contrato, especialmente cuando las partes, aún ya judicializado el conflicto, continuaron con negociaciones y/o intimaciones para lograr una nueva fecha de pago y escrituración, sin resultado positivo. De modo que no encuentro acreditada la mala fe del accionado.

En mi visión, permitir al actor conservar todas las sumas abonadas por el demandado, constituiría en principio, un enriquecimiento sin causa; situación que no puede ser contemplada.

Tampoco debe perderse de vista que el actor había intentado al comienzo de estas actuaciones, el cumplimiento del contrato con el pago de una multa diaria por demora en escriturar (fs. 42/55); y luego, antes de trabarse la litis, requirió en autos su resolución —comunicada el día 29/08/2017— aunque innovando unilateralmente, con la intervención de otro escribano (v. fs. 87/90 y 92/106).

Lo relevante es que, intimado el cesionario a cumplir estrictamente con su obligación, bajo apercibimiento de lo dispuesto en la cláusula octava (ver CD de fs. 18 del 16/10/2013), y promovida y dispuesta la resolución del contrato, los pagos efectuados por el deudor deben reintegrarse, al tiempo en que este debe restituir el inmueble al actor, en función del efecto retroactivo del pacto comisorio. Así, el pago efectuado queda convertido en el típico pago sin causa que recoge el art. 793 del Cód. Civil (Cf. esta Sala L, *in re* "Pascuzzi, Luis c. Calvet, Ana M. s/ ordinario, 18/03/1994). Ello con más razón si se repara en los términos expresos de la cláusula octava, donde también se dispuso expresamente que la única suma que retendría el cedente en caso de incumplimiento del cesionario sería la abonada en el acto de la celebración del contrato, es decir la seña de USD 45.000.

En la sentencia se estableció que dicha suma, devengaría un interés del 4% anual hasta el momento del efectivo pago; pero dado que el cedente tuvo en su poder esa suma hasta ahora, no advierto el fundamento jurídico adecuado para que deban computarse intereses a dicha retención. El contrato —que es ley para las partes— dispuso que cedente cumplidor solo podría retener, como toda sanción, la suma entregada al firmarse el boleto, que fue la seña de u$s 45.000. En este aspecto debe modificarse la sentencia.

Por otro lado, en lo que atañe a la petición del demandado de que las restantes sumas a reintegrar por la actora merecen aplicación de intereses desde el momento en que fueron abonadas, entiendo que la solución dada por el magistrado no merece modificación pues la resolución del contrato fue por exclusiva culpa del demandado, quien no abonó en tiempo, lugar y forma la tercera y última cuota pactada. Por ello, no debe tratarse al actor como poseedor de mala de fe de las sumas percibidas y, por tanto, las mismas deben devolverse sin aplicación de intereses a quien fue moroso, generando con su actuar la frustración del negocio.

En virtud de lo expuesto, propongo confirmar la decisión del juez en cuanto establece la devolución de las sumas abonadas por el demandado, sin aplicación de intereses; y modificarla en cuanto a dejar sin efecto la tasa de interés aplicable al monto de la seña percibida.

VI. Analizaré a continuación las partidas indemnizatorias apeladas.

a) En primer lugar, tanto en la demanda como en los agravios, el actor cuestionó que no se haya considerado que el accionado, desde la mora hasta, ahora haya retenido el inmueble sin abonar suma alguna por ello —antes abonaba un alquiler— y entiendo que en ese sentido invocó lo que llamó lucro cesante por valor locativo, partida que fue rechazada por el sentenciante.

En los agravios pidió que se considere esta situación al evaluar las sumas que debería reintegrar (U$S 180.000) porque de lo contrario, el accionado resultaría beneficiado con la sentencia por lo irrisorio que se tornan, en este contexto, las sumas de condena por su incumplimiento. Por ello solicita que se disminuya o se deje sin efecto la obligación de restituir las sumas de dinero percibidas. Si no se admitiera el planteo, expresa que supletoriamente se eleve notoriamente la partida del daño moral por incumplimiento contractual.

En este sentido cabe señalar que los documentos de fs. 8/10, 11/13 y 14/17 dan cuenta de los tres contratos de alquiler, correspondientes a cada una de las tres partes del inmueble, que debían entregarse el 28 de febrero de 2013, pactándose el precio mensual de $1.500 cada una de ellas. Al suscribirse el boleto de cesión de derechos en febrero de 2012 —es decir, casi un año antes de concluir el alquiler— se previó en la cláusula quinta (fs. 6 vta.) que con ese boleto quedaba resuelto el contrato de alquiler, sin reclamo alguno entre las partes, debiendo abonarse solo el alquiler correspondiente a enero de 2012.

En mi visión, se encuentra acreditado el destino de alquiler que se daba al inmueble, cuyo monto alcanzaba en marzo del 2010, en total, a la suma de $4.500. Tiempo después se realizó la pericia de autos en noviembre de 2018 (fs. 182/9) de la cual se deduce por la valuación del bien a esa fecha y el porcentual de práctica (5%o), que el valor del canon rondaría los u$s 3000 (v. fs. 182/189). Atento a lo expuesto, y circunstancias apuntadas, entiendo que existen elementos probatorios que darían cuenta de la pérdida que ha dejado de percibir el actor con motivo del incumplimiento del contrato y la ocupación del inmueble durante siete años, que estimando equitativamente en total, u$s 1500 por mes al momento de la mora (octubre de 2013) y desde allí, me llevan a fijar el ítem en la suma total de u$s 126.000, suma que, por encontrarse ya en poder del actor, no devengará tampoco intereses.

Entonces, la diferencia entre las sumas del boleto a reintegrar y la de su crédito por lucro cesante, que debe reintegrar el Sr. B al accionado, alcanza los u$s 54.000 (cincuenta y cuatro mil dólares estadounidenses), y devengarán intereses al 4% anual desde la CD de fs. 87/90 en que se reclamó la resolución del contrato (29/08/2017), hasta el efectivo pago. La suma debe abonarse en el plazo fijado en la sentencia, en billetes dólar o en pesos según la cotización del dólar MEP del Banco Central al día del pago.

b) El juez fijó por daño moral una indemnización de pesos doscientos mil ($200.000).

El daño moral comprende los padecimientos y angustias que lesionan las afecciones legítimas de la víctima. Es un daño no patrimonial, es decir, todo perjuicio que no puede comprenderse como daño patrimonial por tener por objeto un interés puramente no patrimonial. Asimismo, se ha definido como "... una modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, que se traduce en un modo de estar la persona diferente al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de este y anímicamente prejudicial. Se trata de todo menoscabo a los atributos o presupuestos de la personalidad jurídica, con independencia de su repercusión en la esfera económica..." (Conf. CNCiv., Sala M, "Segura Godoy, Sergio A. c. Hagelin, Alex I. s/ daños y perjuicios", 19/03/1996).

En la responsabilidad contractual el evento dañoso consiste en el incumplimiento imputable a las partes o a una de ellas del contrato y deriva de un negocio jurídico que constituye la fuente de la obligación a cargo de las mismas.

El incumplimiento provoca daño, consistente en la insatisfacción que representa para el acreedor la prestación incumplida en situaciones como la de autos, en que la cesionaria, pese a que por escrito dijo contar con la suma en dólares billete para hacer la operación, decidió unilateralmente cambiar la moneda de pago, concurrir a otro lugar de pago, e incumplir sus obligaciones vinculadas a la comunicación e instrucciones oportunas al escribano que había propuesto en el convenio, generando zozobra y angustias respecto del momento en que podría concretarse la operación aún después de la fecha de mora pactada, e hiriendo las justas susceptibilidades del cedente, quien pese a todo, realizó numerosas negociaciones intentando posibilitar el cumplimiento de lo acordado, mientras que el cesionario ni siquiera promovió la consignación respectiva, y permanece aún en el inmueble sin haber abonado ni intentar abonar suma alguna durante la ocupación.

Además, ese incumplimiento debe conjugarse con los demás presupuestos de la responsabilidad, la imputabilidad del obrar, daño causado y la relación de causalidad entre el hecho y el daño (CNCiv., Sala K, *in re* "S., I .M. c. S., S. C. y otros s/ cumplimiento de contrato y su acumulado C.S., S. y otros c. S., S. C. y otros s/ acción declarativa", 26/09/2018).

La determinación del monto indemnizatorio se encuentra librada al prudente arbitrio judicial, con amplias facultades para computar las particularidades de cada caso. En virtud de las consideraciones precedentes y teniendo en cuenta las circunstancias personales de la víctima, lo manifestado por el actor sobre considerar supletoria su apelación sobre el monto de este ítem si se reconocía lo tratado en el precedente punto a), y en uso de las facultades que confiere el art. 165 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, entiendo que la suma fijada por la anterior sentenciante no resulta excesiva, por lo que habré de propiciar su confirmación.

c) Por gastos se fijó la indemnización de pesos veinte mil ($20.000).

En cuanto a los gastos, entiendo que no necesitan ser acreditados fehacientemente cuando surge palmaria su existencia; pues he de considerar todas las cartas documentos cursadas a la demandada, el acta labrada obrante a fs. 87/88, y demás gestiones que hacen presuponer su procedencia. En virtud de ello, en aplicación de del art. 165 del Cód. Procesal, encuentro ajustada la partida fijada por el sentenciante, por lo cual propongo confirmarla.

d) En cuanto a los argumentos del demandado respecto de las mejoras introducidas en el inmueble, las mismas tuvieron lugar, según sus propios dichos, con anterioridad a la firma del contrato en análisis, por lo cual cabe suponer que han sido tenidas en cuenta al

fijar el valor final de la cesión. Por otra parte, nunca reclamó el reajuste del convenio, le dio principio de ejecución al boleto y las intimaciones iniciales solo se vincularon al cambio en la moneda de pago, bajo apercibimiento de consignación, cosa que tampoco concretó.

VII. Consecuentemente, si mi voto fuera compartido, propongo modificar parcialmente la sentencia y: 1) Disponer que la suma de USD 45.000 —que podrá retener la actora— no devengará intereses por encontrarse ya en poder del actor; 2) Fijar el lucro cesante por valor locativo que debe abonar el demandado al actor, en la suma de u$s 126.000 (ciento veintiséis mil dólares estadounidenses) que tampoco devengará intereses por encontrarse ya en poder del actor; 3) La diferencia entre ambas sumas, que debe reintegrar el actor al accionado, alcanza los U$S 54.000 (cincuenta y cuatro mil dólares estadounidenses), y devengará intereses a la tasa del 4% anual desde el 29/08/2017 al efectivo pago; será abonada en el plazo fijado en la sentencia, en dólares billetes estadounidenses, o en pesos, según la cotización del dólar MEP del Banco Central de la RA al día del efectivo pago; 4) Confirmar la sentencia en todo lo demás que decide y fue materia de agravio; 5) Costas de la alzada a cargo de la demandada, quien resulta sustancialmente vencida (art. 68 del Cód. Procesal).

Por razones análogas a las de la doctora *Pérez Pardo*, los doctores *Liberman* e *Iturbide* votan en el mismo sentido.

Visto lo deliberado y conclusiones establecidas en el Acuerdo precedentemente transcripto el tribunal decide: 1) Disponer que la suma de USD 45.000 —que podrá retener la actora— no devengará intereses por encontrarse ya en poder del actor; 2) Fijar el lucro cesante por valor locativo que debe abonar el demandado al actor, en la suma de u$s 126.000 (ciento veintiséis mil dólares estadounidenses) que tampoco devengará intereses por encontrarse ya en poder del actor; 3) La diferencia entre ambas sumas, que debe reintegrar el actor al accionado, alcanza los U$S 54.000 (cincuenta y cuatro mil dólares estadounidenses), y devengará intereses a la tasa del 4% anual desde el 29/08/2017 al efectivo pago; será abonada en el plazo fijado en la sentencia, en dólares billetes estadounidenses, o en pesos, según la cotización del dólar MEP del Banco Central de la RA al día del efectivo pago; 4) Confirmar la sentencia en todo lo demás que decide y fue materia de agravio; 5) Costas de la alzada a cargo de la demandada, quien resulta sustancialmente vencida (art. 68 del Cód. Procesal). Regístrese, notifíquese y devuélvase. Se difiere la regulación de honorarios por la actuación en la alzada para una vez que se haya efectuado la de primera instancia y exista liquidación definitiva. Hácese saber que la eventual difusión de la presente sentencia está sometida a lo dispuesto por el art. 164. 2° párrafo del Cód. Procesal y art. 64 del Reglamento para la Justicia Nacional. — *Marcela Pérez Pardo. — Víctor F. Liberman. — Gabriela A. Iturbide.*

TESTAMENTO OLÓGRAFO

Determinación de la autoría de una letra con una firma autenticada. Pericia caligráfica. Aplicación del art. 2339 del Cód. Civ. y Com. Amplitud de prueba.

1. — Corresponde 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, se deberá proceder, conforme la pauta que establece el art. 704, primer párrafo del Cód. Proc. Civ. y Com.

2. — 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.

3. — El art. 2339 del Cód. Civ. y Com., al referirse a la protocolización del testamento en el expediente, es una norma eminentemente de orden adjetivo aplicable a las sucesiones testamentarias. Habida cuenta del neto corte procesal de la regla antes citada, su aplicación inmediata al caso se impone.

4. — El requisito de escritura de puño y letra del causante constituye una formalidad solemne absoluta que atañe no solo a la validez sino a la existencia misma del testamento.

5. — Si el testamento es ológrafo 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.

6. — 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 (art. 12, Cód. Civ. y Com.).

CNCiv., sala K, 18/03/2021. - Mollano, Oscar Eliseo y otra s/ sucesión testamentaria.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/3720/2021]

Exp. N° 66.605/2017

2ª Instancia.- Buenos Aires, marzo 18 de 2021.

Considerando:

I. 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. También 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 Sársfield y que reitera el actual art. 2277 del Cód. Civil y Comercial. 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 Sársfield rige para las sucesiones de quienes fallecieron anterioridad al 1° 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 tiempod e 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 (Conf. Fanesi, Cecilia Celeste en "Código Civil y Comercial de la Nación", Calvo Costa, Carlos A. —director—, T. III, p. 584, editorial LA LEY; CNCiv., esta Sala, autos "D., O. C. s/ sucesión ab-intestato", del 18/04/2017).

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 1 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", p. 168, Ed. Rubinzal - Culzoni, año 2015).

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. 2° 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 (CSJ "Colalillo, Domingo c. Cía. de Seguros España y Río de la Plata" set, 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 N° 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.) - Vazquez Ferreira (coord), Código Procesal de Santa Fe, 3, 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 N° 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 debe-

rá 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. 1 de la ley 26.856, art. 1 de su Decreto Reglamentario 894/2013, y arts. 1, 2 y Anexo de la Acordada 24/2013 de la CSJN; 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.*

PERSONA

Doctrina

Estigmatización hacia los usuarios del servicio de salud mental: el caso "Chano"

Gabriela Robles

Sumario: I. Introducción.— II. Evolución histórica. Hacia un paradigma de inclusión y respeto de derechos humanos.— III. Caso "Chano": normativa vigente en el abordaje por parte de medios de comunicación y fuerzas de seguridad. La Ley Nacional de Salud Mental.— IV. Palabras finales.

"El momento actual es entendido como una consecuencia de una construcción colectiva donde los derechos humanos son hoy el preciado bien a ser defendido, nuestra mirada comunitaria y necesariamente interdisciplinaria pone el acento en dicha construcción, comprendiendo que la Ley Nacional de Salud Mental no es una causa, sino que es una consecuencia directa de todos los movimientos por derechos humanos y Salud Mental de cada uno de los actores interviniente" (*).

I. Introducción

La cuestión que abordaré es respecto al caso mediático del músico Santiago Moreno Charpentier, conocido como Chano, que vislumbró el desconocimiento de la Ley Nacional de Salud Mental; el protocolo elaborado por la Sedronar: "Guía de Buenas prácticas para el tratamiento de contenidos sobre consumos problemáticos en los medios públicos nacionales" de 2020 y la res. 506/2013 del Ministerio de Seguridad de Nación que contiene el protocolo de intervención para las fuerzas de seguridad para situaciones con personas con padecimiento mental y consumo problemático.

La relevancia del tema radica en reconocer a la salud mental en forma integral basada en los derechos humanos.

Es innegable que el recorrido histórico que se tuvo que transitar hacia la conquista de la Ley Nacional de Salud Mental importó reivindicar a todos los usuarios del servicio de salud mental en su dignidad y derechos de los cuales son garantes.

A la persona con padecimiento mental la sociedad moderna el estigma, la teme y genera una fuerte discriminación, provocando su apartamiento y por ende su exclusión. Seres vulnerables de vulnerabilidad extrema hacia los cuales solo se dirigen, casi siempre y en la mayoría de los casos, miradas indiferentes, olvidándose de que les corresponde que el estado le garantice el pleno goce y ejercicio de los derechos humanos reconocidos por la Constitución Nacional y por los tratados internacionales de derechos humanos.

II. Evolución histórica. Hacia un paradigma de inclusión y respeto de derechos humanos

Las personas con padecimientos mentales, a lo largo del tiempo y en las distintas sociedades, no han sido consideradas o valoradas de la misma forma según el contexto histórico y social en que habitaban.

En palabras de Franco Basaglia, un gran referente en este campo: "La psiquiatría clásica ha demostrado su fracaso: en efecto, en presencia

(*) ROBLES, Gabriela - MAJLUF, Paul (20), "Usuarios vs Pacientes. Salud mental comunitaria y derecho. Historia de una construcción colectiva". Ed. La Ley, Revista de Derecho de Familia y de las Personas, Buenos Aires, (marzo) 2017, ps. 179-183.

del problema del enfermo mental, ha tendido hacia una solución negativa, separándole de su contexto social y por lo tanto de su humanidad... Colocado a viva fuerza en un lugar donde las modificaciones, las humillaciones y la arbitrariedad son la regla, el hombre , sea cual fuere su estado mental, se objetiviza poco a poco, identificándose con las leyes del internamiento. Su caparazón de apatía, de indiferencia y de insensibilidad, solo sería en suma un acto desesperado de defensa contra un mundo que le excluye y después le aniquila: el último recurso personal de que dispone el enfermo para oponerse a la experiencia insoportable de vivir conscientemente una existencia de excluido" **(1)**.

Es dable de destacar que la salud mental es parte integral de la salud de los sujetos, y esta se encuentra reconocida expresamente en tratados internacionales de derechos humanos como un derecho fundamental. Recordemos que en el año 1946 se creó la "Organización Mundial de la Salud", que incorpora en su carta magna el concepto de salud como un "derecho humano universal". Todas las naciones son miembros de la Organización Mundial de la Salud y han aceptado formalmente, la declaración de los principios contenidos en su Constitución. Al mismo tiempo considero importante mencionar que la "Declaración Universal de los Derechos Humanos" de 1948 fue el primer instrumento que estableció que los derechos humanos son inherentes a todos y conciernen a la comunidad internacional en su totalidad, habiéndose transformado desde su dictado en un ideal común y en una norma de comportamiento para todos los pueblos y Naciones.

El 13 de diciembre de 2006 se aprobó la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Es el resultado de un proceso largo en el que participaron varios actores, como los estados miembros de la ONU, instituciones de derechos humanos y organizaciones no gubernamentales, principalmente aquellas que trabajaban con personas con discapacidad. Nuestro país firmo y ratifico este instrumento, haciéndolo parte en nuestro derecho positivo interno el 6 de junio de 2008, mediante la ley 26.378. Constituye el primer tratado de derechos humanos que prioriza la visibilidad de este colectivo social dentro del sistema de protección de derechos humanos.

Las palabras no son huecas, sino que significan y resignifican al sujeto, a lo largo de los distintos momentos históricos podemos observar cómo han sido denominados "idiotas o dementes", "locos", "incompetentes", "insanos", entre otras formas peyorativas, discriminatorias que en nuestra sociedad se arraigaron de tal manera que solo generaron que se les tema, excluya, que sean un tabú de lo que cuesta hablar del tema en los distintos espacios de la comunidad.

Con la nueva Ley de Salud Mental 26.657 (en adelante LNSM) sancionada finalmente el 25 de noviembre de 2010, importó una conquista en materia de derechos humanos, reafirmando el modelo social de dejar de llamarlas "personas con discapacidad" a considerarlas usuarios de un servicio de salud mental, a ser protagonistas de su vida, a dotarlos de pertenencia, de dignidad. Y brindarles un sistema de apoyo, que es como se llama "apoyo" en la toma de sus decisiones. Ya no se las suple como sucedía con el arcaico "curador", del Código Civil de Vélez Sarsfield (ley 17.711) y cosificaba a la persona, no se la consideraba como sujeto de derecho sino como objeto. Sin voz, sin pensar que sentía, que tenía potencialidades, habilidades que podían ser recuperadas y para eso se requería desmanicomializar las mentes de nuestros legisladores-operadores del sistema.

III. Caso "Chano": normativa vigente en el abordaje por parte de medios de comunicación y fuerzas de seguridad. La Ley Nacional de Salud Mental

El caso que nos ocupa es respecto a lo ocurrido al Chano, quien (es de público conocimiento) presenta una problemática de adicciones. En primer lugar, se encuentra en plena etapa investigativa, por lo que hará hincapié en el abordaje incorrecto que en general se llevó a cabo desde los medios de comunicación, los cuales, al brindar información, pusieron el foco en estigmatizar, discriminar en este caso al conocido músico de mención y a sus familiares.

(1) BASAGLIA, Franco. (1972). "Espacio y locura. La institución de la violencia". En: La Institución Negada, Informe de un Hospital Psiquiátrico.

Asimismo, se puso de relieve que la prensa no tiene presente el protocolo elaborado por la Sedronar: "Guía de Buenas prácticas para el tratamiento de contenidos sobre consumos problemáticos en los medios públicos nacionales" de 2020 **(2)**. Este contempla catorce recomendaciones para el tratamiento mediático; entre las cuales se encuentran conocer las distintas modalidades de atención y tratamiento de las personas que atraviesan consumos problemáticos o adicción; comunicar en la diversidad, pluralidad de voces, con fuentes confiables y con conocimiento del tema; procurar un tratamiento respetuoso de las personas; efectuar coberturas no estigmatizantes.

Por otra parte, las fuerzas de seguridad, en su accionar, incumplieron lo regulado por la res. 506/2013 del Ministerio de Seguridad de Nación, que contiene el protocolo de su intervención en situaciones con personas con padecimiento mental y consumo problemático de 2013 **(3)**.

En suma, se dejó en evidencia el desconocimiento de la letra de la LNSM **(4)** que existe en la mayoría de los profesionales de la salud mental, a más de diez años de su vigencia.

El paradigma basado en los derechos humanos parte de este enfoque de derechos dado por dicha ley, donde se menciona y se incluye a la comunidad como estrategia fundamental en el modelo de salud-enfermedad-atención-cuidado. En el centro de esta perspectiva de trabajo con la comunidad, se encuentra el principio fundamental de que el paciente pueda permanecer integrado en su comunidad en el proceso de atención y rehabilitación, empoderando al sujeto en su participación activa en el tratamiento. Esta importancia de la comunidad y la cultura se ve reflejada en el principio que sostiene: "Todo paciente tendrá derecho a ser tratado y atendido, en la medida de lo posible, en la comunidad en la que vive" (LNSM, Principio 7, inciso 1).

Lo prealudido es producto de un larguísimo proceso de luchas sociales, de revelarse al sistema imperante, de un paternalismo injustificado, de dolor para muchos sectores como los sufrientes, los trabajadores de salud mental, las organizaciones que pudo dar frutos con la nueva ley de salud mental, el Código Civil y Comercial que respeto los estándares de los instrumentos internacionales en la materia como la ley especial citada.

Hoy en día, asistimos a la importancia de la relación entre la salud mental y la comunidad, justamente porque no es posible concebir al sujeto y su proceso de salud-enfermedad-atención-cuidado, aislado de su tiempo, cultura, sociedad y lugar en el cual habita. Es por esta razón que Salud Mental Comunitaria se convierte en un proyecto y un desafío, que consiste en constituir o reconstruir el lazo social, desde una modalidad de abordaje que incluya la interdisciplina, la intersectorialidad y el trabajo en equipo, modalidad que direcciona concretamente la ley. En este sentido se expresaron Ardila y Galende: "Con Salud Mental en la Comunidad lo que se postula como eje central de la atención y la rehabilitación es, por el contrario, preservar o recuperar en el sufriente mental su capacidad en relación con los otros de su comunidad, la vida en común con sus semejantes, en la sociedad que le toca habitar. Eso tiene un sentido profundamente racional: la mayor parte de los trastornos mentales afectan en el sujeto su capacidad social, condiciones subjetivas para vivir con los otros, soportar los conflictos de la vida en común, desarrollar habilidades para generar vínculos satisfactorios. Esta incapacidad, parte central en los trastornos psicóticos y afectivos severos, es la que la psiquiatría asilar no comprendió y, bajo la idea de tratarlos, se propuso acentuar sus efectos a través del aislamiento del enfermo. Con Salud Mental en la Comunidad el primer sentido, y la primera intervención, es preservar en todo lo posible los vínculos comunitarios, familiares y sociales del paciente, a la vez que toda estrategia de rehabilitación debe orientarse a la integración social del sujeto afectado" **(5)**.

(2) https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/protocolo__medios_de_comunicacion_publicos.pdf.

(3) http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=216049.

(4) Ley Nacional de Salud Mental 26.657.

(5) ARDILA, S., GALENDE, E. (2009). "El concepto de Comunidad en la Salud Mental Comunitaria". En www.unla.edu.ar/saludmentalcomunidad/RevistaSaludMental-y-Comunidad. 11/11/2009. Págs. 39-50.

Teniendo en cuenta algunos artículos que sustenta la LNSM, estos refieren a la presunción de riesgo de daño, la modalidad de abordaje de la atención y el recurso de la internación.

A saber: "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 solo puede deducirse a partir de la evaluación interdisciplinaria de cada situación particular en un momento determinado" (art. 5°).

"Debe promoverse que la atención en salud mental esté a cargo de un equipo interdisciplinario integrado por profesionales, técnicos y otros trabajadores capacitados con la debida acreditación de la autoridad competente. Se incluyen las áreas de psicología, psiquiatría, trabajo social, enfermería, terapia ocupacional y otras disciplinas o campos pertinentes" (art. 8°).

"La internación involuntaria de una persona debe concebirse como recursos terapéutico excepcional en caso de que no sean posibles los abordajes ambulatorios, y solo podrá realizarse cuando a criterio del equipo de salud mediare situación de riesgo cierto e inminente para sí o para terceros" (art. 20).

La LNSM viene a llenar también las carencias normativas que sirven de base para la adopción de políticas públicas efectivas en pos de la realización de la persona en comunidad. El viejo modelo tutelar manicomial de incapacitación del sujeto y sustitución en la toma de decisiones logro ser reemplazado, adecuándose a los nuevos estándares internacionales sobre derechos humanos, que tiene carácter vinculante la Convención de los derechos de las personas con discapacidad (CDPD) y a los pronunciamientos del alto tribunal argentino.

En suma, la estigmatización normativa, la discriminación y la fuerte influencia del discurso médico-jurídico constituyen vulneraciones de derechos humanos y nuestro país no debería menoscabar "los compromisos internaciones asumidos entre otros, con relación a las 100 Reglas de Brasilia de Acceso a la Justicia de las Personas en condición de vulnerabilidad" **(6)**. "El incumplimiento de compromisos internacionales en materia de derechos humanos, generan responsabilidad domestica e internacional, en su caso, para la Argentina" **(7)**.

La internación como recurso terapéutico es excepcional, transitorio y de carácter restrictivo, y debe realizarse preferentemente en hospitales generales. Cuando se refiere a internaciones en general, la ley alude a internaciones terapéuticas para aventar un riesgo grave, "cierto e inminente", como único legitimador de una internación involuntaria forzosa (art. 20). A su vez, dio lugar a la eliminación del concepto de peligrosidad como fundamento de tratamientos coactivos, en especial la internación involuntaria.

Dicha ley representa un hito central en el campo de la salud mental en Argentina, tanto como forma de orientar la atención sanitaria de las problemáticas de salud mental, como así también, reconocer y garantizar los derechos humanos de las personas usuarias de los servicios de salud mental.

IV. Palabras finales

Se advierte en lo cotidiano que en los equipos de salud, en los medios de comunicación, en las áreas de docencia, en los distintos dispositivos, en todos los extractos sociales preexiste una resistencia a pensar en el sujeto hoy usuario como parte de nosotros. Un ser que tiene que ser integrado por cada uno de los actores sociales en y con la comunidad. Donde se resalten el respeto por sus decisiones y una mirada de empatía, y donde la internación sea la última instancia, un sistema de apoyo y salvaguarda de su persona, principio de igualdad, no discriminación, entre otros.

Es imprescindible, tal como se abordó el caso del Chano, que se visibilice a todo un colectivo social que sufre los atropellos en derechos y valores, y que no queden como letra muerta, sino que podamos, en este caminar juntos, trabajar paso a paso para construir la defensa operativa de sus derechos.

(6) RUIZ, Alicia, "Asumir la vulnerabilidad" en Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, Ministerio Publico de la Defensa, Buenos Aires, 2008, p. 7.

(7) CSJN, Fallos: 318:2639.

Se requiere un compromiso de toda la comunidad, generar espacios de debate, pensar al sujeto usuario del servicio de salud mental desde los valores comunitarios, sumado a la necesidad de recursos humanos y dispositivos que corresponden a la esfera de la política pública. Asimismo, el análisis de los avances y retrocesos en la práctica para garantizar los derechos que se consagran en la normativa nos desafía en este rumbo trazado.

Los resabios del paradigma manicomial sigue latente en muchos sectores de nuestra sociedad y el camino que tenemos por delante de concientizar es primordial. Importa la revalorización del otro como sujeto y no como objeto de intervención, que deniega sus posibilidades de crecimiento y realización personal, socavando su autoestima al catalogarlo en función de la situación de enfermedad que atraviesa, desconociendo las cualidades y atributos particulares que le confieren su identidad.

En la actualidad aún prevalece el modelo médico-hegemónico que orienta el accionar de los profesionales de la salud, el cual se encuentra fuertemente enraizado con una concepción del hombre como "objeto de intervención", aislándolo de la coyuntura social, política y económica que lo circunda. No se trata de "cerrar camas" en los monovalentes, "de tirar abajo al manicomio", más bien se trata de "derribar los muros mentales".

Las palabras marcan toda una posición que encuadra nuestro accionar. Como agentes de salud, como investigadores, periodistas, funcionarios públicos, como vecinos, como humanos. Es en la comunidad, con la comunidad.

Comentarios Jurisprudenciales

CRIOPRESERVACIÓN DE EMBRIONES

Pedido de autorización judicial para destruir embriones originados con técnicas de reproducción humana asistida. Rechazo. Irrazonabilidad de considerar al embrión como una cosa. Intención del legislador. Protección que se le debe a todo ser humano. Inaplicabilidad del art. 59 del Cód. Civ. y Com.

Con nota de Eduardo A. Sambrizzi

1. — La negativa de la autorización para destruir embriones no genera una restricción desproporcionada a los derechos de los actores y responde a la protección que a aquellos les corresponde. Corresponde revocar la resolución apelada, rechazar la autorización requerida y disponer que, en primera instancia, se dé intervención al Ministerio Público de la Defensa apelante, a fin de que pueda adoptar las medidas que considere pertinentes a los efectos de la protección de los embriones de que se trata.

2. — No es admisible que los peticionarios se hallen habilitados en los términos del art. 59 del Cód. Civ. y Com. para autorizar el cese de la vida de los embriones criopreservados, pues resulta claramente inexacto que estos se encuentren en una situación de "enfermedad irreversible, incurable", o en un "estado terminal" o "hayan sufrido lesiones que los coloquen en igual situación", desde que no se ha diagnosticado enfermedad alguna y tampoco se hallan en una situación terminal, sino, en todo caso, en una inicial.

3. — Existen importantes fundamentos como para considerar que los embriones no implantados cuentan con la protección que se le debe a todo ser humano. El ordenamiento jurídico, como es sabido, reconoce que comienza la existencia de la persona humana desde su concepción.

4. — El art. 19 del Cód. Civ. y Com. de la Nación no diferencia la condición jurídica del embrión implantado del no implantado. Solo menciona la concepción. En el Anteproyecto sí se distinguía, pero la versión finalmente sancionada suprimió este párrafo, lo que da la pauta de que el legislador no quiso hacer diferencia según el lugar donde se encuentra el embrión. Así fue interpretado, en general, tanto por quienes encomiaron como por quienes criticaron la modificación del anteproyecto.

5. — Expresa el Fiscal de Cámara que, si bien es cierto que si un embrión nunca lograra implantarse en el útero, no podría desarrollarse, pues no recibiría los nutrientes necesarios ni estaría en un ambiente adecuado, no lo es menos que lo mismo cabría predicar del recién nacido, que es inmediatamente abandonado a su completa suerte, pero nadie dudaría de la protección que merece.

6. — Es cierto que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado que la concepción en el sentido del art. 4.1 de la Convención tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, pero también lo es que ello no impide aplicar la protección más amplia dada por el derecho argentino (art. 29 de la citada Convención y art. 5° del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos; Fallos: 329:2986, cons. 10), que no constituye una limitación irrazonable del derecho de los peticionarios a acceder a los métodos de fecundación asistida.

7. — Aun si no se considerase que a los embriones no implantados les caben los derechos que corresponden a todo ser humano, de todos modos, decisivos fundamentos indican que son acreedores de una adecuada protección.

8. — El art. 9° de la ley 26.994 dispone que la protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial. Si bien esa ley no ha sido dictada, no parece que la intención del legislador de "protección" pueda coincidir con su destrucción, como la pretendida por los peticionarios. Tal previsión legal resulta apropiada a la dignidad que corresponde a un nuevo ser de la especie humana, aun cuando todavía no se lo considere persona. Y en ese sentido el art. 57 del Cód. Civ. y Com. de la Nación prohíbe la alteración genética del embrión que se transmita a su descendencia, sin formular distinción alguna.

9. — Que el embrión sea originado en técnicas de fecundación humana asistida o no, en ambos casos, detenta la condición de humanidad, vale decir, tiene la misma sustantividad humana. No parece razonable, entonces, considerar al embrión como una cosa.

10. — La resolución desconoce la condición de persona del embrión crioconservado, no obstante que podemos afirmar que el embrión es un ser en sí, único e irrepetible, diferente a sus progenitores, con una entidad propia (del voto del Dr. Belluci).

11. — El argumento que sostiene que el embrión humano no sería persona choca con la literalidad del art. 19 del Cód. Civ. y Com., sin que obste a ello el fallo "Artavia Murillo" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya invocación resulta errónea, pues en esa sentencia el referido tribunal internacional explícitamente excluyó la consideración del problema de los embriones crioconservados, al discutirse allí la cuestión atinente a la prohibición de la fecundación in vitro en Costa Rica y limitarse así la decisión a ese puntual aspecto (del voto del Dr. Belluci).

12. — Hay dilemas irresolubles cuando se conciben embriones in vitro, por la dinámica propia de una técnica que no respeta la originalidad de la transmisión de la vida humana. El legislador es responsable de esta situación por su inacción y es urgente que se tomen medidas restrictivas frente a la generación de embriones in vitro y su congelación, por los problemas jurídicos que surgen y las afectaciones a la dignidad y a los derechos a la vida y a la identidad (del voto del Dr. Belluci).

13. — El eventual cese de crioconservación de embriones oportunamente concertado con la firma de las partes (empresa de conservación y los aportantes genéticos) solo sería factible convencionalmente en el caso que existiera una ley que permitiera tal disposición (del voto del Dr. Polo Olivera).

14. — Si se ha previsto explícitamente una ley especial para la protección de los embriones criopreservados, y siendo que su eliminación aparece como un temperamento claramente irreversible, dado que supone el fin de su existencia, inevitable resulta concluir que la operatividad de una ley protectoria futura resultaría estéril si se permitiera, sin más, el cese de los métodos de conservación de aquello que se pretende tutelar (del voto del Dr. Polo Olivera).

15. — El embrión humano tiene, así, un marco jurídico de protección que impide, en el estado actual de la regulación jurídica, disponer sin más de él, sea en la cesación de la crioconservación o en cualquier otra ajena al destino que han determinado los donantes genéticos, la naturaleza y el avance de la ciencia y de la tecnología médica (del voto del Dr. Polo Olivera).

16. — El tratamiento del embrión humano, dada la fragilidad y vulnerabilidad, la potencialidad de desarrollo en una persona con todas sus capacidades y potestades, impone la adopción de un temperamento expectante y de un criterio protectorio, independientemente de la categorización jurídica que se le asigne: se trata de la génesis de la naturaleza misma de nuestra especie, que demanda dignidad y una consideración respetuosa de su existencia (del voto del Dr. Polo Olivera).

17. — No se trata de desmerecer los motivos personales que han llevado a los peticionarios a manifestar que actualmente carecen de voluntad de formar una familia, que no desean donar los embriones y que únicamente pretenden interrumpir su crioconservación, ni tampoco de desconocer el costo anual que —según denuncian— insumiría su mantenimiento, sino, por el contrario, de adoptar una decisión que resulta acorde con la protección de la vida humana como un valor superior que debe ser reconocido en favor del embrión extracorpóreo y que la ausencia de una regulación específica que legisle en concreto su destino o utilización solo impone la adopción de un temperamento expectante, sin frustrar las posibilidades que ese ser vivo inicial puede tener, máxime cuando el invocado derecho a no conformar una familia no resultaría afectado, al no imponerse aquí la compulsiva implantación de los embriones de que se trata (del voto del Dr. Polo Olivera).

18. — Siendo el embrión, indiscutidamente, la génesis de la especie humana, su consideración exige el máximo de los cuidados y máxima responsabilidad. El avance en la ciencia y la tecnología para el desarrollo de procedimientos de reproducción humana asistida imponen la regulación legal permanente, dinámica —no estática— e interdisciplinaria vinculada con el constante desarrollo del conocimiento humano (del voto del Dr. Polo Olivera).

19. — La decisión "por defecto", ante la inexistencia de normativa específica, en contra del sentido tuitivo dispuesto por la ley 26.994:9 (Cód. Civ. y Com. de la Nación), para la imprescindible regulación de la situación de los embriones no implantados, no puede ser su destrucción sino su conservación (del voto del Dr. Polo Olivera).

20. — El derecho a la salud reproductiva y la voluntad de procrear que sin duda asiste a los peticionarios no pueden, en el actual estado de la legislación vigente, considerarse comprensivos de la posibilidad de decidir el descarte o la destrucción de los embriones que se han formado extracorpóreamente y no han sido implantados, pues resulta innegable que aun cuando se discuta su condición jurídica, existe un inequí-

voco ámbito de tutela del que derivan límites y restricciones, que justamente obstan a que se proceda del modo pretendido por los peticionarios (del voto del Dr. Polo Olivera).

21. — El tratamiento del embrión humano, dada la fragilidad y vulnerabilidad, la potencialidad de desarrollo en una persona con todas sus capacidades y potestades impone la adopción de un temperamento expectante y de un criterio protectorio, independientemente de la categorización jurídica que se le asigne: se trata de la génesis de la naturaleza misma de nuestra especie, que demanda dignidad y una consideración respetuosa de su existencia (del voto del Dr. Polo Olivera).

CNCiv., sala G, 09/04/2021. - R. G. A. y otro s/ autorización.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/8973/2021]

Expte. 36.148/2020/CA1

2ª Instancia.- Buenos Aires, abril 9 de 2021.

Considerando:

I. Disconforme con la resolución dictada a fs. 44 del registro informático, a través de la cual el magistrado de grado hizo saber a los peticionarios que no necesitaban autorización judicial para disponer el cese de la crioconservación de los embriones originados con técnicas de reproducción asistida, así como que debían ocurrir por la vía y forma que corresponda a los fines de la resolución del contrato que al respecto habrían celebrado, interpuso la Defensora de Menores de la anterior instancia el recurso de apelación de fs. 45, que fue concedido en relación a fs. 46, segundo párrafo.

Elevadas las actuaciones a esta alzada, el Ministerio Público de la Defensa ante esta instancia sostuvo y fundó el remedio procesal articulado mediante el dictamen presentado a fs. 58/62, que fue sustanciado con los promotores de las presentes actuaciones a fs. 65/70, integrándose por último la cuestión con el Ministerio Público Fiscal, que en el dictamen que se vincula digitalmente a la presente, postuló la admisión del recurso deducido y la revocación del decisorio apelado, en el entendimiento que cabe desestimar la petición formulada.

II. La temática que motiva la intervención de este tribunal se circunscribe al tratamiento de la apelación interpuesta por el Ministerio Público de la Defensa, toda vez que el recurso articulado a fs. 53 por los peticionarios, con el objeto que las costas devengadas sean impuestas al Poder Legislativo de la Nación, mereció la providencia de fs. 54, por la cual se les hizo saber que nada se resolvió con relación a los gastos causídicos, al tratarse de un proceso voluntario, sin que los interesados cuestionaran tal temperamento, ni interpusieran tampoco queja alguna ante esta alzada.

III. La resolución apelada no tiene adecuado sustento.

El juez expresó que asimilaba "el caso a la situación de los progenitores que deben decidir si retiran las medidas de soporte vital a que está sometido el hijo para prolongar en el tiempo un estado irreversible" y que "como representantes legales están plenamente facultados para disponer el cese en la crioconservación de los embriones en los que participaron".

Sin embargo, resulta claramente inexacto que los embriones se encuentren en una situación de "enfermedad irreversible, incurable", o en un "estado terminal" o "hayan sufrido lesiones que los coloquen en igual situación" (art. 59 del Cód. Civ. y Com. de la Nación; art. 2, inc. e y art. 5, inc. g de la ley 26.529, modificados por la ley 26.742), desde que no se ha diagnosticado enfermedad alguna y tampoco se hallan en una situación terminal sino, en todo caso, en una inicial.

Esta situación inicial, por otra parte, en caso de negativa o imposibilidad de los presentantes, podría ser continuada a través de la denominada adopción prenatal o dación de embriones o entrega con fines reproductivos, que constituye una de las previsiones del consentimiento informado prestado por los peticionarios.

Tampoco coincide la interpretación de la resolución con la dada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el Fallos: 338:556 en cuanto a la posibilidad de decidir por otro el retiro del soporte vital (ver considerando 22) y a que no cabe discriminar entre vidas dignas e indignas de ser vividas (ver considerando 25).

Consecuentemente, no es admisible que los peticionarios se hallen habilitados en los términos de la aludida normativa para autorizar el cese de la vida de los embriones.

No puede dejar de observarse, asimismo, que la decisión de primera instancia, consentida por los requirentes, alude al embrión como "persona que no fue aún implantada", "asistido", "hijo" y hasta hace mención de sus "derechos personalísimos".

IV. Por otra parte, cabe señalar que existen importantes fundamentos como para considerar que los embriones no implantados cuentan con la protección que se le debe a todo ser humano.

Nuestro ordenamiento jurídico, como es sabido, reconoce que comienza la existencia de la persona humana desde su concepción.

Esto surge del art. 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de la ley 23.849 que ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño, de los arts. 19 y 2279 del Cód. Civ. y Com. de la Nación y de las leyes 24.901 de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad y 24.714 de Asignaciones Familiares. De igual modo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que el comienzo de la existencia se encontraba en la concepción en Fallos: 324:5 y en Fallos: 325:292. A su vez en Fallos: 330:2304 ha aludido a la persona "por nacer", como una de las especies jurídicas del género persona.

Ahora bien, el citado art. 19 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, titulado precisamente "Comienzo de la existencia", no diferencia la condición jurídica del embrión implantado del no implantado. Solo menciona la concepción. Es más, en el Anteproyecto sí se distinguía, pues se decía que "la existencia de la persona humana comienza con la concepción en el seno materno" y que "en el caso de técnicas de reproducción humana asistida, comienza con la implantación del embrión en la mujer, sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión no implantado"; pero la versión finalmente sancionada suprimió este párrafo, lo que da la pauta que el legislador no quiso hacer diferencia según el lugar dónde se encuentra el embrión. Así fue interpretado, en general, tanto por quienes encomiaron como por quienes criticaron la modificación del anteproyecto.

No obsta esta interpretación la existencia de normas que regulan la época del embarazo, el nacimiento con vida o el consentimiento informado en las técnicas de reproducción humana asistida, no solo porque atienden a esas cuestiones particulares, sino porque aun cuando puedan presentar cierta discordancia a raíz del cambio efectuado en el citado art. 19, no puede soslayarse que la modificación efectuada en la norma específica que trata el comienzo de la existencia de la persona da cuenta de la intención del legislador.

Al respecto ha dicho en numerosas oportunidades la Corte Suprema que la primera regla de interpretación de las leyes es dar pleno efecto a la intención del legislador (Fallos: 338:386; 334:1027; 330:1855; 328:4229, entre otros) y que los jueces no pueden prescindir de tal intención del legislador y del espíritu de la norma (Fallos: 327:5295 y 338:1156; entre otros).

Además, corresponde recordar aquí la conocida máxima que indica que donde la ley no distingue no debe hacerlo el intérprete, aplicada por la Corte Suprema en un supuesto diferente, aunque también en relación con el concepto de persona y de persona por nacer (Fallos: 330:2304).

Asimismo, la jurisprudencia de la Cámara Civil ha expresado que "en nuestro ordenamiento legal y constitucional todo ser humano es persona y lo es desde su concepción, sea en el seno materno o fuera de él" (CNCiv., Sala I, 03/12/1999, "Rabinovich, Ricardo D. s/ amparo", JA, 2000-III-630; LA LEY, 2001-C, 824; ED, 185-412), y de igual modo ha afirmado que también "el concebido fuera del seno materno debe ser considerado persona para el derecho" (CNCiv., Sala J, 13/09/2011, "P., A c. S., A. C.", LA LEY, 2011-E, 435). Y, a su vez, la Corte Suprema en Fallos: 325:292 ha sostenido que "la vida comienza con la fecundación".

En sentido coincidente se han expedido tanto las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil del año 2003, como las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil del año 2013.

Expresa el Fiscal de Cámara que si bien es cierto que si un embrión nunca lograra implantarse en el útero no podría desarrollarse pues no recibiría los nutrientes necesarios ni estaría en un ambiente adecuado, no lo es menos que lo mismo cabría predicar del recién nacido que es inmediatamente abandonado a su completa suerte, pero nadie dudaría de la protección que merece.

Es cierto que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, intérprete de la respectiva Convención, aunque en supuesto diferente en el que el Estado de Costa Rica prohibía todo tipo de fecundación *in vitro*, ha considerado que la concepción en el sentido del artículo 4.1 de la Convención tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, pero también lo es que ello no impide aplicar la protección más amplia dada por el derecho argentino (art. 29 de la citada Convención y art. 5 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos; Fallos: 329:2986, cons. 10), que no constituye una limitación irrazonable del derecho de los peticionarios a acceder a los métodos de fecundación asistida (ver las aludidas XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil).

Ahora bien, aun si no se considerase que a los embriones no implantados les caben los derechos que corresponden a todo ser humano, de todos modos, decisivos fundamentos indican que son acreedores de una adecuada protección.

El art. 9 de la ley 26.994 dispone que la protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial. Si bien esa ley no ha sido dictada, no parece que la intención del legislador de "protección" pueda

coincidir con su destrucción como la pretendida por los peticionarios.

Tal previsión legal resulta apropiada a la dignidad que corresponde a un nuevo ser de la especie humana aun cuando todavía no se lo considere persona. Y en ese sentido el art. 57 del Cód. Civ. y Com. de la Nación prohíbe la alteración genética del embrión que se transmita a su descendencia, sin formular distinción alguna.

El embrión sea originado en técnicas de fecundación humana asistida o no, en ambos casos, detenta la condición de humanidad, vale decir, tiene la misma sustantividad humana (conf. Tobías, José W. en Alterini, Jorge H. "Código Civil y Comercial comentado", Ed. LA LEY, T. I, p. 175).

No parece razonable, entonces, considerar al embrión como una cosa.

Repárese en que la ley nacional de reproducción asistida 26.862, anterior a la última versión del Cód. Civ. y Com. de la Nación finalmente sancionada, que tiene por objeto garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida "para la consecución de un embarazo", no prevé en modo alguno la destrucción de embriones. Y la ley 27.610 tampoco obsta a lo expuesto porque hace referencia a una situación diferente con la declarada finalidad de contribuir a la reducción de la morbilidad y mortalidad prevenible que no constituye el supuesto en estudio.

Adviértase, asimismo, que no se trata de impedir los métodos de fecundación asistida sino de no avalar el descarte de embriones.

Por otra parte, si se considera que se trata de una cuestión controvertida se impone la aplicación del principio precautorio, que bien puede considerarse un principio general del derecho, el cual ante situaciones de incertidumbre científica manda evitar los daños graves e irreversibles, como los que tendrían lugar con la destrucción requerida.

En este orden de ideas, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con fundamento en el debido respeto de la dignidad humana, ha expresado que debía entenderse, a los fines de excluir toda posibilidad de patentabilidad, el concepto de embrión humano en sentido amplio, comprensivo de todo óvulo humano a partir de la fecundación, habida cuenta de que la fecundación puede iniciar el desarrollo de un ser humano (TJUE Asunto C-34/10, Oliver Brüstle c. Greenpeace eV - 18/10/2011).

En definitiva, se repara entonces en que la negativa de la autorización para destruir embriones no genera una restricción desproporcionada a los derechos de los actores y responde a la protección que a aquellos les corresponde.

A tenor de lo expuesto y de conformidad con lo dictaminado por el Fiscal de Cámara, se resuelve: I. Revocar la resolución apelada, rechazar la autorización requerida y disponer que, en primera instancia, se de intervención al Ministerio Público de la Defensa aquí apelante, a fin de que pueda adoptar las medidas que considere pertinentes a los efectos de la protección de los embriones de que se trata. II. Regístrese, notifíquese por Secretaría a los peticionarios, así como a la Defensora de Menores y al Fiscal de Cámara, en sus respectivos domicilios electrónicos (conf. ley 26.685 y Acordadas 31/2011 y 38/2013 de la CSJN) y hágase saber lo aquí decidido a "Procrearte", mediante cédula en formato papel que también será confeccionada por Secretaría. Cúmplase con la Acordada 24/2013 de la CSJN y devuélvase digitalmente a la instancia de grado. — *Carlos A. Bellucci* (con ampliación de fundamentos). — *Gastón M. Polo Olivera* (por sus fundamentos). — *Carlos A. Carranza Casares.*

Ampliación de fundamentos del doctor *Bellucci:*

La cuestión objeto de recurso impone analizar si el embrión humano reviste la condición de persona en el ordenamiento jurídico argentino y, por tanto, goza de la protección jurídica del derecho a la vida, así como determinar si la voluntad procreacional permite decidir poner fin a su crioconservación, lo que conduce a bucear en el estatuto jurídico que el ordenamiento vigente le reconoce.

Resulta de aplicación al casus la normativa actual e incurre en arbitrariedad el juez de grado, en clara violación de los derechos fundamentales de las personas por nacer, como el derecho a la salud, a la vida, a la supervivencia y al desarrollo en la máxima medida posible, que se encuentran consagrados en instrumentos internacionales de jerarquía constitucional (conf. art. 75, inc. 22 de la CN - arts. 3, 6 y 27 de la Convención sobre los derechos del Niño; arts. 2, 3, 8, 25 y 28 de la Declaración Universal de Derechos humanos; arts. I, XI, XVI, XVIII y XXXV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; arts. 1, 4 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; arts. 2, 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

La resolución desconoce la condición de persona del embrión crioconservado, no obstante que podemos afirmar que el embrión es un ser en sí, único e irrepetible, diferente a sus progenitores, con una entidad propia.

El argumento que sostiene que el embrión humano no sería persona choca con la literalidad del antes citado art. 19 del Cód. Civ. y Comercial, sin que obste a ello el fallo "Artavia Murillo" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya invocación resulta errónea, pues en esa sentencia el referido tribunal internacional explícitamente excluyó la consideración del problema de los embriones crioconservados, al discutirse allí la cuestión atinente a la prohibición de la fecundación *in vitro* en Costa Rica y limitarse así la decisión a ese puntal aspecto.

Obsérvese que la Corte Interamericana destacó que el Estado presentó argumentos generales relacionados con los presuntos efectos o problemas que podría producir la FIV con relación a: i) los posibles riesgos que la práctica podría ocasionar en la mujer; ii) las alegadas afectaciones psicológicas en las parejas que acudan a la técnica; iii) los presuntos riesgos genéticos que se podrían provocar en los embriones y en los niños nacidos por el tratamiento; iv) los alegados riesgos de embarazos múltiples.

De este modo, se limitó a analizar las pruebas y alegaciones relacionadas con los argumentos explícitamente utilizados en la motivación de la sentencia de la Sala Constitucional y, en razón del carácter subsidiario del sistema interamericano, no avanzó en la resolución de cuestiones que no fueron tenidas en cuenta por la Sala Constitucional para sustentar la sentencia que declaró inconstitucional el decreto Ejecutivo N° 24.029-S, por lo que es evidente que la Corte no tuvo en cuenta el problema de los embriones crioconservados al momento de resolver el caso que le planteaban y que se refería específicamente a la prohibición de la fecundación *in vitro* en Costa Rica.

No es ocioso remarcar, además, que en tal pleito extranjero (Costa Rica) nuestro país no fue parte, de modo que tampoco y más allá de la circunscripta cuestión litigiosa allí decidida, le alcanzan o se le imponen sus decisiones e implicancias (es de Perogrullo).

Por otra parte, las técnicas de fertilización asistida conllevan lamentablemente una lógica cosificante, y se presenta a los embriones como si fueran cosas que pueden ser descartadas. Ello conduce a planteos que son contrarios a la dignidad humana. Si los embriones no son personas ¿son cosas muebles bajo condominio de los requirentes de la técnica? ¿La crioconservación es un contrato de depósito? ¿Se analizaron sus cláusulas?

¿Qué significa que los padres son "titulares" de los embriones? ¿Son bienes de los padres? ¿Qué derecho se vincula con tal titularidad? A su vez, si los embriones son cosas: ¿Qué necesidad había de recurrir a una autorización judicial?

Este argumento planteado tiene varias aristas problemáticas: Cuando dieron su consentimiento los interesados, ¿fueron debidamente informados sobre el hecho de que quedarían embriones congelados? ¿Qué dijeron en aquel momento? ¿Sabían cuántos embriones se iban a concebir? Si consintieron en concebir tantos embriones, tienen ante esos seres humanos una responsabilidad. Y si ellos no sabían qué consentían, ¿tienen los médicos un deber de responder por su falta de información?

La voluntad procreacional, tal como es regulada en el Cód. Civ. y Com. de la Nación, no autoriza en ningún momento a tomar decisiones para quitar la vida a los embriones concebidos por una técnica de procreación. El código regula los aspectos filiatorios. Estamos ante una persona humana, no ante cosas. Son personas y gozan del derecho a la vida.

Además, en cuanto a la cita del proyecto de los Dres. Lorenzetti y Kemelmajer de Carlucci, está visto que la necesidad que los autores establecían en la implantación del huevo o cigoto para ser "persona", fue concretamente suprimida en el texto definitivo del art. 19 del Cód. Civ. y Com. de la Nación que se aprobó, lo que pone a las claras que el ovulo fecundado *in vitro* ya es persona sin necesidad de su implantación.

Hay dilemas irresolubles cuando se conciben embriones *in vitro*, por la dinámica propia de una técnica que no respeta la originalidad de la transmisión de la vida humana. El legislador es responsable de esta situación por su inacción y es urgente que se tomen medidas restrictivas frente a la generación de embriones *in vitro* y su congelación, por los problemas jurídicos que surgen y las afectaciones a la dignidad y a los derechos a la vida y a la identidad.

Como anzuelo al final de este espinel recorrido cabe preguntarse qué derecho ha de prevalecer: ¿el de los gestantes del ovocito que se ha visto no son sus dueños, o el del embrión fecundado a nacer y a tener la plenitud de vivir?

No mucho cacumen se necesita para responder y me respondo: ¿si el huevo o cigoto que no es cosa, sino persona humana, o la voluntad procreacional de quienes ya no son titulares de aquel?, es obvio que el del fecundado *in vitro*, al que todo el plexo normativo mentado y armónicamente interpretado le confiere el carácter de persona humana con identidad única e irrepetible y distinta a la de los solicitantes (conf. CSJN, *in re* "Portal de Belén", Fallos: 325:292; "desde la unión de dos gametos "fecundados" existe un ser humano embrionario...").

Desde otra arista, y ya que en la respuesta al dictamen de la Sra. Defensora de Menores ante este colegiado se adujo a la novel ley de interrupción voluntaria del embarazo (ley 27.610) caben al menos importantísimas consideraciones que hacen a su inanidad: su evidente inaplicación, ya que no es retroactiva y no puede, en el mejor de los casos, aplicarse a una situación como la presente, generada bastante tiempo antes de su sanción.

Tampoco y cabe subrayarlo, porque en la especie se han consumido largamente las 14 semanas a las que dicha normativa refiere como límite para ejercer lisa y llanamente el descarte y muerte del huevo o cigoto ya fecundado.

No se me escapa la muy diferente contradicción de derechos, en tal ley y en el caso traído a revisión, ya que en aquella confrontan el "particular interés" y o derecho a la integridad corpórea de la embarazada que no lo ha querido ser (casi diría "egocentrismo"), frente al feto inocente que tampoco pidió ser concebido pero que se lo mata, mientras que en el "caso", frente a la mera voluntad de los gestantes (mero "voluntarismo"), se encuentra y se trata nada más y nada menos que de personas humanas (los embriones crioconservados) inaudibles y carentes de toda representación y defensa, cuyo derecho esencial y constitucional del mayor rango a poder vivir siempre ha de prevalecer, porque se trata de la férrea protección y prevalencia de estos últimos por sobre el de quienes los gestaron (arts. 1, 2 y 3 último apartado, y cc. de la ley 26.061; "interés superior...").

Asimismo, porque una ley como esta no puede ir en contra de regulaciones internacionales del más alto nivel constitucional (remito al plexo jurídico antes descrito que bien da apoyo a la tesitura de la Sra. Defensora de Cámara y que también sustenta el egregio dictamen del Sr. Fiscal ante este colegiado).

Mientras tanto, ante los casos concretos que los jueces debemos resolver, hay que buscar alternativas que den prioridad al derecho a la vida, y también adoptar medidas más estrictas de sanción y prevención de los daños que puede estar causando la aplicación de una biotecnología que pone en riesgo a esos seres humanos.

Por otro lado, converge en la total falta de base de sustentación, que no se tenga en cuenta la cierta posibilidad de dar al embrión en adopción para que sea implantado en otro seno materno y con ello, además de dar cumplimiento a las máximas jurídicas que fueron sindicadas antes, preservar adecuadamente el derecho a vivir de los embriones crioconservados.

En ello, cabe sin duda suscitar la necesaria e imprescindible intervención de un tutor y/o del Ministerio Pupilar que conlleve a proteger los innegables derechos de tales personas humanas ("embrión y/o embriones"), así como llevar adelante todas las acciones necesarias, convenientes y pertinentes para lograr su definitiva adopción.

De allí que corresponda, en mi opinión, no solo revocar la resolución de primera instancia, sino además ordenar que los embriones permanezcan congelados hasta tanto se arbitre lo necesario y conducente para lograr lo establecido anteriormente, e incluso librar oficio a las autoridades Nacionales del Ministerio de Salud, así como al Ministerio de Salud de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, para que —lapso mediante— se hagan cargo del costo del mantenimiento de los embriones en cuestión, ello en consideración a la obligación constitucional de preservar y atender a la salud de toda persona humana que habita este suelo, de la que no son ajenos los huevos y/o cigotos de los que da cuenta el presente caso. — *Carlos A. Bellucci.*

Fundamentos del doctor *Polo Olivera:*

I. La Defensora de Menores de la instancia anterior apeló contra el decreto de fs. 44 del registro digital del Lex 100; el recurso fue concedido en fs. 46, segundo párrafo.

Cuestionó la decisión del magistrado de grado, en cuanto hizo saber a los peticionarios que no resultó menester autorización judicial para disponer el cese de la crioconservación de los embriones —obtenidos mediante técnicas de reproducción humana asistida— así como que debían ocurrir por la vía y forma que corresponda a los fines de la resolución del contrato que al respecto habrían celebrado.

Elevadas las actuaciones a esta alzada, el Ministerio Público de la Defensa ante esta instancia sostuvo y fundó el remedio procesal articulado mediante el dictamen presentado a fs. 58/62, que fue sustanciado con los promotores de las presentes actuaciones a fs. 65/70, integrándose por último la cuestión con el Ministerio Público Fiscal, que en el dictamen que se vincula digitalmente a la presente, postuló la admisión del recurso deducido y la revocación del decisorio apelado, en el entendimiento que cabe desestimar la petición formulada.

II. Así formulada la cuestión, el asunto que motiva la intervención de este tribunal se circunscribe a determinar si resulta necesaria o no la autorización judicial requerida por los peticionarios y, en su caso, si corresponde admitir o denegar tal solicitud, toda vez que el recurso por ellos articulado a fs. 53, con el obje-

to que las costas devengadas sean impuestas al Poder Legislativo de la Nación, mereció la providencia de fs. 54, por la cual se les hizo saber que nada se resolvió con relación a los gastos causídicos, al tratarse de un proceso voluntario, sin que los interesados cuestionaran tal temperamento, ni interpusieran tampoco queja alguna ante esta alzada.

III. De tal modo, considero en primer lugar que no es posible compartir el razonamiento que ha conducido al juez de grado a concluir que resulta innecesaria la autorización peticionada en autos.

Contrariamente a lo postulado en el pronunciamiento recurrido, la apuntada ausencia de una norma específica que regule la situación de la "persona que no fue aún implantada en el seno materno", no es un argumento suficiente para considerar que exista libre disponibilidad respecto de la utilización o el destino que pueda darse a los embriones conservados de manera artificial.

Desde el punto de vista meramente contractual, no basta para sostener tal posición la argüida interpretación que se efectúa en el decisorio apelado respecto del acta de consentimiento informado que los interesados habrían suscripto.

Es que a pesar que allí se hubiera previsto el eventual cese de la conservación de los embriones, en la medida que ello no se oponga a la regulación dictada o que en el futuro se dicte, la relevancia de la temática objeto de decisión obsta a que la voluntad de los propios peticionarios pueda suplir la venia judicial que ellos mismos solicitaron, o que aquello que contractualmente convinieron se erija como única fuente de sustento del temperamento adoptado, en especial, cuando en dicho instrumento también se consignó que, en su caso, al no existir regulación específica, el destino de los embriones debía ser dispuesto "con intervención de la autoridad competente".

Así, la recta lectura de la pieza en examen permite concluir, en grado de hipótesis, que el eventual cese de crioconservación de embriones oportunamente concertado con la firma de las partes (empresa de conservación y los aportantes genéticos) solo sería factible convencionalmente en el caso que existiera una ley que permitiera tal disposición.

Claramente esto no ocurre y por eso mismo las partes han requerido la autorización en examen.

Ausente esta regulación legal específica acerca del punto, aquella disposición convencional prevista en la detallada instrumentación del consentimiento informado acompañado, emerge carente de la condición que la torne operativa (arg. Cód. Civ. y Com. de la Nación: 279, 962 y 963), impotente pues de regular la situación jurídica actual en estudio (Cód. Civ. y Com. de la Nación: 963, 1003, 1004, 1061 y cc.).

Adviértase lo siguiente: la ley 26.994, que sancionó el Cód. Civ. y Comercial actualmente vigente desde el 1ro. de agosto de 2015, en su artículo 9no. estableció explícitamente como normas transitorias del Cód. Civ. y Com. de la Nación que "(l)a protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial" (corresponde al artículo 19 del Cód. Civ. y Com. de la Nación)".

Conforme la interpretación de la ley, de acuerdo al artículo 2 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, es claro que el legislador ha procrastinado en una legislación especial ulterior la "protección" del embrión no implantado.

Recuérdese además que el más alto Tribunal ha considerado que las leyes deben interpretarse según el sentido propio de sus palabras, sin violentar su sentido específico (CSJN, 27/07/1976, Fallos: 295:376).

De tal manera, ausente esa ley, prevista por el legislador no para la disposición, gestión o regulación sencillamente de la situación de embriones no implantados crioconservados, la eliminación de los mismos emerge a priori como una decisión contraria a la invocada protección legal, por tanto su libre disposición (y consecuentemente su eliminación causada por interrupción de los medios de conservación) resultan un escenario contrario a esa anunciada regulación, aún pendiente.

Si se ha previsto explícitamente una ley especial para esa mentada protección, y siendo que la eliminación de los embriones aparece como un temperamento claramente irreversible, dado que supone el fin de su existencia, inevitable resulta concluir que la operatividad de una ley protectoria futura resultaría estéril si se permitiera, sin más, el cese de los métodos de conservación de aquello que se pretende tutelar.

Se concluye pues, que el mentado "vacío legal" que impone la inexistencia de la procrastinada ley especial, no permite concluir per se la aplicación del principio de reserva contemplado por el CN: 19 (vgr. lo que no está prohibido, está permitido), pues afecta otro principio también emergente de aquella misma disposición Fundamental: el principio *alterum non laedere*.

Sobre estas cuestiones volveré más adelante.

IV. Determinada, entonces, la insoslayable necesidad de un pronunciamiento judicial en los casos que —como ocurre en la especie— se pretende interrum-

pir la crioconservación de embriones no implantados, entiendo que la autorización a tal fin peticionada no puede ser admitida.

Resulta harto debatida la naturaleza jurídica del embrión *in vitro*.

Y el debate en ese tema finca en si es acreedor de la condición y protección propia de toda persona humana, o no lo es.

Es más, las posiciones son tan férreas, que se discrepa que exista materia de discusión en este aspecto, negando la legitimidad misma de la argumentación contraria: los defensores de una y otra postura sostienen con absoluta convicción que ya se encuentra definida la cuestión a su favor en función de la letra misma de nuestro Derecho Positivo, sin que exista resquicio para debate alguno.

Al margen de tales convicciones, existe efectivamente un debate abierto en relación con la disposición hoy contemplada por el artículo 19 del Cód. Civ. y Com. de la Nación. Y el conflicto finca sustancialmente en la interpretación del concepto de "concepción" y su relación tanto con las restantes normas vinculadas del código (arts. 20, 21, 57, 560, 561, 562, 563 y 564, 566, 2279 y cc.), como con los tratados internacionales suscriptos por la República Argentina (CN:75-22) y otras normas vinculadas (ley 26.994:9; ley 26.862 —ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida— TRHA) y su decreto reglamentario (dec. 956/13).

En efecto, existen diversos criterios para determinar cuándo existe una vida distinta con idoneidad tal de reservar para sí la condición de persona humana conforme nuestro Derecho, en relación a la particular circunstancia del embrión *in vitro*.

Así puede mencionarse la fecundación como momento mismo de la concepción prevista por el Cód. Civ. y Com. de la Nación:19. Una vez fecundado el óvulo por el espermatozoide, constituye una célula única con dos núcleos de 23 cromosomas cada uno (ovocito pronucleado). Desde esta perspectiva, desde ese momento esa nueva vida merece la protección del derecho y el reconocimiento como persona.

Otros consideran que la concepción se da en la denominada singamia, evolución resultante luego de 24 horas de la fecundación, donde aparece el cigoto, célula con 46 cromosomas. El cigoto contiene —de manera individual e irrepetible— toda la información genética del nuevo individuo.

Otra corriente considera que la anidación (14 días después de la fecundación) resulta un hito cualitativo en la evolución del cigoto, considerado esta como la fijación en el útero materno. Se fundamenta este momento como dirimente en que hasta esa oportunidad, el núcleo puede dividirse y formar gemelos monocigóticos o univitelinos, o bien fundirse con otro u otros y constituir quimeras o mosaicos genéticos. Se remarca también que la mitad de los cigotos no logran anidar, por cuanto no resultaría lógico considerar —desde esta perspectiva— que exista vida humana antes de ese momento fundamental. Anidación y gestación parecen dos caras de una misma moneda. Se ha considerado aquí que "el embrión, carece de *status* legal y moral como persona o ser humano, por lo menos hasta los 14 días a contar de la fecundación en que concluye el proceso de anidación y comienza la diferenciación celular en embrión ya que antes de este término puede no anidar, transformarse en una mola o tumor o subdividirse gemelarmente... hasta ese momento nos encontraríamos con un preembrión que, si bien es vida humana y por ello debería tener un reconocimiento moral suficiente, no alcanza a ser una persona por nacer o persona (humana)" (las citas de los mentados criterios hasta acá son de Rivera, *Instituciones de Derecho Civil, Parte General*, T. I, 7ª edición, p. 679 y ss.).

Por último, se considera determinante para otorgar la protección de persona humana, la formación de los rudimentos del sistema nervioso central, mediante la génesis de la corteza cerebral y el dibujo del surco neural (Rivera, op. cit., p. 681; ver asimismo la medulosa obra de Noemí G. de Rempel, La Protección Jurídica del Embrión, donde no solo efectúa un detallado racconto de criterios científicos acerca del inicio del ser humano, sino también una valiosa comparación tanto de legislación extranjera como de los criterios seguidos por las grandes religiones monoteístas y análisis desde la filosofía; ed. EDIAR, p. 38 y ss.).

Estimo que este inacabado debate es importante, en la sencilla inteligencia que si se considera al embrión como persona humana, entonces sí tendrá la protección y la recepción de derechos que el extenso desarrollo de la sociedad le ha reconocido al ser humano. Y si no alcanza el *status* de persona humana, se hallaría reducido a la cosificación, a la ausencia de entidad, descartable, quizás transable, utilizable (v. Figueroa Yáñez, *El Embrión como persona y como Sujeto de Derechos*, en *Bioética y Derecho*, Bergel y Minyersky coordinadores, p. 283 y ss., quien en una postura algo pendular sostuvo que los embriones son cosas muebles, pero que merecen el trato que corresponde a la dignidad del hombre).

O bien una posición intermedia, en cuanto considera que el embrión *in vitro* no es persona pero tampoco es cosa, siendo pues una categoría distinta y novedosa (ver Lamm, *El Comienzo de la Personalidad Jurídica en el Cód. Civil y Comercial*, en *Rev. de Derecho Priva-*

do y Comunitario, Personas Humanas; ver también el meduloso trabajo desarrollado por Herrera y Lamm, *Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, en Bioética en el Cód. Civ. y Com. de la Nación (varios autores), ed. Thomson Reuters LA LEY, p. 363 y ss.).

La ley 26.862, vigente antes que el Cód. Civ. y Com. de la Nación, autoriza que existan embriones cuya implantación no se encuentre prevista (no hay un límite numérico para su creación), ni impone su implantación; asimismo, se prevé la existencia de "bancos de embriones", como es el caso acá. Ni esa norma ni el decreto reglamentario establecen positivamente la naturaleza jurídica del embrión.

Júzgase que no es función de un tribunal de Justicia definir aquello que es materia de un análisis interdisciplinario y merecedor de un debate profundo en el ámbito legislativo de nuestra sociedad, y que se ha preservado específicamente para una norma especial ulterior.

Sin embargo, el Derecho cuenta con elementos actuales suficientes para definir la cuestión, aún con ese debate abierto e inconcluso, y pendiente la legislación especial que regule tan delicada materia.

Considérese que existe cierto consenso en postular que la cuestión referida al estatuto jurídico del embrión, y particularmente del embrión *in vitro*, es derivación del avance de la biotecnología, por ende, materia de estudio de la bioética, y consecuentemente, objeto de análisis y consideración jurídica, de lo que se ha denominado bioderecho, que enlaza las normas jurídicas vinculadas a la bioética.

Autorizada doctrina ha entendido que la bioética es el estudio sistemático de las dimensiones morales —incluyendo visión moral, decisiones, conducta y políticas— de las ciencias de la vida y el cuidado de la salud, empleando una variedad de metodologías éticas en un espacio interdisciplinario (Hooft, en *Anancefalia e Interrupción del embarazo: una visión integradora a la luz de la bioética y los Derechos Humanos*; en Bergel-Minyersky, op. cit., p. 348, con cita de Reich, en *Encyclopedia of Bioethics*).

Bergel explica que la bioética, como derivación etimológica de los términos griegos "bios" y "ethike" (bios como significado de vida humana, no vida orgánica —*zoé*— y *ethos*, del que deriva *ethike*, con tres acepciones: carácter, costumbre y lugar), surgió como la expresión de la necesaria subordinación de la ciencia al hombre, como guardiana del respeto a la dignidad de la persona, particularmente en situaciones de gran vulnerabilidad. Con cita de Hottois, postuló que la definición de bioética no desemboca en la determinación de un concepto simple y unívoco, en tanto trata diversas cuestiones: aquellas suscitadas por los avances novedosos (investigaciones y aplicaciones) de tecnociencias biomédicas que implican la manipulación del ser vivo (especialmente el humano); cuestiones de dimensión ética; el desarrollo el doble plano práctico y discursivo; y el ámbito de confrontación de múltiples grupos de interés. Así concluye que es un problema bioético aspectos tales tan diversos como el estatuto del embrión humano, la solución perentoria de asignar un turno quirúrgico a un sujeto cuando el acceso es limitado (Bergel y AA, Bioética en el Código Civil y Comercial de la Nación, p. 4 y 19, ed. Thomson Reuters).

Asimismo, explica este autor —con cita de la *Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanosde la Unesco* de 2005— que la bioética circunscribe un ámbito especial de los derechos humanos: el vinculado a la protección del hombre frente a los avances de las tecnociencias y ante las acciones que vulneran las generaciones futuras.

Así, el objetivo común es, en definitiva, el resguardo de la dignidad humana.

La bioética participa, pues, de igual dinámica y apunta a los mismos objetivos que aquellos Derechos Humanos consagrados: la bioética entra en el campo ampliado de los derechos humanos para proteger la dignidad de los seres humanos en la esfera que le es reservada. Esto se explica claramente si se recuerda que tales derechos tienen su origen en los derechos del hombre propios de su condición y de su naturaleza intrínseca, conforme los inveterados principios de la Revolución Francesa de 1789.

Desde esta particular perspectiva, desde el prisma de los Derechos Humanos, entendidos estos en forma global como la proyección normativa de la naturaleza humana, o en otras palabras, como el ser humano como creación sagrada, revestida de juridicidad (Manili, *El bloque de constitucionalidad, La aplicación de las normas internacionales de derechos humanos en el ámbito interno*; 2ª ed., p. 48), se impone la adopción de un criterio precautorio ante el vacío legal.

En efecto, ante este escenario y la indiscutida —desde cualquier criterio que se aborde la cuestión— existencia de vida humana con una potencialidad latente y artificialmente creada y suspendida en su desarrollo producto del avance de la Ciencia y la Tecnología, el temperamento jurídicamente aceptable, conforme los elementales principios consagrados por la Constitución Nacional y los tratados internacionales de derechos humanos suscriptos por nuestra Nación, impone la conservación de los embriones *in vitro*.

Pues si bien es posible concluir que no existe una posición pacífica en cuanto a la naturaleza jurídica del embrión *in vitro*, cierto es que no es posible categorizarlo como una simple cosa, sujeta a la libre disposición, ni al ejercicio sobre sí del derecho de propiedad sencillamente, ni tampoco aparece armónica la identificación categórica como persona humana, considerase que el legislador —ante un debate social y multidisciplinar no concluido— lo ha dotado de una protección jurídica con el simple expediente de imponer en la ley 26.994:9 el deber del dictado de una ley especial que vele por su condición. El embrión humano tiene, así, un marco jurídico de protección que impide, en el estado actual de la regulación jurídica, disponer sin más de él, sea en la cesación de la crioconservación o en cualquier otra ajena al destino que han determinado los donantes genéticos, la naturaleza y el avance de la ciencia y de la tecnología médica.

Así se ha expuesto por un lado que el embrión goza de la protección propia que corresponde a todo ser humano, con independencia de su concepción en el vientre materno o su formación mediante técnicas de fecundación *in vitro*, ya que en ambos casos ostenta la condición de humanidad, vale decir, tiene la misma sustantividad humana (conf. Alterini, Jorge H. "Cód. Civil y Comercial comentado", T. I, p. 175).

El tratamiento del embrión humano, dada la fragilidad y vulnerabilidad, la potencialidad de desarrollo en una persona con todas sus capacidades y potestades, impone la adopción de un temperamento expectante y de un criterio protectorio, independientemente de la categorización jurídica que se le asigne: se trata de la génesis de la naturaleza misma de nuestra especie, que demanda dignidad y una consideración respetuosa de su existencia.

No es ajeno a mi consideración el debate suscitado por el texto final del artículo 19, citado tanto por los peticionarios como por el Sr. Fiscal de Cámara. Tampoco lo son los proyectos de ley que han transitado, sin mayor suerte, los claustros del Poder Legislativo, con la intención de llenar el vacío legal que generó la exclusión del mentado segundo párrafo de esa norma, conforme la redacción original del anteproyecto.

Sin embargo, no es menos cierto que esa disposición no existe en el actual articulado del Cód. Civ. y Com. de la Nación, y que los proyectos de ley no han pasado de ese estado en el Congreso. El intercambio de ideas, de valores y de consideraciones en la sociedad así lo han querido, y debe pues confiarse en la dinámica legisferante y el juego de los mecanismos democráticos (que conforman el núcleo de nuestra Constitución Nacional) que así lo han dispuesto. Su omisión no es, pues, casual o accidental. Desde esta óptica, no es posible darle a un párrafo eliminado en un artículo del Cód. Civ. y Com. de la Nación y a una ley inexistente una espectral vigencia que, efectivamente, no tienen en la realidad ni representan derecho positivo actual.

Ante la ausencia de la prevista ley de protección del embrión no implantado, conforme el artículo 9 de la ley 26.994, el temperamento a seguir no puede ser otro que preservar aquellos hasta tanto se de el imperioso debate con intervención multidisciplinar, intercultural y social y de dicte aquella normativa, a efectos de llenar definitivamente este vacío legal que, indefectiblemente, ha generado zozobra e incertidumbre tanto en los actores como en otras personas en iguales condiciones.

Invariablemente, este tópico debería tener un lugar destacado en la agenda legislativa de nuestro país.

Por lo demás, esta fundamentación no se advierte enervada con base en el fallo dictado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos con fecha 28/11/2012, en autos "Artavia Murillo y otros c. Costa Rica" (public. en LA LEY, 2013-A, 160), que ha sido citado por los peticionarios para fundar su pretensión, en el entendimiento que, a partir de la doctrina allí sentada, que por cierto estiman obligatoria, puede concluirse que el concepto de concepción debe ser interpretado como sinónimo de anidación y que el embrión no implantado, al carecer de toda posibilidad de desarrollo independiente, no resulta titular del derecho a vida receptado en el artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Ello así, pues aun cuando los pronunciamientos del referido tribunal constituyen una guía para la interpretación de los preceptos convencionales (conf. CSJN, Fallos: 318:514, 321:3555, 323:4130 y 335:1126, entre otros), no tienen carácter vinculante si no fueron dictados en procesos contenciosos contra el Estado argentino y dentro del marco de sus potestades remediales (conf. CSJN, Fallos: 340:47), a la vez que por aplicación del principio de efectividad mínima de los fallos dictados en aquel ámbito internacional, debe prevalecer la protección que rige en el derecho interno, en la medida que resulte más eficaz, tal como ocurre en el caso, donde se postula un marco tuitivo más amplio.

Precisamente en este sentido, ha sostenido la Corte Federal que los tratados internacionales únicamente pueden mejorar la tutela de los derechos y no empeorarla, de modo tal que no cabe entenderlos como restrictivos de las prerrogativas existentes en el ordenamiento interno al momento de su sanción (conf. CSJN, Fallos: 329:2986).

No se trata, pues, de desmerecer los motivos personales que han llevado a los peticionarios a manifestar que actualmente carecen de voluntad de formar una

familia, que no desean donar los embriones y que únicamente pretenden interrumpir su crioconservación, ni tampoco de desconocer el costo anual que —según denuncian— insumiría su mantenimiento, sino por el contrario, de adoptar una decisión que resulta acorde con la protección de la vida humana como un valor superior que entiendo debe ser reconocido en favor del embrión extracorpóreo y que la ausencia de una regulación específica que legisle en concreto su destino o utilización, solo impone la adopción de un temperamento expectante, sin frustrar las posibilidades que ese ser vivo inicial puede tener, máxime cuando el invocado derecho a no conformar una familia no resultaría afectado, al no imponerse aquí la compulsiva implantación de los embriones de que se trata.

A modo de conclusión, puede decirse pues que el legislador ha previsto en la mentada ley 26.994:9, entre las normas transitorias del Cód. Civ. y Com. de la Nación que "(l)a protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial" (Corresponde al artículo 19 del Cód. Civ. y Com. de la Nación)".

Siendo que esa normativa deberá contemplar no solo la regulación de embriones crioconservados, tanto aquellos que en el futuro se logren sino el destino de los actualmente ya existentes, conforme la ya vigente ley 26.862 y sus normas reglamentarias y complementarias, permitir su actual eliminación importa cuanto menos cercenar la chance de una regulación legal favorable a su posterior desarrollo, en franca contradicción a principios precautorios tales como la prevención del daño contemplada por el Cód. Civ. y Com. de la Nación:1710 y ss. (arg. CN: 19).

En efecto, siendo el embrión, indiscutidamente, la génesis de la especie humana, su consideración exige el máximo de los cuidados y máxima responsabilidad. El avance en la ciencia y la tecnología para el desarrollo de procedimientos de reproducción humana asistida imponen la regulación legal permanente, dinámica —no estática— e interdisciplinaria vinculada con el constante desarrollo del conocimiento humano.

De tal modo, la decisión "por defecto", ante la inexistencia de normativa específica, en contra del sentido tuitivo dispuesto por la ley 26.994:9 (Cód. Civ. y Com. de la Nación), para la imprescindible regulación de la situación de los embriones no implantados, no puede ser su destrucción sino su conservación. Pues la ulterior regulación, que necesariamente deberá regir la situación de los actuales y los futuros embriones obtenidos mediante técnicas de reproducción humana asistida y conservados a bajas temperaturas, requiere para su adecuada operatividad la necesaria y sencilla existencia o, más simplemente, vida de ellos. Es evidente que siendo que esa normativa se encuentra aún pendiente como derecho positivo, la destrucción aparece como un evento irreversible e inaceptable en función de tales objetivos.

En sentido análogo se ha resuelto que los embriones no implantados, después de la realización de un estudio de diagnóstico genético preimplantatorio, deben recibir protección jurídica a través de una medida cautelar de no innovar para su crioconservación, que prohíba cualquier manipulación, destrucción o descarte de aquellos, hasta tanto se dicte la ley a la que alude el art. 9 de la ley 26.994 (conf. Cám. Fed. San Martín, sala I, 12/11/2014, "G., y S. c. OSDE s/ prestaciones médicas"; AR/JUR/52907/2014).

No se desconoce el conflicto de intereses que se evidencia en los peticionarios y en la protección de la vida de los embriones aquí propuesta. Ni de manera alguna puede ser cuestionado un conflicto que debió ser evitado mediante una disposición legal largamente demorada, como bien exponen en el escrito inaugural.

Sin embargo, como correctamente se indica en el dictamen del Fiscal de Cámara, el derecho a la salud reproductiva y la voluntad de procrear que sin duda asiste a los peticionarios, no pueden en el actual estado de la legislación vigente considerarse comprensivos de la posibilidad de decidir el descarte o la destrucción de los embriones que se han formado extracorpóreamente y no han sido implantados, pues —como fue desarrollado más arriba— resulta innegable que aun cuando se discuta su condición jurídica, existe un inequívoco ámbito de tutela del que derivan límites y restricciones, que justamente obstan a que se proceda del modo pretendido por los peticionarios.

Nótese que más allá de las normas precedentemente citadas y de aquellas contenidas en los tratados internacionales reseñados por los Ministerios Públicos, el artículo 57 del Cód. Civ. y Com. de la Nación también contempla un claro marco de protección, al prohibir las prácticas destinadas a producir una alteración genética de los embriones, que se transmita a su descendencia, sin formular distinción alguna según se trate de concepción corpórea o extracorpórea.

De allí que, con independencia de la condición jurídica que pudiera asignarse al ovocito, existe un infranqueable ámbito de tutela que corresponde respetar, que impone su preservación y que, por ende, veda su descarte o destrucción, máxime cuando se está en presencia de alternativas menos gravosas, que no conllevan la conculcación de los derechos de quienes en su oportunidad exteriorizaron su voluntad de procrear, ya que en la especie no se dirime puntualmente una temática que involucre el derecho a la salud o a la libertad reproductiva de los interesados, quienes válidamente pueden decidir la no realización de nuevos

tratamientos, sin que para ello sea necesaria la interrupción de la crioconservación.

En tal contexto, tampoco las normas contenidas en la ley 26.529, texto según ley 26.742, permiten convalidar la solución propuesta por el juez de grado, toda vez que no se advierte configurado en el caso un supuesto de enfermedad irreversible o incurable, ni un estadio terminal, que pudieran justificar la autorización para el retiro de las medidas de soporte vital extraordinarias o desproporcionadas, en los términos previstos en los artículos 2°, inciso e) y 5°, inciso g) del citado cuerpo normativo, en especial, cuando no ha sido siquiera invocada la inviabilidad de los embriones en cuestión.

Por último, la ley de interrupción del embarazo invocada por los actores (arg. ley 27.610) plantea una falsa analogía y una equivocada asimilación respecto de los ribetes del asunto en examen.

Ello pues los valores jurídicos allí contemplados, y la resolución de la preeminencia de intereses jurídicos en juego consultados en esa normativa, tiene la singular intervención de los derechos fundamentales de la gestante involucrados en la regulación, además de considerar la situación de embarazo de esa persona (arg. ley 27.610:2), escenario manifiestamente ajeno en la cuestión vinculada a embriones *in vitro*.

Su inaplicabilidad en la especie aparece, pues, manifiesta y por ende exime de mayores consideraciones acá.

En función de la decisión tutelar que estimo cabe adoptar, conforme las consideraciones precedentemente expuestas y el principio protectorio aquí operativo, entiendo que corresponde revocar el pronunciamiento recurrido y, en consecuencia, desestimar el pedido de autorización solicitado en autos, así como también dar intervención —en la instancia de grado— al Ministerio Público de la Defensa aquí apelante, para que sin perjuicio de la posición contractual de los peticionarios respecto de la empresa que gira con el nombre de fantasía "Procrearte", puedan adoptarse las diligencias pertinentes para el debido cumplimiento de la decisión de este Tribunal en relación con la preservación de los embriones cuya consideración ha sido materia de estas actuaciones. — *Gastón M. Polo Olivera.*

Reconocimiento del inicio de la vida humana desde la concepción

Eduardo A. Sambrizzi

Sumario: I. El caso en análisis.— II. Lo resuelto por la Cámara.— III. Nuestro comentario.— IV. Conclusiones.

I. El caso en análisis

Una pareja o matrimonio —ello no resulta del fallo— solicitó autorización judicial para disponer el cese de la crioconservación de los embriones que habían hecho fecundar y crioconservar en una empresa especializada a tales efectos, dado que habían decidido no transferirlos a la mujer en el futuro.

II. Lo resuelto por la Cámara

Al revocar lo decidido por el magistrado de grado, que había sido apelado por la Defensora de Menores y sostenido el recurso en Cámara —con lo que coincidió el Ministerio Público Fiscal—, la sala G de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil resolvió por unanimidad con fecha 9 de abril de 2021, rechazar la acción y disponer que en primera Instancia se dé intervención al Ministerio Público de la Defensa para que adopte las medidas que considere pertinentes para la protección de los embriones de que se trata.

Al fundamentar la decisión, el Tribunal consideró inexacta la afirmación de la sentencia apelada en el sentido de que la situación se asi-

milaba a aquella en la que a los progenitores les corresponde decidir si retiran las medidas de soporte vital a las que está sometido el hijo para evitar prolongar en el tiempo un estado irreversible o incurable, dado que —se sostuvo— en el caso no se ha diagnosticado enfermedad alguna ni los embriones se encuentran en un estadio terminal. Pudiendo la situación en la que estos se encuentran —dijeron— ser continuada a través de la denominada adopción prenatal o dación de embriones o entrega con fines reproductivos.

El Tribunal señaló, asimismo, que los embriones no implantados cuentan con la protección que se le debe a todo ser humano, por cuanto en nuestro ordenamiento jurídico la existencia de la persona comienza con su concepción, no habiendo el art. 19 del Cód. Civ. y Com. diferenciado la condición jurídica del embrión implantado del no implantado. Y que el hecho de que si el embrión no se implantara en el útero no podría desarrollarse por no recibir en tal caso los nutrientes necesarios ni estar en un ambiente adecuado, es similar al supuesto del recién nacido que es inmediatamente abandonado a su suerte, no dudándose en tal caso de la protección que merece. Se agregó asimismo que si bien hasta ahora no se dictó una ley especial de protección del embrión —a lo que se hizo mención en el art. 9° de la ley 26.994—, resulta claro que la intención del legislador en tal sentido no coincide con la destrucción pretendida por los peticionantes.

Entre otros conceptos, el Tribunal entendió que el embrión detenta la condición de humanidad, pero aun cuando ello se considerara una cuestión controvertida, se impondría la aplicación del principio precautorio, según el cual, ante situaciones de incertidumbre científica, manda evitar los daños graves e irreversibles, como los que tendrían lugar con su destrucción.

Al proceder a ampliar los fundamentos, el Dr. Bellucci señaló las distintas razones que hacen inaplicable al caso la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo "Artavia Murillo", y entre otros varios argumentos, puso de relieve que en ninguna disposición el Código Civil y Comercial autoriza para tomar decisiones para quitar la vida a los embriones concebidos por una técnica de procreación.

A su vez, el Dr. Polo Olivera afirmó, entre otros conceptos, la necesidad de una autorización judicial para proceder como se requirió en la demanda, requerimiento al que no corresponde hacer lugar por distintas razones, a las que hace mención en su voto. Luego de reseñar las distintas doctrinas existentes con relación a la personalidad humana del embrión, sostuvo dicho magistrado que ante la inexistencia de una norma jurídica que establezca la naturaleza jurídica del embrión y la indiscutida existencia de vida humana con una potencialidad latente y artificialmente creada y suspendida en su desarrollo, el temperamento jurídicamente aceptable conforme los principios consagrados en la CN y los tratados internacionales de derechos humanos, impone la conservación de los embriones *in vitro*. Ya que —dijo— "si bien es posible concluir que no existe una posición pacífica en cuanto a la naturaleza jurídica del embrión *in vitro*, cierto es que no es posible caracterizarlo como una simple cosa, sujeto a la libre disposición, ni al ejercicio sobre sí del derecho de propiedad sencillamente, ni tampoco aparece armónica la identificación categórica como persona humana"; además de que el legislador lo ha dotado de una protección jurídica independientemente de la categorización jurídica que se le asigne, no solo en el art. 57 del Cód. Civ. y Com., sino también al disponer en el art. 9° de la ley 26.994 el dictado de una ley especial que vele por su condición, lo que le da un marco jurídico de protección, que impide disponer sin más de él. "Se trata —se agrega— de la génesis de la naturaleza misma de nuestra especie, que demanda dignidad y una consideración respetuosa de su existencia".

Entre otras afirmaciones, considera el Dr. Polo Olivera que "el derecho a la salud reproductiva y la voluntad de procrear que sin duda asiste a los peticionarios, no pueden en el actual estado de la legislación vigente considerarse comprensivos de la posibilidad de decidir el descarte o la destrucción de los embriones que se han formado extracorpóreamente y no han sido implantados, pues... resulta innegable que aun cuando se discuta su condición jurídica, existe un inequívoco ámbito de tutela del que derivan límites y restricciones, que justamente obstan a que se proceda del modo pretendido por los peticionarios". Máxime, agrega, "cuando se está en presencia de alternativas menos gravosas, que

no conllevan la conculcación de los derechos de quienes en su oportunidad exteriorizaron su voluntad de procrear, ya que en la especie no se dirime una temática que involucre el derecho a la salud o a la libertad reproductiva de los interesados, quienes válidamente pueden decidir la no realización de nuevos tratamientos, sin que para ello sea necesario la interrupción de la crioconservación".

Por último, sostiene dicho magistrado que la ley 27.610 de interrupción del embarazo invocada por los actores, plantea una falsa analogía y una equivocada asimilación al caso en examen, pues la situación de embarazo de quien requiere abortar constituye un escenario manifiestamente ajeno a la cuestión relacionada con los embriones crioconservados.

III. Nuestro comentario

Por nuestra parte, coincidimos con la solución a la que llegó el Tribunal, por entender que el embrión humano, sea que se encuentre crioconservado o no, es una persona humana desde la fecundación —que se produce con la penetración del óvulo por el espermatozoide—, lo que hace que este goce de todos los derechos que corresponden a la persona humana, entre otros, a vivir, lo que impide que pueda prosperar el reclamo de cese de la crioconservación efectuado en la demanda.

III.1. Momento del comienzo de la vida del ser humano

A partir del momento en que se conjugan los 23 cromosomas paternos con los 23 maternos, quedando de tal manera impreso un nuevo y único código genético, se crea un nuevo ser, irrepetible, con una autonomía y una identidad genética propia, distinta a la de sus padres, el cual posee la potencialidad suficiente como para continuar desarrollándose hasta su nacimiento mediante un proceso irreversible y continuo.

Esa individualidad genética que tiene el nuevo ser desde el momento de la fecundación, hace que sea un individuo distinto a sus padres. Desde ese momento el ser humano no desarrolla cambio alguno de carácter *sustancial*, y el hecho de que todos y cada uno de los seres vivos lleve el mismo material genético durante toda su vida, no puede sino significar que ese ser pertenece *desde un comienzo de su existencia* a una especie determinada —la humana—, no pudiendo nunca cambiar de especie **(1)**. Como ha sostenido la Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe en la *Declaración sobre el aborto* de fecha 18 de noviembre de 1974, desde el momento de la fecundación del óvulo queda inaugurada la vida de un nuevo ser, que *no llegará a ser nunca humano si no lo es ya entonces*. Y aun cuando se produce un pequeño espacio de tiempo entre la fecundación y el momento en que ese nuevo ser tiene una individualidad genética propia, ello no significa que desde aquel instante no se lo deba respetar en su integridad e individualidad, lo cual determina su dignidad y sus derechos. Carece de sentido sostener que comenzamos nuestra vida siendo un ser que todavía no es humano, por lo cual resulta claro que el respeto a la vida humana se impone desde que comienza el proceso de la generación.

Como afirma Vicente Bellver Capella, la potencialidad antes mencionada de desarrollarse hasta el nacimiento, se encuentra ya en el huevo recién fecundado, formado por una sola célula, pero con toda la dotación genética para llegar a desarrollar un ser humano en su plenitud **(2)**. Y una reconocida autoridad científica como lo es el Profesor Jerome Lejeune, pone de relieve que "la fecundación extracorpórea es la demostración experimental en nuestra especie de que el hombre comienza en el momento mismo de la fecundación. Es decir, que el comienzo del ser humano no es ya una cuestión metafísica sino una demostración experimental" **(3)**.

Ese continuo desarrollo de la persona desde el momento en que se produce la fecundación ha

(1) RODRÍGUEZ VARELA, Alberto, "Persona humana, experimentación y clonación", ED, 171-1052. Conf., LUCAS LUCAS, Ramón L. C., "El estatuto antropológico del embrión humano", en Identidad y Estatuto del embrión humano, AA.VV., Madrid, 2000, p. 161.

(2) ¿Clonar? Ética y derecho ante la clonación humana, Granada, 2000, pág. 137. Ver asimismo al respecto, OBIGLIO, "En Homenaje al Nascituro", en Revista de la Corporación de Abogados Católicos, julio de 2000, año IV, n° 6.

(3) LEJEUNE, J., cit. por BASSO, Domingo M., en Nacer y morir con dignidad. Bioética, 3ª ed., Buenos Aires, 1993, ps. 332 y 333, nota 106.

sido puesto de relieve, entre otros, por el Consejo de Europa, que en la Recomendación n° 1046 sobre la utilización de embriones y fetos humanos con fines diagnósticos, terapéuticos, científicos, industriales y comerciales, del año 1986, afirmó que "desde la fecundación del óvulo, la vida humana se desarrolla en un proceso continuo, de modo que no son posibles diferenciaciones claras a lo largo de las primeras fases (embrionarias) de su desarrollo..." (n° 5), y que "el embrión y feto humanos deben ser siempre tratados con el respeto debido a la dignidad humana..." (n° 10).

Debemos sobre el tema recordar que, entre otros documentos similares, la Academia Nacional de Medicina emitió con fecha 23 de noviembre de 1995 una Declaración en el sentido de que "la puesta en marcha del proceso de formación de una vida humana se inicia con la penetración del óvulo por el espermatozoide" **(4)**. Por su parte y reiterando declaraciones anteriores en igual sentido **(5)**, en un documento del 28 de julio de 2020 denominado "Declaración en Defensa de la Vida y Petición de Veto", la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires sostuvo que el comienzo de la vida humana se produce con la concepción. También es ilustrativo al respecto recordar la fórmula de juramento del galeno adoptada en Ginebra por la Asamblea General de la Asociación Médica Mundial en el año 1948, que dice así: "Mantendré el absoluto respeto de la vida humana desde la concepción, incluso bajo la amenaza, jamás admitiré el empleo de mis conocimientos médicos contra las leyes de la humanidad" **(6)**.

Señalamos, asimismo, que en numerosos documentos de la Iglesia se ha explicitado con una claridad incuestionable que la vida humana comienza desde la concepción, y como consecuencia, la necesidad de respetarla desde ese momento, debiendo entre muchos otros recordar lo expresado en tal sentido en la Instrucción *Donum Vitae* **(7)**, la Constitución *Gaudium et Spes* y la *Carta de los Derechos de la familia*. Por su parte, la Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe ha sostenido en la *Declaración sobre el aborto procurado* de fecha 18 de noviembre de 1974, que desde el momento de la fecundación del óvulo queda inaugurada la vida de un nuevo ser, que *no llegará a ser nunca humano si no lo es ya entonces*. Y aun cuando se produce un pequeño espacio de tiempo entre la fecundación y el momento en que ese nuevo ser tiene una individualidad genética propia, ello no significa que desde aquel instante no se lo deba respetar en su integridad e individualidad, lo cual determina su dignidad y sus derechos. Por lo que en la Encíclica *Evangelium Vitae*, de San Juan Pablo II, se declara de modo solemne que "la eliminación directa y voluntaria de un ser humano es siempre gravemente inmoral".

III.2. El respeto que se debe al ser humano desde la concepción y la dignidad que tiene toda vida humana

Es importante destacar la necesidad del respeto a la vida humana, valor primario en el que se fundamentan los demás valores de la persona, ya que, sin vida, los demás derechos no tendrían existencia posible. Y ese derecho es patrimonio de todo hombre, por el solo hecho de serlo, por lo que no puede encontrarse a disposición de la voluntad, mayoritaria o no, de las demás personas.

Ese derecho a la vida corresponde al ser humano desde el comienzo de su existencia embrionaria, sea que el embrión se encuentre en el seno materno o fuera de él, como ocurre —en este último caso— en el supuesto de los embriones crioconservados, e implica el deber de respetarla desde el comienzo de su existencia hasta su conclusión en forma natural, omitiendo toda acción u omisión que pudiera conducir a la muerte, debiendo asimismo el Estado poner en

(4) Cit. por RODRÍGUEZ VARELA, Alberto, en "Persona humana, experimentación y clonación", ob. cit., ED, 171-1052.

(5) De fechas 11 de agosto de 1994, 12 de julio de 2007, 13 de noviembre de 2014, conjunta con la Academia nacional de Ciencias Morales y Políticas del 2 de julio de 2015, y 20 de marzo de 2018.

(6) Cit. por BANCHIO, Enrique Carlos, "Status jurídico del nasciturus en la procreación asistida", LA LEY, 1991-B, 833, V.

(7) En dicha Instrucción se afirma que en el cigoto resultado de la fecundación ya está constituida la identidad biológica de un nuevo ser humano, irrepetible, por lo que debe ser respetado y tratado como persona y se le deben reconocer los derechos de la persona, principalmente el derecho a la vida.

ejercicio todos los mecanismos que fueran necesarios para protegerla. Es un derecho irrenunciable, aun cuando se descubra en la persona cualquier patología, y al ser el embrión una persona, no puede negársele el elemental derecho a vivir, a nacer. La libertad de vivir y su expresión jurídica en el derecho a la vida constituye un atributo inseparable de la persona humana, que condiciona su existencia con el consecuente desenvolvimiento material y espiritual de los hombres. Sin vida, se ha dicho, no hay libertad.

Y esa vida tiene una dignidad que ha sido reconocida por la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, del año 1948. En efecto, la persona humana tiene una dignidad que es inherente a su carácter de tal y que deriva del hecho de constituir un ser que ha sido creado a imagen y semejanza de Dios, así como por tener un fin trascendente. Por la dignidad que esas circunstancias le confieren, tiene una serie de derechos fundamentales, de carácter inviolable y que no pueden ser impunemente conculcados; lo que es así con independencia de su condición, de su estado de salud, de su raza y de cualquier otra circunstancia. Cualquiera que sea la situación física o psíquica en la que se encuentre la persona, esta conserva siempre su dignidad —desde la concepción hasta la muerte—, la cual no es susceptible de grados: no podemos ni perderla ni ganarla, incrementarla o disminuirla, ni está sujeta a la calidad de la vida, por lo que no varía por la enfermedad o el sufrimiento, la malformación o la demencia.

Como ha sostenido Alberto Rodríguez Varela **(8)**, el reconocimiento de la individualidad y dignidad de la persona desde el momento de la concepción lo encontramos en la tradición judía, habiendo correspondido a ese pueblo la misión de elaborar los principios y los fundamentos de un nuevo humanismo, que el Cristianismo prolonga y amplía, con lo que la visión humanista alcanza dimensiones infinitas, produciendo de tal manera la más profunda conmoción hasta hoy acaecida en la historia de la humanidad. Con el cristianismo —señala dicho autor— todo hombre, por el solo hecho de serlo y dada su vocación de eternidad, aparece ornado de una suprema dignidad; la ley natural, agrega, enseñada por autores cristianos cuyos expositores alcanzaron singular brillo durante la Edad Media, y que en los siglos XVI y XVII recibieron un nuevo esplendor de los autores españoles de esos siglos, propone una verdadera revolución jurídica, en la medida en que apunta al reconocimiento de la dignidad inherente a toda persona.

No obstante, señala Rodríguez Varela que el racionalismo, que tuvo un auge relevante en épocas posteriores, al prescindir del derecho natural llevó a un cambio que trajo trágicas consecuencias en el largo proceso histórico, ya que después de descubrir la idea de los *derechos humanos* como inherentes a toda persona y previos a toda Constitución y legislación, incurre hoy en una sorprendente contradicción, pues justo en una época en la que se proclaman solemnemente los derechos inviolables de la persona y se afirma públicamente el valor de la vida, el derecho a la vida misma queda prácticamente negado y conculcado, en particular en los momentos más emblemáticos de la existencia, como son el nacimiento y la muerte.

III.3. El comienzo de la vida humana en nuestro derecho

En nuestro derecho la cuestión del comienzo de la vida es claro, por cuanto de acuerdo con lo dispuesto por el art. 19 del Cód. Civ. y Com., *la existencia de la persona humana comienza con la concepción*.

Ello también resulta de la ley 23.849, que, al aprobar la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas con fecha 20 de noviembre de 1989, formuló una *Declaración interpretativa* con respecto al art. 1º de la Convención, en el sentido de que debía interpretarse que *se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad*. Y al igual que lo que resulta del precitado art. 19 del Cód. Civ. y Com., dicha ley tampoco distingue —en el supuesto de que la concepción hubiera ocurrido fuera del seno materno— si los embriones así obtenidos fueron o no implantados a una mujer, como, en cambio, sí distinguía el art. 19 del Proyecto de Reformas a dicho Código, que en tal caso admitía el comienzo de la vida de la persona solo si se hubiera producido esa

(8) "Aproximación a la Persona por Nacer", Bs.As., 2006, 2ª ed.

implantación **(9)**. No podemos dejar de señalar que con la disposición proyectada se incurría en una injusta discriminación -además de atentarse contra el principio de igualdad consagrado en el art. 16 de la CN— entre los embriones que se hallan dentro del cuerpo de la mujer, por una parte, y por otra, los que no hayan sido transferidos a esta, de lo que resulta que, a diferencia de aquellos, estos últimos no serían *personas*; y ello no obstante no existir entre ellos diferencia ontológica alguna **(10)**. Quizás no esté de más poner el acento en que la Convención sobre los Derechos del Niño tiene jerarquía constitucional (conf. art. 75 inciso 22 CN), habiendo sido esta —tal como resulta del texto de ese inciso— incorporada a la Constitución *en las condiciones de su vigencia*, o sea, con la referida Declaración interpretativa **(11)**. Queremos asimismo recordar que el art. 6° de la Convención, textualmente expresa lo siguiente: "1. Los Estados Parte reconocen que todo niño tiene derecho intrínseco a la vida. 2. Los Estados Parte garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño".

En distintas Declaraciones o Convenciones internacionales también incorporadas a la CN (art. 75, inc. 22), se ha reconocido el derecho a la vida, debiendo al respecto y entre otras, recordar el art. 3° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, del año 1948, el art. I de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el mes de diciembre de 1966 y aprobado por la ley 23.313, cuyo art. 6° proclama que "todo ser humano tiene derecho a la vida". También se reconoce ese derecho en la Convención Americana sobre Derechos Humanos —más conocida en nuestro país como Pacto de San José de Costa Rica—, acordada por la Organización de Estados Americanos el 22 de noviembre de 1969 y aprobada por la ley 23.054, en que se dispone que toda persona tiene derecho a que se respete su vida y, en general, a partir del momento de su concepción, sin hacerse distinción alguna sobre el lugar en el que esta se produce; y también, entre otros conceptos, que la pena capital no podrá ser aplicada a una mujer embarazada, lo que significa un claro —aunque indirecto— reconocimiento de un interés en la protección de la vida de la persona concebida, distinto al interés de la vida de la madre.

Debemos también recordar que en las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en la ciudad de Rosario en el mes de septiembre de 2003, se aprobó por mayoría en la Comisión n° 1 —en la que se trató el tema del comienzo de la vida—, que "la existencia de la persona humana comienza con su concepción, entendida como fecundación y a partir de ese momento tiene derecho a que se respete su vida, integridad física, psíquica y moral. El inicio de la vida humana coincide con el comienzo de la persona humana". También se aprobó por mayoría un agregado que propusimos, y que de alguna manera completa lo recién transcripto, en el sentido de que "la fecundación se produce con la penetración del óvulo por el espermatozoide". Recordamos asimismo que en las IV Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil, celebradas en la ciudad de San Juan en el mes de agosto de 1989, se resolvió en forma unánime que "el desafío que la genética ofrece a los estudiosos del derecho exige establecer como principio fundamental el respeto incuestionable a la persona humana desde el momento de su concepción".

En similar sentido, nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación afirmó que "el derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana, preexistente a toda legislación positiva, y que resulta garantizado por la Constitución Nacional (doctrina de Fallos: 323:1339, entre muchos), derecho presente desde el momento de la concepción, reafirmado con la incorpora-

(9) La disposición proyectada establecía que "la existencia de la persona humana comienza con la concepción en el cuerpo de la mujer o la implantación en ella del embrión formado mediante técnicas de reproducción humana asistida".

(10) Véase al respecto, MEDINA, Graciela, "De la naturaleza jurídica y los derechos patrimoniales y extrapatrimoniales del embrión de probeta", en Derecho de Familia, Libro en Homenaje a la Dra. María Josefa Méndez Costa, Santa Fe, 1991, p. 332.

(11) Conf., entre muchos otros, BASSET, Úrsula C., "Derecho a la vida del no nacido en la Convención sobre los Derechos del Niño", ED, diario del 07/07/2008, y autores citados en nota 11, donde recuerda en igual sentido un Dictamen de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires sobre los Tratados Internacionales y la Supremacía de la Constitución Nacional, de fecha 25/08/2005.

ción de tratados internacionales con jerarquía constitucional" **(12)**. Asimismo, con fecha 5 de marzo de 2002 nuestro más Alto Tribunal sostuvo en el juicio de amparo que inició la Asociación Civil sin Fines de Lucro Portal de Belén contra el Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación con la finalidad de que se le ordene revocar la autorización y se prohíba la fabricación, distribución y comercialización del fármaco de nombre Inmediat, por tratarse de una píldora con efectos abortivos, que para el comienzo de la vida humana no era necesaria la implantación o anidación del óvulo fecundado en el útero materno **(13)**. Recordamos asimismo una sentencia del año 2015 la Cámara Federal de Salta, en la que se reconoció la personalidad desde la concepción de los embriones crioconservados, lo que resultaba —afirmó dicho Tribunal— tanto del Código Civil derogado, como inclusive, en forma más clara todavía, del art. 19 del Cód. Civ. y Com. **(14)**. El reconocimiento de la personalidad del embrión —implantado o no— al que aludió el Tribunal, lo llevó, como lógica consecuencia, a la necesidad de disponer su protección y, por tanto, a resguardarlo en la mayor medida posible de su eventual pérdida o destrucción.

III.4. Con respecto a la protección de los embriones crioconservados y los principios de la bioética

Como más arriba recordamos, el Tribunal dispuso que en primera Instancia se dé intervención al Ministerio Público de la Defensa para que adopte las medidas que considere pertinentes para la protección de los embriones de que se trata. De tal manera, se preocupó por la integridad y el destino de los embriones, en resguardo del principio *pro homine* y en línea —agregamos nosotros— con los aspectos bioéticos contenido en el informe Belmont **(15)** de beneficencia, no maleficencia, autonomía y justicia.

Cabe señalar que aparte de dichos principios —que son considerados tradicionales de la bioética—, de claro predicamento en el mundo cultural anglosajón, existen otros que propone la bioética personalista, que pone fundamentalmente el acento en la persona a través de la defensa de la vida humana desde la concepción hasta su muerte *natural*, por oposición a *provocada*. Con relación a lo cual debe tenerse presente que la persona humana es un fin en sí misma, siendo desde la concepción un sujeto, y no un objeto. En ese sentido y tal como ha señalado Elio Sgreccia, la bioética debe ser "una ética racional que, a partir de la definición del dato científico, biológico y médico, analice racionalmente la licitud de la intervención humana sobre el hombre. Esta reflexión ética tiene su polo inmediato de referencia en la persona humana y en su valor trascendente, y su referencia última en Dios, que es el valor absoluto... Esta reflexión ética abarca el amplio campo de la experimentación biológica y del ejercicio de la medicina y se concreta en el análisis de múltiples casos concretos" **(16)**.

En la visión personalista, que parte de la base de la unidad del cuerpo y el espíritu —que existe en el embrión desde el momento de la fecundación— y que reconoce la dignidad de la persona humana en todo hombre desde el inicio de su existencia y hasta su fin natural, se fundan los principios de la bioética personalista, los

(12) CSJN, "Sánchez, Elvira Berta c. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos", dictamen de la Procuración General del 28/02/2006 y votos de los ministros Highton de Nolasco y Eugenio Zaffaroni. Véase sobre este fallo, TOBÍAS, José W., "El derecho a la vida de la persona por nacer", LA LEY, 2007-F, 797.

(13) ED, 197-13, con nota de BADENI, Gregorio, "El derecho a la vida".

(14) ED, diario del 10/11/2015, con nota aprobatoria nuestra, "La protección de la vida de los embriones criopreservados".

(15) Dicho informe fue emitido en el año 1978 por una Comisión Nacional creada por el Congreso de los Estados Unidos con la finalidad de identificar los principios éticos básicos que deberían guiar la investigación a realizar con seres humanos en las ciencias del comportamiento y en biomedicina. Véase al respecto, ATIENZA, Manuel, "Juridificar la bioética", en Bioética y derecho. Fundamentos y problemas actuales, AA.VV., México, 1999, p. 64; TINANT, Eduardo Luis, «Antología para una Bioética Jurídica», Buenos Aires, 2004, ps. 20 y ss., III.

(16) SGRECCIA, Elio, "Manual de Bioética", México, 1996, p. 42, cit., por BOCHATEY, Alberto G., «Bioética: El camino de la ética médica en el nuevo milenio», en Vida y Ética, AA.VV., publicación del Instituto de Bioética de la Facultad de Posgrado en Ciencias de la Salud, de la Pontificia Universidad Católica Argentina, diciembre 2002, año 3, nº 2, p. 120.

que, siguiendo a Sgreccia **(17)**, seguidamente señalamos: a) Principio de defensa de la vida física **(18)**; b) Principio de totalidad o terapéutico **(19)**; c) Principio de la libertad y responsabilidad **(20)**; d) Principio de la sociabilidad y subsidiariedad **(21)**.

Es fundamentalmente en línea con los principios personalistas de la bioética, que corresponden de la protección del embrión humano, debiendo estos aunarse con el avance de la ciencia. Pero cuidado, puesto que sin perjuicio de reconocer y destacar los enormes beneficios que la ciencia puede aportar a los distintos pueblos a través de la investigación básica y las aplicaciones tecnológicas, resultan claramente innegables los peligros que entraña una ciencia desprovista de una ética fundada firmemente en la naturaleza de la persona humana. Lo que es así, dado que, como es innegable, la capacidad científica y tecnológica del hombre puede ser utilizada tanto para el bien del ser humano, como en su contra. Rubén Revello ha dicho con relación al tema, que "los múltiples y verdaderos avances de la ciencia, la potenciación de los mismos y su rápida aplicación a la vida de las personas por parte de la técnica hace de nuestros días un momento privilegiado para el progreso. Al mismo tiempo, una ciencia que permanezca indiferente a valores tales como el respeto por el ser humano o a la prudencia en su aplicación corre el riesgo de salirse de cauce y poner en riesgo la existencia misma del hombre" **(22)**. Siguiendo esas mismas pautas, Alberto Bochatey ha sostenido que "si las novedades científicas y tecnológicas de nuestra era no son presentadas al mundo de forma completa y plena, es decir, con su marco ético entre otras cosas, lejos de ser grandes avances pueden pasar a ser la ruina de la humanidad" **(23)**, habiéndose afirmado sobre el tema que acaso como nunca antes, se hallan actualmente en juego la supervivencia tanto del ser humano como de los restantes seres vivos en su medio ambiente, con relación a lo cual la bioética tiene mucho para decir y aportar **(24)**.

Señalamos, por último, que en su libro *Bioética: puente hacia el futuro*, el profesor Van Rennselaer Potter afirma que debe haber una comunicación entre la ciencia y la ética, que deben complementarse, ya que la ciencia no pue-

(17) SGRECCIA, Elio, "La bioética personalista", en Vida y Ética, AA.VV., año 2, nº 2, ps. 14 y ss.

(18) La vida física es el valor fundamental de la persona, porque sin el cuerpo, la vida no puede existir, como tampoco puede existir la libertad, puesto que para ser libre es necesario tener vida. Señala Sgreccia que cuando la libertad suprime la vida, se suprime a sí misma, lo que hace que el aborto o la eutanasia no pueden nunca celebrar la libertad, porque su fin es la supresión de la vida.

(19) La persona, incluido el organismo, es una totalidad, de lo que se deriva el principio terapéutico, por el cual es lícito intervenir en una parte del cuerpo cuando no hay otra forma para sanar la totalidad. Para lo cual se requiere el consentimiento de la persona, la esperanza de éxito y la imposibilidad de curar la totalidad sin la intervención. Lo que legitima la intervención médica y quirúrgica sobre el cuerpo.

(20) Si bien la persona es libre, la libertad debe ser utilizada para conseguir el bien de sí mismo y el del resto de las personas, que han sido confiadas a la responsabilidad humana. No puede celebrarse la libertad sin celebrar la responsabilidad, dice Sgreccia, quien agrega que "la Bioética no puede ser una Bioética simplemente del libertinaje, de una libertad sin responsabilidad, sino, por el contrario, debe ser una Bioética de la responsabilidad frente a las otras personas, frente a sí mismo y, ante todo, a la propia vida, a la vida de los otros hombres, de los otros seres vivientes".

(21) Dado que la persona se encuentra inserta en la sociedad —en realidad, es el centro de la sociedad—, la misma debe ser beneficiaria de toda la organización social, porque la sociedad se beneficia de la persona, de todo Hombre y de todos los Hombres. Por lo que este carácter social debe respetarse en la ciencia y en la medicina. Toda persona es responsable tanto de su salud, como de la salud de los otros, así como de las condiciones de salud que encontramos en nuestro medio ambiente. En este sentido, la relación social es también ayudada por el concepto de subsidiariedad, que significa que todo el bien que puede hacer la persona por sí misma, o las personas asociadas, debe ser respetado. Asimismo, el principio de subsidiariedad también implica que todos los que no pueden ayudarse a sí mismos, deben ser ayudados por los demás, en la alimentación, en la instrucción, en la salud, pudiendo definirse también el principio de subsidiariedad como solidaridad.

(22) REVELLO, Rubén, Pbro., "Ciencia y respeto por la persona", en Vida y Ética, AA.VV., diciembre 2002, año 3, n° 2, p. 48.

(23) BOCHATEY, Alberto G., O.S.A., "Bioética: El camino de la ética médica en el nuevo milenio", en Vida y Ética, AA.VV., diciembre 2002, año 3, n° 2, p. 113.

(24) TINANT, Eduardo Luis, "Antología para una Bioética Jurídica", ob. cit., p. 2, II.

de prescindir de la ética **(25)**. Lo que constituye un aporte relevante con relación al desarrollo de la ciencia, debiendo el progreso que esta experimenta, estar asociado a las normas morales.

IV. Conclusiones

De lo hasta aquí visto, bien podemos afirmar que el Tribunal resolvió la cuestión planteada en la demanda para que se autorizara el cese de la crioconservación de los embriones de que se trata, por aplicación de las normas jurídicas vigentes y los principios de la bioética personalista, al decidir preservar la vida de estos y protegerlos en su integridad.

Lo que hizo con fundamento principal en la afirmación —con la que concordamos plenamente— de que, al detentar la condición de humanidad, los embriones no implantados cuentan con la protección que se le debe a todo ser humano, por cuanto en nuestro ordenamiento jurídico la existencia de la persona comienza con su concepción, entendida como fecundación del óvulo por el espermatozoide.

(25) Véase, ÁLVAREZ, Pablo, "La bioética hoy: el debate más abierto", en Bioética Práctica. Legislación y Jurisprudencia, AA.VV., Madrid, 2000, p. 18, 1.

ACCESO A LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO

Revocación de la medida cautelar que dispuso la suspensión de la aplicación de la ley 27.610. Rechazo de la acción y archivo de la causa. Ausencia de "caso" o "causa". Falta de legitimación del amparista. Facultades del juez.

Con nota de Elena B. Mendoza

1. — El magistrado actuante ha incurrido, al despachar esta acción de amparo intentada por un ciudadano que impugna la ley 27.610, en un grueso error judicial, generando con ello una resolución contraria a la ley, a partir de la comisión de una grave equivocación sobre los hechos ventilados en el caso, y la aplicación del derecho. No debió haber habilitado la presente instancia judicial, debido a que no existió aquí "caso" o "causa", ni mucho menos, otorgar luego de ello, la legitimación para obrar pretendida por la amparista.

2. — En el ámbito específico del proceso de amparo, y siendo claro de que no se trata aquí del intento de tutela de derechos humanos de la tercera generación, se requiere para la procedibilidad de la vía, o dicho de otra forma, para habilitar la instancia, que exista un agravio personal y directo, ya que el acto lesivo debe afectar a una persona determinada, que es la parte que resulta agraviada o interesada.

3. — No existe "caso" en los términos previstos por el art. 116, CN, ya que el sistema federal argentino no prevé el cuestionamiento directo, por parte de un ciudadano, de la constitucionalidad de una norma "en abstracto" y mucho menos, con efecto "erga omnes" —en el caso, de la ley 27.610—, por lo que el a quo debió haber advertido el hecho notorio de que el impetrante carece de interés jurídico suficiente para que un tribunal de justicia federal revise la actividad estatal que pretende comprometer, ya que claramente no alcanza aquí a aducir modo alguno de "defensa de la legalidad constitucional" que motive la intervención de un juez federal al respecto.

4. — Si bien lo dicho alcanza para dejar sin efecto la orden cautelar dictada, rechazar esta demanda (por motivos de economía procesal y ante la evidencia de falta de "caso") y disponer el archivo de la causa, cabe expresar, así sea *obiter dicta*, que el amparista no motivó la agresión de derecho ninguno de tercera generación, o de "incidencia colectiva" como los rotula el art. 43, CN, al pretender que se declare la inconstitucionalidad de la ley 27.610, pues aun frente a la existencia de una "causa" —que aquí no la hay— tampoco puede suponerse tan siquiera que el ciudadano impetrante pudiese haber actuado en este contexto, en defensa de la legalidad constitucional.

5. — Cabe exhortar al juez *a quo,* en los términos del art. 36, Cód. Proc. Civil para que, en lo sucesivo, guarde la mesura y adecuado criterio interpretativo al resolver causas judiciales con repercusión social, evitando incurrir en yerros groseros como el advertido en la resolución que hoy se revoca —que suspendió la aplicación de la ley 27.610—, evitando así la generación de innecesarios dispendios jurisdiccionales.

6. — Siendo que la ley 27.610 puesta en crisis por el amparista resulta ser un complejo jurídico que importa la indicación legal para generar políticas públicas, adoptadas por el Estado argentino a fin de garantizar los derechos de mujeres, niñas, adolescentes y otras personas gestantes, toda cuestión que implique su análisis o confrontación con la Constitución, debe necesariamente arbitrarse desde una "perspectiva de género".

7. — Habitualmente, las barreras son aquí de tipo cultural, con lo que resulta relevante fortalecer la perspectiva de género al disponerse los magistrados actuantes a evaluar la procedencia o improcedencia de las causas judiciales. Así es que, como regla general, una vez habilitada su jurisdicción, no deben imponer patrones de virtud o abnegación personal, sino garantizar que las personas (hombres o mujeres) elijan libremente sus proyectos de vida.

8. — Para decidir si una ley que establece políticas sociales y de salud que involucran un sector que los Poderes Públicos deben resguardar (art. 75, inc. 23, CN) es discriminatoria, inconstitucional, o simplemente si se evalúa disponer su suspensión preventiva a las resultas de una futura sentencia —en el caso, de la ley 27.610—, los jueces debemos tomar especial nota, no solo de su redacción, sino particularmente de sus efectos, y también de los efectos que conllevará frente a la sociedad, la resolución a ser adoptada.

9. — Una forma de estudiar el derecho desde una perspectiva de género es identificando las normas jurídicas que refuerzan los roles socialmente asignados de manera diferenciada

a hombres y mujeres, y los dispositivos legales que, de manera directa o indirecta, discriminan o aún, destacando aquellos que revalorizan a las mujeres y sus derechos fundamentales.

10. — Los jueces del sistema democrático debemos interpretar al sistema constitucional desde la teoría de la razonabilidad, ello teniendo en consideración que esta modalidad interpretativa ha sido sin duda desde esta óptica, determinante para el desarrollo de los Estados democráticos de derecho.

11. — Para asegurar una correcta interpretación constitucional, habida desde la regla de la razonabilidad, debe utilizarse una posición teórica que destaque no solo la presencia de conceptos filosóficos, a través de los cuales se construye el fundamento de los derechos y los principios, sino particularmente, una interpretación de matiz sociológico, que destaque en el juez el conocimiento de la realidad, y las consecuencias de los fallos que dicta.

12. — Aun sabiendo que siempre existen argumentos y contra argumentos a los que un juez puede recurrir para justificar su decisión, es sabido que ellos no pueden en ningún caso apartarse de la racionalidad comunicativa, el magistrado que actúe de esa manera, puede caer en la tentación de incurrir en la denominada "falacia de Hume", que importa confundir "lo que es" (lo que existe) con "el deber ser" (con "lo bueno"), y por ello, pasar del pensamiento que pudiera ser perfectamente correcto, de que determinados elementos, existen en la naturaleza, al de que ellos son "lo bueno" y conforman el conjunto de todo lo bueno.

13. — Los "vacíos" o "penumbras" que de uso genera el sistema normativo al momento de ser necesario interpretar una norma deben ser estudiados y resueltos sin crear desorden o caos interpretativo, o aun desconfianza en los aplicadores del derecho, ni tampoco en aquellos que son destinatarios de las normas.

14. — A poco de ver se advierte que el amparista no reúne estas condiciones ni se encuentra incluido dentro de las permisiones que la Constitución Nacional establece para justificar la interposición de una acción de amparo como la presente, puesto que no indica la existencia de un caso concreto que pueda catalogarse como "controversia judicial" que corresponda al Poder Judicial tratar, a fin de resolver la protección de derechos puntuales que pudieran verse afectados (del voto del Dr. Tazza).

15. — El juez de grado —no obstante, las falencias procesales advertidas— admite la legitimación del actor basado principalmente en el art. 1° de la ley 26.061. Yerra al habilitar la instancia judicial partiendo de tales premisas, pues como es presupuesto necesario antes de tal evaluación, la existencia de un "caso" o "controversia" en el que pueda advertirse un acto gubernamental o particular que ponga en riesgo efectivo o lesione con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta alguno de los derechos consagrados constitucionalmente (del voto del Dr. Tazza).

16. — Más allá de la interpretación que pueda otorgársele al art. 1° de la ley 26.061, previo a todo análisis, debe verificarse una controversia de tal índole que permita al Poder Judicial determinar la existencia de una lesión constitucional en el caso concreto y con respecto a una o más personas afectadas (del voto del Dr. Tazza).

17. — En estas actuaciones no se indica quién podría ser el afectado o afectados por la sanción de la ley 27.610 y, por ende, la decisión judicial adoptada se pronuncia sobre cuestiones abstractas no referidas a un supuesto puntual, alejándose de tal modo del principio básico que reclama de los jueces la prudencia y sabiduría necesaria para mantenerse dentro de los límites que le otorga la Constitución Nacional y las leyes que regulan el ejercicio de su función (del voto del Dr. Tazza).

18. — En el caso sometido a estudio se observa que el actor se ha presentado en estos autos en su calidad de "ciudadano", alegando la presunta inconstitucionalidad de la ley 27.610 de interrupción voluntaria del embarazo, sin constar en las actuaciones algún riesgo inminente o lesión de sus derechos amparados por la Constitución Nacional (art. 43 de la Constitución Nacional), ni tampoco alguna de las posibilidades que a modo de "excepción" se consagran en el segundo párrafo de la norma citada (del voto del Dr. Tazza).

19. — El Poder Judicial no puede constituirse en un revisor autónomo e independiente del mérito, oportunidad o conveniencia de un acto político como lo es el dictado de una ley por parte del Congreso Nacional, obviando aquellos principios básicos y elementales que impiden a los Jueces en convertirse en sujetos encargados de llevar adelante el destino de los ciudadanos y establecer las reglas de convivencia social que van a regular y regir el modo de vida de una sociedad (del voto del Dr. Tazza).

CFed. Mar del Plata, 01/07/2021. - Seri, Héctor Adolfo c. Poder Ejecutivo Nacional s/ inc. apelación.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/97314/2021]

COSTAS

Se imponen las de ambas instancias a la vencida.

Expediente FMP 5045/2021/2

2ª Instancia.- Mar del Plata, julio 1 de 2021.

El doctor *Jiménez* dijo:

I. Que llegan los autos a esta Cámara como consecuencia del recurso de apelación interpuesto por el Estado Nacional (a través de su representante, la Dra. Mariana Muriel Brun) contra la medida cautelar dispuesta el 07/06/2021 por el Dr. Alfredo E. López, mediante la cual decreta la inaplicabilidad de la Ley de Acceso a la Interrupción Voluntaria del Embarazo N° 27.610 y ordena al EN la suspensión de la aplicación de la mencionada norma, protocolos y resoluciones, hasta tanto se resuelva la cuestión de fondo en el momento de dictarse la sentencia definitiva en autos.

La medida cautelar había sido solicitada por el Sr. Héctor Rodolfo Seri en el marco de una acción de Amparo para la cual el mismo se consideró legitimado en virtud de lo establecido por el art. 43 de la CN. En tal presentación, el amparista fundó su petición en el derecho a la vida, reseñó los antecedentes históricos que estimó pertinentes, hizo referencia a lo dispuesto en los Tratados Internacionales, en varios arts. de nuestra Carta Magna (14 bis, 16, 33 y 75 inc. 19) y en el Cód. Civ. y Comercial argentino. Asimismo, reseñó la problemática actual y la tensión existente entre los derechos del niño y los derechos de la mujer, se pronunció en contra del derecho al aborto por ir contra el derecho a la vida, citó doctrina y jurisprudencia, calificó como "absoluto" el derecho a la vida, estimó cumplidos los recaudos propios para la procedencia del Amparo y para la medida cautelar solicitada, fundó en derecho, hizo reserva del caso federal y, finalmente, requirió que se lo tenga por presentado por derecho propio, por parte, y que se conceda la cautelar antedicha.

El Dr. López, contrariamente a lo dictaminado por el Ministerio Público, considera habilitada la instancia judicial y —en un extenso proveimiento— estima que el amparista se encuentra legitimado para actuar en autos en virtud de lo dispuesto en el art. 43 de la CN y por entender que todo ciudadano puede efectuar las peticiones ventiladas en autos, a la luz de lo expresado en los arts. 1 y 2 de la ley 26.061, citando asimismo algunos precedentes de nuestra CSJN que —a su criterio— sustentan su decisión.

En cuanto a la medida cautelar, la decreta teniendo en cuenta que las normas cuestionadas en la demanda ponen en peligro la vida, dignidad y derecho del niño por nacer, así como lo dispuesto en el art. 75 inc. 22 de la CN, en el art. 4 del Pacto de San José de Costa Rica, en el art. 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y en el art. 19 de nuestro Cód. Civ. y Comercial.

II. Que la apelante —además de recusar con causa al Dr. López, cuestión que se ventila en incidente por separado (Expte. FMP 5045/2021/1), expresa sus agravios contra la cautelar antedicha, conforme se sintetiza a continuación.

En primer término, estima improcedente la vía escogida por el actor, porque se está atacando un complejo normativo que importa una medida de política pública adoptada por el Estado argentino a efectos de garantizar los derechos de mujeres, niñas, adolescentes y otras personas gestantes, y porque la cuestión merece un tratamiento más profundo y amplio que el que permite el acotado proceso de Amparo.

En segundo lugar, sostiene que el actor no tiene la legitimación necesaria para actuar en autos, y que además no existe un caso en los términos previstos en el art. 116 de la CN En tal sentido, coincide con lo dictaminado por el Ministerio Público, y sostiene que el juez ha abusado del principio iure novit curia para justificar la legitimación del actor (quien la había fundado de manera genérica en el art. 43 de la CN) Asegura que el actor carece de un interés jurídico suficiente para que un Tribunal acceda a revisar la actividad estatal, y subraya que la CSJN ha sido categórica en punto a que el mero interés en la legalidad no constituye, sin más, habilitación suficiente para el acceso a la jurisdicción. Hace referencia a los derechos de muchas niñas y adolescentes —que estima comprometidos por la cautelar dictada— y hace un detallado análisis de los casos de legitimación previstos en nuestra legislación y por la jurisprudencia, concluyendo que el accionante no se encuentra en ninguno de ellos. Asimismo, manifiesta que este tipo de demandas pretenden tener efectos colectivos, y son interpuestas en nombre de un colectivo indefinido ("niños por nacer"), sin acreditar la representación adecuada para ello. Hace referencia a varios precedentes recientes, en los cuales se rechazaron este tipo de peticiones, precisamente iniciadas contra la misma normativa cuestionada en autos. Con relación a la inexistencia de caso, analiza lo dispuesto en el art. 116 de la CN y en el art. 2 de la ley 27, resaltando que la existencia de caso o controversia constituye un presupuesto necesario para el ejercicio de la función jurisdiccional

(cita precedentes de nuestro Máximo Tribunal en tal sentido). Manifiesta que un caso presupone un derecho lesionado que el pronunciamiento deba reparar, y que tal presupuesto es fundamental en el principio de división de poderes, ya que resolver cuestiones abstractas o conjeturales vulneraría tal principio.

En tercer lugar, sostiene que en el marco de un proceso expeditivo como el Amparo, y dadas las características de la cuestión debatida (de interés público), es inadmisible el dictado de una medida cautelar como la dispuesta, ya que se está adelantando aquello que ha de ser —a la brevedad— materia de pronunciamiento en la sentencia definitiva.

En cuarto término, la recurrente expresa que la fundamentación de la medida decretada es dogmática y que se basa en una errónea interpretación de la doctrina citada. En tal sentido, manifiesta que llama la atención el desconocimiento del Juez de primera instancia respecto a todos los antecedentes y debates que precedieron a la sanción de la ley cuestionada, y cita algunos de ellos en aval de su postura.

El quinto agravio se centra en la constitucionalidad de los arts. 4, 5, 6 inc. 1, 10 y 13 inc. 3 de la ley 26.854 (ley de medidas cautelares contra el Estado).

El sexto agravio, relacionado con el anterior, subraya que no se ha cumplido con lo establecido en el art. 13 de la citada ley 26.854. En tal sentido, sostiene que en autos no se han probado perjuicios graves de imposible reparación ulterior, ni mucho menos la verosimilitud del derecho invocado, ya que la interpretación del derecho a la vida se ha sesgado únicamente en la protección de la vida intrauterina, olvidando la protección de la vida de las personas con capacidad de gestar. Asimismo, la apelante discrepa con la interpretación normativa efectuada por el Juez, señalando la propia acerca de la CDN y de la doctrina de la Excma. CSJN. Señala además que lña ley 23.849 no es un fundamento válido para sostener la preeminencia del derecho a la vida desde la concepción porque no modifica el alcance de la norma internacional ni condiciona su vigencia, ya que es meramente una declaración interpretativa y no una reserva. Cita jurisprudencia internacional en la materia, así como normas supranacionales, en aval de su postura.

En séptimo término, señala el interés público comprometido con el dictado de la medida cautelar recurrida, ya que estamos ante una cuestión que afecta gravemente a la salud pública; y refiere que el Juez se ha comportado también como "parte" en autos. Detalla el impacto que tiene la cuestión en relación al embarazo de adolescentes, hace referencia a estadísticas al respecto y a la peligrosidad que implica la existencia de millones de abortos inseguros en nuestro país (evitados mediante la ley cuestionada), y sostiene que la suspensión de la ley 27.610 implica regresar al sistema de causales regulado en el art. 86 del CP. Asimismo, sostiene que el tema se relaciona estrechamente con una cuestión de género, y que la falta de acceso a servicios de salud en condiciones de igualdad, implica una práctica discriminatoria y contraria a los DDHH. Por otra parte, asegura que la normativa impugnada goza de una presunción de legitimidad que merece respeto.

En octavo lugar la apelante sostiene que la medida cautelar anticipa precautoriamente la resolución de fondo del amparo, afectado un interés público con perjuicio irreversible.

Por otra parte, peticiona que la apelación tenga efecto suspensivo (cuestión ya decidida por el Dr. Santiago Martín, quien proveyó el recurso y formó el presente incidente con fecha 18/06/2021, como consecuencia del envío de la causa generada por el planteo de recusación contra el Dr. López), hace reserva del caso federal, y peticiona la revocación de la medida cautelar recurrida.

III. Que, una vez recibido este incidente en este Tribunal, se corrió vista al Ministerio Público Fiscal para que dictamine acerca de la competencia y habilitación de instancia (el 25/06/2021).

Con fecha 30/06/2021 se expidió el Sr. Fiscal Federal Juan Manuel Portela. En su dictamen, luego de señalar la competencia federal en razón de la materia y del territorio, considera que no están dadas las condiciones para habilitar la instancia.

Ello, por estimar que el art. 43 de la CN no supone la recepción lisa y llana de una amplia acción popular que pueda ser formulada por cualquier persona con independencia del derecho, interés o título que esgrima para accionar; y porque sigue siendo un presupuesto esencial de nuestro sistema procesal constitucional que no se admite una acción que persiga el control de la mera legalidad de una disposición, conforme lo ha determinado la Excma. CSJN.

Agrega que la existencia de un caso concreto es necesaria para que cualquier magistrado pueda hacer pasar a una ley por el test de constitucionalidad, y que un caso judicial supone la existencia de una controversia jurídica propuesta por quien esté legitimado para ello, al tiempo que dicho conflicto debe ser actual —no hipotético— y debe requerir una respuesta judicial concreta —no dogmática ni académica— relacionada con los intereses en juego.

Culmina expresando que en este expediente no hay "caso" judicial, y que el amparista carece de la legitimación necesaria para actuar.

IV. Que el día 30/06/2021 se llamaron autos para resolver, además de ser proveidas algunas presentaciones —efectuadas los días 24 y 25 de junio de 2021 por las Dras. Balaguer, De la Vega, y por el Dr. Morales— las que merecerán el correspondiente tratamiento en la presente.

El día 30/06/2021 se presentaron el Dr. Montini (Director del INADI) y la Dra. Mas, efectuando peticiones en autos como amicus curiae.

V. Sentado lo anterior, y en trance de resolver acerca de la cuestión planteada en la presente incidencia, estimo necesario precisar ciertas consideraciones previas, que según lo interpreto, darán adecuado sustento a mi decisorio.

En este sentido, no puedo dejar de lado que al promoverse la presente acción de amparo, el "eje" del reclamo gira alrededor del intento de que se declare judicialmente la inconstitucionalidad de la Ley N° 27.610 (BO del 15/01/2021, N° 34.562, p. 3), de Acceso a la Interrupción Voluntaria del Embarazo, cuya vigencia el Aquo interrumpe cautelarmente, luego de declararse competente, habilitar la instancia y legitimar al amparista para efectuar el reclamo de Autos.

Es aquí donde debo necesariamente detenerme, recordando que los jueces del sistema democrático debemos interpretar al sistema constitucional desde la teoría de la razonabilidad, ello teniendo en consideración que esta modalidad interpretativa ha sido sin duda desde esta óptica, determinante para el desarrollo de los Estados democráticos de derecho.

Es en tal contexto que la interpretación constitucional se ha constituido en vehículo esencial para efectivizar la garantía y aplicación de los derechos fundamentales, y los principios generales del derecho de los derechos humanos.

Estimo en consecuencia de lo señalado, que los derechos y los principios que animan al sistema constitucional, funcionan en conjunto como elementos que apoyan su interpretación, en términos de razonabilidad.

Resalto, entonces, que la fuerza normativa de la Constitución posee virtualidad suficiente para paliar los enfrentamientos entre la realidad y la pretensión de garantía de los derechos, a través de su función creadora y garantizadora de los mismos. Es que los derechos y los principios se insertan hoy dentro de nuestro sistema constitucional, con una peculiar jerarquización, que impone su protección desde una dualidad concurrente que concita tanto al derecho nacional, como al internacional.

A no dudarlo, se trata éste de un nuevo estándar teórico, impuesto por la norma constitucional a través de la aplicación del derecho con base en el respeto a las indicaciones del propio sistema.

En consecuencia, es real que tanto los derechos como los principios —que derivan de la interpretaciones judiciales— intervienen en la función de promoción de ciertas condiciones de vida para sus titulares, impulsando las ideas de justicia, consenso y progreso social. Pero aún así, están sometidos a innumerables tensiones, ya que su instalación y protección, supone la configuración de un determinado modelo de Estado, y su compromiso con el respeto y garantía de los derechos.

Por ello, el juez constitucional constata al juzgar en los casos concretos sometidos a su jurisdicción, las exigencias de ciertas condiciones de vida razonables, del desarrollo de nuevas exigencias y necesidades sociales, con los derechos y principios que dimanan de la Constitución.

Se trata, en suma, de continuar recorriendo un camino ya hoy consolidado, que transita de lo absoluto a las condiciones de razonabilidad, pero bajo las premisas que imponen la interpretación de la realidad y de la sociedad, y por ello debe enfatizarse que los jueces debemos acudir a la Constitución como principio y fin de su ámbito de interpretación, acentuando la inserción y garantía de los derechos fundamentales y principios constitucionales, para así acompañar, con sentido constructivo, a la conformación de la estructura de las relaciones sociales y de poder.

Y es así que el sistema constitucional aparece concebido no solo como regla de organización, sino como un depósito de la soberanía popular y de los continuos cambios a los que la sociedad es sometida, donde se insertan valores, principios y catálogos de derechos, que funcionan en la medida de su incorporación, como moderadores del Poder y de las relaciones sociales.

Entonces, para asegurar una correcta interpretación constitucional, habida desde la regla de la razonabilidad, debe utilizarse una posición teórica que destaque no solo la presencia de conceptos filosóficos, a través de los cuales se construye el fundamento de los derechos y los principios, sino particularmente, una interpretación de matiz sociológico, que destaque en el juez el conocimiento de la realidad, y las consecuencias de los fallos que dicta.

Aún sabiendo que siempre existen argumentos y contra argumentos a los que un juez puede recurrir para justificar su decisión, es sabido que ellos no pueden en ningún caso apartarse de la racionalidad comunicativa, a sabiendas de que, como ajustamente lo expone Alexy, el juez "tiene un campo limitado para decidir, ya que se encuentra acotado por las indicaciones del propio sistema, no pudiendo hacerlo, aunque así lo desee, sin más control que su convicción" (Cfr. Alexy, Robert: "Teoría de los derechos fundamentales", Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993).

Es que el Magistrado que actúe de esa manera, puede caer en la tentación de incurrir en la denominada "falacia de Hume", que importa confundir "lo que es" (lo que existe) con "el deber ser" (con "lo bueno"), y por ello, pasar del pensamiento que pudiera ser perfectamente correcto, de que determinados elementos, existen en la naturaleza, al de que ellos son "lo bueno" y conforman el conjunto de todo lo bueno (Cfr. Marc D., 2008, La mente moral cómo la naturaleza ha desarrollado nuestro sentido del bien y del mal, Paidós, ISBN 978-84-493-2176-4, OCLC 434088805).

Ello claramente importa un salto entre lo descriptivo y lo prescriptivo, que no deben dar los jueces cuando actúan como intérpretes constitucionales.

Además, los "vacíos" o "penumbras" que de uso genera el sistema normativo al momento de ser necesario interpretar una norma, deben ser estudiados y resueltos sin crear desorden o caos interpretativo, o aun desconfianza en los aplicadores del derecho, ni tampoco en aquellos que son destinatarios de las normas.

Dicho lo anterior, y siendo que la norma puesta en crisis por el amparista resulta ser un complejo jurídico que importa la indicación legal para generar políticas públicas, adoptadas por el Estado Argentino a fin de garantizar los derechos de mujeres, niñas, adolescentes y otras personas gestantes, toda cuestión que implique su análisis o confrontación con la Constitución, debe necesariamente arbitrarse desde una "perspectiva de género", siendo importante identificar en tales casos, los obstáculos que el sistema jurídico impone en general, a los derechos de mujeres, niñas o adolescentes, cuestión que evidencia en general que la "eficacia" de sus derechos, no importa ya tanto una cuestión de reconocimiento legal, cuanto de aplicación efectiva de normas jurídicas vigentes, salvo que se presente una manifiesta colisión entre la factura legal y alguna disposición constitucional.

Acertadamente ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en este punto, que "(…) debe reconocerse que una cultura fuertemente arraigada en estereotipos, cuya piedra angular es el supuesto de la inferioridad de las mujeres, no se cambia de la noche a la mañana" (Cfr. Corte IDH Caso González y otras ("Campo Algodonero") c. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sent. del 16/11/2009).

Además, sostuvo el Tribunal interamericano, que "(…) la libertad y autonomía de las mujeres en materia de salud sexual y reproductiva ha sido históricamente limitada, restringida o anulada con base en estereotipos de género, negativos y perjudiciales" (Cfr. Corte IDH Caso I. V. c. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sent. del 30/11/2016. Serie "C". N ° 329).

Es que habitualmente, las barreras son aquí de tipo cultural, con lo que resulta relevante fortalecer la perspectiva de género al disponerse los Magistrados actuantes a evaluar la procedencia o improcedencia de las causas judiciales. Así es que, como regla general, una vez habilitada su jurisdicción, no deben imponer patrones de virtud o abnegación personal, sino garantizar que las personas (hombres o mujeres) elijan libremente sus proyectos de vida.

Con ello, pretendo significar que para decidir si una ley que establece políticas sociales y de salud que involucran un sector que los Poderes Públicos deben resguardar (Cfr. Crt. 75 Inc. 23 CN) es discriminatoria, inconstitucional, o simplemente si se evalúa disponer su suspensión preventiva a las resultas de una futura sentencia, los jueces debemos tomar especial nota, no sólo de su redacción, sino particularmente de sus efectos, y también de los efectos que conllevará frente a la sociedad, la resolución a ser adoptada.

En definitiva, entiendo que una forma de estudiar el derecho desde una perspectiva de género, es identificando las normas jurídicas que refuerzan los roles socialmente asignados de manera diferenciada a hombres y mujeres, y los dispositivos legales que, de manera directa o indirecta, discriminan o aún, destacando aquellos que revalorizan a las mujeres y sus derechos fundamentales.

Concluido el escorzo introductorio a mi voto, deseo enfatizar ahora, que el Magistrado actuante ha incurrido, al despachar esta acción de amparo, en un grueso error judicial, generando con ello una resolución contraria a la ley, a partir de la comisión de una grave equivocación sobre los hechos ventilados en el caso, y la aplicación del derecho.

Aclaro aquí, que descarto desde ya que, en la resolución atacada, el *a quo* hubiese incurrido en una actividad interpretativa de normas de derecho que debiese ser invalidada, o que se esté aquí justipreciando

su valoración respecto de las condiciones de procedibiliad de la orden cautelar objetada.

Es que el *a quo*, tal y como lo han advertido con profusa fundamentación los representantes del Ministerio Público Fiscal en ambas instancias, no debió haber habilitado la presente instancia judicial, debido a que no existió aquí "caso" o "causa", ni mucho menos, otorgar luego de ello, la legitimación para obrar pretendida por la amparista.

Enfatizo que tal obrar consiste entonces, el grosero error judicial en que ha incurrido el magistrado López, al haber obrado en éste proceso, de forma contradictoria con los hechos de la causa y el derecho aplicable, desviando la solución adoptada del resultado adecuado y consistente al que objetivamente se debió llegar.

Es sabido que, por imperativo constitucional, los jueces sólo entienden en "casos" o "causas" (Art. 116 CN). Aun reconociendo que el texto constitucional adolece en este punto de cierta ambigüedad, lo cierto es que hablar de "causa" implica que el Poder Judicial no es un centro de investigaciones de derecho, por lo que cada cuestión en la que interviene, debe ameritar un conflicto previo, a ser dirimido entre partes diferentes, para asegurar el ejercicio concreto de los derechos o la efectiva concreción de las garantías expresadas en la Constitución.

Estiman por ello la doctrina y la jurisprudencia, en forma conteste y sostenida en el tiempo, que los jueces no actúan fuera de un proceso, ni ejercen jurisdicción si la misma no es provocada por una parte interesada, ni dictan allí sentencia si esos recaudos no se encuentran dados al momento de fallar el caso. En términos de Germán Bidart Campos "(…) el Poder Judicial solo actúa en causas concretas, y no de oficio", con lo que, tratándose de un proceso de amparo individual, como el promovido en Autos, "(…) el agraviado, u otra persona por él, ha de abrir la vía y promover el proceso, con ellos surge la "causa judiciable" (Cfr., del autor citado "Régimen Legal y Jurisprudencial del Amparo", Ediar, 2018, T. II, p. 176).

Con ello, resulta claro y relevante, que según se lo ha expuesto con diáfana claridad "(…) un caso, pues, en el sentido constitucional, existe cuando algún asunto que afecte a la constitución, leyes o tratados, se somete a los tribunales por una parte que defiende sus derechos en la forma prescripta por la ley" (Cfr. Bidart Campos, Germán "Régimen…" antes referido, T. II, p. 176, con cita a Story).

Ingresando ya en el ámbito específico del proceso de amparo, y siendo claro de que no se trata aquí del intento de tutela de derechos humanos de la tercera generación, se requiere para la procedibilidad de la vía, o dicho de otra forma, para habilitar la instancia, que exista un agravio personal y directo, ya que el acto lesivo debe afectar a una persona determinada, que es la parte que resulta agraviada o interesada. Bien ha sostenido en este punto la jurisprudencia, que "(…) la habilitación de la instancia es el acceso a la justicia, y no decide sobre el resultado del pleito o los posibles fundamentos de la sentencia a dictarse" (Cfr. CNFed. Cont.Adm., Sala II, 18/07/1995," Calzar SA c. Estado Nacional/Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos").

Considero entonces, que no existe aquí "caso", en los términos previstos por el Art. 116 CN. Ya que el sistema federal argentino no prevé el cuestionamiento directo, por parte de un ciudadano, de la constitucionalidad de una norma "en abstracto" y mucho menos, con efecto "*erga omnes*", por lo que el *a quo* debió haber advertido el hecho notorio de que el impetrante carece de interés jurídico suficiente para que un tribunal de justicia federal revise la actividad estatal que pretende comprometer, ya que claramente no alcanza aquí a aducir modo alguno de "defensa de la legalidad constitucional" que motive la intervención de un juez federal al respecto.

Si bien lo antes dicho alcanza para dejar sin efecto la orden cautelar dictada en Autos, rechazar esta demanda (por motivos de economía procesal y ante la evidencia de falta de "caso") y disponer el archivo de la causa, cabe expresar, así sea "obiter dicta", que el amparista no motivó la agresión de derecho ninguno de tercera generación, o de "incidencia colectiva" como los rotula el Art. 43 CN, al pretender que se declare la inconstitucionalidad de la Ley 27.610, pues aún frente a la existencia de una "causa" —que aquí no la hay— tampoco puede suponerse tan siquiera que el ciudadano impetrante pudiese haber actuado en este contexto, en defensa de la legalidad constitucional.

Acertadamente, aclara aquí la cuestión Bidart Campos, cuando expresa que a diferencia del 2° párrafo del Art. 43 que, valida a los derechos de incidencia colectiva, el primero "(…) al legitimar a "toda persona" víctima de un acto lesivo, presupone el daño a un derecho subjetivo clásico" (Cfr. Bidart Campos, Germán "Régimen…" citado, p. 181).

Es que no se ha obrado aquí, en defensa del ambiente, o de derechos del consumidor, o en tutela de la legalidad del patrimonio social.

Recuerdo que el único supuesto en que la ley Argentina admite la generación de una acción popular, es en el caso del Art. 30 de la ley General del Ambiente, N° 25.675, que crea la acción de cese de daño am-

biental, en cabeza de toda persona, habiendo sido sumamente restrictiva la jurisprudencia para admitirla en otros casos, y siempre que se trate de acciones en tutela de derechos de incidencia colectiva, cuya agresión claramente no se advierte en el supuesto de Autos.

Finalmente, y para culminar mi voto, sólo cabe exhortar al Juez López, en los términos del Art. 36 CPCN para que, en lo sucesivo, guarde la mesura y adecuado criterio interpretativo al resolver causas judiciales con repercusión social, evitando incurrir en yerros groseros como el advertido en la resolución que hoy se revoca, evitando así la generación de innecesarios dispendios jurisdiccionales.

En cuanto a las costas de ambas instancias, no encuentro razones para apartarme del principio general imperante en la materia, por lo que deben ser cargadas a la accionante en su calidad de vencida (art. 68 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, art. 14 Ley 16.986).

Por lo antes expuesto, es que propongo al acuerdo: I. Revocar la medida cautelar dictada en autos, rechazar la acción impetrada y disponer el archivo de los presentes obrados, atento la manifiesta improcedencia del planteo efectuado, con costas de ambas instancias al accionantre vencido (art. 68 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, art. 14 ley 16.986). II. Exhortar al Juez Alfredo López, en los términos del Art. 36 CPCN para que, en lo sucesivo, guarde la mesura y adecuado criterio interpretativo al resolver causas judiciales con repercusión social, evitando incurrir en yerros groseros como el advertido en la resolución que hoy se revoca, evitando así la generación de innecesarios dispendios jurisdiccionales. III. En cuanto a las presentaciones efectuadas los días 24 y 25 de junio de 2021 por las Dras. Balaguer, De la Vega, y por el Dr. Morales, y la efectuada el 30/06/2021 por el Dr. Montini (Director del INADI) y la Dra. Mas. Estese a lo dispuesto con anterioridad.

Tal, el sentido de mi voto.

El doctor *Tazza* dijo:

Que, en primer lugar, me remito a la reseña de los antecedentes del caso expuesta por el doctor *Jiménez*.

Dicho ello, he de adherir al voto del distinguido colega que me precede en este acuerdo por compartir sus fundamentos de hecho y de derecho, y al que sólo me permitiré agregar algunos conceptos en torno a la cuestión debatida en estas actuaciones.

I. La existencia de un "caso" o controversia judicial.

Coincido plenamente con mi respetado colega que en el caso puntual no nos encontramos en presencia de una controversia que habilite la intervención del Poder Judicial para abordar el asunto propuesto en la demanda de amparo intentada.

En efecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido invariablemente en varios precedentes, incluso en el mismo expediente citado por el Juez de la Primera Instancia, que es imprescindible determinar como primera medida lógica para el análisis, la existencia de un "caso" o "causa", requisito que de acuerdo con inveterada doctrina de la Corte, habilita la intervención de cualquier tribunal de justicia (ver considerando 6°, "Colegio de Abogados de Tucumán c. Honorable Convención Constituyente de Tucumán y otro", Rec. De Hecho, Expte. CSJ 22/2009).

Específicamente, se ha señalado que "el recaudo de la existencia de "caso", "causa" o "controversia", y su correlato en la condición de "parte" debe ser examinado con particular rigor cuando se pretende debatir la constitucionalidad de un acto celebrado por alguno de los otros poderes del Estado (CSJN, Fallos: 342:1549 "Publicar SA", del 24/09/2019).

Dicho control debe ser exhaustivamente ejecutado, pues "si la Corte —o cualquier otro tribunal nacional— interviniese en asuntos donde el peticionario carece de legitimación se transgrediría el severo límite al Poder Judicial que surge del artículo 116 de la Constitución y que es propio del esquema de división de poderes" (CSJN, Fallos: 344:575 "Grindetti", del 15/04/2021.).

Es que tanto el art. 116 de la Constitución Nacional, en cuanto limita la competencia del Poder Judicial de la Nación a la resolución de "causas", y la idea contenida en el art. 2° de la ley 27 en la medida que dispone que la Justicia federal sólo actúa en "casos contenciosos" y a instancias de una "parte", dan a entender claramente que ha de existir un litigio o controversia en la que decidir concretamente el derecho aplicable a una situación en la que alguien o varias personas se encuentren directamente afectadas por un particular evento posiblemente dañoso a sus intereses.

Es por ello que la parte debe demostrar la existencia de un interés especial en el proceso, la afectación de un interés jurídicamente protegido, de orden personal, particularizado, concreto y susceptible de tratamiento judicial, especialmente cuando se pretende debatir la constitucionalidad de un acto celebrado por alguno de los otros poderes del Estado. Por ende, no es suficiente una invocación generalizada de un interés colectivo, pues ello deformaría las atribuciones del Poder Judicial en sus relaciones con el Ejecutivo y la Legislatura, y lo expondría a la imputación de ejercer el gobierno por medio de medidas cautelares (CSJN "Mosquera", 03/04/2003, JA, 2003-III-63).

II. Antecedentes de este legajo e inexistencia de "caso".

Sentado lo anterior, advertimos que estas actuaciones se inician con motivo de la acción de amparo promovida por el ciudadano Seri peticionando la declaración de inconstitucionalidad de la ley 27.610 de interrupción voluntaria del embarazo y su reglamentación, requiriendo como medida cautelar la suspensión de los efectos de la mencionada legislación y normativa vinculada, petición ésta que fuera acogida favorablemente por el Sr. Juez Federal de la Primera Instancia.

Debemos aclarar previamente, que la legislación habilita la acción de amparo cuando exista una acción u omisión de un particular o de autoridades públicas que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere, o incluso amenace —con arbitrariedad e ilegalidad manifiesta— los derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional (art. 43 1° párrafo de la Carta Magna).

Dicha acción es atribuida exclusivamente a la persona afectada en alguno de esos intereses tutelados constitucionalmente.

Por otra parte, y como excepción a dicha regla que individualiza al habilitado a accionar en tal sentido, la misma Constitución Nacional permite que en los casos de discriminación, afectación al medio ambiente, o referidas a la defensa de la competencia, los derechos de usuarios y consumidores, y los derechos de incidencia colectiva en general, sea —además del afectado— el Defensor del Pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines y se encuentren registradas conforme la ley, los que también puedan reclamar judicialmente por aquellos derechos constitucionales que se verían conculcados, autorizándose de tal modo la procedencia de una acción judicial en defensa de tales intereses colectivos.

En consecuencia, la legislación autoriza a interponer acción de amparo al afectado cuando se trata de sus propios derechos, y al Defensor del Pueblo y asociaciones con fines similares cuando se trata de la protección de derechos específicos como ser cuestiones por discriminación, de ambiente, competencia, usuarios y consumidores.

A poco de ver se advierte que el actor Seri no reúne ninguna de estas condiciones ni se encuentra incluido dentro de las permisiones que la Constitución Nacional establece para justificar la interposición de una acción de amparo como la presente, puesto que no indica la existencia de un caso concreto que pueda catalogarse como "controversia judicial" que corresponda al Poder Judicial tratar, a fin de resolver la protección de derechos puntuales que pudieran verse afectados.

La prohibición de actuar en supuestos en donde no exista una controversia de tal naturaleza "se erige en un imperativo que se desprende necesariamente del diseño institucional delimitado por la Norma Fundamental y, en particular, del sistema de división de funciones entre los departamentos del Estado, principio basal de la Constitución Argentina" (CSJN, Fallos: 343:195, "Fernández de Kirchner", del 24/04/2020, del voto del juez Rosatti).

Este modo de proceder es inherente al sistema republicano de gobierno, y si bien es facultad del Poder Judicial el control de los actos de gobierno de los otros poderes del Estado, ello "requiere inexorablemente que el requisito de la existencia de un "caso", donde se debata la determinación de un derecho entre partes adversas, fundado en un interés específico, concreto y atribuible en forma determinada al litigante sea observado rigurosamente, no para eludir cuestiones de repercusión pública sino para asegurar la preservación del principio de división de poderes, que excluye al Poder Judicial de la atribución de expedirse en forma general sobre la constitucionalidad de las normas emitidas por los otros departamentos de gobierno (CSJN, Fallos: 343:195, del voto del juez Rosatti).

Consecuentemente con lo antes relatado, es indudable que en estas actuaciones no se dan aquellos presupuestos exigidos por la Constitución Nacional (art. 43) y la ley ritual (art. 1, 5 y cctes. ley 16.986), como para tener por configurado un supuesto que alcance el grado de controversia judicial que habilite la intervención de los órganos jurisdiccionales en cualquiera de sus instancias.

III. La falta de legitimación activa.

Enlazado intrínsecamente con los conceptos anteriores y en forma conjunta con la ineludible comprobación de un "caso" o controversia judicial, se vislumbra preliminarmente como necesaria la cuestión atinente a la legitimación de la demandante para promover una acción de amparo como la presente, pues ello "constituye un presupuesto necesario para que exista un caso o controversia que deba ser resuelto por el Tribunal (Fallos: 323:4098), dado que la justicia nacional no procede de oficio y solo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte (CSJN, Fallos: 337:1447, "Univ. Nac. de Rosario", del 11/12/2014).

En tal sentido, la doctrina emergente de nuestra Corte Suprema ha sostenido que "la "parte" debe demostrar la existencia de un "interés especial" en el proceso o que los agravios alegados la afecten en

forma "suficientemente directa" o "substancial", esto es, que posean "concreción e inmediatez" bastante para poder procurar dicho proceso" (CSJN, Fallos: 342:1549, "Publicar SA", del 24/09/2019).

Por lo demás, ninguna incidencia ha tenido en este aspecto la reforma a la Constitución Nacional, ya que también se ha afirmado que "la ampliación de la legitimación derivada de la reforma constitucional del año 1994 no ha modificado la necesidad de que los tribunales de justicia comprueben la existencia de un "caso", pues no se admite una acción que persiga el control de la mera legalidad de una disposición" (CSJN, Fallos: 343:1259, "Fed. Arg. De Entidades Empresarias del Autotransporte de Cargas", del 15/10/2020).

El Juez de la Primera instancia —no obstante, las falencias procesales advertidas anteriormente— admite la legitimación del actor basado principalmente en el art. 1° de la ley 26.061 de "Protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes", en tanto faculta a todo ciudadano a interponer acciones administrativas y judiciales a fin de restaurar el ejercicio y goce de sus derechos a través de medidas expeditas y eficaces, como así también se apoya en las previsiones legitimantes de otras ramas del derecho.

a. La Ley de Protección integral de los Derechos de los niños.

Yerra el Sr. Juez al habilitar la instancia judicial partiendo de tales premisas, pues como ya se ha dicho, es presupuesto necesario antes de tal evaluación, la existencia de un "caso" o "controversia" en el que pueda advertirse un acto gubernamental o particular que ponga en riesgo efectivo o lesione con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta alguno de los derechos consagrados constitucionalmente.

En efecto, y más allá de la interpretación que pueda otorgársele a aquella cláusula del artículo primero de la ley citada, previo a todo análisis debe verificarse una controversia de tal índole que permita al Poder Judicial determinar la existencia de una lesión constitucional en el caso concreto y con respecto a una o más personas afectadas.

En estas actuaciones no se indica quién podría ser el afectado o afectados por la sanción de una ley nacional, y por ende, la decisión judicial adoptada se pronuncia sobre cuestiones abstractas no referidas a un supuesto puntual, alejándose de tal modo de aquel principio básico que reclama de los Jueces la prudencia y sabiduría necesaria para antenerse dentro de los límites que le otorga la Constitución Nacional y las leyes que regulan el ejercicio de su función.

El sistema republicano de gobierno atribuye funciones específicas a cada uno de los tres poderes en los que se divide el Estado, y en particular reclama del Poder Judicial mantenerse dentro de esos límites sin excederse en sus funciones, so riesgo de interferir en el ámbito de aquellas prerrogativas que constituyen atribuciones propias de los otros estamentos estatales. En otras palabras, le está vedado al Poder Judicial convertirse en un censor omnipotente de los actos de gobierno, basado exclusivamente en apreciaciones personales u opiniones de tinte político o social, que sólo están reservadas con exclusividad a aquellos órganos que instituye expresamente la Carta Magna a tales fines.

Por tales motivos el argumento esbozado por el juzgador de grado resulta a todas luces inadmisible e inaplicable a la situación que se plantea en estas actuaciones.

b. El precedente Colegio de Abogados de Tucumán de la Corte Suprema de 2015.

Se invoca en refuerzo de la argumentación expuesta por el Juez de Primera instancia, que la Corte Suprema ha reconocido la posibilidad de accionar a quién revista la simple condición de ciudadano, en aquel precedente indicado.

Debe aclararse aquí que la Corte Suprema en tal precedente ha sostenido, en primer lugar, que ello era una excepción al principio general de la regla antes mencionada, y que en tales "situaciones excepcionalísimas" podría admitirse el análisis de lo cuestionado en razón a que podrían verse lesionadas —en aquel caso— disposiciones constitucionales "que hacen a la esencia de la forma republicana de gobierno, poniendo en jaque los pilares de la arquitectura de la organización del poder diagramada en la Ley Fundamental" (ver precedente citado).

Se vislumbran entonces, dos situaciones completamente diferentes a las presentadas que tornan inaplicable el precedente al supuesto aquí analizado.

En primer lugar, la Corte Suprema no se encontraba en presencia de un amparo (art. 43 de la Constitución Nacional), sino frente a una acción declarativa de inconstitucionalidad, que tiene una regulación procesal y de fondo diferente a la acción de amparo.

En segundo término, y en el marco de esa acción procesal, la Corte Suprema admite frente a "excepcionalísimas circunstancias" en las que se encuentre en juego las bases mismas del sistema republicano de gobierno, la eventual procedencia de la acción, sustentándose así en el peligro fundamental a que la Constitución se mantenga. Es decir, el Superior Tribu-

nal admite la apertura de la discusión en razón a peligrar las reglas básicas e inherentes a la distribución de funciones y competencias de los órganos establecidos por la Constitución Nacional establecidos para garantizar los derechos de los ciudadanos, situación completamente diferente a la aquí analizada que ni siquiera por aproximación podría identificarse. La diferencia entre ambas situaciones es tan patente y manifiesta que obvia cualquier otra consideración más que el simple cotejo de hipótesis incompatibles entre sí.

Por lo demás, y en tal orden de ideas, basta recordar lo dicho también por la jurisprudencia en casos similares, cuando se sostuvo que "la mera condición de ciudadano y de legislador no le otorgan legitimación suficiente para solicitar ante la Justicia la declaración de inconstitucionalidad de una norma que no le agravia de manera expresa y concreta" (Juzg. Nac. Contencioso-Administrativo Federal N° 5, Cap. Fed. "Olmedo", del 09/05/2019, LA LEY, AR/JUR/15.654/2019), a un diputado del Congreso Nacional que pretendía mediante esta vía, la declaración de inconstitucionalidad de la ley 27.499 y su reglamentación, por resultar contraria a la Constitución Nacional (En el mismo sentido ver Trib. Sup. CABA, "Epzteyn", del 30/03/2011, LA LEY, AR/JUR/11.426/2011, entre otros).

Por tanto, la invocación de este precedente por parte del Juzgado Federal actuante no puede ser considerada como fundamento válido para apartarse de las reglas y condiciones exigidas por la ley fundamental y las normas procesales para tener por acreditado el requisito previo e imprescindible referido a la legitimación para accionar mediante la vía del amparo.

c. La legitimación en otras ramas del derecho.

Se sustenta la pretendida legitimidad del actor para dar curso a este proceso, en lo dispuesto en otras ramas del derecho facultando a toda persona a formular los planteos pertinentes, especialmente en lo que atañe a ley ambiental.

Al respecto cabe señalar, nuevamente, que es el texto constitucional el que habilita en forma excepcional una legitimación llamada "anómala", extraordinaria o autónoma en aquellos casos en que la acción puede ser promovida no sólo por el afectado, sino también por el defensor del pueblo y por las asociaciones que propenden a las finalidades relacionadas con ello, en aquellos aspectos estrictamente puntuales y en los que no se encuentra una hipótesis como la aquí debatida (aspectos referidos a discriminación, ambientales, derechos de usuarios y consumidores, conforme el art. 43 CN.

Se trata de supuestos particulares y expresamente consagrados por la ley fundamental, por lo que no es legítimo invocar la excepción a una norma general, y luego por analogía, extenderla a supuestos que se creen similares tal como se ha procedido en el caso y, por tanto, este modo de actuar invalida el razonamiento analógico expuesto por el *a quo*.

Por lo demás, aun así, la existencia de un caso o controversia que genere un interés procesal concreto no se vislumbra en ningún momento en estas actuaciones, con lo que, a mayor abundamiento, tampoco dichos argumentos pueden ser utilizados para obviar la inexistencia del interés que reclama el inicio de una acción como la aquí intentada.

En el caso sometido a estudio se observa que el actor se ha presentado en estos autos en su calidad de "ciudadano", alegando la presunta inconstitucionalidad de la ley 27.610 de interrupción voluntaria del embarazo, sin constar en las actuaciones algún riesgo inminente o lesión de sus derechos amparados por la Constitución Nacional (art. 43 de la Constitución Nacional), ni tampoco alguna de las posibilidades que a modo de "excepción" se consagran en el segundo párrafo de la norma citada.

Al respecto debe señalarse, que "el de 'ciudadano' es un concepto de notable generalidad y su comprobación, en la mayoría de los casos, no basta para demostrar la existencia de un interés "especial" o "directo", "inmediato", "concreto" o "sustancial" que permita tener por configurado un "caso contencioso" (CSJN, Fallos: 336:2356, "Roquel", del 10/12/2013).

De todos modos, y a riesgo de ser repetitivo, ya sea que se trate de derechos individuales, de incidencia colectiva referidos a bienes colectivos o de incidencia colectiva referentes a interés individuales homogéneos "en todos esos supuestos, la comprobación de la existencia de un 'caso' es imprescindible", conforme lo ha dicho la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN "Halabi", LA LEY, 7005-I, 373).

Sin perjuicio de ello, tampoco es acertada la invocación del precedente "Saguir" de la Corte Suprema (Fallos: 302:1284) en tanto allí se hace referencia a la gravedad y urgencia para proteger el derecho a la vida de las personas por nacer, ya que en aquel supuesto existía no solo un caso o controversia concreta, sino también un interés particular por parte de quien era o se sentía afectado ante tal situación, extremos que —como se ha dicho— no se comprueban en las presentes actuaciones.

En definitiva, los argumentos que sustentan la habilitación de esta instancia y la adopción de una medida precautoria como la acogida por el Juez de grado,

resultan ser insuficientes y carentes de sustento jurídico con relación a la situación que se planteara en estas actuaciones.

Al no existir un "caso" o controversia judicial frente a la ausencia de una posible afectación o riesgo concreto en la persona del presentante —quien a su vez carece de las atribuciones que la Constitución Nacional otorga a excepcionales situaciones expresamente consagradas en el art. 43 de su texto—, la decisión judicial que tuvo por habilitada la jurisdicción y competencia de estos estrados no se ajusta a expresas previsiones normativas que resultan aplicables a este supuesto, tal como lo han remarcado los representantes del Ministerio Público Fiscal en sus respectivas intervenciones.

IV. La decisión jurídica a adoptar.

Como aclaración previa debe destacarse que —en palabras de nuestro Tribunal Supremo—, "la misión más delicada de la justicia de la Nación es la de saberse mantener dentro de la órbita de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes o jurisdicciones, toda vez que es el judicial el llamado por la ley para sostener la observancia de la Constitución Nacional, y de ahí que un avance de este poder menoscabando las facultades de los demás revestiría la mayor gravedad para la armonía constitucional y el orden público" (Fallos: 344:603, "Sisti", 15 de abril de 2021, del voto de los jueces Highton de Nolasco y Lorenzetti).

Un proceder prudente y ajustado a la función del Poder Judicial consiste en verificar fielmente la previa delimitación de una situación que importe un caso o controversia "para asegurar la preservación del principio de división de poderes, que excluye al Poder Judicial de la atribución de expedirse en forma general sobre la validez de las normas emitidas por los otros departamentos de gobierno" (CSJN, Fallos: 344:575, "Grindetti", del 15/04/2021, del voto del juez Rosatti).

Teniendo en consideración tales premisas y conforme a todo lo anteriormente expuesto, la decisión judicial recurrida —al admitir la procedencia de esta acción— traspasa esos delicados límites y se inmiscuye en consideraciones de política legislativa que se analizan de modo abstracto, sin constatar mínimamente la existencia de una concreta y actual lesión o riesgo para un interés personal, explayándose en argumentaciones de tinte genérico sin referencia a un concreto agravio por parte del actor, o de aquellos que se encuentran expresa y acotadamente mencionados por la Constitución Nacional en su art. 43.

El Poder Judicial no puede constituirse en un revisor autónomo e independiente del mérito, oportunidad o conveniencia de un acto político como lo es el dictado de una ley por parte del Congreso Nacional, obviando aquellos principios básicos y elementales que impiden a los Jueces en convertirse en sujetos encargados de llevar adelante el destino de los ciudadanos y establecer las reglas de convivencia social que van a regular y regir el modo de vida de una sociedad, pues ello está reservado exclusivamente por imperio constitucional al Poder Legislativo de la Nación, siempre —claro está— que no exista en un caso puntual y concreto, una efectiva lesión o puesta en riesgo de un derecho constitucional de una persona debidamente identificada como interesado directo, o con facultades para promover o excitar la acción jurisdiccional respectiva, y que ello derive inexorablemente de la aplicación de una disposición legal que la perjudique o lesione en forma puntual, lo que no ha sido acreditado en estas actuaciones.

Por todo lo expuesto, sin que implique esta decisión pronunciarse sobre la presunta inconstitucionalidad de la norma impugnada, y todo ello de conformidad con lo solicitado por el Ministerio Público Fiscal, voto por la íntegra revocación de la medida cautelar recurrida por ante esta instancia, disponiéndose el archivo de las actuaciones a tenor de los fundamentos expuestos precedentemente, y por los argumentos jurídicos que plenamente comparto del voto de mi distinguido colega que me ha precedido en este acuerdo; con costas de ambas instancias a la vencida (art. 68 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, art. 14 ley 16.986). Considero, además que es oportuna la recomendación al Juez de grado que refiere mi colega precedente, ya que es necesario y pertinente que los Jueces resuelvan y se pronuncien de acuerdo a las circunstancias de hecho y de derecho que le son planteadas dentro del marco de su competencia y jurisdicción, evitando incurrir en toda otra actuación que exceda lo que el propio ejercicio de la magistratura le acuerda con motivo de sus específicas funciones.

Tal es mi voto.

Por todo lo expuesto, este Tribunal resuelve: I. Revocar la medida cautelar dictada en Autos, rechazar la acción impetrada y disponer el archivo de los presentes obrados, atento la manifiesta improcedencia del planteo efectuado; con costas de ambas instancias a la vencida (art. 68 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, art. 14 ley 16.986). II. Formular al Juez de Grado Dr. Alfredo López las recomendaciones que surgen de los considerandos precedentes. III. En cuanto a las presentaciones efectuadas los días 24 y 25 de junio de 2021 por las Dras. Balaguer, De la Vega, y por el Dr. Morales, y la efectuada el 30/06/2021 por el Dr. Montini (Director del INADI) y la Dra. Mas. Estése a lo dispuesto con anterioridad. Regístrese. Notifíque-

se. Devuélvase. — *Alejandro O. Tazza.* — *Eduardo P. Jiménez.*

ACCESO A LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO

Suspensión de la aplicación de la res. 1/2019 del Ministerio de Salud y de la ley 27.610. Procedencia de la medida cautelar de no innovar. Legitimación del accionante. Irrelevancia de la condición de "católico" del juez.

Con nota de Elena B. Mendoza

1. — Sin que implique prejuzgamiento respecto del fondo de la cuestión traída a debate —habida cuenta que la inconstitucionalidad planteada será tratada en la definitiva—, bajo entera responsabilidad del accionante y previa caución juratoria que se entiende prestada con la demanda inicial, en virtud de la intensidad de la verosimilitud del derecho que se trata corresponde ordenar medida cautelar de no innovar y en virtud de ello decretar la inaplicabilidad de la Ley de "Acceso a la interrupción voluntaria del embarazo" 27.610 ordenando al accionado Estado nacional —Poder Ejecutivo nacional— la suspensión de la aplicación de la mencionada norma, protocolos y resoluciones hasta tanto se resuelva la cuestión de fondo en el momento de dictarse sentencia definitiva en el caso.

2. — En cuanto a los presupuestos que avalan el dictado de la medida cautelar pretendida, esto es, verosimilitud del derecho y peligro en la demora, ambos se encuentran debidamente acreditados, teniendo en cuenta que de aplicarse la res. 1/2019 y consecuentemente la ley 27.610 se vería afectado el derecho a la vida desde la concepción y con relación al niño por nacer, pudiendo tornar tardía tal protección, ante la inmediata aplicación de la norma en cuestión; y a la luz de las alegaciones vertidas en el escrito inicial y de los arts. 230 y 232 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación de aplicación en el caso por remisión del art. 17 de la ley 16.986.

3. — Se encuentra acreditada *prima facie* la verosimilitud en el derecho, es decir, el derecho alegado al solo objeto de la medida precautoria solicitada, toda vez que en el caso al evaluarse los argumentos expresados por el amparista y el conflicto suscitado entre la ley cuestionada y el Bloque Constitucional en su conjunto afectado, no se puede dejar de lado la subsistencia irrestricta de la Constitución Nacional en el supuesto de ser violentada por un ley que ante su aplicación, cercene varios de los instrumentos internacionales citados en el art. 75, inc. 22 de la Carta Magna, afectando y poniendo en peligro la vida, dignidad y derecho del niño por nacer, como de su madre gestante. De allí que a todas luces surja de manera evidente e inequívoca la magnitud de la intensidad en la verosimilitud del derecho alegado en la presente acción.

4. — Tratándose en el caso de un proceso en procura de intereses vitales, considero aquí con particular detenimiento el "peligro en la demora" que implicaría acceder tardíamente a la pretensión. El *periculum in mora* se halla por demás justificado en virtud de distintas circunstancias que no pueden ser ignoradas por el firmante. Denegar en este caso una cautela ocasionaría un perjuicio irreparable, que se tornaría de difícil solución ulterior. En el caso traído a examen, se observa configurado el peligro en la demora principalmente por encontrarse amenazados los derechos de los niños y niñas por nacer.

5. — Resulta relevante en el caso de autos el peligro en la demora, que se configura porque un número imponderable de niñas y niños por nacer pueden sufrir su muerte desde este mismo momento y la sentencia definitiva que se dicte en la presente acción no podrá remediar su situación en virtud del tiempo transcurrido en la sustanciación del caso de autos, es decir, el peligro se configura porque podrían verse frustrados los derechos invocados por el accionante por el transcurso del tiempo.

6. — La mayoría de los jueces, por sus principios religiosos o morales, pueden poseer una determinada opinión respecto de la práctica del aborto. Sin embargo, el juez debe sobreponerse a dicha situación, puesto que la elevada conciencia de su misión y el sentido de responsabilidad deben colocarlo por encima de cualquier sospecha.

7. — No se tiene configurada en el presente caso la situación de excepción prevista en el art. 30 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, no siendo mi condición de católico impedimento para entender en los presentes actuados en los cuales debe resolverse una cuestión estrictamente jurídica —el pedido de inconstitucionalidad de la ley 27.610— que involucra preceptos constitucionales y legales.

8. — Estamos, sin ninguna duda, frente a una acción atribuida a la comunidad a los fines de hacer

cumplir la ley, siendo el caso de autos un claro ejemplo de ello, viéndose reconocida a todas luces la legitimación que la ley 26.061 le confiere al actor para iniciar la presente acción judicial a fin de que se declare la inconstitucionalidad de la ley 27.610 en su carácter de ciudadano y con el patrocinio letrado invocado.

9. — He de tener en cuenta que si en lo que refiere a la consideración del animal que debe hacer el ordenamiento jurídico para decidir si debe ser considerado sujeto de derecho y merecer la tutela estatal como tal o continuar con la conceptualización como cosa, tanto más estimo, debe tenerse en cuenta lo normado por la "Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes", ley 26.061, en cuanto esta norma instituye de modo expreso en su art. 1° una acción idónea respecto de la defensa de los derechos fundamentales y humanos de las niñas, niños y adolescentes.

10. — Teniendo en cuenta los derechos afectados, atento el objeto de la pretensión y el requerimiento de declaración de inconstitucionalidad referenciado considero que se encuentra debidamente habilitada esta instancia judicial de amparo (art. 43, CN y arts. 1° y 2° de la ley 16.986).

11. — Corresponde tratar el análisis de la procedencia de la medida cautelar solicitada, declarando la inconstitucionalidad de los arts. 4°, 5°, 6°, inc. 1), 10 y 13, inc. 3) de la ley 26.854 que establece el régimen de las medidas cautelares en las que interviene o es parte el Estado nacional. En efecto, la mencionada normativa restringe el dictado de medidas cautelares limitando la evaluación de las circunstancias del caso que debe formular el magistrado, alterando la división de poderes.

12. — Los arts. 4°, 5°, 6°, inc. 1), 10 y 13, inc. 3) de la ley 26.854 afectan gravemente el principio de tutela judicial efectiva, seguridad jurídica y división de poderes vulnerando de forma palmaria los arts. 14, 17, 19 y 28 de la CN; máxime, que la misma es un instrumento procesal tuitivo del derecho de fondo por el cual se pretende garantizar el mismo a fin de que no se vuelva ilusorio, por ello y con más razón se debe declarar la inconstitucionalidad de la normativa que lo enerva.

JFed. Nro. 4, Mar del Plata, 07/06/2021. - Seri, Héctor Adolfo c. Poder Ejecutivo Nacional s/ amparo ley 16.986.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/68545/2021]

5045/2021

1ª Instancia.- Mar del Plata, junio 7 de 2021.

Resulta:

I. Que se presenta el Sr. Seri, Héctor Adolfo con el patrocinio letrado del Dr. Mauro D'ipolito Blancat, por ante el Departamento Judicial de Mar del Plata y promueve acción de amparo en los términos del art. 43 de la Constitución Nacional contra el Estado Nacional —Poder Ejecutivo Nacional—, a fin de que se declare la inconstitucionalidad de la ley 27.610 denominada "Acceso a la Interrupción Voluntaria del Embarazo", toda vez que —según considera— el mencionado plexo normativo iría en sentido contrario a las obligaciones internacionales asumidas por el Estado Argentino en virtud de la protección integral del derecho a la vida desde la concepción.

Asimismo, solicita que se dicte una medida cautelar a fin de que se ordene la suspensión de la resolución 1/2019 atento estar en juego el derecho de la vida de niños por nacer.

En fecha 10 de mayo de 2021 el Magistrado interviniente, resuelve declinar la competencia de la Justicia Ordinaria en favor del Fuero Federal para entender en esta acción de amparo, en función de que se encuentra demandado el Estado Nacional —Poder Ejecutivo Nacional—, remitiendo consecuentemente la presente causa digital a la Justicia Federal en turno.

Por tal motivo en fecha 14 de mayo de 2021 se tienen por recibidas las presentes actuaciones digitales provenientes del Juzgado de Responsabilidad Penal Juvenil N° 2 del Departamento Judicial de Mar del Plata. Se tiene por presentado al Sr. Seri, Héctor Adolfo, parte, con el patrocinio letrado invocado y, previo a todo trámite, se da intervención al Ministerio Público Fiscal a fin de que se expida sobre la competencia, habilitación de instancia y formule las demás manifestaciones que estime pertinente.

Es así que en igual fecha se confiere vista de las presentes actuaciones digitales al Ministerio Público Fiscal, quien en fecha 17/05/2021, se expide a favor de la competencia federal en razón de las personas pero en sentido contrario al otorgamiento de la habilitación de la instancia judicial.

II. Que cabe considerar en primer término mi aptitud para entender en la presente acción:

En primer lugar, propio es destacar que mi condición de católico y respetuoso de la vida humana no

resulta óbice para la intervención del Suscripto en los presentes actuados.

Asimismo, reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha considerado que el derecho a la vida es el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional (conf. Fallos: 302:1284; 310:112). También el Supremo Tribunal ha dicho que el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo —más allá de su naturaleza trascendente— su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (Fallos: 316:479 votos concurrentes). Que a partir de lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (nominados en el art. 75 inc. 22 de la Ley Suprema), esta Corte ha reafirmado en posteriores pronunciamientos el derecho a la preservación de la salud —comprendido en el derecho a la vida— y ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga (Fallos: 321:1684).

Haciendo un análisis de la situación prevista en el art. 30 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación he de considerar, en rigor de verdad, que el término de prejuzgamiento no implica otra cosa que anticipar un juicio de valor sobre el resultado que debe tener el caso concreto que se tiene a estudio, ya que admitir otra tesis implicaría aceptar la posibilidad de que los Magistrados se viesen cohibidos de fundar sus sentencias, dar cátedra, participar en congresos o escribir obras de doctrina, puesto que toda posición que adoptasen sobre cuestiones jurídicas podría ser interpretada como anticipación de la solución de un hipotético caso futuro.

Por ello, la Corte Suprema de Justicia hace hincapié en que la figura del prejuzgamiento solo se configura cuando el Magistrado utiliza expresiones que anticipen su futura decisión en el proceso que tiene a estudio, o sea en un proceso concreto; vital y pormenorizado por circunstancias fácticas que deben considerarse irrepetibles.

En resumen, la recusación y la excusación son medios técnicos utilizados por el legislador para asegurar la imparcialidad de la justicia (apartar del proceso al juez sospechoso) cuya aplicación debe ser efectuada en forma prudencial, a fin de evitar que sirvan para apartar del estudio de la causa a Magistrados cuya cosmovisión o ideología personal no agrade a alguno de los litigantes.

El abuso en la utilización de tales figuras conduce a la desnaturalización del debido proceso, a desvirtuar la finalidad del art. 18 de la Constitución Nacional (conocimiento del litigio por el juez natural de la causa) y a la transformación de elementos técnicos valiosos en simples "chicanas" para prolongar el procedimiento judicial que es, de por sí, largo y costoso (conf. artículo titulado "Recusación y excusación en el pensamiento de la corte suprema de justicia de la nación" por Pose, Carlos (Publicado en: DT 1992-B, 1869) analizando el fallo de la CSJN "Cantos, José M. c. Provincia de Santiago del Estero y/u otro" del 24/03/1992.

Así, en la entrevista llevada a cabo por el Consejo de la Magistratura, en oportunidad de concursar al cargo que actualmente ostento en el Poder Judicial de la Nación —en la ocasión presidido dicho Alto Cuerpo por el Dr. Bindo Caviglione Fraga— me fue preguntado por el Dr. Claudio Marcelo Kiper, —a la sazón integrante en ese momento del Consejo de la Magistratura— y allí expuse claramente mi posición de respeto por el derecho a la vida humana, sin que ello fuera obstáculo a mi posterior propuesta por parte del citado cuerpo al Poder Ejecutivo Nacional, la remisión de mi pliego por parte de este al Senado de la Nación y su consecuente aprobación.

Asimismo, recientemente en los autos caratulados "Traboulsi, Carlos L. y otros c. Poder Ejecutivo Nacional y otros s/ amparo ley 16.986" medida cautelar, de trámite ante la Justicia Contencioso Administrativa Federal, la Excma. Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala II, con fecha 16 de marzo de 2021 resolvió no hacer lugar por tardía a la posición adoptada por la Sra. Jueza titular del Juzgado N° 5 del fuero al rechazar la excusación del Sr. Juez a cargo del Juzgado N° 9 fundada en principios de índole religiosos y por ende, asignar el conocimiento de la causa al Juzgado N° 5 por considerar, asimismo improcedente la eventual excusación formulada por la Sra. Juez *a quo* por ser fiel de la Iglesia Católica.

La Magistrada a cargo del Juzgado N° 5, al no aceptar la declinación adoptada por el juez a cargo del juzgado N° 9 expuso en su Resolución que la invocación de "principios de índole religiosos" no resulta suficiente para tener por configurada en el caso la situación de excepción prevista en el artículo 30 del Código Procesal.

Asimismo, expuso al resolver que: "...los motivos graves de decoro y delicadeza que facultan a un juez a abstenerse en un pleito,, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 30 del Código Procesal, deben convencer razonablemente sobre el compromiso de la independencia que podría traerle a quien los invoca, dado que la garantía del juez natural tiene raigam-

bre constitucional, solo se justifica el apartamiento del magistrado frente a situaciones que pueden conllevar a su espíritu el eco mortificante de la sospecha agraviante para su decoro y delicadeza (conf. CNACAF, Sala I, "Telecom Argentina SA c. EN - CNC- Resol. 765/2002", del 26/02/2008).

Por consiguiente, las causales de excusación deben juzgarse con estrictez, requiriéndose que estén íntimamente unidas con el interés del pleito (conf. CNACAF, Sala II, "Adidas Argentina SA", del 29/09/1998, y "Aizenstat, Natán", del 11/05/1993); circunstancia que —en relación al magistrado previniente— no acontece en el caso de autos, donde se persigue —en esencia— la declaración de inconstitucionalidad de numerosas previsiones de la Ley 27.610.

Nótese que, de admitirse el planteo esbozado por el juez previniente, aquel conduciría a una situación en la que muy pocos jueces se encontrarían en condiciones de intervenir en autos, produciéndose una evidente e innecesaria demora en la solución del litigio, con afectación del derecho a la tutela judicial efectiva, que podría traducirse —inclusive— en un claro caso de denegación de justicia.

En efecto, la mayoría de los jueces, por sus principios religiosos o morales, pueden poseer una determinada opinión respecto de la práctica del aborto. Sin embargo, el juez debe sobreponerse a dicha situación, puesto que la elevada conciencia de su misión y el sentido de responsabilidad deben colocarlo por encima de cualquier sospecha (doctr. CSJN, Fallos: 326:1609 y 325:3431)".

Así, el Superior entendió que pese a la condición manifestada por la Magistrada y en virtud que diera trámite al remitir la acción al Sr. Fiscal Federal, la circunstancia eventual puesta de manifiesto por la Jueza solo para el caso que se aceptara la excusación del Juez previniente, implicó la convalidación de la actuación de la misma.

Por otra parte la propia Cámara Federal de Mar del Plata, recientemente en fecha 02 de junio de 2021 ha resuelto rechazar la excusación deducida por el Suscripto en autos caratulados "A., N. L. c. Clínicas Marplatenses Unidas SA s/ leyes especiales s/ incidente de excusación", Expte. N° 4401/2020/1, resaltando que "...si bien es ponderable la actitud de los magistrados que, ante la reiteración de las manifestaciones que intentan arrojar un manto de sospecha sobre su imparcialidad y buen juicio, denuncian violencia moral y razones de delicadeza, como un modo más de asegurar que el reclamo de los denunciantes es infundado, cabe no obstante poner de relieve que la integridad de espíritu, la elevada conciencia de su misión y el sentido de la responsabilidad que es dable exigir a quien cumple tan significativa magistratura, pueden colocarlos por encima de tales insinuaciones y, en la defensa de su propio decoro y estimación y del deber de cumplir con la función encomendada, conducirlos a no aceptar las sospechas de la alegada, no probada y desestimada parcialidad" (Fallos: 319:758)...".

Por todo lo expuesto, considero que no se tiene configurada en el presente caso la situación de excepción prevista en el art. 30 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, no siendo mi condición de católico impedimento para entender en los presentes actuados en los cuales debe resolverse una cuestión estrictamente jurídica que involucra preceptos constitucionales y legales.

Consecuentemente, teniendo en cuenta la calidad ostentada por el ente demandado y las características de la petición habida corresponde declarar la competencia de este Juzgado Federal N° 4 a mi cargo para entender en la presente acción. (arts. 43, art. 116 y art. 117 de la CN, art. 2 inc. 6 y art. 12 de la Ley 48, art. 4 de la ley 16.986).

III. Respecto de la habilitación de instancia, he de destacar siguiendo a Sagues ("Derecho Procesal Constitucional", Edit. Astrea T. III) que el proceso de amparo resulta ser un remedio residual o heroico, particularmente luego de operada la reforma Constitucional de 1994. Es entonces, responsabilidad del Juzgador determinar en cada caso, si el accionante ha promovido la vía más idónea de tutela urgente de los derechos constitucionales presuntamente violados.

En ese orden de ideas he de referirme a la legitimación invocada para actuar. Señala el actor que tiene legitimación procesal activa para promover esta acción, de conformidad con lo dispuesto en el art. 43 de la C.N, en cuanto declara que: "...Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley..."

En primer lugar, debo analizar la invocación efectuada por el actor para promover la presente acción. En ese sentido es dable destacar lo sostenido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en reiterados fallos, dejando sentado que en virtud del brocardo *iura novit curia* al momento de aplicar el derecho se encuentra facultada a no limitarse o someterse a los argumentos expresados por las partes. Tal principio tiene fundamento en la presunción lógica sobre el conocimiento del derecho por parte de los Magistrados, a quienes corresponde calificar la esencia del

pleito y aplicar consecuentemente la norma jurídica pertinente.

En otras palabras, conforme este principio, los jueces tenemos la facultad y el deber de realizar la calificación jurídica correspondiente respecto de las pretensiones deducidas en el juicio, pues la misión de la justicia es aplicar el derecho independientemente de los planteos de las partes.

Este criterio ha sido sostenido por distintos tribunales, entre ellos, por la "Sala B de la Cámara Civil, Comercial, Laboral y Minería de la ciudad de Trelew, provincia de Chubut, en oportunidad de fallar en los autos: "G., O. E. c. C., SA s/ cobro de pesos - laboral" Expte. N° 21.151, sentencia del 10 de Mayo de 2006, N° Interno: 18-L-06, dejando sentado que "...el derecho procesal se ha ocupado tradicionalmente del "iuria novit curia" como una circunstancia que exime a las partes de alegar y probar el derecho del caso, por un lado, y que justifica que el juez pueda apartarse de las consideraciones jurídicas que realicen aquellas (...) la Corte federal ha repetido en numerosos precedentes que, con arreglo a esta regla, el juez no solo tiene la facultad sino también el deber de discurrir los conflictos y dirimirlos según el derecho aplicable calificando autónomamente la realidad fáctica y subsumiéndola en las normas jurídicas con prescindencia de los fundamentos que enuncian las partes (Conf. SCJN, Fallos: 296:633; 299:78/429; 300:1034; 305:405; 308:778; 310:1536, etc)...".

En lo atinente a esta cuestión, el Máximo Tribunal ha sostenido su condición de intérprete final de la Constitución Nacional y ha plasmado dicha máxima jurídica en reiterados fallos, trasladando a los tribunales inferiores la atribución y deber de examinar las leyes o los actos del Poder Ejecutivo Nacional, en los casos concretos que se traen a su decisión. Expresamente ha dicho: "Es elemental en nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar las leyes —o, como en el caso, los actos del Poder Ejecutivo— en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con esta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ella, constituyendo esta atribución moderadora, uno de los fines supremos y fundamentales del Poder Judicial Nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la Constitución, contra los abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos" (CSJN, 14/04/1888, "La Municipalidad de la Capital c. Isabel A. Elortondo s/ Expropiación e inconstitucionalidad", Fallos: 33:162, 194).

Así, en virtud de lo expresado precedentemente, y teniendo en cuenta el principio "*iura novit curia*" con prescindencia del derecho invocado por el amparista, he de adelantar que encuentro argumentos sólidos a los fines de considerar al actor legitimado a peticionar por ante este Juzgado a mi cargo y por las razones por él invocadas en el punto 3 de su escrito inicial, la inconstitucionalidad de la Ley 27.610.

Es dable destacar, asimismo, que en cuanto al derecho aplicable según el conflicto traído a resolver, tampoco se puede dejar de lado lo normado por el artículo 1ro del Cód. Civ. y Com. de la Nación que dispone: "1. Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte"; y por lo dispuesto en su art. 2: "2. Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento", en cuanto estas normas delimitan una serie de regulaciones que merecen interpretación y aplicación.

En apoyo de tales disposiciones normativas, cobra relevancia en el caso de autos la existencia de los instrumentos internacionales referidos en el art. 75, inc. 22 de la CN entre los cuales se encuentran, la Convención sobre los Derechos del Niño (C.D.N.) aprobada por ley N° 23.849 que hizo reserva de aplicación e interpretación del mencionado Tratado, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos —Pacto de San José de Costa Rica— aprobada por ley N° 23.054, que integran junto con nuestra Carta Magna, el bloque constitucional a través del cual deberá transitar la ley cuestionada por el actor para no incurrir en incongruencias con dicho bloque y, cuyo exhaustivo análisis de interpretación y aplicación se hará en el momento procesal oportuno.

En segundo lugar, debo decir que disiento con el Sr. Fiscal en cuanto expresa que "...en autos no se constata la existencia de un "caso", y mucho menos que el actor, por su mera calidad de ciudadano, cuente con legitimación para formular una acción de amparo...".

Corresponde pues, efectuar un análisis de la "Ley de Protección integral de los Derechos de las niñas, niños y adolescentes" N° 26.061, que en su artículo 1°, tercer párrafo dispone que: "...La omisión en la observancia de los deberes que por la presente corresponden a los órganos gubernamentales del Estado habilita a todo ciudadano a interponer las acciones administrativas y judiciales a fin de restaurar el ejercicio y goce de tales derechos, a través de medidas

expeditas y eficaces.", interpretándose consecuentemente que, siendo los Magistrados quienes deben velar por la aplicación, observancia y cumplimiento de la ley como órganos del Estado y que esta se aplica en todo el territorio de la República, así, todo ciudadano, puede interponer las acciones para asegurar que la ley sea cumplida, incluyendo la acción expedita y rápida del amparo.

Asimismo, en su art. 2 última parte la mencionada Ley expresa: "...Los derechos y las garantías de los sujetos de esta ley son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles...", otorgándole carácter de orden público a los derechos reconocidos a los niños; y su art. 6 establece de modo expreso que: "...La Comunidad, por motivos de solidaridad y en ejercicio de la democracia participativa, debe y tiene derecho a ser parte activa en el logro de la vigencia plena y efectiva de los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes.".

Estamos, sin ninguna duda, frente a una acción atribuida a la comunidad a los fines de hacer cumplir la ley, siendo el caso de autos un claro ejemplo de ello, viéndose reconocida a todas luces la legitimación que la Ley 26.061 le confiere al actor para iniciar la presente acción judicial en su carácter de ciudadano y con el patrocinio letrado invocado.

A los fines de dar mayor claridad al sentido que tiene la legitimación del actor en la presente acción, resulta imprescindible traer al análisis de estos actuados lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "CSJ 22/2009 (45-C) Recurso de Hecho deducido por la demandada en autos "Colegio de Abogados de Tucumán c. Honorable Convención Constituyente de Tucumán y otro", por cuanto de este fallo surge prístina la legitimación en el abogado por su condición de tal y de todo ciudadano, reconociéndose el derecho de todas las personas a demandar en defensa de disposiciones constitucionales que hacen a la esencia de la forma republicana de gobierno. Allí, el más Alto Tribunal puso de relieve en orden a la legitimación del Colegio y de todo ciudadano, que "8)... peligra el mismo derecho fundamental a que la Constitución se mantenga (Fallos: 313:594 y 317:335, disidencias del juez Fayt)". Agregó seguidamente que: "9) ... en consecuencia, en supuestos como el examinado no se está frente a un problema de legitimación corriente, pues lo que se invoca es la afectación de la fuente misma de toda legitimidad. Por este motivo, la configuración del "caso" resulta diferente a la delineada por el Tribunal en precedentes que involucraban otro tipo de derechos. En estas situaciones excepcionalísimas, en las que se denuncia que han sido lesionadas expresas disposiciones constitucionales que hacen a la esencia de la forma republicana de gobierno, poniendo en jaque los pilares de la arquitectura de la organización del poder diagramada en la Ley Fundamental, la simple condición de ciudadano resultaría suficiente para tener por demostrada la existencia de un interés "especial" o "directo". Ello es así ya que, cuando están en juego las propias reglas constitucionales no cabe hablar de dilución de un derecho con relación al ciudadano, cuando lo que el ciudadano pretende es la preservación de la fuente de todo derecho. Así como todos los ciudadanos están a la misma distancia de la Constitución para acatarla, están también igualmente habilitados para defenderla cuando entienden que ella es desnaturalizada, colocándola bajo la amenaza cierta de ser alterada por maneras diferentes de las que ella prevé (Fallos: 317:335 y 313:594, disidencias del juez Fayt)"

Es dable poner de relieve que, ante la gravedad y urgencia en proteger el derecho a la vida de las personas por nacer, no pueden prevalecer ápices procesales que impidan la adecuada protección constitucional de esos derechos. Así lo sostuvo la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Saguir y Dib", en el que textualmente dijo: "...media en el caso interés institucional. Por estar afectadas la integridad corporal de la dadora y la vida y salud del receptor, no es dable la demora en la tutela de los derechos comprometidos que requiere en cambio, consideración inmediata, oportuna y adecuada a su naturaleza (doctrina de Fallos: T. 257, p. 132 —Rep. LA LEY, T. XXIV, p. 1375, sum. 187—, entre otros). Todo lo cual impone la superación de ápices formales, como necesario recaudo para el pertinente ejercicio de la misión constitucional de esta Corte (doctrina de Fallos: T. 260, p. 114 — Rev. LA LEY, T. 117, p. 551—)..." (Saguir y Dib Claudia G. s/ autorización", Fallo: 302:1284 del 6 de noviembre de 1980).

En tercer lugar, respecto a la legitimidad que en el caso de autos se aprecia y recae sobre el amparista, es menester destacar lo dispuesto por las leyes en otras ramas del derecho al establecer quienes son sujetos activos legitimados para acceder a la justicia con el objeto de obtener una tutela jurídica por parte del órgano jurisdiccional.

He de referirme a la normativa aplicable en materia de Derecho Ambiental, y en este sentido, nos encontramos ante una serie de regulaciones en sentido amplio en pos de su preservación. La legitimación a los fines de acceder a la justicia a hacer valer derechos con el propósito de preservar el medio ambiente y la vida animal, se configura en sentido amplio, así lo refleja la "Ley General del Ambiente" N° 25.675, en su art. 30 cuando dispone en su tercer párrafo que: "... toda persona podrá solicitar, mediante acción de amparo, la cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo...". Incluso, puede observarse que al establecer este criterio amplio de preservación

recepta y acoge al "Principio de Prevención", al cual hace referencia como Principio General del Derecho nuestro Código de Rito en el Libro Tercero, Título V, de la Sección 2ª. En el marco del Derecho Ambiental el principio de prevención invoca la necesidad de impedir la producción de un daño ambiental mediante una práctica, respecto de la cual, se sabe conocido y previsible.

Paralelamente, se observa el creciente reconocimiento del Derecho Animal, que es en la actualidad, una novedosa rama del derecho que surge como resultado del creciente interés de la sociedad, en la defensa de los derechos de los animales. Encuentra su marco regulatorio en la "Ley de Protección de los Animales —Maltratos y Actos de Crueldad Animal" Ley N° 14.346 del año 1954, que integra el Código Penal de la República Argentina. Esto va de la mano del grado de desarrollo y evolución, que ha llevado a la sociedad a ampliar y otorgar cada vez más derechos, ya no solo a las personas humanas, sino también, poniendo el foco en otros seres sintientes, como es el caso de los animales, apartándose de la visión antropocéntrica que han tenido históricamente los ordenamientos jurídicos.

Precisamente, se trata de una nueva rama del derecho, regulada por la ley mencionada precedentemente, que tiene como objetivo prevenir y erradicar el maltrato y abuso del animal, y así, ante tales improperios cualquier ciudadano común se encuentra legitimado para efectuar la denuncia penal pertinente, siendo el trámite gratuito y teniendo obligación de ser tomada por parte de los respectivos funcionarios; pero va más allá y plantea todo un cambio de paradigma jurídico, en miras de lograr que los animales ya no sean considerados una cosa, sino que sean considerados sujetos no humanos titulares de derechos.

Pero no resulta este el momento procesal oportuno para adentrarme en el análisis acerca del reconocimiento legal que se ha logrado al considerar al animal como sujeto no humano titular de derechos, y la semejanza que el mismo ordenamiento jurídico provoca con la persona humana titular de derechos, y especialmente con los niños y niñas por nacer y en virtud de la protección jurídica que prima fundamentalmente sobre estos últimos.

Acá solo se trata de efectuar una correlación ó analogía en lo concerniente a la legitimación para actuar y lo que establecen las leyes mencionadas precedentemente, en tanto le dan un sentido amplio a tal presupuesto a los fines de acceder a los órganos jurisdiccionales en miras de su preservación y protección.

En consecuencia, he de tener en cuenta que si en lo que refiere a la consideración del animal que debe hacer el ordenamiento jurídico para decidir si debe ser considerado sujeto de derecho y merecer la tutela estatal como tal o continuar con la conceptualización como cosa, tanto más estimo, debe tenerse en cuenta lo normado por la "Ley de Protección integral de los Derechos de las niñas, niños y adolescentes" ley N° 26.061, en cuanto esta norma instituye de modo expreso en su artículo 1ro., una acción idónea respecto de la defensa de los derechos fundamentales y humanos de las niñas, niños y adolescentes. La doctrina al respecto ha dicho "La defensa objetiva de la legalidad constitucional es un derecho colectivo, y consecuentemente, cuando se verifica su conculcación, cualquier persona titular de derecho está facultada para promover los procesos judiciales correspondientes en pos de su salvaguardia, por cuanto de esta manera está garantizando la existencia misma del estado" (Gil Domínguez-Famá-Herrera, "Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y adolescentes", 1ª edición, Ediar 2007, p. 52).

Como ha dicho la CSJN en los fallos "Siri, Ángel s/ amparo" (239:459); "Samuel Kot SRL s/ hábeas corpus" (241:291) y "Miguel Á. Ekmekdjian c. Gerardo Sofovich y otros" (315:1492), "las garantías constitucionales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar en la Constitución e independientemente de sus leyes reglamentarias, cuyas limitaciones no pueden constituir obstáculo para la vigencia efectiva de dichas garantías" (fallos: 239:459; 241:291 y 315:1492). Por tal motivo, es claro que ante la gravedad de la situación es urgente encaminar el trámite y no incurrir en los clásicos y anticonstitucionales "excesos rituales manifiestos", en todo caso se dará consideración primordial "al interés superior del niño" (art. 3 de la Convención de Derechos del Niño - Ley 23.849).

Cabe remarcar entonces que, en el caso que nos ocupa, se dará consideración primordial "al interés superior del niño", toda vez que al niño o quien se presenta en su favor, tal como lo establece el art. 12 inc. 2 de la Convención de Derechos del Niño (Ley N° 23.849) "...se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimientos de la ley nacional...".

En esa sintonía, y tal como lo expresa la doctrina pretoriana, devienen en requisitos para la procedencia de esta acción protectora del orden constitucional y de la armonía normativo positiva, entre otros, la alegación efectiva del conflicto de la ley impugnada con las normas superiores, el caso concreto (no abstracto) y la existencia de un perjuicio concreto.

Consecuentemente, teniendo en cuenta los derechos afectados, atento el objeto de la pretensión y el requerimiento de declaración de inconstitucionalidad referenciado considero que se encuentra debidamente habilitada esta instancia judicial de amparo (Art. 43 CN y Arts. 1 y 2 de la Ley 16.986).

En virtud de ello, de conformidad a lo normado por el Art. 8 de la Ley 16.986 requiérase al Estado Nacional —Poder Ejecutivo Nacional— para que dentro del plazo de diez (10) días de anoticiado de la presente informe en forma circunstanciada acerca de los antecedentes y fundamentos legales de la normativa cuestionada, bajo apercibimiento de ley. Para su cumplimiento, líbrese oficio de estilo.

IV. Respecto de la medida cautelar solicitada he de adelantar mi criterio en sentido positivo al otorgamiento de la misma.

En efecto, lo que en este punto se dilucidará es si resulta procedente la medida cautelar pretendida por el actor al solicitar que se ordene la suspensión de la Resolución N° 1/2019 denominada "Protocolo para la atención integral de las personas con derecho a la interrupción legal del embarazo", y que se materializará en caso de prosperar, en disponer la inaplicabilidad de la Ley 27.610, ello en virtud de que estos protocolos tiene como objetivo ofrecer una guía a los equipos de salud para que cumplan con la interrupción del embarazo contemplado en el marco jurídico argentino (Ley 27.610). Por tal motivo resultan accesorios y derivan de la aplicación de la ley misma, encontrándose avalados por ella y, en caso de decretar la inaplicabilidad de la ley mencionada quedará suspendida automáticamente la aplicación de la resolución cuestionada (protocolo).

Resulta esta la cuestión previa al tratamiento del requerimiento de fondo, objeto de la presente acción de amparo impetrada en los términos del art. 43 de la CN y de la Ley 16.986 contra el Estado Nacional —Poder Ejecutivo Nacional—, tendiente a que se declare la inconstitucionalidad de la ley N° 27.610 toda vez que —según lo considera el actor— el mencionado plexo normativo afecta los derechos consagrados en la Constitución Nacional e iría en sentido contrario a las obligaciones internacionales asumidas por el Estado Argentino en virtud de la protección integral del derecho a la vida desde la concepción y que se hará en el momento procesal oportuno, esto es, en la sentencia definitiva.

Cabe hacer esta aclaración, en virtud de que la medida cautelar no puede confundirse bajo ningún punto de vista con la cuestión de fondo, y toda vez que esta última requerirá de un análisis más profundo y minucioso. Llegada esa instancia, deberá corroborarse que la ley cuestionada pase el test de constitucionalidad, es decir, no resulte incongruente respecto del bloque constitucional compuesto por la Carta Magna con su reforma del año 1994 como, asimismo, con los Tratados Internacionales incorporados a la misma en virtud del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, particularmente con la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos —Pacto de San José de Costa Rica— que forman parte del citado bloque constitucional y con las que no puede entrar en colisión ninguna norma de carácter inferior. Cabe mencionar que dicho plexo normativo, implicó la adaptación del nuevo Cód. Civ. y Com. de la Nación en su redacción actual del art. 19.

Seguidamente, corresponde tratar el análisis de la procedencia de la medida cautelar solicitada, declarando la inconstitucionalidad de los arts. 4, 5, 6 inc. 1), 10 y 13 inc. 3) de la Ley 26.854 (BO 30/04/2013) que establece el régimen de las medidas cautelares en las que interviene o es parte el Estado Nacional.

He de considerar lo dispuesto en los autos caratulados "Colegio de Abogados del Dpto. Judicial de Mar del Plata c. EN - PEN s/ acción declarativa de inconstitucionalidad" Expte. N° 8987 y "Tirrelli, Carlos G. y otro c. Estado Nacional - PEN s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", Expte. N° 8992, ambos de trámite por ante este Juzgado a mi cargo.

En efecto la mencionada normativa restringe el dictado de medidas cautelares limitando la evaluación de las circunstancias del caso que debe formular el Magistrado, alterando la división de poderes.

Así las cosas los arts. 4, 5, 6 inc. 1), 10 y 13 inc. 3) de la ley 26.854 afectan gravemente el principio de tutela judicial efectiva, seguridad jurídica y división de poderes vulnerando de forma palmaria los arts. 14, 17, 19 y 28 de la CN; máxime, que la misma es un instrumento procesal tuitivo del derecho de fondo por el cual se pretende garantizar el mismo a fin que no se vuelva ilusorio, por ello y con más razón se debe declarar la inconstitucionalidad de la normativa que lo enerva.

Particularmente el ya mencionado art. 10 vinculado a la caución, el art. 4 que altera la regla de las medidas cautelares cuya naturaleza es que deben dictarse *in audita parte* una vez acreditada la verosimilitud en el derecho y el peligro en la demora reconocido unánimemente por la doctrina y jurisprudencia.

Respecto a los arts. 5 y 6 inc. 1) también corren la misma suerte, en virtud que el plazo de duración de las medidas cautelares contra el Estado Nacional, con independencia de la existencia de sentencia definiti-

va en el expediente principal, resulta una incongruencia pues las mismas tienen como finalidad asegurar que el derecho no se frustre antes del dictado de la sentencia de fondo, resultando irrazonable que caduque antes de la misma.

En cuanto al art. 13 inc. 3) resulta también manifiesta la inconstitucionalidad del efecto suspensivo del recurso de apelación fulminando la tutela efectiva.

Todo lo señalado precedentemente ya ha sido resuelto por la Judicatura cuando en oportunidad del denominado "corralito" se dictaron normativas tendientes a limitar la función judicial y a vulnerar el ejercicio efectivo de los derechos de los justiciables.

Aclarado ello, a los fines de merituar la procedencia de una medida cautelar como la solicitada, corresponde analizar la existencia de los presupuestos de admisibilidad de las medidas cautelares en general, teniendo especialmente presente la rigurosidad que impone la presunción de legitimidad que reviste la norma atacada.

Así pues, deben concurrir a fin de hacer procedente la traba de una medida cautelar la verosimilitud del derecho alegado por quien la peticiona y el peligro de que el tiempo que insuma la sustanciación del proceso torne ilusorio el derecho eventualmente reconocido en la sentencia (art. 195 y ccdtes. del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

En tal sentido, el art. 230 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación establece: "Podrá decretarse la prohibición de innovar en toda clase de juicio, siempre que: 1) el derecho fuere verosímil; 2) existiere el peligro de que si se mantuviere o alterare, en su caso, la situación de hecho o de derecho, la modificación pudiere influir en la sentencia o convirtiere su ejecución en ineficaz o imposible; 3) la cautela no pudiere obtenerse por medio de otra medida precautoria". La verosimilitud del derecho invocado que se traduce en la expresión latina "fumus bonis iuris", refiere a la apariencia que presenta el derecho invocado por quien solicita la medida cautelar, encontrándose estrechamente vinculado con la fundabilidad y razonabilidad de lo demandado, siendo factible apreciar superficialmente la existencia del derecho en discusión. En tanto el requisito del peligro en la demora, que justifica el dictado de medidas cautelares se traduce en el estado de peligro en el que se encuentra el derecho principal, y la posibilidad o certidumbre de que la actuación normal del derecho ocasionaría un perjuicio que se tornaría de difícil solución posterior.

En consonancia con la apreciación que merecen los requisitos de admisibilidad de las medidas cautelares y en particular, de la medida que se solicita en la presente acción, ha resuelto recientemente la Sala Tercera de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería, de la ciudad de San Juan, provincia de San Juan, en fecha 1 de Mayo de 2021, en los autos caratulados: "S. F. A. c. T. B. M. G. s/ cautelar", Expte. N° 177.743, provenientes del Juzgado Civil N° 11 a los fines del tratamiento de recurso de apelación interpuesto por el actor, contra la sentencia de primera instancia que resolvió rechazar la medida cautelar solicitada por el Sr. F. A. S. La Alzada dispuso hacer lugar al recurso de apelación deducido por F. A. S., revocando en consecuencia, la resolución de primera instancia y ordenando como medida cautelar de no innovar, a M. G. T. B. se abstenga de realizar cualquier práctica que tienda a interrumpir el embarazo hasta tanto la cuestión de fondo sea resuelta.

En el caso de autos, la medida cautelar solicitada persigue que se declare la suspensión del "Protocolo para la atención integral de las personas con derecho a la interrupción legal del embarazo", aprobado mediante la Resolución 1/2019 del Ministerio de Salud, sancionada en fecha 12/12/2019 y publicada en el Boletín Oficial el 13/12/2019, ello hasta tanto se trate la inconstitucionalidad pretendida de la Ley de "Acceso a la interrupción voluntaria del embarazo" N° 27.610.

Debo replicar lo dicho precedentemente en relación a que en caso de hacer lugar a la medida requerida por el amparista, se decretará la inaplicabilidad de la Ley 27.610, ello en virtud de que el protocolo cuestionado tiene como objetivo ofrecer una guía a los equipos de salud para que cumplan con la interrupción del embarazo contemplado en el marco jurídico argentino (Ley 27.610). Por tal motivo resulta accesorio y deriva de la aplicación de la ley misma, encontrándose avalado por ella y, en caso de disponer la inaplicabilidad de la ley mencionada quedará suspendida la aplicación de la resolución cuestionada (protocolo).

Es necesario reiterar que la situación fáctica no es óbice para expedirme sobre la cautelar requerida, habida cuenta que debe evaluarse la intensidad de la verosimilitud en el derecho que se verifica, así como la gravedad de las consecuencias que acarrearía una decisión alongada en el tiempo habida cuenta de la gravedad del peligro en la demora que se invoca.

Sentado ello, cabe destacar en este estadio liminar que en autos existen elementos de juicio que permiten tener por acreditados los requisitos de verosimilitud en el derecho y el peligro en la demora, pues no resulta necesario avanzar sobre la cuestión de fondo ni adelantar opinión sobre el objeto principal del pleito, circunstancia que como ya he expresado, deberá develarse con el dictado de la sentencia definitiva, por más que en este estadio se evalúe a priori acerca de la

aplicabilidad de la normativa impugnada, y se dicte así una medida de tutela anticipatoria como la peticionada. Estimo que se encuentran reunidos los recaudos procesales que avalan y justifican su dictado.

En primer lugar, considero que se encuentra acreditada *prima facie* la verosimilitud en el derecho, es decir, el derecho alegado al solo objeto de la medida precautoria solicitada —sin que esto importe en modo alguno prejuzgar sobre el fondo de la cuestión—, toda vez que en el caso de autos al evaluarse los argumentos expresados por el amparista y fundamentalmente el conflicto suscitado entre la ley cuestionada y el Bloque Constitucional en su conjunto afectado, no se puede dejar de lado la subsistencia irrestricta de la Constitución Nacional en el supuesto de ser violentada por un ley que ante su aplicación, cercene varios de los instrumentos internacionales citados en el art. 75 inc. 22 de la Carta Magna, afectando y poniendo en peligro la vida, dignidad y derecho del niño por nacer, como de su madre gestante. De allí, que a todas luces surja de manera evidente e inequívoca la magnitud de la intensidad en la verosimilitud del derecho alegado en la presente acción.

Es dable destacar que a los fines de determinar la procedencia de la medida cautelar, los requisitos de admisibilidad requieren de un exhaustivo análisis, tal como lo invocara en su reciente fallo el Juzgado Civil y Comercial N° 19, de la ciudad de Resistencia, provincia de Chaco, en fecha 28 de Enero de 2021, en una causa análoga a la presente. Así pues, en los autos caratulados: "Dellamea, Hilda B. y otros c. Gobierno de la Provincia del Chaco y/o Ministerio de Salud Pública del Chaco y/o Ministerio de Educación, Cultura, Ciencia y Tecnología del Chaco s/ medida cautelar", Expte. N511/21, en torno a los requisitos de procedencia de la medida cautelar, la mencionada resolución expresa: "...Para este caso, no se puede obviar que de tales requisitos, merece un severo análisis de la verosimilitud del derecho de fondo alegado por quienes peticionan su dictado, máxime cuando tiene por objeto lograr la suspensión o no aplicación de una norma legal, que como tal, goza de la presunción de legitimidad y ejecutoriedad, una vez vigente (CCCom, de Rosario, Sala IV, 28/07/1997, Zeuz 77-J-411 y J.S. 33-98(2) visto en Peyrano —Medida Innovativa— Ed. Rubinzal-Culzoni)...".

En segundo lugar, tratándose en el caso de un proceso en procura de intereses vitales, considero aquí con particular detenimiento el "peligro en la demora" que implicaría acceder tardíamente a la pretensión. El periculum in mora se halla por demás justificado en virtud de distintas circunstancias que no pueden ser ignoradas por el firmante. Denegar en este caso una cautela ocasionaría un perjuicio irreparable, que se tornaría de difícil solución ulterior. En el caso traído a examen, observo configurado el peligro en la demora principalmente por encontrarse amenazados los derechos de los niños y niñas por nacer.

Tales derechos se hallan amparados por nuestra Constitución Nacional, y por los Tratados Internacionales incorporados con rango constitucional con la reforma del año 1994 conforme art. 75 inc. 22 tal cual lo expresa el mencionado artículo que establece "...Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes... la Convención Americana sobre Derechos Humanos... la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos..." A su vez, el art. 75 inc. 23 de nuestra Carta Magna ordena "...Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad...".

La "Convención Americana sobre Derechos Humanos, llamada Pacto de San José de Costa Rica", aprobada por Ley N° 23.054 norma como Derecho Protegido en su artículo 4° el Derecho a la Vida." 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida.

Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente...". En segundo término la "Convención sobre los Derechos del Niño" aprobada por la Ley N° 23.849 en su artículo 2 norma que "...1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales. 2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares...".

Por último, los derechos de los niños y niñas por nacer gozan del amparo de nuestro Código Rito. En este punto cabe hacer la siguiente aclaración, en vir-

tud de la reforma introducida por Ley 26.994 en el Cód. Civ. y Com. de la Nación, respecto a su vigencia, disponiendo la ley 27.077 que expresamente sustituye el art. 7 que: "...La presente ley entrará en vigencia el 1° de agosto de 2015...", así pues, debo poner de resalto que su entrada en vigencia es posterior a la sentencia dictada por la CSJN en fecha 13/03/2012 en los autos caratulados "F., A. L. s/ medida autosatisfactiva." N° Interno: 259.XLVI; y remarcar a su vez, que la reforma que la Ley 26.994 introdujo en nuestro Código de Fondo en su art. 19 establece: "...Comienzo de la existencia. La existencia de la persona humana comienza con la concepción...", conformándose jurídicamente y de manera palmaria el derecho de los niños y niñas por nacer.

En consonancia con lo expresado precedentemente, resulta relevante en el caso de autos el peligro en la demora, que se configura porque un número imponderable de niñas y niños por nacer pueden sufrir su muerte desde este mismo momento y la sentencia definitiva que se dicte en la presente acción no podrá remediar su situación en virtud del tiempo transcurrido en la sustanciación del caso de autos, es decir, el peligro se configura porque podrían verse frustrados los derechos invocados por el accionante por el transcurso del tiempo.

En consecuencia, en cuanto a los presupuestos que avalan el dictado de la medida cautelar pretendida, esto es, verosimilitud del derecho y peligro en la demora, ambos se encuentran debidamente acreditados, teniendo en cuenta que de aplicarse la Resolución 1/2019 y consecuentemente la Ley 27.610 se vería afectado el derecho a la vida desde la concepción y en relación al niño por nacer, pudiendo tornar tardía tal protección, ante la inmediata aplicación de la norma en cuestión; y a la luz de las alegaciones vertidas en el escrito inicial y de los arts. 230 y 232 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación de aplicación en autos por remisión del art. 17 de la ley 16.986.

Por lo expuesto, y sin que implique prejuzgamiento respecto del fondo de la cuestión traída a debate —habida cuenta que la inconstitucionalidad planteada será tratada en la definitiva—, bajo entera responsabilidad del accionante y previa caución juratoria que se entiende prestada con la demanda inicial, en virtud de la intensidad de la verosimilitud del derecho que se trata corresponde ordenar medida cautelar de no innovar y en virtud de ello decretar la inaplicabilidad de la Ley de "Acceso a la interrupción voluntaria del embarazo" ley n° 27.610 ordenando al accionado estado nacional —Poder Ejecutivo Nacional— la suspensión de la aplicación de la mencionada norma, protocolos y resoluciones hasta tanto se resuelva la cuestión de fondo en el momento de dictarse sentencia definitiva en autos.

Para su efectivo e inmediato cumplimiento, líbrese por secretaría oficio de estilo al estado nacional —Poder Ejecutivo Nacional— a fin de notificar el requerimiento de informe circunstanciado previsto por el art. 8 de la ley 16.986 y la medida cautelar decretada en el día de la fecha, ello con habilitación de días y horas inhábiles (art. 36 y 153 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación por remisión del art. 17 de la Ley 16.986).

Se le hace saber al accionado que en virtud de los hechos de público conocimiento relacionados con la pandemia Covid-19 deberá tomar vista del escrito de promoción de demanda y de la documental adjuntada en el sistema LEX 100, a través de la página www.pjn.gov.ar, sistema de consultas web Poder Judicial de la Nación —consultas de expedientes— en la jurisdicción de la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata.

A estos efectos, y en atención a la particularidad suscitada por la emergencia de índole sanitario que aqueja a nuestro país, como asimismo en consonancia con las pautas de trabajo dispuestas por la Ac. 6/2020 de la CSJN (la cual establece como criterio prioritario la utilización de medios digitales para la prosecución de los trámites judiciales), notifíquese el oficio ordenado en el día de la fecha a las siguientes direcciones de correo electrónico receptoras del estado nacional —Poder Ejecutivo Nacional— —en tanto no dejan de ser un domicilio electrónico oficial y público del demandado—, que se detallan: Secretaría general de la Nación: secretariageneral@presidencia.gob.ar y Secretaría Legal y Técnica: legalytecnica@slyt.gov.ar. (Art. 36 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación por rem. del art. 17 de la ley 16.986). Notifíquese. — *Alfredo E. López.*

La política pública como acto de gobierno

La función del legislador y la función del juez

Elena B. Mendoza (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Plataforma fáctica.— III. Construcción de la política pública como acto de gobierno.— IV. Función legislativa y función judicial.— V. Aspectos procesales de la sentencia: ausencia de "caso".— VI. Conclusión.

I. Introducción

Los sectores que no estuvieron de acuerdo con la sanción de la ley 27.610 de Interrupción Voluntaria del Embarazo (IVE), interpusieron la acción de amparo y medidas cautelares para suspender la aplicación de la ley, en varias provincias del país.

En primer lugar, analizaré la sanción de la ley como acto de gobierno y la función judicial, en los casos que las decisiones de otros poderes del estado sean judicializadas. En segundo lugar, consideraré los aspectos procesales de la sentencia.

II. Plataforma fáctica

Los autos caratulados: "Incidente N.º 2 - Actor: Seri, Héctor Adolfo, Demandado: Poder Ejecutivo Nacional s/ inc. apelación", expediente FMP 5045/2021/2, provenientes del Juzgado Federal N° 2, Secretaría N° 1 de la ciudad de Mar del Plata fueron elevados a la Cámara Federal de la citada ciudad, como resultado del recurso de apelación interpuesto por el Estado nacional contra la medida cautelar dispuesta el 07/06/2021 por el Dr. Alfredo E. López, mediante la cual decreta la inaplicabilidad de la ley 27.610 de Acceso a la Interrupción Voluntaria del Embarazo y ordena al EN la suspensión del protocolo y resoluciones, hasta tanto se resuelva la cuestión de fondo en el momento de dictarse la sentencia definitiva en autos.

El *a quo*, en oposición a lo dictaminado por el Ministerio Público, considera habilitada la instancia judicial y, en un extenso proveimiento, considera que el actor se encuentra legitimado para intervenir en autos en virtud de lo dispuesto en el art. 43 de la CN y por entender que todo ciudadano puede efectuar las peticiones ventiladas en autos, a la luz de lo expresado en los arts. 1° y 2° de la ley 26.061, citando asimismo algunos precedentes de nuestra CSJN que, a su criterio, sustentan su decisión.

Dicta una la medida cautelar que interrumpe la aplicación de la ley teniendo en cuenta que las normas cuestionadas en la demanda ponen en peligro la vida, dignidad y derecho del niño por nacer, así como lo dispuesto en el art. 75 inc. 22 de la CN, en el art. 4° del Pacto de San José de Costa Rica, en el art. 2° de la Convención sobre los Derechos del Niño, y en el art. 19 del Cód. Civ. y Com.

El Ministerio Público en su apelación considera que la vía del amparo no es procedente, porque se está atacando un complejo normativo que importa una medida de política pública adoptada por el Estado argentino a efectos de garantizar los derechos de mujeres, niñas, adolescentes y otras personas gestantes, y porque la

(*) Abogada (UNLP). Especialista en Derecho de Familia (UBA). Magíster en Diseño y Gestión de Programas Sociales (FLACSO Sede Argentina). Docente de Derecho de Familia y Sucesiones de la Facultades de Derecho de UBA y UCES. Subdirectora académica de la revista online *Género y Derecho Actual.*

cuestión merece un tratamiento más profundo y amplio que el que permite el acotado proceso de Amparo.

En segundo lugar, sostiene que el amparista no tiene legitimación para actuar, y que además no existe un caso en los términos previstos en el art. 116 de la CN. Considera que el juez ha abusado del principio *iura novit curia* para justificar la legitimación del actor (quien la había fundado de manera genérica en el art. 43 de la CN); y subraya que la CSJN ha sido categórica en punto a que el mero interés en la legalidad no constituye, sin más, habilitación suficiente para el acceso a la jurisdicción. Manifiesta también que este tipo de demandas se planean como derechos colectivos en nombre de un colectivo indefinido, niños por nacer, sin acreditar la representación adecuada para ello. Hace referencia a varios precedentes recientes, en los cuales se rechazaron este tipo de peticiones, precisamente iniciadas contra la misma normativa cuestionada en autos.

Con relación a la medida cautelar expresa que el actor no ha probado los extremos que esta exige: verosimilitud del derecho invocado y peligro en la demora ya que la interpretación del derecho a la vida se ha sesgado únicamente en la protección de la vida intrauterina, olvidando la protección de la vida de las personas con capacidad de gestar.

El Agente Fiscal Federal se expide sobre la competencia y la habilitación de instancia. Con relación a la competencia considera que es federal debido a la materia y el territorio y que no se dan las condiciones para habilitar la instancia, y finaliza expresando que en este expediente no hay "caso" judicial, y que el amparista carece de la legitimación necesaria para actuar.

III. Construcción de la política pública como acto de gobierno

Los problemas particulares, como el caso que nos ocupa, buscan argumentarse en términos generales y, si finalmente logran hacerlo, generan leyes, disposiciones administrativas, asignaciones de recursos públicos, creación de ministerios, etc. Previo a esto se dan determinadas circunstancias: existencia de situación problemática; elección del destinatario y curso de acción.

La política selecciona las "preferencias" de la sociedad a través de lo que se denomina "la formación de la agenda". De esta forma, la agenda de gobierno es el conjunto de problemas, demandas, asuntos, etc. Si bien la agenda es del gobierno, sus problemas son originados en el sistema político. Para permanecer en la Agenda se requiere que una parte importante de la sociedad solicite su atención y que esa atención le sea demandada a alguna función de gobierno.

La formación de la agenda pública deja ver quiénes son los que definen y justifican los problemas públicos, quiénes tienen la fuerza de transustanciar cuestiones sociales en públicas y en prioridades de gobierno, quiénes actúan frente a las demandas de determinados grupos, cuál es el firmamento ideológico que otorga valor y prioridad de asunto público a la demanda de un sector social. Es decir, revela cuál es la estructura de poder que domina la hechura de las políticas.

La incorporación de un tema en la agenda pude surgir de la evaluación por parte del Estado de la importancia de contemplar dicho tema o por la presión realizada por diferentes grupos o actores "grupos de presión" que pujan por que los temas que para ellos son importantes sean contemplados como tal por parte del Estado.

Solucionar los problemas de Agenda de gobierno tiene etapas. Primero se debe identificar el problema; segundo, evaluar cuál es la mejor política que aplicar para resolverlo; que la solución no se convierta en un nuevo conflicto y finalmente diseñar e implementar la política.

Una política estatal es la toma de posición que intenta —o más precisamente, dice intentar— alguna forma de resolución de la cuestión. "Por lo general incluye decisiones de una o más organizaciones estatales, simultáneas o sucesivas a lo largo del tiempo, que constituyen el modo de intervención del Estado frente a la cuestión. De aquí que la toma de posición no debe ser unívoca, homogénea ni permanente. (...) Si bien es controvertido el sentido y extensión que cabe otorgar al término 'política estatal' (o pública) en nuestra definición la concebimos como un

conjunto de acciones u omisiones que manifiestan una determinada modalidad de intervención del Estado en relación con una cuestión que concita la atención, interés o movilización de otros actores en la sociedad civil. De dicha intervención puede inferirse una cierta direccionalidad, una determinada orientación normativa, que previsiblemente afectará el futuro curso del proceso social hasta entonces desarrollado en torno a la cuestión" **(1)**.

La selección de preferencias puede darse también de modo inverso (prioridad del gobierno que baja a la sociedad) siempre y cuando la sociedad finalmente acepte a esta como un problema del Estado.

La capacidad del ciudadano/a de plantear un problema en la agenda del gobierno depende de la generalidad de aquel y la capacidad del ciudadano/a de movilizar una masa que presione al estado de hacer algo al respecto de este tema. Como conflictos, necesidades, demandas de grupos particulares se convierten en problemas públicos.

Pocas demandas de un sector de la sociedad encabezado por mujeres de todas las edades y de todos los sectores sociales se han sostenido a lo largo de los años como el reclamo por el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo de manera pública, segura y gratuita. Problema que se considera de salud pública que afecta a las mujeres y que, por haber sido legislado como delito, salvo las excepciones que establecía el Código Penal, la práctica de interrupción del embarazo se realizaba en forma clandestina, con una diferencia no menos significativa, las mujeres de sectores de mejores recursos recurrían a un centro de salud o consultorios privados, también de forma clandestina, en el que gozaban de la asepsia necesaria y de los profesionales idóneos. Esto, fue expuesto por varias de sus protagonistas en el Congreso de la Nación durante los largos debates previos a la sanción de la ley de IVE.

La ley sancionada diseña una política de estado para lograr disminuir la mortalidad materna durante la interrupción del embarazo, muchas veces no deseado o producto de abusos sexual intrafamiliar.

IV. Función legislativa y función judicial

Como quedó expresado, el Congreso de la Nación cumplió con la función de dictar un acto de gobierno en ejerció de su labor parlamentaria específica como uno de los poderes del Estado. El interrogante es cuál es la función del juez cuando en un Estado democrático de derecho una ley (acto de gobierno) se judicializa.

El juez debe sujeción a la ley incorporada al ordenamiento jurídico, es su interprete y también, crea derecho. Piénsese el caso de lagunas legislativas o de antinomias entre normas. En cuanto a su función de intérprete, es fundamental que el juez sea riguroso en la argumentación jurídica en pos de la seguridad jurídica sea que aplique la ley tal cual fue sancionada o dicte un pronunciamiento contrario a ella. Al respecto sostiene Atienza: "... A propósito de la importancia que ha recibido la argumentación jurídica en el modelo de Estado constitucional de derecho, en una sociedad democrática: 'es el poder el que se somete a la razón y no la razón al poder'" **(2)**.

En un Estado democrático de derecho las funciones de los poderes son claras: gobernar y juzgar. El legislador crea la ley general y el juez la aplica a un caso concreto (función jurisdiccional). En nuestro sistema jurídico el juez posee el control difuso de constitucionalidad. El juez no aplica el derecho de manera mecánica o desinteresada. Esto hace a la función jurisdiccional más compleja. El juez le debe sujeción a la ley como garante de la seguridad jurídica y de inspirar confianza al ciudadano/a. Toda decisión judicial sea acatando la ley general y abstracta aplicada al caso sometido a la jurisdicción debe ser debidamente fundado y motivado para no caer en un decisorio arbitrario. Los jueces al fallar deben ser imparciales sin dejar vislumbrar sus convicciones personales, sean morales o políticas.

La independencia del poder judicial es un tema nodal en el Estado democrático de de-

(1) OSZLAK, O. - O`DONNELL, G. "Estado y políticas estatales en AL. Hacia una estrategia de investigación".

(2) HENRÍQUEZ, Jesús Orozco, "Democracia Imperio del Derecho y Función Jurisdiccional"; La Función Judicial Ética y Democracia, Editorial Gedisa, España, 2003.

recho para que cumpla la función efectiva del control de constitucionalidad de las leyes, actos y resoluciones. Una vez hecho el control su decisión debe ser producto del discernimiento. "No basta que el juzgador este convencido de su decisión, sino que, además, es necesario que sea convincente. Ello implica que la argumentación desplegada por el juez o tribunal debe ser convincente no en el sentido psicológico sino lógico, es decir, debe ser irresistible lógicamente" **(3)**. La Alzada reprocha sin retaceos al *a quo*: "En este sentido, no puedo dejar de lado que, al promoverse la presente acción de amparo, el "eje" del reclamo gira alrededor del intento de que se declare judicialmente la inconstitucionalidad de la Ley de Acceso a la Interrupción Voluntaria del Embarazo, cuya vigencia el *a quo* interrumpe cautelarmente, luego de declararse competente, habilitar la instancia y legitimar al amparista para efectuar el reclamo de Autos. Es aquí donde debo necesariamente detenerme, recordando que los jueces del sistema democrático debemos interpretar al sistema constitucional desde la teoría de la razonabilidad, ello teniendo en consideración que esta modalidad interpretativa ha sido sin duda desde esta óptica, determinante para el desarrollo de los Estados democráticos de derecho. Es en tal contexto que la interpretación constitucional se ha constituido en vehículo esencial para efectivizar la garantía y aplicación de los derechos fundamentales, y los principios generales del derecho de los derechos humanos. Estimo en consecuencia de lo señalado, que los derechos y los principios que animan al sistema constitucional funcionan en conjunto como elementos que apoyan su interpretación, en términos de razonabilidad. Se trata en suma, de continuar recorriendo un camino ya hoy consolidado, que transita de lo absoluto a las condiciones de razonabilidad, pero bajo las premisas que imponen la interpretación de la realidad y de la sociedad, y por ello debe enfatizarse que los jueces debemos acudir a la Constitución como principio y fin de su ámbito de interpretación, acentuando la inserción y garantía de los derechos fundamentales y principios constitucionales, para así acompañar, con sentido constructivo, a la conformación de la estructura de las relaciones sociales y de poder". "...Concluido el escorzo introductorio a mi voto, deseo enfatizar ahora, que el Magistrado actuante ha incurrido, al despachar esta acción de amparo, en un grueso error judicial, generando con ello una resolución contraria a la ley, a partir de la comisión de una grave equivocación sobre los hechos ventilados en el caso, y la aplicación del derecho" **(4)**.

La Corte Suprema de Justicia sostiene que la primera fuente de exégesis de la ley es su letra y cuando esta no exige esfuerzo de interpretación debe ser aplicada directamente, con prescindencia de consideraciones que exceden las circunstancias del caso, expresamente contempladas por las normas, ya que, de otro modo, podría arribarse a una interpretación que, sin declarar la inconstitucionalidad de la disposición legal, equivaliese a prescindir de su texto. También ha sostenidos en varios fallos que los jueces deben abstenerse de juzgar en función de sus propios valores que no son jurídicos.

Para que el ordenamiento jurídico opere haciendo justicia es necesario que los actos que crean y apliquen las normas se impongan en una secuencia específica. Secuencia u orden que va de los actos jurídicos condicionantes (acto que facultan), a los actos condicionados (facultados). La IVE como norma que faculta tiene como consecuencia el derecho a que la mujer que no desea continuar gestando pueda interrumpir el embarazo con asistencia médica, pública y gratuita. En el caso el *a quo* debió interpretar la ley 26.610 en su literalidad.

V. Aspectos procesales de la sentencia: ausencia de "caso"

Es sabido que, por imperativo constitucional, los jueces solo entienden en "casos" o "causas" (art. 116, CN). Aun reconociendo que el texto constitucional adolece en este punto de cierta ambigüedad, lo cierto es que hablar de "causa" implica que el Poder Judicial no es un centro de investigaciones de derecho, por lo que cada cuestión en la que interviene debe ameritar un conflicto previo, a ser dirimido entre partes diferentes, para asegurar el ejercicio concreto de los

(3) Ob. citada.

(4) Incidente N.º 2 - Actor: Seri, Héctor Adolfo, Demandado: Poder Ejecutivo Nacional s/ inc. apelación, Expediente FMP 5045/2021/2.

derechos o la efectiva concreción de las garantías expresadas en la Constitución.

Una demanda judicial supone la existencia de una controversia y no una hipotética situación o un sujeto indeterminado "niños por nacer", por lo que el amparista carece de interés jurídico suficiente para instar la jurisdicción. La CSJN ha sostenido al respecto que el mero interés en la legalidad no es suficiente para habilitar la jurisdicción.

El actor carece de legitimación para actuar en los términos del art. 43 de la CN por no darse los requisitos que la norma constitucional exige. Por otra parte, la acción de amparo es la vía expedita que debe ser tramitada en tiempo útil con relación al objetivo que pretende ser tutelado en caso de derecho lesionado, restringido, o amenazado, situaciones que el actor no puede probar. El amparista recurre a la justicia para suspender la aplicación de la política pública que tiene por finalidad garantizar a las mujeres, niñas y otras personas con capacidad de gestar el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo.

El juez, haciendo lugar a la pretensión, viola la órbita de su jurisdicción entrometiéndose en cuestiones de política legislativa, además del dispendio jurisdiccional que se genera.

En la medida cautelar dictada no se dan los extremos procesales: verisimilitud del derecho que demanda tutela judicial y la probabilidad de obtener una sentencia estimatoria de este; el peligro en la demora que en el caso planteado es el riesgo de vida de los niños y niñas de forma abstracta y la contracautela como garantía para responder a daños y perjuicios futuros que pudieran ocasionarse cundo se peticionase sin derecho.

Por otra parte, el *a quo* omite el deber de fallar con perspectiva de género herramienta conceptual e interpretativa para visibilizar la asimetría histórica en las relaciones interpersonales entre varones y mujeres, siendo además una manda constitucional. De haber analizado la cuestión con el citado paradigma la pretensión hubiera sido rechazada *in limine*.

En el sigo XX, durante la década de los años setenta, la Asamblea General de las Naciones Unidas proclama el Decenio para la Mujer (1976-1985). Se comprendió a nivel internacional que, sin la incorporación plena de las mujeres y la vigencia efectiva de sus derechos, no es posible construir la igualdad, el desarrollo, la paz entre los seres humanos y entre los pueblos.

De esta forma se fueron creando las condiciones para que los países incluyan en su agenda pública la participación plena de la mujer en las esferas económica, social y política adoptando medidas que permitan el cumplimiento de este objetivo.

Las Naciones Unidas organizaron cuatro Conferencias Internacionales de la Mujer, que aprobaron Programas y Plataformas de Acción por parte de los países participantes y se suscribieron distintas convenciones de Derechos Humanos, que fueron aprobadas por diferentes países.

Este proceso pudo desenvolverse en la medida en que acompañó los movimientos de mujeres que trabajaban para cambiar tanto los estereotipos tradicionales como las instituciones generadas en el ámbito de un paradigma patriarcal, pudiendo apoyarse en las redes regionales e internacionales creadas informalmente por las mujeres, debido a que este fue un movimiento internacional desde su nacimiento, aunque con diverso desarrollo según el país.

Las conferencias convocadas por la Naciones Unidas a partir de 1975 siguen el desarrollo de esta problemática en el mundo, analizan los avances realizados y proponen medidas que permitan llegar al objetivo buscado. Los países y organizaciones que suscriben las Recomendaciones que surgen de dichas Conferencias, se obligan a darles cumplimiento en la implementación de sus políticas.

En el año 1979 la Asamblea General de las Naciones Unidas sanciona la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. La República Argentina ratifica la Convención mediante la ley 23.179 en el año 1985 y la incorpora con rango Constitucional con la reforma de 1994.

La Convención recomienda a los gobiernos la creación de mecanismos institucionales que permitan dar cumplimiento a sus objetivos. Incorporar programas y planes con perspectiva de género que permita hacer visible la asimetría que se instaló como cuestión "natural" entre varón y mujer y que ha sido y sigue siendo fuente de desigualdad e inequidad histórica entre ambos géneros.

Trabajar desde esta perspectiva implica conocer la situación de las mujeres dentro de la sociedad y revisar los roles tanto de mujeres como de varones y realizar los cambios necesarios para el ejercicio pleno de los derechos para todos y todas las ciudadanas y ciudadanos. Es en este marco conceptual que las mujeres peticionaron durante años la despenalización del aborto.

VI. Conclusión

La función jurisdiccional es la administración de justicia al margen de la política pública. El juez no puede ser un revisor de un acto político dictado por el Congreso de la Nación y dar un paso más suspendiendo la aplicación de la política implementada.

Un caso sometido a decisión judicial podría estar sujeto a diferentes criterios de análisis, otros, como este, exhiben la solución con claridad. En el caso planteado las normas aplicables no requieren mayor esfuerzo interpretativo lo que le facilita al juez no tener que buscar en el plexo normativo como encuadrar hechos y derecho; no se presentan "otras alternativas".

La política pública que se diseña a través de la ley 27.610 no lesiona ningún derecho subjetivo del amparista, tampoco es un derecho de carácter colectivo, por el contrario, es una política dirigida a la mujer para que logre interrumpir un embarazo no deseado sin que corra riesgo su vida. Derecho que fue reclamado durante años para lograr que fuese incorporado a la agenda de gobierno a través de proyectos de ley que perdieron en muchas ocasiones estado parlamentario para ser tratadas, sin embargo, la insistencia concluyo con la sanción de la ley y su reglamentación. La ley de IVE deja atrás, luego de intensos debates el dilema moral planteado por un sector de la sociedad que se sintetizaba en la frase "salvar las dos vidas".

COBERTURA DE SALUD

Arbitrariedad de la sentencia que ordena la cobertura total de la medicación prescripta a un paciente. Osteoporosis. Disidencia.

Con nota de Paola Alejandra Urbina

1. — La decisión de obligar a la entidad social a afrontar el 100% de la cobertura del remedio prescripto no resulta razonable en tanto desconoce la plataforma normativa aplicable, cuya constitucionalidad no ha sido objetada y excluye a la autoridad de aplicación en la materia.

2. — La no cobertura de un remedio prescripto no significa una afectación de su derecho a la salud del paciente, pues la actora no es discapacitada, ni posee certificado que acredite esa circunstancia, cuenta con ingresos propios y no se encuentra en situación de especial vulnerabilidad.

3. — La sentencia que ordenó cubrir el 100% de un tratamiento médico debe ser confirmada, pues la Cámara puso de relieve las dificultades económicas de la accionante para solventar el fármaco prescripto, dados sus escasos ingresos económicos, y el elevado costo de la medicación, y la demandada no demostró que la cobertura comprometiera su patrimonio de manera tal que le impidiera atender a los demás beneficiarios (del dictamen del Procurador Fiscal que el Dr. Rosatti hace suyo en su voto en disidencia).

CS, 08/07/2021. - C., M. I. c. Obra Social del Personal de Control Externo (OSPOCE) y otro s/ prestaciones farmacológicas.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/105540/2021]

FSM 042058/2016/2/RH001

Suprema Corte:

-I-

La Sala I de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín modificó, en cuanto al monto de cobertura, la sentencia de primera instancia que había admitido parcialmente la acción interpuesta por la actora y condenado a las codemandadas Obra Social del Personal de Control Externo (OSPOCE) y Swiss Medical S.A. a abonar el setenta por ciento del medicamento denominado Teriparatida 20 miligramos Jeringas prellenadas por treinta), por el plazo que los médicos tratantes lo estimasen pertinente, dada la patología que la accionante padece, esto es, osteoporosis establecida en la columna lumbar con fractura por fragilidad en la vértebra dorsal octava.

La cámara elevó dicho porcentaje de cobertura hasta alcanzar el total del valor del fármaco, por un plazo de dieciocho meses desde el comienzo del tratamiento, de conformidad con lo indicado por los profesionales que asisten a la demandante (fs. 234/238 del expediente FSM 42058/2016/CA2, al que me referiré en adelante, salvo aclaración en contrario).

En primer lugar, el tribunal destacó que en autos no se hallaba controvertida la patología de la actora ni la necesidad del tratamiento con la medicación indicada, sino que el punto en debate versaba sobre el porcentaje de cobertura de la medicación a cargo de la demandada, pues la obra social afirmaba que solo debía cubrir el cuarenta por ciento de su valor, mientras que la accionante reclamaba la cobertura total de su costo.

En segundo lugar, puso de relieve que la Ley 23.660 de Obras Sociales prevé que esos organismos deben destinar sus recursos en forma prioritaria a las prestaciones de salud (art. 3). Añadió que la ley 23.661, que establece el Sistema Nacional de Seguros de Salud, fija como objetivo el otorgamiento, a través de sus agentes, de prestaciones de salud igualitarias e integrales y humanizadas que tienden a procurar la protección, recuperación y rehabilitación de la salud (art. 2). Asimismo, destacó que las prestaciones allí reguladas deben asegurar a los beneficiarios servicios suficientes y oportunos (art. 27).

Luego, explicó que el Programa Médico Obligatorio (PMO) establece pisos mínimos de prestaciones que las obras sociales deben garantizar, mas ello no constituye una limitación para los agentes de salud, dado que es una enumeración no taxativa de la cobertura mínima que los beneficiarios están en condiciones de exigir.

Recordó que en anteriores precedentes de esa cámara, emitidos en causas análogas, se siguió el criterio expuesto por el Cuerpo Médico Forense, quien resaltó que el punto controvertido debe resolverse teniendo especialmente en cuenta la opinión del profesional de la medicina que trata la patología del paciente, pues es quien, una vez efectuados los estudios correspondientes, prescribe la prestación que le proporcione mejores resultados. Sobre esta base, puntualizó que, en el caso, los médicos indicaron que el tratamiento no podía interrumpirse por el grave riesgo de nuevas fracturas, por lo que correspondía hacer lugar al recurso de la actora y modificar la sentencia apelada, de manera tal que se ordene la cobertura total de la medicación prescripta. Ello, máxime

teniendo en cuenta que se hallaba en juego la salud y la integridad física de una persona.

Además, la cámara ponderó las dificultades económicas acreditadas por la accionante para abonar la medicación, dado el elevado costo de la misma -que asciende a pesos once mil novecientos siete con dieciocho centavos- y los ingresos que surgen de los recibos de sueldo de la accionante y su cónyuge -que en conjunto alcanzan los pesos veinticinco mil novecientos dieciséis-o Señalo que, por el contrario, la obra social demandada no demostró que la cobertura al cien por ciento del medicamento requerido comprometa su patrimonio de manera tal que le impida atender a los demás beneficiarios.

-II-

Contra dicho pronunciamiento, OSPOCE interpuso recurso extraordinario federal (fs. 240/253), que contestado (fs. 259/261), fue denegado por el a quo (fs. 263/264), lo que motivo la presente queja (fs. 29/34 del cuaderno respectivo) .

La obra social se agravia de la denegatoria del recurso extraordinario por cuanto esa resolución, según aduce, no tuvo en cuenta el principal agravio federal que apunta a la arbitrariedad en que incurre la sentencia apelada.

Al respecto, advierte que la cámara ordenó la cobertura del costo total del medicamento argumentando que el régimen del PMO no constituye una limitación para los agentes del seguro de salud, ya que su enumeración no es taxativa, pues se trata de un piso mínimo de cobertura. Considera que, de ese modo, el tribunal vulneró el principio de solidaridad que rige en materia de obras sociales y afectó su sustentabilidad financiera.

Arguye que, al ampliar la cobertura prevista en el PMO, el tribunal se apartó de lo dispuesto en la resolución 310/04 del Ministerio de Salud -modificatoria de la resolución 20112002, que aprobó el Programa Médico Obligatorio de Emergencia (PMOE)-. Explica que esa norma establece el límite de cobertura a cargo de los agentes del seguro en un porcentaje del cuarenta por ciento para los medicamentos de uso ambulatorio y, en particular, para el tratamiento de enfermedades de los huesos.

Por otro lado, rechaza los argumentos de la cámara referidos a la supuesta imposibilidad económica de la actora para afrontar la cobertura del medicamento, pues estima que es una cuestión social ajena a la naturaleza de las obras sociales. Afirma que, a su entender, es competencia del sistema de asistencia social del Estado en sus diferentes niveles.

En suma, considera que la sentencia resulta arbitraria en tanto carece de sustento normativo, brinda razones aparentes y omite mencionar las pruebas de la causa que resultaron determinantes para decidir el caso, arribando a conclusiones que, a su modo de ver, son el resultado de una simple expresión de convicciones subjetivas.

-III-

Ante todo, creo pertinente mencionar que el recurso extraordinario fue denegado por la cámara tanto por la cuestión federal planteada por la demandada, como por la arbitrariedad aducida en dicha pieza (fs. 263). Con respecto a la primera causal, advirtió que si bien la parte recurrente había alegado que se encontraban vulneradas las garantías de defensa en juicio, el debido proceso legal y el derecho de propiedad, la decisión apelada no guardaba relación directa e inmediata con las normas de naturaleza federal invocadas, por lo que no se cumplía la exigencia del artículo 15 de la ley 48. En cuanto a la segunda causal, la cámara descartó que el pronunciamiento en crisis pudiese dar lugar a la aplicación de la doctrina de la arbitrariedad de sentencias elaborada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Frente a esa decisión, la obra social demandada interpuso la presente queja, a través de la cual pretende la procedencia sustancial del recurso con base en la aludida doctrina de arbitrariedad. Allí, centra su crítica en los defectos que atribuye a la sentencia apelada, sin que se observe cuestionada la inteligencia de normas de naturaleza federal.

Ello sentado, corresponde recordar que la doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto convertir a esa Corte en un tribunal de tercera instancia ordinaria, sino que procura cubrir supuestos excepcionales, en los que groseras deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo impiden considerar al fallo una sentencia fundada en ley (dictamen de esta Procuración General de la Nación, causa FMP 1155/201411/RH, "M., M. V. el F. S. s/prestaciones quirúrgicas", del 13 de marzo de 2018 y sus citas), situación que no se verifica en la especie.

En primer lugar, no se observa que la sentencia *sub examine* contenga vicios graves en su fundamentación ni que la solución adoptada se aparte del derecho aplicable.

La cámara sustentó su decisión en una interpretación armónica del PMO y las previsiones de las leyes 23.660 y 23.661, que sientan las bases y objetivos del sistema nacional de seguro de salud y que, en consecuencia, rigen también el punto en debate. El tribunal brindó suficientes razones para justificar

la orden de cobertura excepcional del cien por ciento del tratamiento, basado en los elementos probatorios obrantes en la causa.

Al respecto, cabe destacar que la recurrente insiste en sostener, tal como lo afirmó en sucesivas oportunidades en estos autos (cf. fS.74 vta. y 211 vta.), que la resolución 310/2004 prevé la cobertura del medicamento en un porcentaje del cuarenta por ciento. No obstante, esa postura desconoce que en la contestación del oficio que obra a fojas 181/182, la Superintendencia de Servicios de Salud expresó que el fármaco en cuestión "no está previsto en la Resolución N° 310/04 MS ni en sus modificatorias Nros. 758/04 MS; 752/05 MS; 1747/05 MS y 1991/05 MS". Además, explicó que "El mecanismo para brindar otras prestaciones que no sean las incluidas en el PMO, se encuentra contemplada en el mismo, al establecer que 'El Agente del Seguro de Salud podrá ampliar los límites de cobertura de acuerdo a necesidades individuales de sus beneficiarios". Lo informado por esa autoridad se halla en sintonía con la exégesis propuesta en el pronunciamiento recurrido.

En segundo lugar, tampoco se advierte que el tribunal haya omitido mencionar en la sentencia las pruebas que resultaron determinantes para arribar a la decisión cuestionada en esta instancia.

Nótese que la cámara siguió el criterio expuesto por el Cuerpo Médico Forense que, al igual que en anteriores precedentes apuntados por el tribunal, resaltó la importancia de la opinión del profesional de la medicina que trata la patología del paciente, pues es quien, una vez efectuados los estudios correspondientes, prescribe la prestación que le proporcione mejores resultados (fs. 161, pto. 2 y 236 vta.). En sentido coherente con ello, ponderó la opinión de los médicos que asisten a la accionante, quienes concluyeron que el medicamento requerido era el adecuado para tratar la particular enfermedad que padece la actora e hicieron especial hincapié en que el tratamiento debía continuarse por el plazo de dieciocho meses, sin interrupciones, en virtud del grave riesgo de nuevas fracturas (cf. fs. 10, 11, 235 vta. y 236 vta.).

A su vez, la cámara puso de relieve las dificultades económicas de la accionante para solventar el fármaco prescripto, dados sus escasos ingresos económicos, y el elevado costo de la medicación (fs. 26/28 y 237), pauta que ya ha sido tenida en cuenta en otros precedentes de la Corte Suprema (Fallos: 329:1638, "Reynoso").

Por último, la cámara señaló que la demandada no demostró que la cobertura al cien por ciento del medicamento requerido comprometiera su patrimonio de manera tal que le impidiera atender a los demás beneficiarios.

Tales extremos de índole fáctica no fueron rebatidos de manera adecuada por la demanda. La obra social no aportó información relativa a su compromiso patrimonial, no explicó las consecuencias que produciría la condena en su estructura financiera, su equilibrio presupuestario o la atención particular de otros afiliados (dictamen de esta Procuración General de la Nación, causa FRO 562412016/CS1, "R., P. B. c. Obra Social del poder Judicial de la Nación s/ amparo ley 16.986" del 17 de abril de 2018 y sus citas), por lo que dicho agravio resulta dogmático y conjetural.

Con respecto a la indicación médica sobre el tratamiento en cuestión, no controvirtió su eficacia ni mencionó la existencia de otros medicamentos alternativos u otras prácticas de menor costo que produjeren similares resultados sobre la patología de la actora.

En síntesis, los planteos de la recurrente constituyen una mera discrepancia con el criterio sostenido por el tribunal y, por ende, resultan insuficientes para descalificar la decisión sub examine, pues no incorporan elementos concretos que demuestren que la cámara haya soslayado considerar prueba relevante o incurrido en un grave error en su ponderación jurídica.

En tales condiciones, entiendo que la queja no puede prosperar, en tanto la demandada no ha demostrado que el fallo apelado carezca de fundamentación o constituya una aplicación irrazonable del derecho vigente a las circunstancias comprobadas de la causa, por lo que no procede su descalificación en virtud de la doctrina de la arbitrariedad de sentencias.

-IV-

Por lo expuesto, opino que corresponde desestimar la queja interpuesta en autos. Buenos Aires, mayo de 2019. — *Víctor Abramovich.*

Buenos Aires, 8 de julio de 2021

Considerando:

1°) Que la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín confirmó la sentencia de la instancia anterior en cuanto había hecho lugar a la acción de amparo entablada por M.I.C. contra la Obra Social del Personal de Control Externo (OSPOCE) y Swiss Medical S.A. con el objeto de que le cubrieran el costo del medicamento "Teriparatida 20mg – Jeringas Prellenadas por 30 unidades" conforme con las prescripciones de

los médicos que la atienden. Asimismo, la modificó al elevar el porcentaje de cobertura del 70 al 100%.

2°) Que, para así decidir, el *a quo* valoró la patología que padece la actora (fractura vertebral por osteoporosis), los informes médicos que daban cuenta del riesgo de nuevas fracturas y de la imposibilidad de abandonar el tratamiento que había comenzado y las dificultades económicas de aquella para afrontar el costo del remedio. También estimó que el Plan Médico Obligatorio (PMO) solo establece de manera no taxativa un piso mínimo de prestaciones que las obras sociales deben garantizar y que, en el caso, cabía estar a las prescripciones del profesional de la medicina que trata la enfermedad de la paciente (v. fs. 234/238 de los autos principales, a cuya foliatura se hará referencia en lo sucesivo).

3°) Que contra dicho pronunciamiento la obra social demandada dedujo el recurso extraordinario, cuya denegación origina la presente queja. La apelante sostiene la existencia de cuestión federal suficiente por cuanto lo decidido –según dice– se aparta infundadamente de lo dispuesto por el régimen legal aplicable.

Expresa que las leyes 23.660 y 23.661 disponen la composición del Plan Médico Obligatorio y que la Resolución 310/2004 del Ministerio de Salud –que establece los medicamentos integrantes de dicho PMO– no prevé el remedio requerido por lo cual, de acuerdo con la misma norma, solo corresponde otorgar una cobertura del 40% del costo de aquel por tratarse de uno de uso ambulatorio (art.2° inc.7.1. y Anexo III relativo a las drogas para el tratamiento de enfermedades de los huesos). Añade que la reclamante no es discapacitada y que no ha demostrado una situación económica apremiante.

4°) Que existe en el caso materia federal suficiente que habilita el examen de los agravios por la vía elegida pues se ha puesto en cuestión la interpretación de normas federales y la decisión ha sido contraria al derecho que la apelante fundó en ellas (art. 14 de la ley 48).

5°) Que no se encuentra discutido en autos la necesidad de la medicación, ni que el Ministerio de Salud de la Nación, a través de la Superintendencia de Servicios de Salud, es la autoridad de aplicación en la materia, y que en cumplimiento de ese rol y de facultades que le son propias, dicta las diferentes resoluciones que delimitan el alcance y contenido del Plan Médico Obligatorio, normas cuya constitucionalidad no ha sido objetada en el presente juicio.

6°) Que de acuerdo con lo informado por la mencionada Superintendencia la droga en cuestión (Teriparatida) –que se prescribe para pacientes con fracturas osteoporóticas previas– no se encuentra prevista en la Resolución n° 310/04 y que, en esos casos, es facultad del agente del seguro de salud ampliar los límites de cobertura de acuerdo a las necesidades individuales de los beneficiarios (v.fs.181/182).

7°) Que en el ANEXO III (MO5) de la citada resolución, respecto de los medicamentos que se prescriben para el tratamiento de enfermedades en los huesos, se dispone que deberá otorgarse una cobertura del 40%. Asimismo, el art.2 inc.7.1 de dicha norma establece que las medicinas a brindarse en forma ambulatoria recibirán una cobertura del 40%. Sin embargo, el mismo artículo determina que cuando la enfermedad es crónica y prevalente el referido porcentual se eleva al 70%.

8°) Que es bien conocida la doctrina de esta Corte que ha reconocido el carácter fundamental del derecho a la salud, empero, también es doctrina del Tribunal que en nuestro ordenamiento jurídico tal derecho de raigambre constitucional, así como los principios y garantías consagrados en la Carta Magna, no son absolutos sino que deben ser ejercidos con arreglo a las leyes que reglamentan su ejercicio, con la única condición de no ser alterados en su substancia (Fallos: 249: 252; 257:275; 262:205; 283:98; 300:700; 303:1185; 305:831; 308:1631; 310:1045; 311:1132 y 1565; 314:225 y 1376; 315:952 y 1190; 316:188; 319:1165; 320:196; 321:3542; 322:215; 325: 11, entre muchos otros).

9°) Que la decisión del a quo de obligar a la entidad social a afrontar el 100% de la cobertura del remedio prescripto no resulta razonable en tanto desconoce la plataforma normativa citada, cuya constitucionalidad no ha sido objetada y excluye a la autoridad de aplicación en la materia.

10) Que es apropiado subrayar que la actora no es discapacitada, ni posee certificado que acredite esa circunstancia, cuenta con ingresos propios y no se encuentra en situación de especial vulnerabilidad por lo que no se advierte que la provisión del medicamento, de acuerdo con las previsiones normativas expuestas, signifique una afectación de su derecho a la salud de tal magnitud que importe su desnaturalización. Máxime cuando, de conformidad con las prescripciones acompañadas en la demanda, el tratamiento no puede superar los 18 meses (v. fs. 7/8, 11vta.), extremo corroborado por el Cuerpo Médico Forense que, además, destacó que de los antecedentes clínicos de aquella no surgen indicadores de urgencia (v. fs. 160/166).

En tales condiciones corresponde descalificar el pronunciamiento recurrido toda vez que no se ajusta a las directivas normativas que rigen el caso.

Por ello, oído el señor Procurador Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Con costas. Agréguese la queja al expediente principal. Reintégrese el depósito de fs. 2 de la queja y devuélvanse las actuaciones al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Notifíquese y remítase. — *Carlos F. Rosenkrantz. — Elena I. Highton de Nolasco. — Juan Carlos Maqueda. — Ricardo L. Lorenzetti. — Horacio Rosatti.*

Disidencia del doctor *Rosatti*

Considerando:

Que los agravios de la Obra Social demandada han sido objeto de adecuado tratamiento en el dictamen del señor Procurador Fiscal, a cuyos fundamentos y conclusiones corresponde remitir por razón de brevedad.

Por ello se desestima la presentación directa. Se da por perdido el depósito de fs. 2. Notifíquese, devuélvanse los autos principales y archívese la queja.

Una decisión salomónica

Paola Alejandra Urbina (*)

Sumario: I. Los hechos del caso.— II. El *quid iuris.*— III. El caso en concreto.— IV. Conclusión.

I. Los hechos del caso

En el caso objeto de este comentario la Corte Suprema de Justicia de la Nación dejó sin efecto —por mayoría de votos— la sentencia apelada por la Obra Social del Personal de Control Externo (OSPOCE) —codemandada junto a Swiss Medical SA— que elevó del 70 al 100 el porcentaje de la cobertura del medicamento "Teriparatida 20 mg - Jeringas prellenadas por 30 unidades" prescripto por el plazo de dieciocho meses para la fractura vertebral por osteoporosis de la actora.

Para así decidir consideró que el decisorio del *a quo* desconoce la normativa aplicable —cuya constitucionalidad no ha sido objetada—. Asimismo, subrayó que la provisión del medicamento de acuerdo con las previsiones normativas que rigen la materia no implica una afectación del derecho a la salud.

En los párrafos que siguen nos proponemos abordar el *quid iuris* y el caso en concreto.

II. El *quid iuris*

En autos el intríngulis a dilucidar puede resumirse en los siguientes términos: ¿tiene derecho la actora a reclamar la cobertura total del costo de la medicación? Para responder a este interrogante, resulta menester encarar la cuestión centrándonos en la persona involucrada.

Es allí donde se centra el *argumentum iuris* del alto tribunal al señalar que la persona involucrada no es una persona con discapacidad, cuenta con ingresos propios y no se encuentra en situación de especial vulnerabilidad, varia-

(*) Abogada (USAL). Doctora en Derecho (UCES). Coordinadora de Investigación de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas (UCES). Coordinadora Académica del Doctorado en Derecho (UCES). Directora de la *Revista Ratio Iuris* (UCES). Miembro de la Comisión de Doctorado, Consejo Asesor Académico de la Maestría en Derecho Empresario, Instituto de Investigación en Formación Judicial y Derechos Humanos y Centro de Estudios en Contratos Civiles, Comerciales y Derecho del Consumidor y la Empresa (UCES). Profesora titular de doctorado, maestría y especialización (UCES). Coordinadora de tesis de posgrado e investigadora (UCES). Miembro del Instituto de Derecho a la Salud de la Asociación Argentina de Justicia Constitucional (AAJC) y del Seminario Permanente sobre Derecho y Salud (UBA). Asesora del Senado de la Nación e integrante de la Red Internacional de Expertos en Parlamentos.

bles que —va de suyo— bastarían para hacer lugar a la pretensión de la cobertura reclamada.

Al respecto señalamos que para la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad —aprobada por ley 25.280 **(1)**— "...[e]l término 'discapacidad' significa una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social" (art. 2º).

Consecuentemente, conforme a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad —aprobada por ley 26.378 **(2)** y con rango constitucional mediante ley 27.044 **(3)**— la actora no es una persona con discapacidad. Ello por cuanto no presenta "...deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras [pueden] impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás" (art. 1º, párr. 2).

De ahí que no resulta alcanzada por la disposiciones de la ley 24.901 por la que se establece el sistema de prestaciones básicas en habilitación y rehabilitación integral a favor de las personas con discapacidad **(4)**, en cuanto dispone: "Las obras sociales, comprendiendo por tal concepto las entidades enunciadas en el artículo 1º **(5)** de la ley 23.660 **(6)**, tendrán a su cargo con carácter obligatorio, la cobertura total de las prestaciones básicas enunciadas en [esta] ley, que necesiten las personas con discapacidad afiliadas a las mismas" (art. 2°).

Empero tampoco la actora integra el colectivo al que las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad —adoptadas por la Corte Suprema de la Nación a través de la Acordada 5/2009 **(7)**— identifica en situación de vulnerabilidad.

En efecto, la Regla 3 señala textualmente: "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" **(8)**.

De ese modo las Reglas tienen como objetivo garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación **(9)**. Mas cabe

(1) Sancionada el 06/07/2000. Promulgada el 31/07/2000.

(2) Sancionada el 21/05/2008. Promulgada el 06/06/2008.

(3) Sancionada el 19/11/2014. Promulgada el 11/12/2014.

(4) Sancionada el 05/11/1997. Promulgada el 02/12/1997.

(5) Art. 1° "Quedan comprendidos en las disposiciones de la presente ley: a) Las obras sociales sindicales correspondientes a las asociaciones gremiales de trabajadores con personería gremial, signatarias de convenios colectivos de trabajo; b) Los institutos de administración mixta, las obras sociales y las reparticiones u organismos que teniendo como fines los establecidos en la presente ley hayan sido creados por leyes de la Nación; c) Las obras sociales de la administración central del Estado Nacional y sus organismos autárquicos y descentralizados; d) Las obras sociales de las empresas y sociedades del Estado; e) Las obras sociales del personal de dirección y de las asociaciones profesionales de empresarios; f) Las obras sociales constituidas por convenio con empresas privadas o públicas y las que fueron originadas a partir de la vigencia del artículo 2° inciso g) punto 4 de la ley 21.476; g) Las obras sociales del personal civil y militar de las Fuerzas Armadas, de seguridad, Policía Federal Argentina, Servicio Penitenciario Federal y los retirados, jubilados y pensionados del mismo ámbito, cuando adhieran en los términos que determine la reglamentación; h) Toda otra entidad creada o a crearse que, no encuadrándose en la enumeración precedente, tenga como fin lo establecido por la presente ley".

(6) Sancionada el 29/12/1988. Promulgada el 05/01/1989.

(7) De 24/02/2009. Expediente 821/2009.

(8) Las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad fueron aprobadas en Brasilia por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana durante los días 4 a 6 de marzo de 2008. https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf.

(9) Siguiendo a la Real Academia Española discriminar es: "Dar trato desigual a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, de sexo, de edad,

acotar que constituyen un llamamiento a los/as servidores/as y operadores/as del sistema de justicia a fin de que brinden a las personas en condición de vulnerabilidad un trato adecuado a sus circunstancias singulares.

Así, pues, preciso es admitir entonces que los/as magistrados/as en sus decisiones han de considerar los componentes reales que operan sobre las necesidades humanas, lo que significa la reubicación de la persona humana como centro del derecho, poniendo el acento en todos sus aspectos: los físicos o somáticos, los psíquicos, individuales, sociales, familiares, relativos al estado de salud **(10)**.

En virtud de lo expuesto, consideramos que indudablemente el pretender y el posibilitar una cobertura mayor a la prevista en la normativa que rige la materia en el supuesto que la actora no contara con los medios para solventarla como garantía implícita para neutralizar los perjuicios no causados constituye un mandato para la magistratura, cuya función preventiva de daños es una de las facetas de su accionar; en especial, tratándose del derecho a la salud **(11)**.

Y así lo declaró la Corte Suprema de Justicia de la Nación al afirmar que "...el derecho a la vida es el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional..." **(12)**, "...el hombre [sic] es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo —más allá de la naturaleza trascendente— su persona es inviolable..." **(13)**.

A partir de lo dispuesto en los tratados internacionales —de jerarquía constitucional por vía del art. 75, inc. 22— se ha reafirmado en distintos pronunciamientos el derecho a la preservación de la salud —comprendido dentro del derecho a la vida— y se ha destacado la obligación del Estado de garantizar este derecho con acciones positivas de protección, sin perjuicio de las obligaciones que deben asumir las jurisdicciones locales, las obras sociales o las empresas de medicina prepaga.

Por ello se ha resuelto que no cabe negar prestaciones indispensables para la protección de la salud, aunque excedan el porcentaje de cobertura previsto en el Programa Médico Obligato-

---

de condición física o mental". https://dle.rae.es/discriminar.

(10) GHERSI, Carlos (2001). "Metodología de la investigación en las ciencias jurídicas". Buenos Aires: Gowa profesionales.

(11) En efecto, la Constitución Nacional consagra el derecho a la salud en el art. 33 al reconocer los derechos implícitos; en el art. 42, primer párrafo, al aludir al derecho a la salud de los usuarios de bienes y servicios; y en el art. 75 inc. 22 al otorgar jerarquía constitucional a los tratados internacionales de Derechos Humanos. En esa línea, la Declaración Universal de Derechos Humanos establece en el art. 25 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 asistencia médica"; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce en el art. 12 el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental y exige a los Estados Partes la adopción de medidas para asegurar a todos asistencia médica en caso de enfermedad; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre [sic] determina que "Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales relativas a [...] la asistencia médica" (art. XI); la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida" (art. 4°.1) y que "Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral" (art. 5°.1); la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer prevé en el art. 12 el derecho de toda mujer al acceso a servicios de atención médica, sin discriminación.

(12) Fallos 310:112. Tal la conclusión a la que arribó la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Cisilotto, María del Carmen Baricalla c. Estado Nacional (Ministerio de Salud y acción social) s/amparo" al confirmar la sentencia apelada por la actora por la cual se denegó su reclamo tendiente a que el Estado Nacional a través del Ministerio de Salud y Acción Social le suministre el denominado complejo crotoxina A y B, que requería la enfermedad que padecía su hijo menor de edad, por entender que los motivos puestos de manifiesto por el órgano legalmente autorizado —que acreditan que dicha sustancia no provoca, aquí y ahora efectos curativos— son inequívocamente exactos.

(13) Fallos 316:479. Criterio seguido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Bahamondez, Marcelo s/medida cautelar", referido a la objeción a una transfusión de sangre, fundada en condiciones íntimas de carácter religioso, al revocar el pronunciamiento que obligaba al actor a actuar contra los mandatos de su conciencia religiosa por considerar que la dignidad humana debe prevalecer aquí frente al perjuicio que posiblemente causaría la referida ausencia de transfusión sanguínea

rio o no estén contempladas en él, es decir, en el "piso prestacional" **(14)**.

A modo de ejemplo, ello fue motivo de tratamiento en "CSJN, Reynoso, Nilda Noemí c. Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/ amparo". En la especie, la Corte de conformidad con lo dictaminado por el Procurador Fiscal, declaró procedente el recurso extraordinario y revocó la sentencia apelada por la actora —una persona de 75 años con deterioro cognitivo, imposibilidad de desplazarse por sus propios medios e incontinencia de esfínteres como complicaciones directas del estado avanzado de su diabetes— en orden a la cobertura de un 100 % del medicamento "Ampliactil" —en lugar del 40 % como lo establecen los anexos del Programa Médico Obligatorio— y pañales descartables.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación consideró que el medicamento y los pañales eran absolutamente indispensables para la actora debido a sus escasos ingresos, carencia de autosuficiencia y como única forma de continuar con una vida mínimamente digna. Dijo el Tribunal al fundar su decisión: "El derecho a la vida, más que un derecho [...] es una [prerrogativa] implícita, ya que el ejercicio de los derechos reconocidos expresamente requiere necesariamente de él y, a su vez, el derecho a la salud —especialmente cuando se trata de enfermedades graves— está íntimamente relacionado con el primero y con el principio de autonomía personal, ya que un individuo [...] enfermo no está en condiciones de optar por su propio plan de vida" **(15)**.

En sentido análogo se ordenó a una empresa de medicina prepaga cubrir el total del medicamento requerido por una asociada para el tratamiento de la hepatitis C en virtud de que no podía asumir la diferencia a su cargo por el alto costo **(16)**.

III. El caso en concreto

La ley 23.661 crea el Sistema Nacional del Seguro de Salud **(17)**, con los alcances de un seguro social, "...a efectos de procurar el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país sin discriminación social, económica, cultural o geográfica".

Ello así, pues su "...objetivo fundamental [es] proveer el otorgamiento de prestaciones de salud igualitarias, integrales y humanizadas, tendientes a la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud, que respondan al mejor nivel de calidad disponible y garanticen a los beneficiarios la obtención del mismo tipo y nivel de prestaciones eliminando toda forma de discriminación en base a un criterio de justicia distributiva" (ley 23.661, art. 2°, párr. 1).

A su vez, "[s]e consideran agentes del seguro a las obras sociales nacionales [...], las obras sociales de otras jurisdicciones y demás entidades que adhieran al sistema..." (ley 23.661, art. 2°, párr. 2), es decir, las entidades enunciadas en el artículo 1º de la ley 23.660 **(18)** a las que ya hicimos referencia.

Dichas entidades deben adecuar sus prestaciones de salud a las normas que se dicten (ley 23.661, art. 2°, párr. 2) y "...desarrollar un programa de prestaciones de salud, a cuyo efecto la ANSSAL [Administración Nacional del Seguro de Salud] establecerá y actualizará periódicamente, de acuerdo con lo normado por la Secretaría de Salud de la nación, las prestaciones que deberán otorgarse obligatoriamente [...]. Asimismo, deberán asegurar la cobertura de medicamentos que las aludidas prestaciones requieran" (art. 28, ley 23.661).

(14) Fallos 323:1339. Sobre el alcance del Programa Médico Obligatorio la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha entendido que "...esa limitación en la cobertura debe ser entendida como un 'piso prestacional', por lo que no puede, como principio, derivar en una afectación del derecho a la vida y a la salud de las personas...".

(15) CSJN, "Reynoso, Nilda Noemí c. Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/amparo", p. 5. http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-reynoso-nilda-noemi-inssjp-amparo-fa06000385-2006-05-16/123456789-583-0006-0ots-eupmocsollaf.

(16) CCiv. y Com. Federal, Sala III, 12/03/2019, "L. S. N. L. c. OSDE s/amparo de salud".

(17) Sancionada el 29/12/1988. Promulgada el 05/01/1989.

(18) Sancionada el 29/12/1988. Promulgada el 05/01/1989.

En esa línea, la res. 310/2004 del Ministerio de Salud de la Nación **(19)** modifica la res. 201/2002 mediante la cual se aprueba el Programa Médico Obligatorio de Emergencia (PMOE) integrado por el conjunto de prestaciones básicas esenciales garantizadas por los Agentes del Seguro de Salud. Así, pues, conforme al art. 2º, 7.1: "Se asegura por parte del Agente del Seguro de Salud, la cobertura de los medicamentos de uso ambulatorio que figuran en el Anexo III con 40% a su cargo para medicamentos de uso habitual, y 70% a su cargo para los medicamentos destinados a patologías crónicas prevalentes, que requieren de modo permanente o recurrente del empleo de fármacos para su tratamiento...".

Cabe señalar aquí que en el Anexo III, *ítem* "drogas para el tratamiento de la enfermedad de huesos" no se incluye el medicamento para la osteoporosis "Teriparatida 20 mg - Jeringas prellenadas por 30 unidades" **(20)**.

De ahí que a las obras sociales —y, por ende, a la entidad involucrada en el presente caso— solo les corresponde otorgar una cobertura del 40% del costo de aquel por tratarse de un medicamento de uso habitual (art. 2° inc. 7.1. y Anexo III relativo a las drogas para el tratamiento de enfermedades de los huesos).

IV. Conclusión

La cobertura solicitada por la actora era brindada por la obra social al 40 % de su valor dinerario, es decir, acorde con la normativa que expresamente rige el caso, cuya aplicación es obligatoria.

Teniendo en cuenta que la afiliada, luego pretensora, no ha planteado la inconstitucionalidad de las disposiciones que permiten solo el 40 % de cobertura, no es una persona con discapacidad, cuenta con ingresos propios y no se encuentra en situación de especial vulnerabilidad, el pronunciamiento en cuanto deja sin efecto —por mayoría de votos— la sentencia apelada por la Obra Social del Personal de Control Externo (OSPOCE) deviene inobjetable. Una solución contraria implicaría privilegiar de manera desmesurada el interés individual en desmedro del interés social, regido por el principio de solidaridad que rige en el sistema de salud al que la actora se encuentra afiliada.

(19) De 07/04/2004.

(20) Se incluyen drogas que afectan la mineralización, Bifosfonatos y Alendronato —con recomendación de uso—.

JURISPRUDENCIA

IDENTIDAD AUTOPERCIBIDA

Adolescente. Cambio registral. Derecho de toda persona a ser tratado de acuerdo con su identidad de género.

1. — Corresponde hacer lugar al pedido de autorización solicitada y disponer la modificación de nombre y género en la partida de nacimiento de acuerdo con la identidad autopercibida del adolescente y ordenar al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas que expida una nueva.

2. — La conformidad prestada por el padre del peticionante en sede judicial no tornó abstracta la pretensión de ordenar el cambio registral según la identidad autopercibida, sino que en su caso coadyuva a la jurisdicción a ordenar el cambio registral, que es —precisamente— sobre lo que versó la pretensión, máxime cuando el mentado consentimiento debe ser prestado ante la autoridad administrativa.

3. — Considerar que la conformidad del progenitor en sede judicial hace innecesaria la orden de cambio registral según la identidad autopercibida, que es lo que se peticiona en el proceso, provoca que no se haya cumplido con la tutela judicial efectiva que es eje del servicio de justicia.

4. — La petición no devino abstracta y, a fin de garantizar el efectivo ejercicio de los derechos involucrados, corresponde que se dicte una resolución expresa sobre la autorización requerida en los términos que prevé el art. 5º, segundo párrafo de la ley 26.743, debiendo tenerse especialmente en cuenta, en orden al principio de capacidad progresiva aludido en la norma y que el peticionante en unos meses alcanzará la mayoría de edad.

5. — El art. 1º de la ley 26.743 establece el derecho de toda persona a ser tratada de acuerdo con su identidad de género. Por tanto, en función de ello, si bien en el caso podría acudirse al testeado previsto en el art. 35 del Cód. Procesal, lo cierto es que la virtualidad no permite la modificación de los documentos, por lo cual se procede aquí a rectificar la resolución teniendo el nombre indicado al inicio reemplazado por sus iniciales y testado el género allí consignado.

6. — Hoy la ley coloca a los adolescentes como una categoría de sujetos que merecen una mirada especial, apartándose del molde tradicional y dando un reconocimiento a este segmento etario como una categoría jurídica, de modo que, en nuestro derecho, opera hoy una modulación más fina, más sutil en la consideración de la autonomía de los sujetos, lo que conlleva una mirada más respetuosa de su dignidad.

7. — La adolescencia debe entenderse como un complejo proceso de maduración personal, como una etapa en busca de madurez. Pero la inmadurez del/la adolescente es distinta a la del niño/a o el/la adulto/a: mientras que la del/la niño/a es la de la persona que sin valerse a sí misma no percibe esa situación como problemática, la inmadurez del/la adolescente es la de quien no sabiendo valerse por sí mismo/a experimente el deseo de hacerlo y, al intentar conseguirlo, pone en marcha capacidades nuevas, en un proceso cuyas peculiaridades hacen difícil establecer su duración.

CNCiv., sala I, 02/08/2021. - C., A. E. y otro s/ autorización.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/113316/2021]

COSTAS

Por su orden.

Expte. n° CIV 024540/2020/CA001

2ª Instancia.- Buenos Aires, 2 de agosto de 2021.

Considerando:

I. El peticionante —nacido el 27 de diciembre de 2003, conforme partida incorporada el 15 de julio de 2020—, con el acompañamiento de su progenitora, inició estas actuaciones a fin de acceder al cambio registral de su nombre y género conforme artículo 5 de la ley 26.743, artículo 26 del Código Civil y Comercial de la Nación y resolución 65/2015 del Ministerio de Salud.

Solicitó que se ordene al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la ciudad autónoma de Buenos Aires que lo autorice al realizar el cambio de prenombre y sexo registral como A. E. C., de sexo masculino, manteniendo todos los demás datos filiatorios.

A su vez, en caso de que se resuelva que debe hacer el cambio registral con el consentimiento de sus progenitores, peticionó que se lo autorice en los términos del artículo 5 *in fine* de la ley 26743, toda vez que uno de ellos no está dispuesto a acompañarlo.

Según su relato en el escrito de inicio, el progenitor expresó que no lo acompaña ni da su consentimiento para concretar el cambio registral, con la excusa que la religión que profesa no lo permite, haciendo más de un año que se lo pide insistentemente sin lograr cambiar su postura.

Es por ello que interpuso esta acción, teniendo especial reparo que, a partir de los 16 años, conforme el artículo 26 del Código Civil y Comercial de la Nación, cuenta con capacidad suficiente para hacerlo con su sola expresión de voluntad.

II. El juez de primera instancia, en su resolución del 1º de junio de 2021, dispuso que atento la conformidad prestada por el progenitor en la audiencia el 12 de abril de 2021, deviene innecesario el pronunciamiento judicial, por lo que declaró abstracta la presentación, ordenando que en su caso deberán los progenitores concurrir al Registro Civil a concretar el cambio de género solicitado, dado que no resulta la autorización judicial cuando ambos prestan conformidad.

Contra ello se alzan el peticionante y la Defensora de Menores, cuyos memoriales de agravios fueron incorporados el 9 y el 28 de junio de 2021, respectivamente.

Asimismo, la cuestión se integra con el dictamen del señor Fiscal General del 13 de julio de 2021.

III. En resumidas cuentas, en el memorial de agravios explicó que el juez soslayó la identidad autopercibida dado que lo llamó con un nombre y género con los cuales no se identifica ni autopercibe.

Luego indicó que no se garantizó su derecho a la identidad, autopercepción ni capacidad progresiva y no dio una respuesta ajustada al objeto del proceso, por lo que se encuentra en la misma situación que antes del inicio de las actuaciones y continúa sujeto a la voluntad unilateral de su padre.

Sostuvo que en ningún momento se requirió que se obtenga en autos el consentimiento de su progenitor para poder efectuar el trámite ni es ese el objetivo de la vía propuesta por la ley de identidad de género.

Puntualizó que la cuestión no deviene abstracta ante el supuesto asentimiento de su progenitor en ocasión de la audiencia celebrada en autos, pues no se adoptaron las medidas tendientes a efectivizarlo, quedando por lo tanto la posibilidad que se incurra nuevamente en la negativa paterna.

En esa misma línea, el Defensor de Menores de Cámara destacó que el cambio de opinión del señor P. F. C. no es óbice para la obtención de la venia judicial solicitada, como resultado de garantizar plenamente los derechos invocados, tras varios meses de trámite.

IV. Este tribunal comparte en su totalidad los argumentos expuestos por la fiscalía general y la defensoría de cámara, y por esa razón, se anticipa, la resolución será revocada.

En el caso, más a allá de la supremacía de los derechos en juego, lo cierto es que la crítica más relevante se asienta en una cuestión de derecho adjetivo, por cuanto las quejas nacen a partir de que se consideró abstracto expedirse en razón de la conformidad prestada —en la audiencia celebrada en autos— por el progenitor renuente.

Cabe recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha interpretado que cuando se falla sin respetar los límites se puede incurrir en "exceso" que puede ser *ultra petita* (por fuera de lo requerido y controvertido); *citra petita* (por fuera de lo requerido y propuesto); o *infra petita* (por menos de lo reclamado y contrapuesto en juicio) (Fallos: 327:1532 del dictamen de la Procuración General al que remitió la Corte Suprema de Justicia de la Nación).

Asimismo, como enseñaba Eduardo J. Couture "la pretensión es la afirmación de un sujeto de derecho de merecer la tutela jurídica y, por supuesto, la aspiración concreta de que esta se haga efectiva. En otras palabras: la autoatribución de un derecho por parte de un sujeto que invocándolo pide concretamente que se haga efectiva a su respecto la tutela jurídica. Pero la pretensión no es la acción. La acción es el poder jurídico de hacer valer la pretensión. Ese poder jurídico existe en el individuo, aun cuando la pretensión sea infundada" ("Estudios de Derecho Procesal Civil", 3º edición, Depalma, 1979, Buenos Aires).

En ese orden, la pretensión procesal conlleva, tres elementos: subjetivo, objetivo y causal. El primero de ellos está referido al sujeto habilitado para ejercer la acción, entraña una relación jurídica entre el pretendiente (actor o reconviniente) y el pretendido (demandado o reconvenido) y en consecuencia resulta resorte exclusivo de las partes, excluyendo al juez; el segundo se relaciona con la petición y es la libertad del individuo para fijar lo que pretende, no es más que el petitorio del actor o del reconviniente; y el tercero, involucra el hecho que se invoca y a su imputación jurídica, es decir la causa petendi.

Queda claro entonces que las normas procesales no se reducen a una mera técnica de organización formal de los procesos, sino que, en su ámbito específico, tienen por finalidad y objetivo ordenar adecuadamente el ejercicio de los derechos en aras de lograr la concreción del valor justicia en cada caso y

salvaguardar la garantía de defensa en juicio (conforme, Fenochietto, Carlos E., "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Anotado y Comentado", tº I, pág. 125, comentario al artículo 34; Gozaíni Osvaldo Alfredo, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Comentado y Anotado", t. I, pág. 90 y siguientes, comentario al artículo 34).

V. Ahora, si bien aquí se trata de un pedido de autorización, el peticionante delimitó su objeto, con base en el hecho invocado e imputación jurídica respectiva, lo cual no fue abordado en la resolución apelada, con sustento en la conformidad del progenitor.

Bajo tal óptica, se advierte que, a tenor de lo requerido en el escrito de inicio, la aludida conformidad no tornó abstracta la pretensión, a poco que se repare que el mentado consentimiento debe ser prestado ante la autoridad administrativa.

De modo que en la especie lo decidido en primera instancia se inserta en el ámbito de *infra petita*, desde que no medió pronunciamiento sobre el cambio registral ante la administración que fue motivo de petición.

Es así que la conformidad prestada por el padre ante esta sede no genera que sea abstracto lo peticionado en autos, sino que en su caso coadyuva a la jurisdicción a ordenar el cambio registral, que es —precisamente— sobre lo que versó la pretensión.

En otras palabras, considerar que la conformidad del progenitor en sede judicial hace innecesaria la orden de cambio registral aquí perseguida, provoca que no se haya cumplido con la tutela judicial efectiva que es eje del servicio de justicia.

En esta inteligencia, como lo expuso el señor Fiscal General en su dictamen, se reitera que la petición no devino abstracta y, a fin de garantizar el efectivo ejercicio de los derechos involucrados, corresponde que se dicte una resolución expresa sobre la autorización requerida en los términos que prevé el artículo 5 segundo párrafo de la ley 26743, debiendo tenerse especialmente en cuenta, en orden al principio de capacidad progresiva aludido en la norma, que A. E. C., el 27 de diciembre de este año, alcanzará la mayoría de edad.

VI. El peticionante se agravia porque en la resolución se lo identificó y llamó con un nombre y género con los cuales no se identifica ni autopercibe.

Para dar una satisfacción a dicho contenido, cabe hacer remisión primero a lo normado en el artículo 1 de la ley 26743, en cuanto allí se establece el derecho de toda persona de ser tratada de acuerdo con su identidad de género. Por tanto, en función de ello, si bien en el caso podría acudirse al testeado previsto en el artículo 35 del Código Procesal, lo cierto es que la virtualidad no permite la modificación de los documentos, por lo cual se procede aquí a rectificar la resolución teniendo el nombre indicado al inicio reemplazado por sus iniciales L.A.C. y testado el género allí consignado.

En definitiva, por estas razones, serán admitidos los recursos de apelación y revocada la resolución apelada.

VII. En función de ello, en atención a lo dictaminado por el señor Defensor de Menores de Cámara y el señor Fiscal General, a fin de dar urgente solución al requerimiento, corresponde expedirse en esta instancia sobre la venia judicial peticionada.

Para ello, cabe recalar en las previsiones contenidas en la ley 26743 de identidad de género, vigente desde el año 2012, en cuanto a que en su artículo 1: reconoce a toda persona el derecho al reconocimiento de su identidad de género; al libre desarrollo de su persona conforme a su identidad de género; 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.

En tanto que en su artículo 2, define a la identidad de género como "...la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales" y relativo al ejercicio del derecho, el artículo 3 dispone que: "... toda persona podrá solicitar la rectificación registral del sexo, y el cambio de nombre de pila e imagen, cuando no coincidan con su identidad de género autopercibida...".

Ya específico al caso de autos, el artículo 5 se encarga de lo concerniente a las personas menores de 18 años y fija que la solicitud del trámite a que refiere el artículo 4º deberá ser efectuada a través de sus representantes legales y con expresa conformidad del menor, teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño/a de acuerdo con lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Ley 26.061 de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes. Asimismo, la persona menor de edad deberá contar

con la asistencia del abogado del niño prevista en el artículo 27 de la ley 26.061.

En esa línea —el citado artículo— estipula que cuando por cualquier causa se niegue o sea imposible obtener el consentimiento de alguno/a de los/as representantes legales del menor de edad, se podrá recurrir a la vía sumarísima para que los/as jueces/zas correspondientes resuelvan, teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño/a de acuerdo con lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la ley 26.061 de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes.

VIII. En la especie —como ya quedó dicho— el peticionante alcanzará el próximo 27 de diciembre la mayoría de edad, a ello se agrega la noción de competencia incorporada en el artículo 26 del Código Civil y Comercial de la Nación y la conformidad prestada por el progenitor en autos.

Desde esas premisas, es relevante señalar que hoy la ley coloca a los adolescentes como una categoría de sujetos que merecen una mirada especial, apartándose del molde tradicional y dando un reconocimiento a esta categoría etaria como una categoría jurídica, de modo que en nuestro derecho, opera hoy una modulación más fina, más sutil en la consideración de la autonomía de los sujetos, lo que conlleva una mirada más respetuosa de su dignidad (conforme, Caramelo, Gustavo, Los niños y el consentimiento informado para la práctica de tratamientos médicos y ensayos clínicos en "Derecho Privado-Bioderecho", direc. Gustavo Caramelo - Sebastián Picasso, Año I, Nº1, mayo 2012, Infojus, páginas 89/90).

La adolescencia debe entenderse como un complejo proceso de maduración personal, como una etapa en busca de madurez. Pero la inmadurez del/la adolescente es distinta a la del niño/a o el/la adulto/a: mientras que la del/la niño/a es la de la persona que sin valerse a sí misma no percibe esa situación como problemática, la inmadurez del/la adolescente es la de quien no sabiendo valerse por sí mismo/a experimente el deseo de hacerlo y, al intentar conseguirlo, pone en marcha capacidades nuevas, en un proceso cuyas peculiaridades hacen difícil establecer su duración (conforme, De Mazo, Carlos G., La persona adolescente, vulnerabilidad y adicciones en "Protección jurídica de la Persona", Buenos Aires, La Ley, 2010, páginas 55/101).

Bajo el contexto normativo y nociones reseñadas precedentemente, considerando —además— que el peticionante en meses alcanzará la mayoría de edad, corresponde autorizar el cambio de nombre y género en la partida de nacimiento —cuyos datos surgen de la documentación digital incorporada el 15 de julio de 2020—, en los términos requeridos en el escrito inaugural.

IX. Por todo lo dicho, de conformidad con lo dictaminado por el señor Defensor Público de Menores de Cámara y por el señor Fiscal General, *resuelve:* 1) Revocar la resolución del 15 de abril de 2021 y rectificar el nombre y género utilizados por el magistrado de grado en el sentido que el nombre debe leerse por las iniciales L.A.C. y el sexo allí consignado debe tenerse como testado (arg. artículo 35 del Código Procesal). 2) Hacer lugar al pedido de autorización solicitada y disponer la modificación de nombre y género en la partida de nacimiento de acuerdo a lo solicitado en el escrito de inicio, y ordenar al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de esta ciudad, que expida una nueva de conformidad a lo expresamente dispuesto. 3) Encomendar al señor juez interviniente a una vez recibidas las actuaciones a fin de instrumentar la autorización aquí decidida ante el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de esta ciudad, ordene la comunicación pertinente por la vía y forma correspondiente, todo ello con trámite prioritario con base en los derechos invocados. 4) Las costas se imponen por su orden, dado que no medió intervención de otros interesados y en función a la forma en que se arriba a la resolución (artículos 68 segundo párrafo 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 número 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 artículo 164, 2° párrafo del Código Procesal y artículo 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.*

VIOLENCIAS

JURISPRUDENCIA

VIOLENCIA OBSTÉTRICA

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

1. — La mujer no fue debidamente informada respecto a su situación de salud, contrariándose el art. 2°, incs. 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 explicaron las razones de algunos de sus síntomas, por caso los "movimientos" que ella sentía en su vientre y que la predisponían a vincular tales movimientos 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 la 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 lo 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 donde 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 trance 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 acreditara 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 donde 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 recibió 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: TR LALEY 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. P.— 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. H. E. y el Director, Dr. M. E., con el patrocinio del Dr. R. M. G. Z. 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. R. M. G. Z.; V. A. M., H. F. M.; L. B. D.; M. A. M. J. y F. C.

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. F. M. y M.

10) A fs. 65 se emplaza al Dr. M. 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. M.

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. F. M.

17) A fs. 140 vta. glosa diligencia suscripto por la Dra. F. M.

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. F. M.

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. F. M., adjuntando certificados varios.

23) A fs. 177 la Dra. F. M. 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. F. M. 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. F. M.

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 este caso en concreto, los actos o conductas atribuidos por la Sra. P. F. al personal del referido nosocomio, vulneraron derechos fundamentales de esta 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. R. G. Z., firmando adhesivamente el apoderado Cr. H. E., 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 Humanos, 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 (48) 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, constancias 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 pensamien-

to, 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 materno 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 esta 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 esta 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 este 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 "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". 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 frasco, 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 H. H. E. 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 reempla-

zo 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 (3). 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 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. 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 esta 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 humani-

zados 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 esta 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 este 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 E. 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 esta (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 acto-

ra 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: "Solo 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 mayoría 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 par-

to 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. D. H. P. y V. F. M. 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. F. M. 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. H. M. ni al Dr. R. M. G. Z.

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. D. H. P. y V. F. M. 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 estas 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 solo 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".

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.

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: TR LALEY 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, aquel 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 am-

plio, 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 solo, 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 solo 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 tanto, 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 aquel 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 solo 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 solo, 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 proalimentado; interpretación esta 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 aquellas; 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 constituye 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*.

DAÑOS ORIGINADOS EN LAS RELACIONES DE FAMILIA

Violencia de género. Prueba testimonial. Privacidad de la vida familiar. Daño moral.

1. — Aun cuando la actora no haya expresamente aludido a la violencia de género no impide que, por la descripción que realiza en su presentación —situaciones que identificó como violentas vividas con su expareja que le ocasionaron los daños que reclama—, así se califique el objeto de su pretensión a los fines de su encuadre.

2. — El obrar de las personas no puede infringir derechos ajenos, más allá de la naturaleza de estos, por lo que, de provocarse un perjuicio, deberá apreciarse desde la universalidad del ordenamiento. Lo afirmado no implica soslayar que, al tratarse de relaciones de familia, se analice con cuidado el cerrado entramado de vivencias enraizadas en ella. En definitiva, si no obstante las medidas para asegurar el cumplimiento de los derechos, se obstaculiza la comunicación y el contacto entre padres e hijos, se podrá accionar por los perjuicios ocasionados, para lo cual deberán concretarse los presupuestos propios para la recepción del reclamo.

3. — En los procesos de familia, la declaración de los testigos parientes y amigos de las partes son relevantes, en tanto son las personas más cercanas y que tienen el mejor conocimiento de las circunstancias íntimas que exteriorizan el conflicto, lo que el mismo Código Civil y Comercial de la Nación admite en su art. 711. Ello, sin perjuicio que sus relatos sean valorados junto con el resto de las probanzas e, incluso, se puedan sopesar la pasión o compromiso emocional que los testigos puedan ofrecer sobre los hechos que percibieron.

4. — Surge claramente de los hechos relatados que la accionante ha sido víctima de hechos de violencia y destrato, por medio de agresiones físicas y verbales, tanto en su casa como en lugares públicos, lo que habilita a mantener la condena que la sentencia de primera instancia establece. La privacidad de la vida familiar no puede invisibilizar las agresiones de las que pueden ser víctimas sus integrantes.

5. — Si bien es cierto que el perjuicio moral por aplicación de las reglas que rigen la carga de la prueba debe ser acreditado por quien pretende su reparación, es prácticamente imposible utilizar para ello una prueba directa, por su índole espiritual y subjetiva.

CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

El hecho dañoso:

Violencia de género.

Referencias de la víctima:

Sexo:	Femenino.
Edad:	37 años.

Componentes del daño:

Daño extrapatrimonial	
Daño moral genérico:	$1.000.000
Daño psicológico:	Tratamiento psicológico: $62.400

CNCiv., sala K, 30/06/2021. - C. M. c. J. F. C. s/ daño moral.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/98518/2021]

COSTAS

Se imponen al demandado vencido.

INTERESES

Se aplica la tasa activa.

Expte. n° CIV 109593/2012/CA002 - CA001

Buenos Aires, 30 de junio de 2021.

Considerando:

I. Vienen los autos a este Tribunal con motivo del recurso de apelación interpuesto por la actora (16 de diciembre de 2020) y por el demandado (16 de diciembre de 2020), contra la sentencia de primera instancia (fs. 185/188vta.). Oportunamente, se fundaron (ambos el 31 de marzo de 2021) y recibieron réplica (15 y 24 de abril de 2021). A continuación, se llamó autos para sentencia (13 de mayo de 2021).

II. Los antecedentes del caso

La señora M. C. C. reclamó por los perjuicios que le habría ocasionado el obrar de su ex cónyuge, el señor F. C. J.

Relató que contrajeron matrimonio el 13 de diciembre de 1995 y que, de la unión, nacieron sus hijos A. D. -el 5 de noviembre de 1996- y T. A. -el 8 de septiembre de 1998-.

Expuso que, desde el comienzo, hubo episodios de violencia por parte del demandado caracterizados por empujones, golpes, insultos y amenazadas, lo que se agravaba cuando consumía alcohol.

Refirió que se generó un patrón de conducta que desconocía y que, según alegó, descubrió que estaba con una persona enferma y desequilibrada.

Manifestó que, en el año 2007, se separaron de hecho y continuó viviendo en el departamento de la calle Quesada -bien ganancial-.

Expresó que, a pesar de ello, el accionado se presentó en múltiples oportunidades en su domicilio y que los encuentros terminaron en golpes, insultos y amenazas hacia ella.

Describió los hechos de violencia que denunció los días 12 de julio de 2007, 1 y 8 de octubre de 2007, 29 de noviembre de 2007, 25 de febrero de 2008, 16 de marzo de 2009, 27 de septiembre de 2010, 1 de octubre de 2010, 29 de febrero de 2012 y 31 de mayo de 2012. Acompañó las constancias de las denuncias.

Mencionó que, respecto a la efectuada por las lesiones en la vía pública, el Tribunal Oral en lo Criminal n° 1 desestimó el pedido del imputado de suspender el proceso a prueba, lo que la CáM. de Apelaciones en lo Criminal y Correccional revocó.

Señaló que, a causa de estos maltratos, recibió atención psicológica en el Centro de Salud n° 1, en el marco del programa de "Víctimas contra la Violencia", dependiente del Ministerio del Interior de la Nación.

Refirió que, también, denunció esta situación en este fuero, lo que dio lugar al inicio de cuatro causas por violencia familiar.

Indicó que la tensión en su relación se trasladó a lo referido al cuidado personal de sus hijos. Adujo que el señor J. hacía lo que deseaba, retiraba a los menores de edad de forma violenta e inconsulta y no le decía cuándo los restituiría al hogar materno. Además, mencionó que los cambió de colegio sin consultárselo, con efectos que calificó de desastrosos para ellos, quienes repitieron el año lectivo. Apuntó que, debido a ello, de nuevo el demandado los anotó en otra institución sin preguntárselo.

Sostuvo que, a través de la evidencia a producir, se comprobaría la conducta constante y agravada en el tiempo del accionado tendiente a dañarla en todo lo posible.

Atribuyó responsabilidad al señor F. C. J. por daño psicológico y moral (fs. 1 a 41vta.).

El legitimado pasivo se presentó y contestó la demanda. Reconoció haber contraído matrimonio con la señora C., que a raíz de la unión nacieron T. y A., como así también que se le concedió una probation en la causa penal n° 3827/3836. Sin embargo, desconoció haber cometido los excesos imputados. Efectuó una negativa pormenorizada de los hechos alegados por la actora. A su vez, reconvino por daño moral en virtud de las conductas y acusaciones calumniosas de la contraria.

Aseveró que, poco después de celebrar el matrimonio, la legitimada activa comenzó a hostigarlo. Refirió que, ante un pedido de un cambio de comportamiento, alegaba violencias inexistentes y prometía radicar todo tipo de denuncias, las que nunca concretaba en tanto -según afirmó- carecían de sustento fáctico.

Además, adujo que la accionante se desentendió de la crianza de los hijos.

Agregó que aquella mantuvo relaciones extramatrimoniales, lo que lo exponía a burlas y comentarios públicos.

Aseguró que cuando le reclamaba por las infidelidades cometidas, como así también el desinterés y la desatención tanto hacia él como a sus hijos, reaccionaba irritadamente, con insultos, agresiones y manifestaba que efectuaría cualquier tipo de denuncia aberrante.

Consideró que estas circunstancias lo agraviaron y que, por ello, los menores de edad decidieron vivir con él.

Expresó que lo narrado, sumado a la conducta infiel de la actora, lo sumió en una profunda depresión de la que le costó reponerse. Señaló que su salud no le preocupó a la señora C. y que ello lo hirió.

Añadió que la accionante reconvenida es adicta al juego y que durante la convivencia dilapidó el dinero que le suministraba para atender las necesidades básicas del grupo familiar. Adujo que nunca puso voluntad para recuperarse.

Narró que al momento de la reconvención, la actora se encontraba en pareja y que tuvo un hijo con otra persona ni bien se separó de él.

Contó que, pese a las infidelidades, el desinterés para con sus hijos, las denuncias insensatas e infundadas, como así también su adicción al juego, él no abandonó su buena voluntad para mantener un vínculo saludable. Alegó que prueba de ello es que aceptó firmarle el divorcio de común acuerdo, cuando podría haber demandado por infidelidades e injurias graves.

Expuso que tampoco le requirió la división de la comunidad de bienes ni la forzó a dejar el inmueble que integraba el patrimonio de ambos.

Endilgó responsabilidad a la señora C. por daño moral (fs. 50/58).

La actora contestó la reconvención y se remitió a los hechos enunciados en su presentación (fs. 71/73).

Sustanciada la causa, se dictó pronunciamiento sobre el mérito (9 de diciembre de 2020).

III. La sentencia

El Juez de grado hizo lugar la demanda de la señora M. C. C. y desestimó la reconvención incoada por el señor F. C. J. En consecuencia, condenó a este último a abonarle a la actora la suma de $4.402.000, dentro de los treinta días, devengando en caso de mora, la tasa de interés activa que publica el Banco de la Nación Argentina, con costas.

Asimismo, reguló los honorarios de los profesionales intervinientes (9 de diciembre de 2020).

IV. Los agravios

El demandado reconviniente, por intermedio de su representante letrado, critica la decisión.

En primer lugar, aduce que la actora no cumplió con el trámite de mediación previa prejudicial obligatoria en tanto el objeto de esta -liquidación de la comunidad de bienes- fue ajeno al presente reclamo, por lo que se violó el principio de legalidad. Asimismo, alega que la acción fue promovida vencido el plazo para ello.

Aduna que no pagó la tasa de justicia pertinente previo al dictado del fallo.

Por otro lado, critica que el juez a quo consideró cuestiones no planteadas para, en base a ellas, determinar un desmesurado e injustificado monto de resarcimiento de los supuestos daños.

Debate que se manifestó que la accionante reclamó los perjuicios en virtud de la violencia de género, cuando ello es falso, ya que no introdujo esa cuestión y promovió la acción solo por daño moral.

Afirma que todas las expresiones y términos de la sentencia tratan de encuadrarlo como un violento de género cuando no tiene antecedentes penales por ello. Refiere que solo existen denuncias en su contra realizadas por la legitimada activa, las que resultan inconducentes y no han prosperado.

Expone que la táctica en cuestiones de familia de radicar denuncias sistemáticas por parte de un cónyuge para presionar al otro es moneda corriente en nuestro país y en otros con similares estructuras jurídicas.

Se agravia por la mención de jurisprudencia, doctrina, pactos internacionales y recomendaciones de sus interpretaciones en el fallo, ya que -según alega- no son aplicables al caso, carecen de sentido y constituyen una aplicación arbitraria y maliciosa con el objeto de lograr su condena.

Critica que en el fallo se lo descalifica al definirlo ofensivamente como un "machista", cuando en reali-

dad no lo es. Asevera que el magistrado debe abstenerse de hacerlo respecto a cualquiera de las partes involucradas en un proceso, en tanto implica una falta de respeto a los justiciables.

Relata que el matrimonio se caracterizó por mantener grandes diferencias, lo que derivó en el divorcio, pero que en ningún momento él tuvo intenciones de generar algún tipo de violencia de género hacia la señora C. ni ser machista, ya que, de hecho, trabajaban juntos.

Señala que se reprodujeron las denuncias realizadas en su contra, pero no sus argumentos de defensa ante ellas.

Sostiene que hubo un juzgamiento parcial en tanto se basó en las razones de una de las partes.

Asevera que se indemnizó a la actora con un monto ocho veces superior al peticionado sin otro fundamento que la propia voluntad del juzgador, su evidente animadversión hacia él y su disgusto por lo resuelto por la Alzada en el expediente conexo n° 42.779/2012.

Considera que las sumas son arbitrarias, escandalosas y no guardan correlato con los principios de resarcimiento que rigen en la materia.

Alega que los hechos denunciados no causaron ningún tipo de daño ni afectación a la actora, quien, luego de su separación, convivió de forma casi inmediata con otra pareja en la que fuera sede del hogar conyugal, conforme lo determinaron la pericia psicológica y la psiquiátrica.

Sostuvo que su suerte en el pleito quedó sujeta a la parcialidad y libre convicción del sentenciante y no al análisis concreto, razonado y prudente de las probanzas de la causa evaluadas imparcialmente.

Cuestiona la valoración de la prueba efectuada demostrativa de la inequidad y parcialidad en beneficio de la parte actora.

Detalla los argumentos vertidos por el juez a quo que, según sostiene, tergiversan sus dichos haciéndole decir lo que no dice.

Opina que ofreció y produjo prueba, formuló observaciones y críticas a las declaraciones testimoniales, como así también a las pericias realizadas, lo que no fue considerado.

Critica que se supuso que la utilización de "vástago" al referirse al hijo que tuvo la señora C. con otra persona implica una actitud despectiva cuando, según explica, se empleó como sinónimo de "hijo".

Aduce que realmente soportó el dolor de tomar conciencia que la mujer que amara, la madre de sus hijos, en el medio de las desavenencias conyugales y las diferencias que llevaron al rompimiento del vínculo, entabló otra relación y tuvo una nueva hija fruto de ella. Sostiene que ello significó un agravio y el consiguiente daño moral en tanto había depositado en su matrimonio todas sus esperanzas de construir una sólida familia.

Discute el señalamiento a la forma de redacción de los escritos. Mantiene que, en tanto actúa como abogado apoderado, él es quien los redacta, por lo que no puede endilgarse responsabilidad a su representado por ello.

Afirma que las partes y sus letrados merecen respeto y, estos últimos, el mismo a quienes tienen la elevada misión de administrar justicia, que no es "machista" ni "patriarcal".

Se agravia de la enumeración de las constancias de denuncias ya que son absolutamente infundadas y ninguna prosperó. Lo mismo refiere de la descripción de los expedientes penales donde no recayó sentencia condenatoria.

Debate que el Juez a quo criticó a la decisión del Tribunal de Casación por lo resuelto.

Refuta que no se valoraron las conclusiones del Cuerpo Interdisciplinario de Protección contra la Violencia Familiar obrante en la Causa n° 55329/2007 que demuestra la existencia de un vínculo disfuncional, de violencia física y desbordes emocionales por parte de ambos.

Cuestiona que se soslayaron las declaraciones tanto de la actora como de sus hijos sobre que él se ha ocupado diligentemente de ellos.

A su vez, controvierte que se consideró el informe de la licenciada Mandil, quien no es perito designada en las actuaciones y que actuó como testigo ofrecido por la accionante reconvenida. Sin perjuicio de ello, señala que la profesional manifestó que el sentido de la vida de la señora C. fue medianamente compensado con el nacimiento de la niña, lo que evidencia que no hay minusvalía psicológica en tanto pudo rehacer su vida. Apuntó que, al declarar, mencionó ser egresada en psicopedagogía en el año 1986, cuando no existía esa carrera aún en ese tiempo. Aduce que las respuestas brindadas por la presunta profesional -no inscripta en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para desarrollar la profesión que invoca, según sostiene el recurrente-, descalifican todas sus aserciones ya que no fue testigo de ninguno de

los hechos que relata y su visión es parcial e interesada por ser la psicóloga de la señora C..

Además, entiende que debió desestimarse la declaración de la testigo Espíndola quien expresó tener un interés particular en el resultado del pleito.

Objeta la valoración del testimonio de la señora Barbaricca, por ser amiga de la actora y por relatar lo que esta le contó.

Por ello, concluye que deben desecharse las consideraciones de esta prueba testimonial, ya que las tres declarantes son parciales.

Por otro lado, discute la apreciación incorrecta de los informes psicológicos y psiquiátricos, toda vez que la profesional Dworkin manifestó que la actora no presenta daño en esa esfera.

Critica que no valoraron las impugnaciones que efectuó con base científica a las conclusiones del perito psiquiatra Franco.

Sostiene que de las conclusiones de los expertos se desprende que la señora C. no presenta perjuicio alguno. Para ello, transcribe fragmentos de los dictámenes.

Asimismo, se agravia que el primer sentenciante dejó tácitamente sin efecto lo resuelto por la Alzada en el expediente conexo "C., M. C. c. J. F. C. s. Liquidación de la Sociedad Conyugal". Alega que las sumas fijadas son desatinadas, ultrapetita, por rubros no reclamados y similares a las que había otorgado en la decisión revocada por esta instancia.

Por otro lado, cuestiona el rechazo de la reconvención deducida, sin fundamento alguno, en tanto se encuentran absolutamente probados todos los hechos alegados por él.

Requiere se revoque lo resuelto en cuanto al monto desmesurado estipulado por un daño moral y psicológico inexistentes.

Refuta la fijación de la tasa de interés activa del Banco de la Nación Argentina para el pago de la condena, la imposición de costas y los montos de los honorarios.

Por su parte, la actora debate que el juez a quo omitió pronunciarse sobre la merma psicológica. Asevera que las pericias psiquiátrica y psicológica no dejan lugar a dudas acerca de la existencia de este perjuicio.

Afirma que resulta prolífica la jurisprudencia que considera al daño psicológico como un rubro autónomo del moral, distinguiendo la etiología de ambos.

Por ello, opina que la sentencia resulta contraria al principio de congruencia procesal, ya que no resuelve sobre la totalidad de las cuestiones planteadas.

Finalmente, hace reserva del caso federal.

V. Ley aplicable

Atento la entrada en vigor del nuevo Código Civil y Comercial (Ley 26.994 y su modificatoria Ley 27.077), de conformidad a lo previsto en su art. 7 y teniendo en cuenta la fecha de los hechos aludidos en la demanda, resultan de aplicación al caso las normas del Código Civil.

Empero, aun cuando los alegados eventos dañoso se consumaron antes de su sanción, no así las consecuencias que de él derivan, las que deberán cuantificarse acorde la ley vigente al momento en que la sentencia fija su extensión o medida (Kemelmajer de Carlucci, Aída, "La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes", segunda parte, Editorial Rubinzal-Culzoni Editores, pág. 234).

VI. Mediación previa

El demandado reconviniente sostiene que la actora no cumplió con el trámite de mediación previa prejudicial obligatoria en tanto el objeto de esta fue la liquidación de la comunidad de bienes y no el reclamo objeto de este proceso, por lo que se violó el principio de legalidad. Asimismo, alega que la acción fue promovida vencido el plazo para ello.

Al respecto, cabe señalar que si bien le asiste razón en cuanto a que en el acta de mediación se consignó "liquidación de la sociedad conyugal" (fs. 3 y vta. y 4 y vta.), lo cierto es que este planteo no se realizó en su oportunidad, al contestar demanda al igual que el cuestionamiento de haber articulado la acción fuera del plazo de caducidad de la mediación referida (fs. 50/58), por lo que su planteamiento deviene extemporáneo.

Como es sabido, la falta de cuestionamiento oportuno implica la conformidad y la convalidación de la irregularidad mencionada, por lo que el agravio mencionado no puede prosperar.

VII. Tasa de justicia

El legitimado pasivo señala que la accionante no pagó la tasa de justicia pertinente previo al dictado del fallo.

Conforme determina la ley 23.898, la tasa será abonada por el actor, por quien reconviniere o por quien promueva la actuación o requiera el servicio de justicia, en la forma y oportunidad que indica la misma normativa (art. 9, ley cit.).

También expresamente regula como responsabilidad de los Secretarios y Prosecretarios velar por el cumplimiento de esas obligaciones (art. 14, ley cit.), cuando no fuere un supuesto por el cual alguna de aquellas estuviera exenta (art. 13, ley cit.).

Se aprecia que, en este caso, en la sentencia se ha condenado a abonar la tasa de justicia al demandado, no así a la contraria, quien goza de un beneficio de litigar sin gastos concedido, por lo que está exenta de pagarlas (ver fs. 31/32vta., exp. 9571/2013, "C., M. C. c/ J., F. C. s/ Beneficio de litigar sin gastos"), por lo que el agravio del accionado no es de recibo.

VIII. Encuadre del reclamo de la señora C.

El legitimado pasivo cuestiona que el primer sentenciante consideró que la accionante reclamó los perjuicios en virtud de la violencia de género, cuando argumenta que ello es falso ya que no introdujo esa cuestión y promovió la acción solo por daño moral.

Critica que se citara jurisprudencia, doctrina, pactos internacionales y recomendaciones que -según alega- no son aplicables al caso, carecen de sentido y constituyen una aplicación arbitraria y maliciosa con el objeto de lograr su condena.

A los fines de responder a esta crítica, cabe mencionar que la señora C. inició la presente acción a fin de obtener una indemnización por el daño psicológico y moral que alegó padecer a partir de los episodios de violencia por parte del demandado, los que se habrían plasmado con empujones, golpes, insultos y amenazadas.

Describió los hechos de violencia denunciados en este fuero y en el penal, como así también la merma individual que estos le habrían generado. Es en base a ellos que requiere la indemnización por las consecuencias que le habrían ocasionado a su integridad.

La forma de identificar a la problemática por el Juez implica una apreciación de los hechos. Por ello, aun cuando la actora no haya expresamente aludido a la violencia de género no impide que, por la descripción que realiza en su presentación -situaciones que identificó como violentas vividas con su expareja que le ocasionaron los daños que reclama (violencia doméstica)-, así se califique el objeto de su pretensión a los fines de su encuadre.

No es más, por otro lado, que la aplicación del principio iuria curia novit. Por imperio de tal precepto los jueces se encuentran habilitados para calificar jurídicamente los hechos con independencia del derecho que hubieran invocado las partes, en tanto y en cuanto no se afecten aquellos o se tergiverse la naturaleza de la acción interpuesta" (SCBA L 100040, sent. del 21-XII-2011, in re "Blanco Fernández, María Delia c/Sindicato de Obreros y Empleados de la Minoridad y la Educación (S.O.E.M.E) s/Despido").

Numerosos instrumentos internacionales ya desde hace muchos años han logrado visibilizar la violencia de la que son objeto las mujeres. Así, la "Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer" -del año 1979- y la "Convención de Belem do Pará" o "Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer" -adoptada por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, el 9 de junio de 1994, ratificada por la Argentina el 5 de julio de 1996 y convertida en Ley Nacional n° 24.632-, son ejemplos de ello.

El derecho positivo sumó otras disposiciones como 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 n° 26.485, sancionada el 11 de marzo de 2009) a esa tutela especial, al igual que los han hecho con muchas otras leyes emitidas por las legislaturas locales.

En la citada ley 26.485 se ha definido a 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." (art. 4, ley cit.). De tal manera, comprende a la de distinto orden, por ejemplo, a la violencia física, psicológica, sexual, económica y patrimonial, como así también la simbólica (art. 5, ley cit.).

Así, entre las modalidades en que puede presentar, se encuentra la violencia doméstica, que es "...aquella ejercida contra las mujeres por un integrante del grupo familiar, independientemente del espacio físico donde esta ocurra, que dañe la dignidad, el bienestar, la integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, la libertad, comprendiendo la libertad reproductiva y el derecho al pleno desarrollo de las mujeres. Se entiende por grupo familiar el originado en el parentesco sea por consanguinidad o por afinidad, el matrimonio, las uniones de hecho y las parejas o noviazgos. Incluye las relaciones vigen-

tes o finalizadas, no siendo requisito la convivencia" (art. 6 inc. "a", ley cit.). Esta no finalizada con el divorcio o el fin del a convivencia (comentario al art. 6 inc. "a" en Medina, Graciela, "Violencia de Género y violencia doméstica. Responsabilidad por daños", Primera parte "La ley 26.485 de Protección Integral a las Mujeres", Ed. Rubinzal Culzoni, 2013, pág. 110).

En definitiva, no se vulnera el principio de defensa en juicio de las partes la forma en la cual el Juez considera a los hechos probados ni tampoco el derecho en el cual los encuadra, lo que es propio de su lectura en clave de convencionalidad.

IX. Los danos y perjuicios originados en las relaciones de familia

Como se relató, "la pretensión" se sustenta en los denunciados danos y perjuicios que habría sufrido la señora C. como consecuencia del mal trato que le habría propinado el accionado, con quien estuvo casada -en tanto se ha divorciado- y con dos hijos ahora mayores de edad.

El primer punto a aclarar es que aun cuando las partes de esta causa han concluido su relación, aun continúan con un vínculo nacido en una relación familiar.

Como explica Jorge Perez Belmonte, estos vínculos familiares, en este caso de pareja matrimonial, cuando se han roto no dejan de ser una familia, la cual puede identificarse como remanente (autor citado, "Anécdotas y reflexiones tras un cuarto de siglo en el fuero de familia de La Plata", aun inédito).

La familia es una realidad variable, mutable, consecuencia de la misma versatilidad de la realidad. Como menciona Bauman se vive en una transitoriedad permanente (Zygmunt Bauman, "Archipielago de excepciones", Katz editores, Madrid, pág. 115). Así, en este caso, referido a dos personas que han estado casadas, ahora divorciadas, constituyen lo que cabe definir, como se dijo, como una familia remanente, en tanto si bien ahora no mantienen una relación de pareja, de su unión anterior tuvieron un proyecto de vida en común, con dos hijos -ahora mayores de edad- con respecto a quienes se mantienen sus vínculos y su interacción.

Es así que, en este contexto, la doctrina y la jurisprudencia no son unánimes sobre la aplicación del derecho de danos a las relaciones de familia. Solo "a modo enunciativo, autores destacados como Guillermo Borda, Bibiloni se pronunciaron por la tesis negativa, mientras que otros, como Rebora" o Mosset Iturraspe lo consideraron factible (Novellini, Norberto, "Acerca de la procedencia o no de la Indemnización por daños en el derecho de Familia", en "Derecho de Danos. Danos en el Derecho de Familia", Cuarta Parte (A), Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 2000, págs. 41 y sigs.). Destacan Atilio Aníbal Alterini y Roberto M. López Cabana que hay supuestos en los cuales se niega la acción resarcitoria, se exige un factor de atribución especial, se adapta el de culpa o se analiza el daño desde la perspectiva a los sujetos involucrados. Puntualizan que deben tenerse en cuenta los intereses superiores en la constitución de la familia, su estabilidad y el sentimiento de justicia de la comunidad (autores citados, "Cuestiones de responsabilidad civil en el Derecho de Familia", LL 1991-A-950).

En esta misma línea, se expuso que los principios generales del "... alterum non laedere (no dañar a otro) y el ius suum cuique tribuere" (dar a cada uno lo suyo) se adaptan a las relaciones intrafamiliares, pues, en muchos casos, los alegados perjuicios se ocasionan en la convivencia, lo que implica una posibilidad amplia de origen de sucesos perjudiciales, en especial pues se trata de personas que comparten el hogar o lo han hecho, no extraños. Es por ello que el interés legítimo originado en la reparación del daño causado se atempera en vista a la unidad familiar (SCBA, in re: C. 117.204, "R., C. contra T., J. Danos y perjuicios", sent. del 3-XII-2014, voto del señor Juez doctor Pettigiani).

En síntesis, quienes, con distintos argumentos, se enrolan en una postura restringida en la aplicación del derecho de daños a las relaciones de familia lo hacen en vista de intentar mantener la paz en ese ámbito, la cual se podría ver vulnerada si se habilitara con amplitud a la posibilidad de reclamar, en tanto podrían fomentarse rupturas en las relaciones que debieran sostenerse en el afecto y, en muchos casos, a lo largo de toda la vida.

Además, si bien lograr la pacificación social es uno de los fines del derecho, este deviene absolutamente prioritario en los litigios originados en el seno familiar, lo que llevó a su incorporación expresa en el Código Civil y Comercial de la Nación –ver art. 706 inc. "a", última parte-. De tal manera, es el camino deseable para dirimir estas disputas fomentar las alternativas de autocomposición o, de no ser posible, lograr una justicia de acompañamiento, con la intervención de un fuero especializado y la colaboración interdisciplinaria. Empero, tales particularidades no excluyen que la familia se torne en un ámbito en el cual las personas incumplan con sus deberes y, en tal caso, no podrían quedar exentas de asumir las consecuencias de ese proceder.

El obrar de las personas no puede infringir derechos ajenos, más allá de la naturaleza de estos, por lo

que, de provocarse un perjuicio, deberá apreciarse desde la universalidad del ordenamiento. Lo afirmado no implica soslayar que al tratarse de relaciones de familia, se analice con cuidado el cerrado entramado de vivencias enraizadas en ella. En definitiva, si no obstante las medidas para asegurar el cumplimiento de los derechos, se obstaculiza la comunicación y el contacto entre padres e hijos, se podrá accionar por los perjuicios ocasionados, para lo cual deberán concretarse los presupuestos propios para la recepción del reclamo (en este sentido ver Medina, Graciela, "Daños en el derecho de familia en el Código Civil y Comercial", publicado en: RCyS 2015-IV, 287).

Por ende, habrán de conjugarse en el caso las particularidades reseñadas frente a los recaudos de la responsabilidad derivada de los daños. Devienen parámetros comunes que para responder por el perjuicio que sufre otro deben concurrir varios elementos: la antijuridicidad, el daño, la relación de causalidad entre el daño y el hecho y los factores de imputabilidad o atribución legal de responsabilidad (SCBA, Ac 79389, sent. del 22-6-2001, ED 197, 505; C 91325, sent. del 18-11-2008).

Son las normas generales sobre responsabilidad civil: 1) El incumplimiento objetivo, que consiste en la infracción al deber mediante la inobservancia de la palabra empeñada en un contrato o a través de la violación del deber general de no dañar; 2) El daño entendido como la lesión a un derecho subjetivo del incumplimiento jurídicamente atribuible; 3) La relación de causalidad suficiente entre el hecho y el detrimento, de tal manera que pueda predicarse que el hecho es causa (fuente) del mismo y; 4) Un factor de atribución, es decir la razón suficiente para asignar el deber de reparar al sujeto sindicado como deudor que podrá ser objetivo o subjetivo (conf. Conclusiones V Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Rosario, 1971, citadas por Atilio Aníbal Alterini-Oscar José Ameal- Roberto M. López Cabana, "Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales", pág. 159, Buenos Aires, 2006).

Estas se aplican también a la responsabilidad por los daños sufridos derivados de la violencia de género y familiar.

Como menciona Graciela Medina, existen diversas apreciaciones del concepto de la antijuridicidad desde la perspectiva del derecho de familia pero, más allá de ello, se admite la obligación de reparar siempre que exista un acto antijurídico (autora citada, "Daños en el Derecho de Familia", Rubinzal Culzoni editores, 2002, pág. 26).

X. Análisis de la prueba

1. El demandado reconviniente cuestiona la condena de primera instancia. Alega que solo existen denuncias en su contra realizadas por la legitimada activa, las que resultan inconducentes y no han prosperado. Sostiene que la sentencia las reprodujo, pero no así sus defensas ante ellas. Por ello, cuestiona la responsabilidad atribuida.

A fin de determinar la existencia de los hechos aludidos en la demanda, habrá de estarse a las constancias obrantes en las presentes actuaciones y en los expedientes que corren por cuerda. Conforme se desprende de lo que se pasa a relatar, existen entre las partes numerosos expedientes que han tramitado en sede civil y penal. Estas actuaciones se han agregado a estos obrados, si bien no en forma correlativa en vista cuándo se sucedieron los hechos, sino a una agregación material a la causa, por lo que, a los fines de intentar reconstruir lo sucedido, se mencionarán a las mismas acorde la ocurrencia de los hechos que en ella constan.

2. Temporalmente, la primera denuncia acreditada fue del día 14 de abril de 2007, por la cual se inició la causa, en sede civil, n° 75.239/2007, sobre violencia familiar. La señora C. denunció, en esa fecha y ante la Comisaría 35, que "...en el día de la fecha siendo aproximadamente las 00.15 horas cuando se encontraba en su domicilio particular comenzó una discusión con el denunciado, a raíz de que la declarante le había pedido que no ingrese más al edificio en razón de las diferencias que ambos mantenían, pidiéndole terminar con la relación. Todo ello terminó con que el señor J. comenzó a propinarle cachetadas en la cabeza, la tiró sobre el sillón del living, la tomó de los pelos y comenzó a arrastrarla por el ambiente, siendo además que en un momento le pidió tener relaciones sexuales, pero ante la negativa de la declarante el denunciado le rompió su ropa interior intentando tener relaciones sexuales por la fuerza, sin lograr su cometido. Como consecuencia de todo ello la dicente terminó con golpes en las rodillas brazos y piernas..." (fs. 157 y vta., esp. fs. 157vta., causa n° 16.290/2009). En el informe médico legal, del día 17 de abril de ese año, consta que "...presenta equimosis en cara externa del glúteo derecho y en ambas rodillas." (fs. 160, causa cit.).

3. Este hecho motivó las actuaciones penales identificadas con el expediente n° 29259/2007, en trámite ante el Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción n° 18. Allí consta que, en fecha 14 de abril de 2007, la señora C. denunció que el señor J. le propinó cachetadas, la tomó de los pelos y comenzó a arrastrarla por el ambiente. Refirió que, debido a ello, sufrió golpes en las rodillas, brazos y piernas (fs. 133 y vta., causa penal cit.). Obra en este el informe médico legal, del 17 de abril de 2007, antes citado (fs.

139, causa penal cit.). Estas actuaciones se agregaron al exp. 11.439/2009, al elevarse la causa al Tribunal Oral en lo Criminal n° 1.

4. Otra denuncia de la señora C. fue la realizada el día 13 de julio de 2007. esta originó las actuaciones en lo civil caratuladas "C., M. C. c/ J., F. C. s/ Denuncia por violencia familiar" (expte. n° 55239/2007), incorporada a la causa 16.290/2009. En ella explicó que "El 14 de julio pasado (sic) la dicente regresó a su casa cerca de las 23 hs. Fue a jugar con A. y luego fue a comer. F. comenzó a decirle hasta cuando ella iba a estar así, sin hablarle. La dicente le dijo que porque no se separaban que así le estaban haciendo mal a los hijos. Ante esto él le dijo que no quería separarse, que la amaba, que estaban juntos desde hacía muchos años. Ella le decía que los chicos no podían seguir escuchando ruidos, peleas, golpes, etc. La dicente comenta que casi siempre duerme con T. en su habitación, y F. en el cuarto de los hijos. Esa noche F. quiso mantener relaciones íntimas con la dicente, cosa que ella no quería, se subió encima de la dicente y comenzó a pegarle cachetadas." (ídem., esp. fs. 138/139, esp. fs. 138vta., causa n° 16.290/2009). Luego, mencionó las denuncias realizadas los días 14 de abril, 10 y 11 de julio del año 2007 (ídem., esp. fs. 138vta., causa cit.). El juez de grado decidió excluir al señor J. del hogar por el término de noventa días, el 18 de julio de 2008 (fs. 141 y vta., causa 16.290/2009).

Asimismo, obra el informe producido por el Cuerpo Interdisciplinario de Protección contra la Violencia Familia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, del 6 de septiembre de 2007, que concluyó que "Al momento de la presente evaluación y de acuerdo a las entrevistas efectuadas se infiere que las partes mantienen un vínculo disfuncional con antecedentes de violencia física y desbordes emocionales por parte de ambos, generados especialmente a partir de celos recíprocos." Se señalaron las contradicciones entre las partes en cuanto a la situación económica y cómo este tema aparece recurrentemente en el discurso de la actora (fs. 143/145, esp. fs. 144/145, causa cit.).

La profesional manifestó que "De los datos recabados surgen como indicadores de riesgo: -Escasa conciencia de riesgo y de situación en denunciante y denunciado con dificultades en ambos para tomar conciencia de la responsabilidad que a cada uno le cabe en la conflictividad familiar. –Negativa a realizar los tratamientos necesarios. -Escaso control de los impulsos en denunciante y denunciado. -Hijos con presencia de sintomatología. -Discursos contradictorios respecto de la situación familia. -Ocultamiento de la situación familiar a los hijos." (ídem., esp. fs. 145, causa cit.).

5. Ese mismo hecho motivó actuaciones penales, las cuales también se incorporaron al expediente penal causa n° 55229/2007.

La señora C., el día 12 de julio de 2007 -es decir, un día antes de articular la causa civil por este evento-, ante la Comisaría 35 efectuó la denuncia que originó la causa n° 55229/2007 en la que intervino el Juzgado Nacional en lo Correccional n° 2, el cual declinó su competencia y la remitió al Juzgado de Instrucción n° 18. En esta oportunidad, la actora relató que tuvo una discusión con el señor J. en la casa y que luego, "...se acuesta en su dormitorio haciéndose presente en el lugar el Sr. J. el cual continuó la discusión a la signante solicitando su esposo mantener relaciones sexuales. Que en esos momentos el Sr. J. le propinó un golpe de puño en su rostro, comenzando a forcejear con la exponente, produciendo con ello una lesión en su rostro, visible a la Instrucción, refiriendo la damnificada que posee varios moretones en su cuerpo." (fs. 169 y vta., esp. fs. 169vta., causa penal cit.). Además, obra el informe socio-ambiental elaborado por el Centro de Orientación de la Víctima de la Policía Federal Argentina que asentó, luego de una primera entrevista con la señora C., que "Se observa una gran desintegración, por la separación de los cónyuges, como resultado de la violencia física ejercida aparentemente por la figura masculina, generando situaciones conflictivas de difícil resolución" (fs. 194/195vta., esp. fs. 195vta., causa penal cit.).

En estas actuaciones, consta el informe del perito Piaggio del Cuerpo Médico Forense, de fecha 21 de abril de 2008, quien refirió que, luego de efectuar la entrevista y técnicas psicológicas, consideró que el señor J. "...presenta una personalidad de base esquizoide, con emergencia de rasgos de estructura de acción y elementos de corte narcisista. Se evidencia aumento en los montos de ansiedad de tipo persecutorio así como de los montos de impulsividad con precario control adaptativo, los cuales pueden dar lugar a conductas de tipo desajustadas sobre el entorno y los otros... Se ponen en evidencia un psiquismo presentando una estructura esquizoide de personalidad, donde se observa la presencia de fantasías de control mágico omnipresente sobre los objetos, con los cuales establece una marcada distancia. Presenta por momentos, rasgos paranoides intensos. Se detectan componentes narcisistas en el nivel de las relaciones interpersonales, con seria dificultad para reparar en los objetos externos a su Yo." (fs. 218/221, esp. fs. 220/221, causa penal cit.).

Respecto de estos dos hechos -el denunciado el día 14 de abril y 13 de julio, ambos del 2007-, el juez penal decidió procesar al señor J. por el delito de lesiones leves (fs. 231/235, causa penal cit.), lo que fue confirmado por la Alzada (fs. 253, causa penal cit.).

Se elevó al Juzgado Nacional en lo Correccional n° 8 para la etapa de juicio (fs. 281, causa penal cit.) y, al advertir la conexidad con la causa n° 3827, se remitió al Tribunal Oral n° 1 (fs. 294, causa penal cit.).

Este último decidió rechazar el pedido de suspensión de juicio a prueba solicitado por el señor J. (fs. 304/305, causa penal cit.), quien recurrió la resolución (fs. 312/321, causa penal cit.) y fue revocada por la Alzada, quien ordenó al tribunal de origen realizar la audiencia prevista en el art. 293 del CPPN (fs. 332/335vta., causa penal cit.). Por ello, el Tribunal Oral, el 1 de julio de 2011, suspendió el juicio a prueba por dos años respecto del imputado (fs. 349/350, causa penal cit.). El 13 de noviembre de 2014, el órgano resolvió sobreseerlo en tanto el señor J. cumplió con las obligaciones de fijar domicilio y presentarse en el Patronato de Liberados, si bien no asistió al programa "Hombres Violentos" (fs. 434 y vta., causa penal cit.).

6. La causa n° 66.873/2007 -proveniente del Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción n° 5 Secretaría n° 116- se inició por la denuncia efectuada por la señora C., el día 29 de noviembre de 2007, ante la Comisaría 33, donde relató el evento acaecido en la vía pública, cuando se encontraba en la puerta del colegio de los hijos. En esa ocasión, el demandado le dijo que se suba al auto y que "si no retiraba las denuncias en su contra la iba a matar". Manifestó que la tomó del cabello y la empujó adentro del coche. Contó que "…arrancó a gran velocidad, poniéndose la disidente el cinturón de seguridad temiendo por su integridad física, ya que el nombrado manejaba muy rápido, diciéndole 'sacate el cinturón total puede pasar por un accidente'". Refirió que logró bajarse cuando estaba la barrera baja, empezó a correr y el demandado la siguió. Mencionó que se subió a un taxi, conducido por el señor Villareal quien se ofreció como testigo. Sostuvo que no sufrió lesiones físicas pero que se encontraba conmocionada psíquicamente (fs. 1/2, esp. fs. 1vta., causa penal n° 3827/3836).

Además, se incorporó el hecho denunciado por la señora C. a la "Brigada Móvil de Atención a Víctimas de Violencia Familiar", el día 29 de noviembre de 2007, donde relató que "El Sr. J., 'por la fuerza', la habría arrastrado de los cabellos y la habría obligado a subir a su vehículo. Encontrándose el vehículo en movimiento, el Sr. J. la habría 'amenazado de muerte, sino retiraba las denuncias preexistentes.'" (fs. 198/202, esp. fs. 200, causa cit.). Se indicó que "Durante la entrevista la Sra. C. se hallaba visiblemente angustiada y temerosa, y mientras relataba los hechos, en más de una oportunidad irrumpía en llanto." (ídem., esp. fs. 200, causa cit.).

Por último, obra el informe psicológico realizado por la licenciada Silvia Mandil, con fecha 2 de abril de 2013 y aportado por la actora. La profesional manifestó que los niños A. y T. J. concurrieron a su consultorio durante los años 2007 y 2008. Expuso que "Los chicos, cuando lograban dejar de lado su represión, manifestaban violencia verbal por parte de su padre y mucho descrédito, enojo y descalificación hacia la mamá." En cuanto a la señora C., contó el intento por recuperar a sus hijos (fs. 220/221, causa cit.).

7. El 16 de marzo de 2009, por otra denuncia de la señora C., comenzó la causa n° 11.439/2009, ante el Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción n° 5, Secretaría n° 116. En ella se relató que ese día retornaba del gimnasio a su casa y el señor J. estaba allí sin su autorización. Refirió que, en un momento de la discusión, el demandado la amenazó si no quitaba las denuncias y "…la tomó de su cabello tirándola al suelo, la pateó en su pierna izquierda a la altura de la rodilla, dejándole una lesión, lesión que es visible a la instrucción" (fs. 15 y vta., esp. fs. 15, causa penal n° 3827/3836). Se adjuntó copia del legajo de la Oficina de Violencia Doméstica correspondiente a la causa n° 16.290/2009, caratulada "C., M. C. c/ J., F. C. s/ Denuncia por violencia familiar".

Al tomársele declaración indagatoria por estos eventos, el denunciado los negó (fs. 79 y vta., causa penal cit.).

El señor Villareal declaró como testigo y refirió haber visto a un hombre forcejando a una mujer. Manifestó que "No recuerdo bien si me paró la barrera, y esta mujer se subió a mi auto llorando y me contó que se había podido escapar de su marido, que la perseguía a pesar de tener una restricción." (fs. 89, causa penal cit.).

El juez penal de la etapa instructiva decretó el procesamiento del señor J. por el delito de amenazas coactivas (fs. 89/93, causa penal cit.), lo que fue confirmado por la Alzada (fs. 108/109, causa penal cit.).

8. Al día siguiente de la causa indicada antes, se articuló el expediente civil n° 16.290/2009, caratulado "C., M. C. c/ J., F. C. s/ Denuncia por violencia familiar" que corre por cuerda.

El día 17 de marzo de 2009, la señora C. se presentó en la Oficina de Violencia Doméstica y denunció el hecho ocurrido el día 16 de ese mes y año. Relató que "… manifestó estar unida en matrimonio con el demandado desde hacía 13 años, que tenían dos hijos de 12 y 10 años, que vivían con ella; que si bien estaban separados desde hacía algo más de un año y cuatro meses, entra a su departamento. Que dis-

cutieron por falta de aporte económico." (fs. 1 a 11, esp. fs. 5, causa cit.). En cuanto el suceso, expresó que el señor J. había ingresado al departamento y "... él me agarra de atrás, del pelo, me tira al piso y me da una patada. Me levanté y me volvió a tirar porque yo lo ignoro u no hablo él (sic). Él me dice que me va a matar y agarra una cuchilla, que iba a matar al loro y a mí para darme miedo y que iba a matar a mis sobrinos uno por uno... Después me volvió a agarrar del pelo. Grité fuerte y él se va... Él aprovecha a pegarme cuando lo chicos no están y dice que él es macho y por eso actúa así, como la maltrata a su madre el padre de él... Los maltratos empezaron desde el noviazgo, ocasión en la que le daba cachetadas y se agravó a partir de su primer embarazo. Dice no entender por qué su esposo es celoso y está todo el día con mujeres y destaca que el segundo nombre de su segundo hijo se lo impuso por el hijo de una amante que tenía su esposo. Cachetadas, golpes de puño, tirones de cabello y patadas, engaños con otras mujeres, insultos y malos tratos verbales, discriminación y que empezó a no darle dinero luego de que ella empezara a denunciarlo en 2007, no pasa alimentos para sus hijos, aunque reconoce que su esposo pagó todos los gastos de la casa y de sus hijos, pero no le da dinero para lo propios..." (ídem., esp. fs. 5vta., causa cit.). Acompañó constancia de la denuncia efectuada en la Comisaría 35 a raíz del suceso (ídem., esp. fs. 2, causa cit.).

El informe psicosocial de situación de riesgo consideró que "Teniendo en cuenta los tipos de maltratos enunciados, la descripción de la conducta del denunciado y el estado emocional de la denunciante donde predomina la victimización se infiere que se trataría de una situación de violencia familiar (ley 24417)." (ídem., esp. fs. 8, causa cit.). Además, el informe médico, del mismo día, constató "Al examen de la superficie corporal se observa en pierna izquierda tercio superior cara antero interna hematoma violáceo de 3 cm por 3 cm. En rodilla derecha hematoma tenue de 3 cm por 1 cm. Las lesiones descriptas reconocen como mecanismo de producción el choque o golpe con contra un elemento duro romo sobre la superficie de la piel compatible con la data referida del lunes 16 de marzo a las 9,30 hs. aproximadamente..." (ídem., esp. fs. 10, causa cit.).

9. Asimismo, los días 28 de octubre de 2009, 19 de noviembre de 2009, 1 de marzo de 2010, 19 de marzo de 2010, 12 de mayo de 2010, 4 de junio de 2010 y 14 de junio de 2010, denunció las amenazas por parte del demandado donde la intimaba a que desistiera de las denuncias anteriores o la haría matar, amenazó también a su madre y cambió a los hijos arbitrariamente de colegio sin consultarle. Manifestó "... si bien ya la violencia ha dejado de ser física, ahora solo es psicológica y económica", que sufría "...el desprecio y los insultos de mis hijos situación está que nunca antes había ocurrido y cuyas conductas atribuyo a la falta de límites y el desprestigio y desvalorización hacia mi persona que el denunciado promueve con mis hijos..." y que la amenazaba diciéndole que si retiraba las denuncias todo podía volver a la normalidad. Explicó que la dejó sin ayuda económica, creó confusión en sus hijos y que la amenazó e insultó nuevamente.

Con fecha 7 de junio de 2010, el juez a quo decretó la prohibición de acercamiento al señor J., por un radio de trescientos metros a la redonda del domicilio de la actora y/ o tener contacto con ella y los hijos (fs. 53, causa cit.), lo que fue apelado por el demandado (fs. 55 y vta., causa cit.).

10. Otro evento acontecido el 27 de febrero de 2012 dio lugar a la causa penal en trámite ante el Juzgado Penal Contravencional y Faltas n° 3, caratulada "J., F. C. s/ Infr. Arts. 149 Amenazas." (IP J-01-00038036-5/2012-0 IPP 6956/2012-0). Relató que el señor J. le manifestó: "deja de romper las pelotas, porque voy a agarrar unos negros y si quiero por diez mil pesos te hago desaparecer, cuídate (sic)". Además, refirió que también amenazó a su madre (fs. 24 y vta., causa penal cit.).

En el informe de evaluación de riesgo efectuado, se asentó que, a partir de la entrevista llevada a cabo, "Su discurso es algo desordenado y se presenta con características verborragias, se observa el efecto devastador que ha tenido la violencia en la Sra. C. habiendo sido socavados sus recursos personales, dando la pauta de un desgaste emocional importante como así también desvalorización de su persona. Asimismo refiere temor por las actitudes que pueda tener el denunciado. Se observan signos importantes de angustia que se manifiestan a través del llanto pertinaz." (fs. 25/27vta., esp. fs. 26, causa penal cit.).

En la audiencia de debate, declararon las señoras, C., O. J. S. -madre de la actora- y la licenciada De Marco Calzada -psicóloga del Ministerio Público- (fs. 66/74vta., causa penal cit.).

En esta causa, la jueza tuvo por probado el hecho y condenó al señor J. por el delito de amenazas a seis meses de prisión en suspenso. Se estableció que debía concurrir un Taller de Violencia Familiar (fs. 66/82 y 116, causa penal cit.). La decisión fue apelada por el imputado (fs.85/90vta., causa penal cit.), lo que fue confirmado por la Alzada (fs. 110/116, causa penal cit.).

11. Luego, el 19 de octubre de 2012, se articuló otra denuncia ante la Oficina de Violencia Doméstica,

iniciándose la causa n° 86580/2012, caratulada "C., M. C. c/ J., F. C. s/ Denuncia por violencia familiar".

La actora refirió que su hijo mayor le pegó y le dejó la boca sangrando (ídem., esp. fs. 126/129, causa n° 16.290/2009). En el informe interdisciplinario se asentó que "Respecto a las conductas agresivas respecto de su madre es importante señalar que los niños expuestos a situaciones de violencia, ya sea en forma directa o indirecta aprenden a que la violencia es una forma efectiva de lograr lo que quieren. Durante mucho tiempo se sentirán culpables de la violencia dirigida a su madre por parte de su padre. Creerán que algo malo habrán hecho ellos. Muchas veces serán interrogados acerca de lo que la madre hace o deja de hacer en ausencia de su padre. Verán los esfuerzos de su madre por complacer a su marido pero no escaparán a los efectos que produce escuchar la constante acusación, desvalorización y denigración de su propia madre. Perderán el respecto por su madre. Desarrollarán una actitud conflictiva con ella. Les generará cariño y lástima, pero también mucho enojo que una persona adulta como ella no se defienda y ponga fin al maltrato y a humillación. Algunos hijos sentirán que deben proteger a su madre y adoptarán roles parentales de cuidado y protección de quienes debieran cuidarlos a ellos, con el consabido costo emocional que ello conlleva. Otros en cambio, terminarán rechazando y repitiendo el maltrato. Quieren a su madre pero no soportan verla en ese estado de humillación constante" (ídem., esp. fs. 129vta./130, causa cit.).

12. Otros aportes a considerar son los testimonios que se han brindado en estas actuaciones. La testigo Alejandrina Angélica Espindola expuso que "Era la mucama, trabajé quince años más o menos. Si, tengo un interés personal en el pleito, vi que el Sr. J. le pegaba a la Sra. M. C.. Trabajé desde el año dos mil dos porque ellos se pelearon en 2007 y me tuve que ir dos años después. Me quedé sin trabajo. Después la seguí viendo a ella porque estaba sola, pero seguía amenazada por su ex marido, el Sr. J.." (fs. 246/247, esp. fs. 246).

En cuanto a la relación entre las partes, contó que "El Sr. siempre fue agresivo con ella, siempre que llegaba el estaba penando o golpeándola a ella, siempre tenía moretones. Después se sentaba y pedía perdón, inclusive se pegaba en la cabeza o se tiraba de sus pelos para que lo perdone, eso veía siempre yo." (ídem., esp. fs. 246vta., respuesta primera). Manifestó que los hechos referidos eran muy frecuentes y que "...yo llegaba a las ocho de la mañana y ya estaban a los gritos antes de que él se fuera a trabajar, se escuchaban los golpes. Yo entraba y veía a la Sra. que le estaba sangrando la nariz." (ídem., esp. fs. 246vta., respuesta segunda). Señaló que el señor J. "...entraba y salía a pesar de que tenía la perimetral. Entraba y agredía siempre." (ídem., esp. fs. 246vta., respuesta primera a la repregunta de la demandada).

Agregó que "...siempre acompañé a la Sra. las veces que hizo la denuncia. Yo la acompañé en Núñez que está la comisaria 35 que esta en la calle Manuel Pedraza creo, nosotros vivíamos en Quesada, después viene la calle Obligado, ahí nomás íbamos. La acompañé como tres veces, íbamos cuando yo entraba a trabajar." (ídem., esp. fs. 246vta./247, respuesta segunda a la repregunta de la demandada).

Por otra parte, la señora Gabriela Mariel Barbaricca, amiga de la señora C., si bien relató eventos que le refirió la actora o conocidos, también expuso que "En el club -Alemán, de San Fernando, en una fiesta de fin de año, también un día el demandado la agarró de los pelos a la actora. Lo se porque lo vi, aparte ya eran como las cuatro de la mañana... estaba alcoholizado, estaban sacados el demandado y su hermano D., el demandado la agarró de los pelos y su hermano le gritaba de todo a la actora. Lo se porque lo vi, estábamos todos ese día." (fs. 273/274vta., esp. fs. 273vta., respuesta primera). Luego, agregó que "...la actora empezó a decirle que el demandado la engañaba, y el demandado y su hermano D. le gritaban que se calle, que eran sus clientas, y ahí la agarra de los pelos, no sabes lo que fue eso... y después la agarró de los pelos que ahí cuando nos metimos y nos llevamos a la actora y a sus hijos, cuando digo 'nos' me refiero a S., otra amiga, el marido de ella..." (ídem., esp. fs. 274, respuesta tercera a las repreguntas del demandado).

Si bien el accionado critica la apreciación de los dichos de estas dos testigos por ser amigas de la actora y haber manifestado que tenía un interés en el proceso, lo cierto es que sus testimonios resultan coincidentes con las situaciones relatadas por la accionante (arts. 386, 456, CPCC). Incluso, esos testimonios se corroboran con los hechos que surgen de las causas civiles y penales.

En los procesos de familia, la declaración de los testigos parientes y amigos de las partes son relevantes en tanto son las personas más cercanas y que tienen el mejor conocimiento de las circunstancias íntimas que exteriorizan el conflicto, lo que el mismo Código Civil y Comercial de la Nación admite en su art. 711. Ello, sin perjuicio que sus relatos sean valorados junto con el resto de las probanzas e, incluso, se puedan sopesar la pasión o compromiso emocional que los testigos puedan ofrecer sobre los hechos que percibieron. De todas maneras, los relatos reflejan lo que la misma actora describió y lo que surge de la percepción de las lesiones por el personal

policial, en ocasión de las denuncias que la señora C. efectuó.

13. Por su parte, la terapeuta familiar psicóloga y psicopedagoga, licenciada Silvia Rosa Mandil, expuso que "Soy terapeuta particular, vinieron a una consulta por pedido del colegio de los chicos, en el 2012. M., Agustín y Tomás se atendieron conmigo. Al Sr. J. no lo conozco, no concurrió a ninguna de mis citaciones." (fs. 267/269vta., esp. fs. 267). Refirió que intervino debido a que "Los chicos son derivados por la mamá por el no aprendizaje de Tomás, su dispersión y su aislamiento. Por parte de Agustín descontrol, violencia y manifestaciones verbales descalificatorias hacia adultos y sus pares." (ídem., esp. fs. 267, respuesta primera). Expresó que "…surgió que los chicos veían la violencia ejercida por el papá hacia la mamá sin poder intervenir y escondiéndose de los gritos, la violencia física y moral que el papá ejercía, la agarraba de los pelos, la insultaba y le pegaba… el trabajo que se debía ejercer era con mucho esfuerzo ya que ambos chicos sentían la presión del papá sobre la mamá y temían hablar de las cosas que vivían." (ídem., esp. fs. 247vta., respuesta segunda).

En cuanto a la señora C., relató que "Luego de varias intervenciones familiares, se le solicita a la Sra. que venga en forma individual independientemente del trabajo realizado con la familia ya que era tal el grado de angustia y desborde que la mamá volcaba en el consultorio fue necesario trabajar con ella individualmente para orientarla en cómo debía manejarse frente a las violaciones del papá de los chicos no respetando las perimetrales y ejerciendo violencia moral y física delante de los pequeños… Era tal el grado de angustia de M. que la derivé a un psiquiatra para que la medique y pueda permitirle tolerar lo que estaba viviendo." (ídem., esp. fs. 247vta./248, respuesta tercera). No pudo brindar un diagnóstico de la actora en tanto refirió que lo estableció el psiquiatra. Manifestó que "…deja el tratamiento cuando el papá de los chicos sin previo aviso, le retira de la prepaga y deja de permitirle tener su sostén emocional, esto fue hace 3 años más o menos. No la volví a atender después de esto." (ídem., esp. fs. 248, respuesta quinta).

Cabe referir que si bien el demandado, en su expresión de agravios, critica que la declarante sea profesional en la materia -en tanto alega que no era una carrera de la universidad CAECE en el año 1986, conforme expuso en su testimonio-, lo cierto es que tal objeción no desacredita su aporte. Además, su declaración condice con su informe presentado en el expediente sobre violencia familiar de fecha 2 de abril de 2013 (fs. 220/221, causa n° 16.290/2009).

Asimismo, las Comisarias 33 y 35 acompañaron las constancias de denuncia efectuadas por la accionante por los hechos acaecidos los días 11 de julio de 2007, 30 de septiembre de 2007, 28 de noviembre de 2007, 16 de marzo de 2009 y 29 de septiembre de 2010 (fs. 250/256).

La prueba reseñada permite inferir, sin hesitación, una clara conducta intimidatoria o violenta por parte del señor J. hacia la señora C.. De la evidencia relatada se advierte la existencia de situaciones de violencia física, verbal, emocional y sexual. Ya sea de los golpes constatados en el informe médico de la Oficina de Violencia Doméstica (fs. 1 a 11, esp. fs. 10, causa n° 16.290/2009), a través de los testimonios de los señores Villareal (fs. 89, causa penal n° 11.439/2009), Espindola y Barbaricca (fs. 246/247 y 273/274vta., respectivamente), en el informe médico obrante en la causa penal (fs. 139, causa penal n° 29259/2007), la constatación de los agentes policiales de las lesiones en rodilla y rostro (fs. 15 y vta., causa penal n° 3827/3836 y (fs. 169 y vta., causa penal n° 55229/2007) como también psicológica –conforme surge de los dictámenes de los especialistas que intervinieron a partir de las denuncias efectuadas por la actora (fs. 198/202, esp. fs. 200, causa n° 16.290/2009; fs. 25/27vta., esp. fs. 26, causa penal IP J-01-00038036-5/2012-0, entre otras)- por parte del demandado hacia la señora C..

Si bien el señor J. sostiene que no tiene antecedentes penales, el hecho que en una de las causas haya concluido con una suspensión del juicio a prueba no desplaza lo acontecido, al igual que también se lo ha condenado por amenazas (fs. 66/82 y 116, causa penal IP J-01-00038036-5/2012-0). En síntesis, las evidencias señaladas dan cuenta de las situaciones de agresión alegadas.

Conforme se lee de las causas sustanciadas en ambos fueros, la relación entre las partes ha sido disfuncional. Se casaron en el año 1995 y se separaron de hecho en el año 2007 (fs. 34/41 vta., esp. fs. 34 y fs. 50/58, esp. fs. 52), siendo que el divorcio aconteció en el año 2010.

La fecha en la cual ambas partes coinciden en que se separaron de hecho revela que es coincidente con las primeras denuncias por violencia que efectuó la señora C., en el año 2007, si bien las mismas se prolongaron a lo largo de los años. Los mismos testimonios dan cuenta de hechos que presenciaron de este tenor. Además de las transcripciones efectuadas, la testigo Barbaricca relató que su ex marido, quien vivía en el departamento de debajo de las partes le contó de las agresiones verbales, golpes e insultos que escuchaba desde su departamento (fs.273/274 vta., respuesta a la primera pregunta). También rela-

tó una agresión en público en una fiesta de fin de año en el club, con la presencia de sus dos hijos, cuando la actora le reclamó al demandado que la engañaba y, el demandado y su hermano le pidieron que se calle, al igual que la agarró del pelo y la insultó en público, por lo que la dicente y otra amiga la llevaron a la actora en su auto (ídem, respuesta a la tercera pregunta), lo que también antes se describió.

Esa clase de situaciones es la que la ley 26.485 define como "la que se emplea contra el cuerpo de la mujer produciendo dolor, daño o riesgo de producirlo y cualquier otra forma de maltrato agresión que afecte su integridad física" (art. 5, inc. "1", ley cit.), como así también psicológica, "La que causa daño emocional y disminución de la autoestima o perjudica y perturba el pleno desarrollo personal o que busca degradar o controlar sus acciones, comportamientos, creencias y decisiones, mediante amenaza, acoso, hostigamiento, restricción, humillación, deshonra, descrédito, manipulación aislamiento. Incluye también la culpabilización, vigilancia constante, exigencia de obediencia sumisión, coerción verbal, persecución, insulto, indiferencia, abandono, celos excesivos, chantaje, ridiculización, explotación y limitación del derecho de circulación o cualquier otro medio que cause perjuicio a su salud psicológica y a la autodeterminación." (art. 5, inc. "2", ley cit.).

Surge claramente de los hechos relatados que la señora C. ha sido víctima de hechos de violencia y destrato, por medio de agresiones físicas y verbales, tanto en su casa como en lugares públicos, lo que habilita a mantener la condena que la sentencia de primera instancia establece. La privacidad de la vida familiar no puede invisibilizar las agresiones de las que pueden ser víctimas sus integrantes ("Strategies for confronting Domestic Violence: A resorce Manual", United Nations, Nueva York, 1993, pág. 11).

En conclusión, por los fundamentos brindados, propongo confirmar la sentencia en crisis y, por consiguiente, la responsabilidad atribuida al señor J.

X. La indemnización

a) Daño psicológico y su tratamiento

El juez a quo fijó por el perjuicio psíquico y su tratamiento las sumas de $240.000 y $162.000, respectivamente.

El demandado critica su procedencia en tanto sostiene que de las conclusiones de los expertos se desprende que la señora C. no presenta perjuicio alguno.

Asevera que los hechos denunciados no causaron ningún tipo de daño ni afectación a la actora, quien, luego de su separación, convivió de forma casi inmediata con otra pareja en la que fuera sede del hogar conyugal.

Cuestiona que no se valoraron las impugnaciones que efectuó con base científica a las conclusiones del perito psiquiatra Franco.

Discute que se aconsejó la realización de tratamiento psicológico, cuando la actora realizó en el año 2013.

Además, considera que las sumas son arbitrarias, escandalosas y no guardan correlato con los principios de resarcimiento que rigen en la materia.

Por su parte, la accionante alega que se omitió pronunciarse sobre esta merma y que las pericias psiquiátrica y psicológica dan cuentan de su existencia. Al respecto, cabe señalar que el primer sentenciante sí valoró este reclamo y estableció un importe por él, por lo que este agravio no puede prosperar.

En el supuesto de lesiones, el detrimento patrimonial se configura cuando existe un cercenamiento de las aptitudes físicas o psíquicas, con incidencia en las posibilidades laborales y en tanto generan una restricción a la potencialidad productiva, el que es indemnizado como daño emergente.

Es decir, probada la merma de esa aptitud para tener un trabajo, el gravamen ya existe, pues su anterior plena potencialidad se encuentra limitada en el porcentaje que la experticia indica, lo que trasluce un perjuicio ya sea para trabajar o buscar una nueva labor (esta Sala, causas n° 33.977/2013, sent. del 20-III-2019; 86684/2013, sent. del 4-IV-2019, entre otras).

En las presentes actuaciones, la perito psicóloga, licenciada Dworkin, expresó, respecto de la señora C., que "Existieron efectos cognitivos como estado de tristeza, apatía, sentimientos de inseguridad que son propios de todo vínculo disfuncional de pareja que lleva a una ruptura dolorosa y problemática." (fs. 352/367, 378 y vta., esp. fs. 363vta.). Luego, al contestar el pedido de explicaciones, especificó que "En cuanto a la incapacidad el diagnóstico es de estrés postraumático leve, desde el punto de vista psíquico corresponde atribuirle un 8%. En los baremos consultados de referencia, Baremos del Dr. Santiago Rubinstein, cuyo libro se denomina "Código de Tablas de Incapacidades Laborativas". (Editorial LexisNexis. 2007.)." (ídem., esp. fs. 378, punto "3"). Agregó que "Sin embargo y atento al tiempo transcurrido a esta altura hablar sobre la crisis matrimonial la con-

sidero de origen remoto por los años de separación y considero que no es imputable a las características del hecho de la demanda atentó también a que ha formado una nueva pareja y un nuevo hijo y ya ha superada dicha cuestión por lo que considero que no tienen relación de causalidad con la crisis matrimonial... En cambio sí pudo haber sido el desencadenante y funcionar como tal, ya que como dice se informa en el análisis del informe principal existieron efectos cognitivos como estado de tristeza, apatía, sentimientos de inseguridad que son propios de todo vínculo disfuncional de pareja que lleva a una ruptura dolorosa y problemática... Con relación a si es imputable a características o hechos del demandado considero que no pareciera ser teniendo en cuenta el presente actual." (ídem., esp. fs. 378, puntos "4", "5" y "6").

Por su parte, el perito psiquiatra, doctor Franco, quien consideró también los exámenes realizados por la licenciada Dworkin, concluyó que la actora presenta "...un cuadro compatible a un Trastorno de Estrés Postraumático Crónico Leve (TEPT) (F 43.10) con dificultad en el contacto con el mundo externo, debido a los sentimientos distímicos, angustia, evitación, minusvalía, que produce este trastorno y dado que no lo ha logrado elaborar y utilizar adecuadamente los mecanismos defensivos para la resolución del problema." (fs. 397/413, 432/459, esp. fs. 411, punto "B"). "El hecho acaecido produjo un trastorno afectivo con componentes de angustia y tristeza que contribuyó el apartamiento de los hijos durante el período que se duró el acontecimiento." (ídem., esp. fs. 411, punto "D"). Otorgó un 7% de incapacidad por el cuadro que padece la actora (ídem., esp. fs. 412, punto "F").

Al contestar la impugnación a su dictamen, refirió que "El cuadro Distímico leve, encontrado en la actora al momento del examen pericial, debido a lo cual que este cuadro no se hubiera desencadenado de no haberse producido el Trastorno de Estrés Postraumático Crónico (TEPT)... La repercusión que produjo en la psiquis, en la actora, de los hechos caratulados en autos el cual posteriormente deriva a un TEPT (cuadro descripto), para que ello suceda tiene que existir en la persona, vulnerabilidad previa o factores de riesgo, además del hecho traumático y se va manifestando progresivamente, se puede decir que los síntomas en el TEPT y el predominio relativo de los diferentes síntomas pueden variar con el tiempo. La duración de los síntomas también varían, con una repercusión completa a los tres meses en aproximadamente en la mitad de los adultos, mientras que en otras personas permanecen sintomáticas durante más de 12 meses y a veces durante más de 50 años... El tratamiento psicológico sugerido, posibilita en algunos casos, mejorar el estado psíquico de la paciente, tiene como finalidad, la remisión, la elaboración del evento psíquico sufrido evitando la agravación y la cronicidad... Lo hechos de acontecimientos vitales y experiencias de violencia y amenaza en el contexto familiar, su intensidad, frecuencia, duración y significado fueron factores que pueden posteriormente dar resultado a la aparición un TPEPT que es de curso incierto y puede no remitir a pesar del tiempo transcurrido. Otros factores que pueden influir son el apoyo social, antecedentes familiares, experiencias traumáticas infantiles, rasgos de personalidad, trastornos psiquiátricos preexistentes... Luego de realizar la evaluación de la Sra. C. M. C., se observó una personalidad con rasgos ciclotímicos, con un cuadro afectivo distímico y lábil, juicio de la realidad conservado, no se detectaron alteraciones sensoperspectivas, no delirantes, ni alteraciones en el control de los impulsos." (el resaltado corresponde la original; ídem., fs. 450/552, punto "B", "C", "D" y "E").

Manifestó que el cuadro es "...Leve según Baremo para el fuero Civil en el cual aparecen manifestaciones ligadas a situaciones cotidianas pero con algún grado de relación con el conflicto generador de la reacción, no hay alteración en la relaciones laborales, pero si incide en su vida familiar, presenta acentuación de los rasgos más característicos de la personalidad de base, no hay trastornos de la memoria ni de la concentración, puede ser tratado bajo terapias leves." (fs. 452/453, punto "F").

En tanto la experta psicóloga atribuyó un 7% de incapacidad y el psiquiatra un 8%, se tomará un 7,5% como promedio (arts. 386, 477, CPCC).

En cuanto al tratamiento psicológico, La perito psicóloga recomendó que es "...necesario realizar un tratamiento psicológico para ayudarla a hablar y poner en palabras lo sucedido y vivenciado por ella en el pasado y en el presente dentro de su entorno familiar." Aclaró que "...considero factible para este caso por un periodo de 12 meses con una frecuencia de una vez por semana a un precio particular de $1200- por cesión" (fs. 352/367, 378 y vta., esp. fs. 378, punto "1").

Por su parte, el experto psiquiatra aconsejó "... realizar tratamiento psicológico, una vez por semana, durante un período no menor a 12 meses con el fin de elaborar el suceso traumático ocurrido, que se denuncia en autos, desconozco el costo de las sesiones debido a que depende de la capacidad, de la experiencia y trayectoria del profesional consultado." (fs. 411, punto "C").

Cabe referir que, en tanto la minusvalía es de carácter permanente -el experto refirió que presen-

ta estrés postraumático crónico-, la terapia tendrá como objetivo evitar su agravamiento, pero no curarla (arts. 386, 477, CPCC).

En cuanto a la crítica del demandado sobre la actora lo habría superado, lo cierto es que la profesional Dworkin hizo referencia a la crisis matrimonial cuando se refirió a ello, no así al perjuicio psicológico debido al vínculo disfuncional de la pareja. Además, el hecho que la señora C. haya rehecho su vida y tenga una hija -circunstancia que recalca el demandando en su expresión de agravios- no significa superar las consecuencias de los acontecimientos de violencia vividos. Ambos expertos coincidieron en que los eventos de violencia vivenciados por la accionante, ocasionaron este perjuicio (arts. 386, 477, CPCC).

En consecuencia, en vistas a la merma psicológica del 7,5%, de carácter permanente, que padece la señora C., al igual que sus circunstancias particulares, como es el haber tenido aproximadamente 37 años de edad al momento de la primera denuncia efectuada, de la vida laboral restante que le queda por delante y en vista a la prohibición de la reformatio in peius, propicio rechazar el agravio del demandado y confirmar la suma fijada en la sentencia de grado por este concepto (pesos cuatrocientos mil; 3, 1068, CC; arts. 7, 1738, 1740, 1746, CCCN; 165, 377, 386, 477, CPCC).

En cuanto al tratamiento psicológico, en virtud del alcance del recurso y de la duración, frecuencia y costo de la sesión aconsejados por los expertos -no contando con otros datos objetivos-, propicio disminuir la suma fijada a la de $62.400 (pesos sesenta y dos mil cuatrocientos; 165, 377, 386, 477, CPCC).

b) Daño moral

El primer sentenciante estableció el monto de $4.000.000 por este concepto, el que el demandado considera excesivo.

Como sostuvo esta Sala en varios precedentes, la indemnización tiene como finalidad la satisfacción de la víctima por el victimario, a través de una prestación de índole patrimonial que se le impone a este último a favor de aquella, aunque no siempre su rol es estrictamente resarcitorio, sino que puede ser satisfactoria, como ocurre en el daño moral.

Tal valoración debe efectuarse teniendo en cuenta la entidad del daño moral en función de la gravedad del menoscabo (conf. Bueres, Ponencia presentada en las II Jornadas SanJ.inas de Derecho Civil con la adhesión de los Dres. Banchio, Pizarro, Vallespinos, Zavala de González, entre otros).

En esa dirección se orienta la opinión prevaleciente en doctrina, al propiciar la reparación integral, para algunos plena, de todo daño provocado.

Debe decirse, asimismo, que si bien es cierto que el perjuicio moral por aplicación de las reglas que rigen la carga de la prueba debe ser acreditado por quien pretende su reparación, es prácticamente imposible utilizar para ello una prueba directa, por su índole espiritual y subjetiva.

En cambio, es apropiado el sistema de la prueba presuncional indiciaria, como idóneo a fin de evidenciar el perjuicio de ese orden.

Los indicios o presunciones hominis surgen a partir de la acreditación por vía directa de un hecho del cual se induce indirectamente otro desconocido, en virtud de una valoración hecha por el Juzgador basada en la sana crítica (art. 163 del ritual).

Por lo tanto, es necesario probar indefectiblemente la existencia del evento que origina el daño debiendo darse entre aquel y este último una relación de causalidad que conforme el curso normal y ordinario permite en virtud de presunciones hominis evidenciarlo.

A su vez, es conveniente producir la prueba respecto de las circunstancias que rodean al damnificado y al evento generador del detrimento, lo que permite deducir su envergadura (esta Sala K, causa n° 10656/2013, sent. del 1-IV-2019, entre otras).

La reconstrucción de lo sucedido permite identificar en qué medida la señora C. ha visto alterada su paz espiritual. Los vecinos escuchaban los golpes y los insultos, la empleada doméstica también los presenció, incluso sus amistades en reuniones públicas, quizás los otros padres con la agresión a la salida del colegio, cuando la subió al auto y finalmente escapó hacia el taxi conducido por el señor Villarreal quien aportó su testimonio. Se ha acreditado que los mismos hijos la agreden. Lo dicho permite identificar el gran dolor espiritual que esos hechos le provocaron, consecuencia de una violencia física, verbal, emocional, sexual y económica.

Por consiguiente, en vista a cómo ha incidido este suceso en el ánimo y tranquilidad espiritual de la señora C., contando con aproximadamente 37 años de edad al tiempo de la primera denuncia efectuada por la actora, a la ruptura de su armonía y equilibrio interno, propicio hacer lugar al agravio del demandado y disminuir el importe establecido en la decisión de grado por este rubro al de $1.000.000 (pesos un millón; arts. 3, CC; 7, 1741, CCCN; 165, 377, 386,

477, CPCC), con más los intereses conforme se detalla.

XI. Reconvención del señor J.

El demandado reconviniente cuestiona el rechazo de la reconvención deducida, sin fundamento alguno, en tanto se encuentran absolutamente probados todos los hechos alegados por él.

Al respecto, el nombrado reclamó los daños y perjuicios que le habrían ocasionado las conductas y acusaciones calumniosas de la actora.

Aseveró que la accionante alegaba violencias inexistentes y prometía radicar todo tipo de denuncia que carecían de sustento.

A su vez, manifestó que se desentendió de la crianza de los menores de edad -quienes decidieron vivir con él- y que mantuvo relaciones extramatrimoniales, lo que lo exponía a burlas y comentarios públicos.

Agregó que la señora C. es adicta al juego y que dilapidó el dinero que le suministraba para atender las necesidades básicas del grupo familiar en el momento que convivían.

Indicó que, al tiempo de la reconvención, la actora se encontraba en pareja y que tuvo un hijo con otra persona ni bien se separó de él.

Se advierte que las afirmaciones vertidas en su presentación no encuentran sustento en la evidencia producida en estos obrados (art. 377, CPCC).

Está en cabeza de los litigantes el deber de probar los presupuestos que invocan como fundamento de su pretensión, defensa o excepción, lo que no ocurrió en este caso (art. 377, CPCC).

Además, a mayor abundamiento, cabe referir que uno de los presupuestos de la responsabilidad, como se refirió anteriormente, es la existencia del daño.

En este caso, el perito psiquiatra, luego de la entrevista y las evaluaciones del señor J., concluyó que el demandado presenta trastorno de personalidad de carácter narcisista y no constató la existencia de perjuicio de esta índole (fs. 397/413, 432/459, esp. 396).

Por consiguiente, propongo al Acuerdo rechazar este agravio.

XII. Intereses por demora en el pago

El juez de grado estipuló que las sumas devengarán un interés punitorio equivalente a la tasa activa del Banco Nación, en caso de no abonarse dentro del plazo de condena, en tanto fijó los importes a valores actuales.

El demandado critica la tasa aplicada. Opina que significa una carga incumplible habida cuenta del monto de los emolumentos fijados.

Es criterio asentado de esta Sala la aplicación de la tasa fijada por el Plenario "Samudio de Martínez, Ladislaa c. Transporte Doscientos setenta S.A. s/ daños y perjuicios" -tasa activa del Banco Nación-.

Por lo tanto, propongo al Acuerdo confirmar la tasa fijada en la sentencia en crisis.

XIII. Costas

El demandado critica la imposición de costas a su parte.

Sobre el particular, cabe destacar que las costas se imponen conforme el principio objetivo de la derrota. En este sentido la noción de vencido debe ser determinado con una visión global del juicio y con independencia de la proporción en que prosperen las pretensiones articuladas. En definitiva, la fijación de las costas debe ser realizada con un criterio jurídico y no meramente aritmético (CNCiv., esta Sala, "M., R.E. c/ M,m S.E. s/ liquidación de sociedad conyugal" del 16/5/2011, íd., Sala H, 1999- 3-17, L.L. 2000-F-206; CNCom., Sala D, 2000-10-11).

Se sigue así el pensamiento chiovendano al consagrar la teoría objetiva de la condena en costas, atendiéndose al resultado del proceso con algunas atenuaciones. Se imponen, por lo tanto, al vencido en el pleito o en la incidencia, atribuyendo a las mismas el carácter de una indemnización para resarcir las expensas que han debido realizarse a fin de conseguir el reconocimiento de un derecho o de su pretensión jurídica. No debe, por lo tanto, sufrir una disminución patrimonial quien lo reclama, debiendo ser soportadas por el vencido (Chiovenda, "La condena en costas", Madrid, 1928, p. 232) (esta Sala, autos: "Scarpino, Alberto c/ Kuc, Berta s/ escrituración", del 30/4/13).

Por lo expuesto y no encontrando elementos que configuren una excepción a los principios enunciados precedentemente, es que postulo al Acuerdo la confirmación de este aspecto de la sentencia en crisis.

XIV. Expresiones en los escritos de las partes y la sentencia

1. El demandado debate que el primer sentenciante lo descalifica al definirlo ofensivamente como un

"machista", cuando en realidad no lo es. Asevera que el magistrado debe abstenerse de hacerlo respecto a cualquiera de las partes involucradas en un proceso, en tanto implica una falta de respeto a los justiciables.

Además, cuestiona que se supuso que la utilización de "vástago" al referirse al hijo que tuvo la señora C. con otra persona implica una actitud despectiva cuando, según alega, se empleó como sinónimo de "hijo".

Por otro lado, discute el señalamiento a la forma de redacción de los escritos. Sostiene que, en tanto actúa como abogado apoderado, es el profesional quien los redacta, por lo que no puede endilgarse responsabilidad a su representado por ello.

Asevera que las partes y sus letrados merecen respeto y, estos últimos, el mismo a quienes tienen la elevada misión de administrar justicia, que no es "machista" ni "patriarcal".

2. A los fines de contestar este agravio, coincido con el recurrente en que no corresponde utilizar términos agraviantes para las partes. El convencimiento personal del magistrado debe atenerse a los aspectos a decidir. Sin embargo, estas reflexiones no permiten modificar la condena ni los alcances de lo decidido.

XV. Por las consideraciones expuestas, en caso de resultar compartido este voto por mis colegas de Sala, propongo al Acuerdo: 1) Modificar la sentencia en cuanto a disminuir las sumas fijadas por tratamiento psicológico y daño moral a favor de la señora C. a las de $62.400 y $1.000.000, respectivamente; 2) Confirmar la sentencia en todo lo demás que ha sido materia de recurso y agravio; 3) Imponer las costas de la Alzada a cargo del accionado en su condición de vencidos (art. 68 del Código Procesal); 4) Diferir la regulación de honorarios de Alzada para una vez aprobada en autos la liquidación definitiva (art. 279, CPCC).

El doctor *Álvarez* y el doctor *Ameal* por las consideraciones y razones aducidas por la Dra. Bermejo, votan en igual sentido a la cuestión propuesta.

Buenos Aires, de junio de 2021.

Y visto lo deliberado y conclusiones establecidas en el Acuerdo trascripto precedentemente, el Tribunal por unanimidad decide: 1) Modificar la sentencia en cuanto a disminuir las sumas fijadas por tratamiento psicológico y daño moral a favor de la señora C. a las de $62.400 y $1.000.000, respectivamente; 2) Confirmar la sentencia en todo lo demás que ha sido materia de recurso y agravio; 3) Imponer las costas de la Alzada a cargo del accionado en su condición de vencidos (art. 68 del Código Procesal); 4) Diferir la regulación de honorarios de Alzada para una vez aprobada en autos la liquidación definitiva (art. 279, CPCC).

Regístrese de conformidad con lo establecido con el art. 1° de la ley 26.856, art. 1 de su Decreto Reglamentario 894/2013 y arts. 1, 2 y Anexo de la Acordada 24/13 de la CSJN.

La difusión de la presente sentencia se encuentra sometida a lo dispuesto por el art. 164, segundo párrafo del Código Procesal Civil y Comercial 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.

Notifíquese por Secretaría, cúmplase con la comunicación pública dispuesta en las Acordadas CSJN 15/2013 y 24/2013 y, oportunamente, devuélvase. — *Oscar J. Ameal. — Osvaldo O. Álvarez. — Silvia P. Bermejo.*

LEGISLACIÓN

NACIONAL

LEY 27.635

Ley de Equidad en la Representación de los Géneros en los Servicios de Comunicación de la República Argentina – Régimen obligatorio para prestadores estatales y de promoción para servicios de gestión privada – Norma complementaria de la ley 26.522.

Sanción: 10/06/2021

Promulgación: 07/07/2021

Publicación: B.O. 08/07/2021

EQUIDAD EN LA REPRESENTACIÓN DE LOS GÉNEROS EN LOS SERVICIOS DE COMUNICACIÓN DE LA REPÚBLICA ARGENTINA

CAPÍTULO I

Disposiciones Generales

Art. 1° - Objeto. La presente tiene como objeto promover la equidad en la representación de los géneros desde una perspectiva de diversidad sexual en los servicios de comunicación, cualquiera sea la plataforma utilizada.

Art. 2° - Alcance. Quedan alcanzados por las disposiciones de la presente todos los servicios de comunicación operados por prestadores de gestión estatal y prestadores de gestión privada con o sin fines de lucro, en los términos que establece la ley 26.522.

Quedan incluidos en los servicios de gestión estatal aquellos bajo la esfera de Radio y Televisión Argentina S.E., Contenidos Públicos S.E., Télam S.E. y todo otro servicio de comunicación del Estado nacional que se cree luego de la sanción de la presente.

Los servicios de comunicación operados por prestadores de gestión estatal quedan sujetos al régimen obligatorio y los prestadores de gestión privada con o sin fines de lucro al régimen de promoción establecidos en la presente.

Art. 3° - Definición. A los efectos de la presente, se considera equidad en la representación de los géneros desde una perspectiva de diversidad sexual a la igualdad real de derechos, oportunidades y trato de las personas, sin importar su identidad de género, orientación sexual o su expresión.

En ningún caso, los derechos que reconoce la presente pueden condicionarse a la rectificación registral prevista en el artículo 3° de la ley 26.743.

CAPÍTULO II

Régimen obligatorio para los servicios de comunicación operados por prestadores de gestión estatal

Art. 4° - Principio de equidad. La equidad en la representación de los géneros desde una perspectiva de diversidad sexual en el acceso y permanencia a los puestos de trabajo en los servicios de comunicación operados por prestadores de gestión estatal debe aplicarse sobre la totalidad del personal de planta permanente, temporaria, transitoria y/o contratado, cualquiera sea la modalidad de contratación incluyendo los cargos de conducción y/o de toma de decisiones.

En todos los casos, debe garantizarse una representación de personas travestis, transexuales, transgéneros e intersex en una proporción no inferior al uno por ciento (1%) de la totalidad de su personal.

Art. 5° - El incumplimiento de las obligaciones establecidas en la presente por parte de los responsables de los servicios de comunicación operados por prestadores de gestión estatal, dará lugar a las siguientes sanciones:

a) Llamado de atención;

b) Apercibimiento.

Estas sanciones no excluyen aquellas que pudieran corresponder en virtud del carácter de funcionario/a público/a del/de la infractor/a.

CAPÍTULO III

Régimen de promoción para los servicios de comunicación operados por prestadores de gestión privada con y sin fines de lucro

Art. 6° - Registro y Certificado. La Autoridad de Aplicación creará un registro de servicios de comunicación operados por prestadores de gestión privada y expedirá un certificado de equidad en la representación de los géneros para aquellos prestadores que incluyan dicho principio en sus estructuras y planes de acción. El certificado acreditará la implementación y promoción de las disposiciones de la presente, y puede ser utilizado en todas sus estrategias de comunicación institucional.

La reglamentación debe determinar el procedimiento de inscripción y vigencia.

Este registro tiene carácter público y debe ser periódicamente actualizado.

Art. 7° - Informes y Requisitos. Para acceder al registro y obtener el certificado establecido en el artículo

6° los servicios de comunicación operados por prestadores de gestión privada deben elaborar anualmente un informe donde acrediten progresos en materia de equidad en la representación de los géneros desde una perspectiva de diversidad sexual, detallando el cumplimiento de al menos cuatro (4) de los siguientes requisitos:

a. Procesos de selección de personal basados en el respeto del principio de equidad en la representación de los géneros;

b. Políticas de inclusión laboral con perspectiva de género y de diversidad sexual;

c. Implementación de capacitaciones permanentes en temáticas de género y de comunicación igualitaria y no discriminatoria, de conformidad con la normativa vigente en la materia;

d. Acciones para apoyar la distribución equitativa de las tareas de cuidado de las personas trabajadoras;

e. Disposición de salas de lactancia y/o de centros de cuidado infantil;

f. Promoción del uso de lenguaje inclusivo en cuanto al género en la producción y difusión de contenidos de comunicación; y

g. Protocolo para la prevención de la violencia laboral y de género.

Art. 8° - Preferencia. Los servicios de comunicación operados por prestadores de gestión privada a los que se otorgue el certificado de equidad en la representación de los géneros tienen preferencia en la asignación de publicidad oficial efectuada por el sector público nacional, integrado por los organismos comprendidos en el artículo 8° de la ley 24.156, el Banco de la Nación Argentina y sus empresas vinculadas, sin perjuicio de los criterios objetivos y requisitos establecidos por la normativa vigente en la materia.

CAPÍTULO IV

Autoridad de Aplicación

Art. 9° - Autoridad de Aplicación. El Poder Ejecutivo determinará la autoridad de Aplicación de la presente.

Art. 10. - Funciones de la Autoridad de Aplicación. A los efectos del cumplimiento de lo establecido por la presente, respecto de los servicios de comunicación operados por prestadores de gestión estatal, la Autoridad de Aplicación debe:

a. Garantizar el cumplimiento del principio de equidad en la representación de los géneros;

b. Controlar la distribución equitativa de tareas y funciones en los servicios de comunicación;

c. Promover, en articulación con los organismos pertinentes, políticas de cuidado para quienes se desempeñen en los servicios de comunicación;

d. Realizar campañas institucionales de concientización y sensibilización para el fomento de la igualdad de las personas y la erradicación de la violencia por razones de género;

e. Promover el uso del lenguaje inclusivo en cuanto al género en la producción y difusión de contenidos de comunicación;

f. Capacitar en las temáticas de género y de comunicación igualitaria y no discriminatoria a todas las personas que se desempeñen en los servicios de comunicación, sin perjuicio de las disposiciones previstas en la ley 27.499;

g. Elaborar protocolos, guías de actuación y materiales de apoyo con perspectiva de género y de diversidad sexual, destinados a transmitir y garantizar los principios de igualdad, equidad y no discriminación;

h. Fomentar la difusión de noticias y producciones con perspectiva de género, diversidad sexual e interculturalidad;

i. Procurar acciones para la prevención de la violencia simbólica y mediática en la producción y difusión de contenidos y mensajes, con perspectiva de género, diversidad sexual e interculturalidad en los términos de la ley 26.485;

j. Impulsar el intercambio de experiencias entre organismos e instituciones a nivel nacional e internacional, incluyendo organizaciones de la sociedad civil vinculadas con el objeto de la presente;

k. Elaborar un informe anual respecto del estado de cumplimiento de la presente ley que deberá elevarse a la Comisión Bicameral de Promoción y Seguimiento de la Comunicación Audiovisual, las Tecnologías de las Telecomunicaciones y la Digitalización;

l. Aplicar el régimen de sanciones establecido en la presente.

CAPÍTULO V

Disposiciones Transitorias

Art. 11. - Adecuación. Los servicios de comunicación operados por prestadores de gestión estatal deberán adecuar sus normas estatutarias y procedimientos de selección de personal a las disposiciones de la presente.

Art. 12. - Gradualidad. Hasta tanto se garantice la equidad en la representación de los géneros, los puestos de trabajo en los servicios de comunicación operados por prestadores de gestión estatal serán cubiertos de manera progresiva atendiendo a las vacantes que se produzcan.

En ningún caso se afectarán los cargos originados ni los concursos convocados con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente.

CAPÍTULO VI

Disposiciones Finales

Art. 13. - Reglamentación. El Poder Ejecutivo, en el plazo de noventa (90) días a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, debe proceder a su reglamentación.

Art. 14. - La presente entrará en vigencia a partir de su promulgación.

Art. 15. - Comuníquese al Poder Ejecutivo.

LEY 27.636

Ley de Promoción del Acceso al Empleo Formal para Personas Travestis, Transexuales y Transgénero "Diana Sacayán - Lohana Berkins" – Medidas de acción positiva.

Sanción: 24/06/2021

Promulgación: 06/07/2021

Publicación: B.O. 08/07/2021

LEY DE PROMOCIÓN DEL ACCESO AL EMPLEO FORMAL PARA PERSONAS TRAVESTIS, TRANSEXUALES Y TRANSGÉNERO "DIANA SACAYÁN - LOHANA BERKINS"

Capítulo I

Disposiciones generales

Art. 1° - Objeto. La presente ley tiene por objeto establecer medidas de acción positiva orientadas a lograr la efectiva inclusión laboral de las personas travestis, transexuales y transgénero, con el fin de promover la igualdad real de oportunidades en todo el territorio de la República Argentina.

Art. 2° - Marco normativo. En cumplimiento de las obligaciones del Estado argentino en materia de igualdad y no discriminación, la presente ley adopta medidas positivas para asegurar a las personas travestis, transexuales y transgénero el ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y su Protocolo Adicional en materia de derechos económicos, sociales y culturales; las recomendaciones específicas establecidas en los Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de los derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género; la Opinión Consultiva N° 24 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas de mismo sexo y la ley 26.743, de identidad de género; en especial, los referidos a:

a) La identidad de género;

b) El libre desarrollo personal;

c) La igualdad real de derechos y oportunidades;

d) La no discriminación;

e) El trabajo digno y productivo;

f) La educación;

g) La seguridad social;

h) El respeto por la dignidad;

i) La privacidad, intimidad y libertad de pensamiento.

Art. 3° - Definición. A los fines de la presente ley, y de conformidad con lo establecido en el artículo 2° de la ley 26.743, entiéndese por personas travestis, transexuales y transgénero a todas aquellas que se autoperciben con una identidad de género que no se corresponde con el sexo asignado al nacer.

Art. 4° - Personas alcanzadas. Se encuentran alcanzadas por la presente ley las personas travestis, transexuales y transgénero habilitadas a trabajar en los términos que establece la legislación laboral, que manifiesten que su Identidad de Género se encuentra alcanzada por la definición del artículo 3° de la presente ley, hayan o no accedido al cambio registral previsto en el artículo 3° de la ley 26.743, de identidad de género.

Capítulo II

Medidas de acción positiva

Art. 5° - Inclusión laboral en el Estado nacional. Cupo. El Estado nacional, comprendiendo los tres poderes que lo integran, los Ministerios Públicos, los organismos descentralizados o autárquicos, los entes públicos no estatales, las empresas y sociedades del Estado, debe ocupar en una proporción no inferior al uno por ciento (1%) de la totalidad de su personal con personas travestis, transexuales y transgénero, en todas las modalidades de contratación regular vigentes.

A los fines de garantizar el cumplimiento del cupo previsto en el párrafo anterior, los organismos públicos deben establecer reservas de puestos de trabajo a ser ocupados exclusivamente por personas travestis, transexuales o transgénero. Deben, asimismo, reservar las vacantes que se produzcan en los puestos correspondientes a los agentes que hayan ingresado bajo el régimen de la presente ley para ser ocupadas en su totalidad por personas travestis, transexuales y transgénero.

El cumplimiento de lo previsto en la presente ley en ningún caso debe implicar el cese de las relaciones laborales existentes al momento de su sanción.

Art. 6° - Terminalidad educativa y capacitación. A los efectos de garantizar la igualdad real de oportunidades, el requisito de terminalidad educativa no puede resultar un obstáculo para el ingreso y permanencia en el empleo en los términos de la presente ley. Si las personas aspirantes a los puestos de trabajo no completaron su educación, en los términos del artículo 16 de la ley 26.206, de Educación Nacional, se permitirá su ingreso con la condición de cursar el o los niveles educativos requeridos y finalizarlos. En estos casos, la autoridad de aplicación debe arbitrar los medios para garantizar la formación educativa obligatoria y la capacitación de las personas travestis, transexuales y transgénero con el fin de adecuar su situación a los requisitos formales para el puesto de trabajo en cuestión.

Art. 7° - No discriminación. Toda persona travesti, transexual o transgénero tiene derecho al trabajo formal digno y productivo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo, sin discriminación por motivos de identidad de género y/o su expresión.

A fin de garantizar el ingreso y permanencia en el empleo no podrán ser valorados los antecedentes contravencionales. Asimismo, los antecedentes penales de las/os postulantes, que resulten irrelevantes para el acceso al puesto laboral, no podrán representar un obstáculo para el ingreso y permanencia en el empleo considerando la particular situación de vulnerabilidad de este colectivo.

Art. 8° - Inclusión transversal y federal. Debe procurarse que la inclusión laboral de las personas travestis, transexuales y transgénero, de acuerdo con lo establecido en el artículo 5° de la presente ley, se refleje en todos los organismos obligados, asegurando asimismo una aplicación federal en cuanto a la distribución geográfica de los puestos laborales que se cubran.

Art. 9° - Acciones de concientización. Los organismos comprendidos en el artículo 5° de la presente ley deben promover acciones tendientes a la sensibilización con perspectiva de género y de diversidad sexual en los ámbitos laborales, con el fin de una efectiva integración de las personas travestis, transexuales y transgénero en los puestos de trabajo.

Art. 10. - Prioridad en las contrataciones del Estado. El Estado nacional debe priorizar, a igual costo y en la forma que establezca la reglamentación, las compras de insumos y provisiones a personas jurídicas o humanas del ámbito privado que incluyan en su planta laboral a personas travestis, transexuales y transgénero.

Art. 11. - Incentivos. Sector privado. Las contribuciones patronales que se generan por la contratación de las personas beneficiarias de la presente ley podrán tomarse como pago a cuenta de impuestos nacionales.

El beneficio establecido en el párrafo precedente tiene una vigencia de doce (12) meses corridos desde la celebración del contrato de trabajo. En el caso de las micro, pequeñas y medianas empresas el plazo se extenderá a veinticuatro (24) meses.

Art. 12. - Acceso al crédito. El Banco de la Nación Argentina debe promover líneas de crédito con tasa preferencial para el financiamiento de emprendimientos productivos, comerciales y/o de servicios, individuales o asociativos, destinados específicamente a personas solicitantes travestis, transexuales y transgénero. La autoridad de aplicación debe garantizar el asesoramiento y capacitación para las personas travestis, transexuales y transgénero interesadas en acceder a este beneficio.

Art. 13. - Registro Único de Aspirantes. La autoridad de aplicación debe crear un Registro Único de Aspirantes en el que pueden inscribirse las personas travestis, transexuales y transgénero interesadas en postularse a cubrir puestos laborales en el marco de la presente ley, con el objeto de proveer, a las reparticiones demandantes, así como a las personas jurídicas o humanas que lo requieran, listados de candidaturas

que se correspondan con la descripción del puesto a cubrir.

La inscripción en el mismo no es obligatoria ni resulta impedimento para el acceso al régimen de inclusión laboral previsto en la presente ley.

El Registro debe consignar únicamente el nombre autopercibido, los antecedentes educativos y laborales, así como las aptitudes y preferencias laborales de las personas aspirantes. La autoridad de aplicación debe asegurar la accesibilidad para la inscripción a la totalidad de las personas interesadas.

Art. 14. - Confidencialidad. Las personas responsables del Registro Único de Aspirantes y todas aquellas que intervienen en cualquier fase del tratamiento de los datos personales que se encuentran en el mismo, tienen deber de confidencialidad, de conformidad con lo establecido en el artículo 10 de la ley 25.326 o la que en el futuro la reemplace.

Art. 15. - No suplantación. El cumplimiento del cupo laboral previsto en el artículo 5°, así como el acceso a los beneficios e incentivos previstos en los artículos 10 y 11 de la presente ley, no puede implicar en ningún caso autorización para suplantar personas trabajadoras que cuentan con una relación laboral al momento de la sanción de la presente ley, disponiendo su cese.

Art. 16. - Participación. La autoridad de aplicación debe promover espacios de participación de personas travestis, transexuales y transgénero, en representación de organizaciones sindicales y de la sociedad civil de todo el país vinculadas al objeto de la presente ley para el seguimiento y monitoreo de su implementación, y para el desarrollo de mecanismos y políticas de acompañamiento de las personas travestis, transexuales y transgénero en su proceso de inclusión laboral.

Art. 17. - Unidad de coordinación. Créase, en el ámbito de la autoridad de aplicación del Poder Ejecutivo, una Unidad de Coordinación Interministerial para garantizar la implementación integral y coordinada de la presente ley entre los organismos con competencia en la materia y el seguimiento del estado de avance de esta. La Unidad de Coordinación estará integrada por representantes del Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad de la Nación, el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación, el Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo y el Ministerio de Educación de la Nación.

La autoridad de aplicación podrá incluir otros organismos si fuese necesario para la implementación de la presente ley.

Capítulo III

Disposiciones finales

Art. 18. - Autoridad de aplicación. El Poder Ejecutivo debe determinar la autoridad de aplicación de la presente ley. La autoridad de aplicación debe promover que el diseño y ejecución de las medidas dispuestas en la presente ley contemplen un criterio no binario de los géneros de conformidad con la ley 26.743.

Art. 19. - Sanciones. El incumplimiento total o parcial de la presente ley por parte de las funcionarias y los funcionarios públicos responsables constituye mal desempeño en sus funciones o falta grave, según corresponda.

Art. 20. - Invitación. Universidades nacionales. Invítase a las universidades nacionales, dentro del marco de su autonomía, a adherir a la presente ley.

Art. 21. - Adhesión. Invítase a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a adherir a la presente ley.

Art. 22. - Reglamentación. El Poder Ejecutivo debe reglamentar la presente ley en un plazo que no puede exceder los sesenta (60) días hábiles, contados a partir de su sanción.

Art. 23. - Disposición transitoria. La ejecución de las obligaciones de los organismos y dependencias enunciadas en el artículo 5° de la presente ley debe efectuarse de manera progresiva y dentro de un plazo máximo de dos (2) años, contados desde su sanción.

Art. 24. - Comuníquese al Poder Ejecutivo nacional.

DECRETO 475

Seguridad social – Reconocimiento de períodos de servicio a mujeres y/o personas gestantes por tareas de cuidado de hijos, para su acceso a prestaciones previsionales – Modificación de ley 24.241.

Fecha: 17/07/2021

Publicación: B.O. 19/07/2021

VISTO:

El Expediente N° EX-2021-60464585-ANSES-SEA#ANSES; las Leyes Nros. 24.241 y sus modificaciones, 24.714 y sus modificaciones, 24.977 y sus modificatorias, 25.994, 26.425 y sus modificatorias, 26.485 y sus modificatorias, 26.970, 27.260 y sus modificato-

rias, 27.360 y 27.532; los Decretos Nros. 1454 del 25 de noviembre de 2005, 1602 del 29 de octubre de 2009 y 840 del 4 de noviembre de 2020 y la Resolución de la ADMINISTRACIÓN NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL N° 158 del 26 de junio de 2019, y

CONSIDERANDO

Que por la Ley N° 24.241 se creó, con alcance nacional, el SISTEMA INTEGRADO DE JUBILACIONES Y PENSIONES (SIJP) que cubrirá las contingencias de vejez, invalidez y muerte y se integrará al Sistema Único de Seguridad Social (SUSS).

Que la Ley N° 26.425 dispuso la unificación del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones (SIJP) en un único régimen previsional público, denominado SISTEMA INTEGRADO PREVISIONAL ARGENTINO (SIPA), financiado a través de un sistema solidario de reparto.

Que el artículo 22 de la citada Ley N° 24.241 establece que, a los fines del artículo 19, inciso c) de dicho plexo normativo, serán computables los servicios comprendidos en el SISTEMA INTEGRADO DE JUBILACIONES Y PENSIONES (SIJP) como así también los prestados con anterioridad, y dicho cómputo comprenderá exclusivamente las actividades desarrolladas hasta el momento de solicitar la prestación básica universal.

Que en el Título II del Libro I, Capítulo IV de la citada Ley, se regulan las prestaciones de Retiro por Invalidez y Pensión por Fallecimiento, mientras que en su Capítulo VII se establece cómo será el financiamiento de dichas prestaciones.

Que a través de la Ley N° 24.714, sus normas modificatorias y complementarias, se instituyó con alcance nacional y obligatorio el Régimen de Asignaciones Familiares para los trabajadores y las trabajadoras que presten servicios remunerados en relación de dependencia en la actividad privada y pública nacional; para los beneficiarios y las beneficiarias de la Ley de Riesgos de Trabajo y del Seguro de Desempleo; para aquellas personas inscriptas y con aportes realizados en el Régimen Simplificado para Pequeños Contribuyentes (RS) establecido por la Ley N° 24.977, sus complementarias y modificatorias; para los beneficiarios y las beneficiarias del Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA) del Régimen de Pensiones No Contributivas por Invalidez y de la Pensión Universal para el Adulto Mayor; como así también la Asignación por Embarazo para Protección Social y de la Asignación Universal por Hijo para Protección Social.

Que el Decreto N° 1602/09 creó la Asignación Universal por Hijo para Protección Social, incluyendo en el Régimen de Asignaciones Familiares instituido por la Ley N° 24.714 a los grupos familiares no alcanzados por las mismas, previstas en el mencionado régimen, en la medida en que se encuentren desocupados o se desempeñen en la economía informal y que, en la actualidad, este pilar de las asignaciones familiares alcanza, según los registros de la ADMINISTRACIÓN NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, a más de CUATRO COMA CUATRO (4,4) millones de niños, niñas y adolescentes, a través de DOS COMA TRES(2,3) millones de titulares.

Que, según se desprende de los mismos registros, el NOVENTA Y CINCO POR CIENTO (95 %) de las personas titulares de la Asignación Universal por Hijo para Protección Social son mujeres, que no solo están atravesadas por la acumulación de desventajas en virtud de su condición de género, sino que también acumulan desventajas asociadas a su situación socioeconómica.

Que el artículo 14 bis de la Ley N° 24.714, modificado por el Decreto N° 840/20, define la Asignación Universal por Hijo para Protección Social y su alcance, y el artículo 14 ter de la mencionada Ley establece los requisitos que deben cumplirse para su percepción, considerando el régimen citado una priorización en la mujer para el cobro de las prestaciones, y dicho dato se refleja en las estadísticas vigentes que demuestran que del total de las personas que realizan la presentación de la Libreta que comprueba los extremos de educación y salud de quienes generan el derecho al cobro respectivo, en su gran mayoría son mujeres.

Que la situación de quien tiene el cuidado del niño y/o de la niña torna más complejo el acceso al mercado laboral y, en consecuencia, poder completar los requisitos que se exigen para el acceso a las prestaciones previsionales.

Que el ESTADO NACIONAL tiene, dentro de sus principales compromisos, la protección de los ciudadanos y las ciudadanas, garantizándoles las prestaciones de la seguridad social y, en especial, priorizando la inclusión y atención de los grupos y personas que presentan mayores condiciones de vulnerabilidad, tal como se establece en la CONSTITUCIÓN NACIONAL y en los tratados internacionales con jerarquía constitucional.

Que, a lo largo de la historia reciente, nuestro sistema previsional ha generado diferentes políticas inclusivas para extender la cobertura a los sectores de personas mayores que más dificultades enfrentan para poder acceder a un beneficio previsional.

Que la REPÚBLICA ARGENTINA ha atravesado, por lo menos en las pasadas CUATRO (4) décadas, ciclos

recurrentes de contracción de su mercado de trabajo, transitando períodos de alta desocupación e informalidad laboral, situación que devino en evidentes dificultades estructurales para que las personas pudieran tener continuidad en sus trayectorias contributivas a la seguridad social.

Que, en virtud de ello, las experiencias de inclusión previsional de los años 2005 y 2014, dispuestas por el Decreto N° 1454/05, la Ley N° 25.994 y la Ley N° 26.970, respectivamente, generaron un proceso virtuoso de extensión de este derecho que hoy sigue alcanzando a más de TRES COMA SEIS(3,6) millones de personas mayores.

Que dichas medidas tuvieron un importantísimo efecto de género, toda vez que, según los registros de la Seguridad Social y hasta hoy en día, el SETENTA Y CUATRO POR CIENTO (74 %) de las prestaciones que fueron obtenidas por moratoria corresponden a mujeres, dejando en evidencia la necesidad de implementar políticas con perspectiva de género para revertir las brechas en el acceso al derecho a la seguridad social.

Que, a más abundamiento, en la gran mayoría de los casos, para estas mujeres la inclusión previsional representó la oportunidad de acceder, por primera vez en su vida, a ingresos estables e independientes de su situación conyugal y les otorgó autonomía económica.

Que la participación de las mujeres en el mercado de trabajo ha ido incrementándose en las pasadas décadas, no obstante lo cual se corrobora una fuerte desigualdad respecto de la participación y las condiciones de trabajo de sus pares varones en todos los indicadores, arrojando los datos de EPH INDEC en el tercer trimestre del año 2020: tasas de actividad de CUARENTA Y CINCO COMA CUATRO POR CIENTO (45,4 %) para las mujeres y SESENTA Y CUATRO COMA CINCO POR CIENTO (64,5 %) para los varones; de empleo de TREINTA Y NUEVE COMA CUATRO POR CIENTO (39,4 %) para las mujeres y CINCUENTA Y SIETE COMA SIETE POR CIENTO (57,7 %) para los varones; e índices de desocupación del TRECE COMA UNO POR CIENTO (13,1 %) para las mujeres contra el DIEZ COMA SEIS POR CIENTO (10,6 %) para los varones.

Que la contracara de estas mayores dificultades que enfrentan las mujeres para insertarse en el mercado de trabajo registrado tiene una relación directa con la división sexual del trabajo, que asigna roles de género a las diferentes actividades y que históricamente ha delegado a las mujeres el trabajo reproductivo y las tareas indispensables para garantizar el cuidado, bienestar y supervivencia de las personas del hogar, mientras que el trabajo productivo, que se realiza de manera remunerada en el mercado, aparece asociado tradicionalmente a los varones.

Que el trabajo productivo y reproductivo representan un conjunto de acciones igualmente necesarias para el desarrollo de la vida cotidiana y el sostenimiento de las sociedades, pero que sin embargo no gozan del mismo reconocimiento, de forma tal que las tareas domésticas y de cuidado no remuneradas son un trabajo que queda invisibilizado, a pesar de su rol crucial para el funcionamiento de las sociedades en su conjunto.

Que en el año 2013 se realizó en la Argentina la Encuesta sobre Trabajo No Remunerado y Uso del Tiempo (EAHUINDEC, 2013), el que verificó que las mujeres realizan el SETENTA Y SEIS POR CIENTO (76 %) de las tareas domésticas no remuneradas, y que el OCHENTA Y NUEVE POR CIENTO (89 %) de las mujeres se ocupan de tareas domésticas no remuneradas por una carga de al menos SEIS COMA CUATRO HORAS (6,4 hs.) al día.

Que, por su parte, al observar la densidad de contribuciones al SISTEMA INTEGRADO PREVISIONAL ARGENTINO (SIPA) de las personas de entre CUARENTA (40) y SESENTA Y CUATRO (64) años, se corrobora que las mujeres presentan, en promedio, una brecha del VEINTICUATRO POR CIENTO (24 %) respecto de los varones de su misma edad (desfavorable para las mujeres); mientras que a partir de los CINCUENTA Y SEIS (56) años la brecha de aportes se incrementa hasta superar el CUARENTA POR CIENTO (40 %) a los SESENTA Y DOS (62) años.

Que en el año 2016 se sancionó la Ley N° 27.260 que, en su artículo 13, creó la Pensión Universal para el Adulto Mayor (PUAM) que definió la edad de acceso en SESENTA Y CINCO (65) años tanto para mujeres como para varones.

Que, a su vez, la mencionada Ley dispuso que durante el lapso de TRES (3) años podrían seguir accediendo al régimen de regularización de la Ley N° 26.970 las mujeres que durante ese período cumplieran la edad jubilatoria y fueran menores de SESENTA Y CINCO (65) años.

Que mediante el artículo 15 del Decreto N° 894/16 se dispuso que el plazo referido en el primer párrafo del artículo 22 de la Ley N° 27.260 vencerá el día 23 de julio 2019.

Que, posteriormente, por la Resolución de la ADMINISTRACIÓN NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL N° 158/19 ese plazo inicial de TRES (3) años fue

extendido por otros TRES (3) años, que se cumplirá el próximo 23 de julio de 2022.

Que, a pesar de seguir vigente la opción de acogerse al régimen de regularización de la Ley N° 26.970, la falta de actualización de los plazos temporales de los períodos que pueden ser regularizados generó que las mujeres mayores de entre SESENTA (60) y SESENTA Y CUATRO (64) años fueran perdiendo, año tras año, la capacidad de incorporarse, quedando, muchas de ellas, sin ningún tipo de cobertura de la seguridad social.

Que, con fecha 11 de marzo de 2020, la ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS) declaró el brote de COVID-19 como pandemia, llevando a todos los Estados del mundo a tomar decisiones excepcionales en todos los órdenes.

Que las graves consecuencias sanitarias y socioeconómicas de la pandemia en la REPÚBLICA ARGENTINA profundizaron una crítica situación social heredada de la anterior gestión de gobierno, durante la cual la economía había caído en TRES (3) de los CUATRO (4) años que atraviesan el período de fines del año 2015 a fines del año 2019, empobreciendo a la mayoría de la población.

Que, como ya fuera dicho, las mujeres son las que sufren los peores niveles de desocupación, precarización e informalidad laboral, y que es este uno de los principales elementos explicativos de la feminización de la pobreza, que les impide a las mujeres la acumulación de capital social para enfrentar las contingencias en las edades avanzadas, situación que se agravó, aún más, en el contexto de la pandemia.

Que, como consecuencia del histórico compromiso del país en materia de protección social, la REPÚBLICA ARGENTINA tiene, según los datos de la EPH INDEC, un nivel de cobertura previsional de personas de SESENTA Y CINCO (65) años y más, que supera el NOVENTA POR CIENTO (90 %), y que esto permitió que en marzo del año 2020 hubiera activos SEIS COMA NUEVE (6,9) millones de beneficios previsionales del SIPA, de los cuales TRES COMA SEIS (3,6) millones habían accedido por moratorias, garantizando que esas personas mayores pudieran afrontar el tiempo de pandemia con ingresos y cobertura sanitaria garantizados.

Que, a pesar de la importante cobertura previsional en nuestro país, la desactualización en los parámetros de alcance referidos a los plazos temporales de los períodos que pueden ser regularizados a través de la Ley N° 26.970 hizo que ciento de miles de mujeres mayores, entre los SESENTA (60) y los SESENTA Y CUATRO (64) años, quedaran sin ninguna cobertura previsional y muchas de ellas, sin ningún tipo de ingresos en un contexto extremadamente crítico en materia socioeconómica.

Que, asimismo, las medidas de aislamiento social, preventivo y obligatorio derivadas de la pandemia por COVID-19 evidenciaron aún más la importancia social que tienen, y el esfuerzo que demandan las tareas domésticas y de cuidado, haciendo más visibles que nunca las profundas inequidades generadas por la desigual división de estas tareas, con especial afectación a las mujeres.

Que la 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", en su artículo 2° recoge dentro de sus objetivos principales, la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida.

Que nuestra CONSTITUCIÓN NACIONAL en su artículo 75, inciso 22 otorgó rango constitucional a la CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER (CEDAW), aprobada por la Ley N° 23.179, a través de la cual el ESTADO NACIONAL se comprometió a elaborar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer.

Que, asimismo, el artículo 75, inciso 23 de la CONSTITUCIÓN NACIONAL establece que el Estado debe "Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad".

Que la Ley N° 27.532 incluye en el Sistema Estadístico Nacional como módulo de la Encuesta Permanente de Hogares (EPH) a la Encuesta Nacional de Uso del Tiempo y en su artículo 5°, inciso b, insta a desarrollar políticas públicas que promuevan una equitativa distribución del trabajo remunerado y no remunerado entre mujeres y varones.

Que nuestro país aprobó, a través de la Ley N° 27.360, la CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS MAYORES en la que se establecen, entre otros, el principio de equidad e igualdad de género y enfoque de curso de vida.

Que, de acuerdo a lo que surge de los datos estadísticos y administrativos, a partir del nacimiento del

primer hijo o de la primera hija, y con más claridad a medida que se incorporan más nacimientos, es menor la densidad de aportes previsionales que registran las mujeres, resultando ejemplificativo el hecho de que en marzo de 2021 había activos TRES COMA SEIS (3,6) millones de beneficios de moratorias, de los cuales DOS COMA SIETE (2,7) millones tenían titularidad femenina.

Que la participación de las mujeres en el mercado de trabajo remunerado es menor a la de los varones y que, cuando lo hacen, tienen mayores dificultades que estos para acceder a puestos de trabajo registrados, sufren intermitencias en sus trayectorias laborales y perciben menores salarios, siendo uno de los factores explicativos la dificultad de conciliar la vida laboral y la crianza de los hijos y/o las hijas.

Que, como consecuencia de lo descripto en el párrafo precedente, las mujeres acumulan menos aportes jubilatorios y a mayor cantidad de hijos e hijas, las brechas respecto al ingreso de aportes previsionales se incrementan tanto respecto de los varones que son padres como de las mujeres sin hijos e hijas.

Que las tareas de crianza y cuidado demandan una enorme cantidad de horas a quienes las realizan y resultan una condición indispensable para el desarrollo de las sociedades, aunque tradicionalmente han quedado invisibilizadas y han sido asumidas como actividades propias del género femenino.

Que, en virtud de lo expuesto, se considera conveniente adoptar medidas de justicia social orientadas a reparar parte de las desigualdades estructurales que sufren las mujeres a lo largo de su vida y que derivan, en gran medida, de la sobrecarga de las tareas de cuidado y de las inequidades del mercado de trabajo que se acumulan en el largo plazo.

Que, en este sentido, la ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT) indicó que la seguridad social debería fomentar y basarse en los principios de la igualdad de género, lo que significa no solo trato igualitario para hombres y mujeres en situaciones iguales o similares, sino también medidas para garantizar la igualdad de hecho para las mujeres, ya que la sociedad obtiene un enorme beneficio del cuidado no remunerado que estas proporcionan, por lo que no deberían verse más tarde perjudicadas por el sistema por haber hecho esta contribución durante la edad en que podían trabajar (OIT, "Seguridad Social: Un nuevo consenso", 01/11/2001).

Que, más recientemente, el mencionado Organismo Internacional reconoció que a lo largo del ciclo de vida las mujeres van sumando desventajas, las cuales se acumulan en las últimas etapas de la vida y que gran parte de la contribución económica de las mujeres proviene de las tareas que conllevan la atención de las responsabilidades familiares, las tareas domésticas y la actividad que despliegan en la economía informal (OIT, "Derechos, empleos y seguridad social: Una nueva visión para hombres y mujeres de edad avanzada", 2008).

Que, en sintonía con lo dicho, se postula que una política integral de cuidados debe concebirse en el marco de un enfoque de derechos, el que debe contemplar las desigualdades de género en la producción y distribución del cuidado, a través de políticas que tiendan a su redistribución, con el fin de alivianar la carga que aquel representa para las mujeres y que condiciona sus posibilidades de desarrollo personal y profesional (OIT, UNICEF, PNUD, CIPPEC, "Las políticas de cuidado en Argentina: avances y desafíos", 2018).

Que la ORGANIZACIÓN IBEROAMERICANA DE SEGURIDAD SOCIAL (OISS) indicó que ampliar las prestaciones de la Seguridad Social y la población perceptora, sea mediante mecanismos de compensación del cuidado u otras fórmulas, son siempre aspiraciones y propuestas bien acogidas por las sociedades y que, para que la relación entre cuidado y Seguridad Social deje de ser paradójica, para que se deje de castigar a las mujeres por subvencionar a los Estados con su trabajo no remunerado, hay que avanzar hacia el reconocimiento de este trabajo (OISS, "Medidas compensatorias de los cuidados no remunerados en los sistemas de Seguridad Social en Iberoamérica", 2019).

Que en el contexto que imponen los lineamientos internacionales antes reseñados se considera necesario establecer que, al único fin de acreditar el mínimo de servicios necesarios para el logro de la Prestación Básica Universal, podrán computar las mujeres y/o personas gestantes UN (1) año de servicio por cada hijo y/o hija que haya nacido con vida.

Que, quienes adoptan un niño, una niña o adolescente, brindan afecto y dan cobertura a todas las necesidades materiales respecto de los mencionados o las mencionadas, cuando no lo puede hacer su familia de origen.

Que resulta necesario reconocer el aporte que realiza la mujer a la sociedad en su conjunto al adoptar UN (1) niño, UNA (1) niña o adolescente, en las condiciones estructurales de género que se expusieron, tomando en cuenta las acciones que debe llevar a cabo para su cumplimiento y que, por ello, se considera necesario establecer que, al único fin de acreditar el mínimo de servicios necesarios para el logro de la Prestación Básica Universal podrán computar DOS

(2) años de servicio por cada hijo y/o hija que haya sido adoptado y/o adoptada, que sea menor de edad.

Que, asimismo, es importante reconocer que el cuidado de hijos y/o hijas con discapacidad implica aún mayor demanda de apoyos y cuidados y que esta situación se ve igualmente afectada por el nudo crítico de la desigualdad de género.

Que, por tal motivo, se impone el reconocimiento de UN (1) año de servicio adicional por cada hijo y/o hija con discapacidad que haya nacido con vida o haya sido adoptado y/o adoptada, que sea menor de edad.

Que corresponde efectuar un acompañamiento adicional a las mujeres que provienen de trayectorias de vulnerabilidad socioeconómica porque ellas atraviesan incluso más dificultades para poder insertarse en el mercado laboral o para poder delegar en otros las tareas de cuidado, todo ello, en el marco del cumplimiento de las corresponsabilidades que requiere la Asignación Universal por Hijo para Protección Social, para mantener la titularidad.

Que, por tal motivo, aquellas personas que hayan accedido a la Asignación Universal por Hijo para Protección Social por el período de, al menos, DOCE (12) meses continuos o discontinuos, podrán computar, además, otros DOS (2) años adicionales de servicio por cada hijo y/o hija que haya nacido con vida o haya sido adoptado y/o adoptada, que sea menor de edad.

Que la presente es una medida novedosa para nuestro Sistema de Seguridad Social porque tiene un impacto inclusivo inmediato y, además, porque genera un nuevo piso de derechos para las mujeres con hijos e hijas, garantizando efectos positivos permanentes en sus posibilidades de acceso a la jubilación, haciendo que nuestra sociedad sea más justa y equitativa.

Que la medida se aplica sobre las mujeres y/o personas gestantes que llegan a la edad de jubilarse habiendo acumulado a lo largo de sus vidas diferentes desventajas respecto de los varones.

Que estas mayores dificultades en el acceso al derecho a la seguridad social en la vejez acarrean múltiples situaciones de desamparo o dependencia económica.

Que el reconocimiento de años de aporte por hijo y/o hija genera un efecto inmediato en las mujeres que siguen sufriendo las consecuencias de una sociedad pasada, en la que la brecha de género era aún más pronunciada que en la actualidad y que, en tal sentido, se trata de una medida del presente que puede reparar parte de las inequidades acumuladas a lo largo de TREINTA (30) años.

Que, en el marco del reconocimiento de tareas de cuidado, debe considerarse también todo lo relativo a los períodos de la gestación y nacimiento de la persona y, en ese contexto, las licencias por maternidad y las licencias por estado de excedencia vinculadas al nacimiento, cumplen un rol muy preponderante en lo que refiere a esta materia.

Que, asimismo, resulta de importancia contemplar los períodos de licencia por maternidad y licencia por estado de excedencia como períodos con servicios al único fin de completar los años requeridos en todos los regímenes previsionales administrados por la ADMINISTRACIÓN NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (ANSES), evitando que estos plazos que las mujeres y/o personas gestantes dedican al cuidado de las niñas y los niños recién nacidas y nacidos, terminen convirtiéndose en un verdadero perjuicio al momento de jubilarse.

Que, en virtud de lo antedicho, resulta pertinente considerar que los plazos de licencia por maternidad y de estado de excedencia establecidos por las leyes de alcance nacional y por los Convenios Colectivos de Trabajo respectivos, se computarán como tiempo de servicio solo a los efectos de acreditar el derecho a una prestación previsional en todos los regímenes previsionales administrados por la ADMINISTRACIÓN NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (ANSES), con el mismo carácter que los que desarrollaba la persona al momento de comenzar el usufructo de las mismas y siempre que se verifique que la mujer y/o persona gestante haya retornado a la misma actividad que realizaba al inicio de la licencia. Para el caso de que la persona no retome la actividad o lo haga en una distinta, los servicios se computarán con los extremos correspondientes del régimen general. La consideración de estos servicios no tendrá efecto alguno como incremento o bonificación de los haberes jubilatorios.

Que, a su vez, corresponde establecer que el tiempo de servicios a computar de las licencias por estado de excedencia citadas en el considerando precedente no podrá exceder a los estipulados en el artículo 183 de la Ley N° 20.744.

Que el artículo 99, inciso 3 de la CONSTITUCIÓN NACIONAL faculta al PODER EJECUTIVO NACIONAL, ante circunstancias excepcionales, a dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, versando el presente sobre cuestiones no vedadas a su intervención por la norma constitucional, en tanto no hace a la materia penal, tributaria, electoral o de partidos políticos.

Que, durante el año 2020, la irrupción de la pandemia por COVID-19 implicó el agravamiento de la situación de emergencia socioeconómica previamente existente, que había motivado la sanción de la Ley N° 27.541 de "Solidaridad Social y Reactivación Productiva en el Marco de la Emergencia Pública".

Que, en ese contexto, fue necesario que el ESTADO NACIONAL desplegara múltiples medidas que desde la Seguridad Social tuvieron como objetivo garantizar ingresos a las personas y, dentro de esas medidas, una de las más relevantes fue el "INGRESO FAMILIAR DE EMERGENCIA" (IFE), que dio cobertura a aproximadamente NUEVE MILLONES (9.000.000) de personas.

Que el "INGRESO FAMILIAR DE EMERGENCIA" (IFE), establecido inicialmente mediante el Decreto N° 310/20, consistió en una prestación monetaria no contributiva de carácter excepcional, destinada a personas cuyos hogares estaban compuestos por trabajadoras y trabajadores informales, desocupados y desocupadas y monotributistas de las categorías más bajas; es decir, aquellos sectores de la población con mayor grado de vulnerabilidad en términos socioeconómicos.

Que a partir de la puesta al pago del "INGRESO FAMILIAR DE EMERGENCIA" (IFE), por parte de la ADMINISTRACIÓN NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (ANSES), se detectaron alrededor de CIENTO CINCUENTA MIL (150.000) mujeres mayores que percibieron dicho beneficio, que no estaban alcanzadas por ninguna cobertura previsional y que tienen la edad de retiro cumplida, las que conforman un sector de la población que ha sufrido con más virulencia las diferentes consecuencias derivadas de la pandemia.

Que, asimismo, la relevancia de estos datos llevó a reforzar la inteligencia institucional, profundizando el análisis de los registros administrativos de la seguridad social, de modo tal de promover políticas activas de extensión y mejoras de la calidad de la cobertura previsional, prestando especial atención a las mujeres de entre SESENTA (60) y SESENTA Y CUATRO (64) años de edad, sin ingresos e imposibilitadas de acceder a la Prestación Universal para el Adulto Mayor (PUAM) que, como también ya fuera mencionado, tiene como requisito de edad SESENTA Y CINCO (65) años o más, tanto para mujeres como para varones, perjudicando así, particularmente, al universo de mujeres que provienen de peores trayectorias socioeconómicas.

Que, del estudio de las referidas bases informáticas de la ADMINISTRACIÓN NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (ANSES), se identificaron alrededor de TRESCIENTAS DIEZ MIL (310.000) mujeres de entre SESENTA (60) y SESENTA Y CUATRO (64) años de edad que no cuentan con un beneficio previsional ni tampoco pueden jubilarse por no acumular los suficientes años de aportes, y que estas cifras, en el contexto persistente de la pandemia, reflejan la necesidad de definir con urgencia medidas destinadas a promover la protección social de estas personas que configuran un grupo particularmente vulnerable.

Que la implementación de una política que permita reconocer períodos de servicio a las mujeres y/o personas gestantes por las tareas de cuidado de sus hijos e hijas a lo largo de la vida podría garantizar, de manera inmediata, que más de la mitad de las mujeres identificadas pueda acceder a su jubilación.

Que, asimismo, cabe destacar que, según los datos informáticos del mencionado Organismo, la enorme mayoría de las mujeres que se encuentra en situación de extrema vulnerabilidad y que, además, no cuenta con ningún tipo de ingresos (ni previsionales ni tampoco laborales), podría acceder de manera inmediata a prestaciones de índole previsional, lo que demanda premura en la implementación de acciones proactivas para favorecer su protección, siendo que la medida propuesta les garantizaría ingresos económicos regulares, dando cobertura también a sus contingencias sanitarias, al ser este un derecho derivado de la propia cobertura previsional.

Que, en la especie, es lo perentorio del asunto lo que exige una respuesta urgente, la que no puede esperar la demora natural del HONORABLE CONGRESO DE LA NACIÓN en el tratamiento de las leyes y se encontrará sujeta al posterior control que este haga de la medida, conforme las previsiones normativas establecidas al efecto.

Que la particular naturaleza de la situación planteada y la urgencia requerida para su resolución dificultan seguir los trámites ordinarios previstos por la CONSTITUCIÓN NACIONAL para la sanción de las leyes, por lo que el PODER EJECUTIVO NACIONAL adopta la presente medida con carácter excepcional.

Que en el contexto mencionado, el PODER EJECUTIVO NACIONAL, atento su calidad especial de poder activo y de acción permanente, no puede ser indiferente ni dejar de actuar en tiempos como los que atraviesa nuestra República y la comunidad global en general, en los que la necesidad de respuestas urgentes e inmediatas a situaciones en materia de seguridad social es cada vez más usual.

Que la Ley N° 26.122 regula el trámite y los alcances de la intervención del HONORABLE CONGRESO DE LA NACIÓN respecto de los Decretos de Necesidad y Urgencia dictados por el PODER EJECUTIVO NACIO-

NAL, en virtud de lo dispuesto por el artículo 99, inciso 3 de la CONSTITUCIÓN NACIONAL.

Que la citada Ley determina que la COMISIÓN BICAMERAL PERMANENTE tiene competencia para pronunciarse respecto de la validez o invalidez de los Decretos de Necesidad y Urgencia, así como para elevar el dictamen al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, en el plazo de DIEZ (10) días hábiles.

Que el artículo 22 de la Ley N° 26.122 dispone que las Cámaras se pronuncien mediante sendas resoluciones, y que el rechazo o aprobación de los decretos deberá ser expreso conforme lo establecido en el artículo 82 de la Carta Magna.

Que han tomado intervención los servicios de asesoramiento jurídico pertinentes.

Que la presente medida se dicta en uso de las facultades conferidas por el artículo 99, incisos 1 y 3 de la CONSTITUCIÓN NACIONAL.

Por ello,

El Presidente de la Nación Argentina en Acuerdo General de Ministros decreta:

Art. 1° - Incorpórase como artículo 22 bis de la Ley N° 24.241 y sus modificaciones, el siguiente texto:

"ARTÍCULO 22 bis.- Al único fin de acreditar el mínimo de servicios necesarios para el logro de la Prestación Básica Universal (PBU), las mujeres y/o personas gestantes podrán computar UN(1) año de servicio por cada hijo y/o hija que haya nacido con vida.

En caso de adopción de personas menores de edad, la mujer adoptante computará DOS (2) años de servicios por cada hijo y/o hija adoptado y/o adoptada.

Se reconocerá UN (1) año de servicio adicional por cada hijo y/o hija con discapacidad, que haya nacido con vida o haya sido adoptado y/o adoptada que sea menor de edad.

Aquellas personas que hayan accedido a la Asignación Universal por Hijo para Protección Social por el período de, al menos, DOCE (12) meses continuos o discontinuos podrán computar, además, otros DOS (2) años adicionales de servicio por cada hijo y/o hija que haya nacido con vida o haya sido adoptado y/o adoptada que sea menor de edad, en la medida en que por este se haya computado el tiempo previsto en el presente apartado".

Art. 2° - Incorpórase como artículo 27 bis de la Ley N° 24.241 y sus modificaciones, el siguiente texto:

"ARTÍCULO 27 bis.- Declárase computable a los fines de la acreditación de la condición de aportante de acuerdo a lo estipulado por los incisos a) o b) del artículo 95 para el logro de las Prestaciones de Retiro Transitorio por Invalidez o de la Pensión por Fallecimiento del afiliado o de la afiliada en actividad que prevén los artículos 97 y 98, el período correspondiente a la licencia por maternidad establecida por las leyes de alcance nacional y Convenios Colectivos de Trabajo respectivos".

Art. 3° - Los plazos de licencia por maternidad y de estado de excedencia establecidos por las leyes de alcance nacional y por los Convenios Colectivos de Trabajo respectivos se computarán como tiempo de servicio solo a los efectos de acreditar el derecho a una prestación previsional en todos los regímenes previsionales administrados por la ADMINISTRACIÓN NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (ANSES), con el mismo carácter que los que desarrollaba la persona al momento de comenzar el usufructo de las mismas y siempre que se verifique que la mujer y/o persona gestante haya retornado a la misma actividad que realizaba al inicio de la licencia o del período de excedencia. Para el caso de que la persona no retome la actividad o lo haga en una distinta, los servicios se computarán como del régimen general.

La consideración de estos servicios no tendrá efecto alguno como incremento o bonificación de los haberes jubilatorios.

Art. 4° - El tiempo de servicios a computar por el período de excedencia en los términos del artículo 3° no podrá exceder a los estipulados en el artículo 183 de la Ley N° 20.744.

Art. 5° - El cómputo de los servicios a los que hace referencia el presente decreto tendrá efecto solo para las prestaciones que se soliciten a partir de la vigencia del mismo.

Art. 6° - Instrúyese a las jurisdicciones, entidades y organismos de la Administración Pública Nacional, de conformidad con lo establecido en los incisos a), b) y c) del artículo 8° de la Ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional N° 24.156, cada uno en el ámbito de sus competencias, a prestar la colaboración necesaria para la mejor implementación de lo dispuesto en el presente, debiendo transferir, ceder, y/o intercambiar entre sí los datos e información que, por sus competencias, obren en sus archivos, registros, bases o bancos de datos, dando cumplimiento a las previsiones existentes en materia de protección de datos personales y sensibles conforme lo establece la Ley N° 25.326 y en lo que respecta al resguardo del secreto fiscal en la Ley N° 11.683 (t.o. 1978) y sus modificatorias.

Art. 7° - Facúltase al MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL, a la SECRETARÍA DE SEGURIDAD SOCIAL (SSS) y a la ADMINISTRACIÓN NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (ANSES) a dictar las normas aclaratorias y complementarias pertinentes, en el ámbito de sus competencias, para la efectiva implementación del presente.

Art. 8° - La JEFATURA DE GABINETE DE MINISTROS procederá a realizar las adecuaciones presupuestarias correspondientes para dar cumplimiento a las disposiciones que se establecen por la presente medida.

Art. 9° - La presente medida entrará en vigencia a partir de su publicación en el BOLETÍN OFICIAL.

Art. 10. - Dese cuenta a la Comisión Bicameral Permanente del HONORABLE CONGRESO DE LA NACIÓN.

Art. 11. - Comuníquese, etc. - Fernández - Cafiero - Enrique de Pedro - Solá - Rossi - Guzmán - Kulfas - Basterra - Guerrera - Katopodis - Soria - Frederic - Arroyo - Gómez Alcorta - Trotta - Bauer - Salvarezza - Moroni - Cabandie - Lammens - Ferraresi - Arroyo.

DECRETO 515

Atención y Cuidado Integral de la Salud Durante el Embarazo y la Primera Infancia – Reglamentación de la ley 27.611.

Fecha: 13/08/2021

Publicación: B.O. 14/08/2021

VISTO:

El Expediente N° EX-2021-57660425-APN-DD#MS, la Ley N° 27.611, y

CONSIDERANDO:

Que el embarazo y los primeros MIL (1000) días de vida constituyen en sí mismos momentos críticos para el desarrollo de las personas, considerando que durante ese período ocurre la mayor aceleración de crecimiento y la más intensa adquisición de funciones progresivas e integradas en las personas.

Que es por ello que contar con políticas públicas, integrales e intersectoriales, que incluyan a todos los niveles del Estado y a la sociedad civil en esta materia, beneficiará el desarrollo de las nuevas generaciones.

Que a los efectos de precisar determinados conceptos de la LEY NACIONAL DE ATENCIÓN Y CUIDADO INTEGRAL DE LA SALUD DURANTE EL EMBARAZO Y LA PRIMERA INFANCIA N° 27.611, es menester definirlos.

Que esta norma asume que los procesos de gestación y el cuidado de las infancias son una responsabilidad de todo el entorno familiar y de la comunidad.

Que los entornos de crianza comprenden los distintos espacios donde se desarrolla la vida de los niños y las niñas, tal como el hogar, las instituciones educativas y de salud, como así también espacios comunitarios y de esparcimiento, todos ellos ámbitos protectores de derechos.

Que el derecho a la salud integral de las personas gestantes, sin distinción de género, orientación sexual, identidad de género, clase social, etnia y nacionalidad, y de los niños y las niñas durante los primeros años de vida implica también el derecho a una vida libre de violencias.

Que, en este sentido, la Ley N° 27.611 destaca, en particular, la relevancia de la prevención y asistencia en materia de violencias por motivos de género durante el embarazo y la primera infancia, en tanto incorpora a las disposiciones de la Ley N° 26.485 como uno de sus principios rectores e indica que en aquellos casos donde se observen indicios o sospechas de posibles situaciones de violencia por motivos de género en el marco de la atención sanitaria, los equipos profesionales y el personal interviniente tienen el deber de informar sobre los derechos allí establecidos y sobre los recursos de atención y denuncia existentes.

Que los embarazos en niñas y adolescentes imponen establecer pautas respecto a los deberes de los servicios de salud frente a la sospecha o el conocimiento de un hecho de abuso sexual en observancia con lo previsto en la Ley N° 26.061, su modificatoria y complementarias.

Que la perspectiva de género permite visibilizar y analizar las relaciones de poder que existen entre las personas sobre la base del género. Entender a los géneros como una construcción socio-cultural y no como algo natural o biológico que deriva de la anatomía.

Que históricamente las relaciones entre los géneros producen desigualdades y violencias que ponen en desventaja a las mujeres y a las personas LGBTI+.

Que la diversidad es inherente a la existencia humana.

Que hay sistemas que imponen una concepción binaria, biologicista y esencialista como formas de vivir, entre ellos las que suponen la relación lineal y única entre genitalidad, género y orientación sexual; el sistema capacitista que valora unas capacidades por sobre otras; los que valoran la etapa adulta por sobre las otras edades/etapas de la vida, como así también el racismo o etnocentrismo que considera a una cultura/grupo étnico superior a otro a partir de argumentos de superioridad racial.

Que el enfoque de la diversidad propone cuestionar las relaciones de poder que devienen de la jerarquización de unas formas de existencia por sobre otras.

Que en virtud de la implementación de la Ley N° 27.611, se considera necesario y oportuno proponer la constitución de mesas de trabajo jurisdiccionales, a los efectos de brindar apoyo y asesoramiento a las comunidades y personal de salud, en lo relativo a la gestión, registro, acceso y cumplimiento de la mentada ley, incluyéndose para tal fin a los equipos comunitarios de cada jurisdicción y debiéndose asegurar la creación de espacios de formación, participación y acceso a la información de las personas gestantes y sus familiares.

Que la identificación de una persona permite individualizarla de modo único, inequívoco y diferenciable de los demás miembros de una comunidad; es por ello que la inscripción de su nacimiento es un requisito indispensable para acceder al DOCUMENTO NACIONAL DE IDENTIDAD (DNI), instrumento que lo habilitará para el pleno ejercicio de sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales y el cumplimiento de sus obligaciones.

Que el inciso a) del artículo 2° de la Ley N° 17.671 establece que le compete al REGISTRO NACIONAL DE LAS PERSONAS (RENAPER) la inscripción e identificación de las personas, la cual se llevará a cabo mediante el registro de sus antecedentes de mayor importancia, desde el nacimiento y a través de las distintas etapas de la vida, los que se mantendrán permanentemente actualizados.

Que la inscripción registral y la documentación de las personas constituyen la base del registro de datos que refleja el potencial humano de la Nación y, por lo tanto, los hechos y actos que dan origen, alteran o modifican el estado civil y capacidad de las personas, como así también los datos que conforman las estadísticas vitales son esenciales para el diseño, implementación y evaluación de las políticas públicas.

Que la creación, en el ámbito del REGISTRO NACIONAL DE LAS PERSONAS (RENAPER), del Sistema de Alerta Temprana de Nacimientos para la inscripción e identificación inmediata de recién nacidas y nacidos permitirá contar con información actualizada de todos los nacimientos de personas nacidas vivas, se haya formalizado o no la inscripción registral y/o la tramitación del DNI.

Que el Sistema de Alerta Temprana de Nacimientos se implementará a través de la plataforma de emisión de certificados digitales de hechos vitales, medio por el cual los y las profesionales médicos y médicas intervinientes deben certificar por documento electrónico con firma digital los hechos vitales de las personas, de acuerdo con lo establecido en los artículos 30, 32, 34, 35, 62, 64 y 65 de la Ley N° 26.413.

Que, además, es necesario adoptar medidas que faciliten el acceso al DNI, particularmente de las personas en situación de vulnerabilidad social.

Que en relación con la inscripción tardía, otra situación identificada como una dificultad de acceso al DNI, la cual, en muchas ocasiones requiere su judicialización, con la consecuente demora que ello implica, se debe destacar la importancia de lo establecido por la LEY NACIONAL DE ATENCIÓN Y CUIDADO INTEGRAL DE LA SALUD DURANTE EL EMBARAZO Y LA PRIMERA INFANCIA N° 27.611, en cuanto la misma podrá instrumentarse por vía administrativa y sin límite de edad, lo que disminuirá significativamente la subregistración.

Que la citada LEY NACIONAL DE ATENCIÓN Y CUIDADO INTEGRAL DE LA SALUD DURANTE EL EMBARAZO Y LA PRIMERA INFANCIA N° 27.611 incorporó al Régimen de Asignaciones Familiares la Asignación por Cuidado de Salud Integral, la cual consistirá en el pago de una suma de dinero que se abonará UNA (1) vez al año a las personas titulares comprendidas en el artículo 1° de la Ley N° 24.714 y sus modificatorias, por cada niño o niña menor de TRES (3) años de edad que se encuentre a su cargo, siempre que hayan tenido derecho al cobro de la Asignación Universal por Hijo para Protección Social dentro del año calendario y acrediten el cumplimiento del plan de vacunación y control sanitario, de conformidad con los requisitos que a tales efectos establezca la ADMINISTRACIÓN NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (ANSES).

Que la Asignación por Cuidado de Salud Integral deberá ser liquidada de acuerdo al monto correspondiente al valor general del menor nivel de ingresos del período en que la misma se pone al pago; salvo que las personas titulares residan en las zonas previstas en la Ley N° 23.272 y su modificatoria, a quienes será aplicable el importe diferencial establecido en el artículo 2° de la Ley N° 27.160 y sus modificatorias.

Que por el artículo 7° de la LEY NACIONAL DE ATENCIÓN Y CUIDADO INTEGRAL DE LA SALUD DURANTE EL EMBARAZO Y LA PRIMERA INFANCIA N° 27.611 se extendió la Asignación por Embarazo para Protección Social, desde el inicio del embarazo hasta su interrupción o el nacimiento del hijo o de la hija, siempre que no exceda de NUEVE (9) mensualidades.

Que, en este sentido, resulta adecuado establecer que la extensión de la referida Asignación por Embarazo para Protección Social será también de aplicación para aquellas asignaciones que se encuentran en curso de pago al momento de la entrada en vigencia de la LEY NACIONAL DE ATENCIÓN Y CUIDADO INTEGRAL DE LA SALUD DURANTE EL EMBARAZO Y LA PRIMERA INFANCIA N° 27.611.

Que a los fines de garantizar el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones establecidos en la LEY NACIONAL DE ATENCIÓN Y CUIDADO INTEGRAL DE LA SALUD DURANTE EL EMBARAZO Y LA PRIMERA INFANCIA N° 27.611, resulta necesario el diseño del modelo de atención y cuidado integral por parte de la Autoridad de Aplicación, el cual deberá, entre otras cuestiones, establecer las prestaciones que el sistema deberá brindar, definir su cobertura y/o su inclusión en el PROGRAMA MÉDICO OBLIGATORIO (PMO); como así también respecto de los insumos fundamentales como medicamentos esenciales, vacunas, leche y alimentos para el desarrollo.

Que, además, la Autoridad de Aplicación deberá delinear el alcance de la organización de los servicios de salud para niños y niñas con necesidad de cuidados especiales en sus primeros años, en cuanto a las condiciones, patologías y estudios clínicos que deban garantizar.

Que resulta conveniente y necesario establecer, sin perjuicio de que puedan ser modificados en el futuro, los indicadores que permitan monitorear el cumplimiento de la Ley, los cuales a su vez serán reportados por la Autoridad de Aplicación ante el HONORABLE CONGRESO DE LA NACIÓN, en oportunidad de presentar su informe anual.

Que la Autoridad de Aplicación elaborará un PLAN NACIONAL DE IMPLEMENTACIÓN de la ley que incluya un Cronograma de Avance de Implementación.

Que en virtud de la organización de nuestro país, y a los fines de garantizar la más federal y equitativa implementación de la ley que por el presente se reglamenta, resulta necesario establecer acuerdos interjurisdiccionales, siendo el CONSEJO FEDERAL DE SALUD, entre otros, un ámbito apropiado para ello.

Que en atención a sus competencias y estructura orgánica, resulta oportuno que la UNIDAD DE COORDINACIÓN ADMINISTRATIVA funcione en el ámbito de la SECRETARÍA DE ACCESO A LA SALUD del MINISTERIO DE SALUD, pudiendo dictar su propio reglamento.

Que el MINISTERIO DE SALUD, en su carácter de Autoridad de Aplicación de la referida ley, ha tomado la intervención de su competencia.

Que el servicio jurídico pertinente ha tomado la intervención de su competencia.

Que la presente medida se dicta en uso de las facultades conferidas por el artículo 99, incisos 1 y 2 de la CONSTITUCIÓN NACIONAL.

Por ello,

El Presidente de la Nación Argentina decreta:

Art. 1° - Apruébase la REGLAMENTACIÓN DE LA LEY NACIONAL DE ATENCIÓN Y CUIDADO INTEGRAL DE LA SALUD DURANTE EL EMBARAZO Y LA PRIMERA INFANCIA N° 27.611, que como ANEXO I (IF-2021-69636433-APN-SAS#MS) forma parte integrante del presente.

Art. 2° - La presente medida entrará en vigencia a partir de su publicación en el BOLETÍN OFICIAL.

Art. 3° - Comuníquese, etc. - Fernández - Cafiero - Vizzotti - Gómez Alcorta - Moroni - Enrique de Pedro.

ANEXO

REGLAMENTACIÓN DE LA LEY NACIONAL DE ATENCIÓN Y CUIDADO INTEGRAL DE LA SALUD DURANTE EL EMBARAZO Y LA PRIMERA INFANCIA N° 27.611

CAPÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

ARTÍCULO 1°.- Objeto. A los fines de la presente reglamentación, se establecen las siguientes definiciones:

(a) “Primera infancia”: es la etapa de la niñez que abarca desde el nacimiento de la persona hasta el momento de cumplir los TRES (3) años de vida. Durante este período ocurre la mayor aceleración de crecimiento de las estructuras corporales, la mayor maduración del sistema nervioso central, la más intensa adquisición de funciones progresivas e integradas que en cualquier otro curso de la vida. Es también el curso donde se expresa en su mayor magnitud la

plasticidad de los sistemas para adaptarse a eventuales lesiones o daños y se establecen las bases para el desarrollo de la autonomía.

En la primera infancia cobra plena relevancia el desarrollo infantil, definido este como el proceso evolutivo y dinámico de adquisición continua y progresiva de habilidades relativas al lenguaje, la cognición, la motricidad, la interacción social y la conducta, que comienza en la etapa prenatal, continúa a lo largo de la infancia, y refleja la organización compleja de las funciones cerebrales.

En la primera infancia también cobran trascendencia los vínculos afectivos tempranos, los cuales son esenciales para la construcción de la identidad y del equilibrio emocional.

(b) "Malnutrición": son las carencias, excesos o desequilibrios de la ingesta de energía y/o nutrientes. El concepto incluye las siguientes dimensiones: desde desnutrición crónica (baja estatura para una edad determinada); desnutrición aguda (bajo peso para una estatura determinada); insuficiencia ponderal (bajo peso para una edad determinada); carencias de vitaminas y minerales y sobrepeso y obesidad (elevado peso para una estatura determinada).

(c) "Prevención de la violencia": toda acción destinada a evitar las violencias por razones de género, en los términos de las Leyes Nros. 26.485 y 26.743 y las violencias hacia niños, niñas y adolescentes, en los términos de la Ley N° 26.061, sus decretos reglamentarios, concordantes y accesorias.

ARTÍCULO 2°.- Marco normativo. SIN REGLAMENTAR.

ARTÍCULO 3°.- Principios Rectores. SIN REGLAMENTAR.

CAPÍTULO II

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL

ARTÍCULO 4°.- Asignación por Cuidado de Salud Integral. SIN REGLAMENTAR.

ARTÍCULO 5°.- Beneficiarios y beneficiarias de la Asignación por Cuidado de Salud Integral. SIN REGLAMENTAR.

ARTÍCULO 6°.- Montos. La Asignación por Cuidado de Salud Integral se liquidará de acuerdo al monto correspondiente al valor general del menor nivel de ingresos del período en que la misma se pone al pago; salvo que las personas titulares residan en las zonas previstas en la Ley N° 23.272 y su modificatoria, a quienes será aplicable el importe diferencial establecido en el artículo 2° de la Ley N° 27.160 y sus modificatorias.

ARTÍCULO 7°.- Extensión de la Asignación por Embarazo para Protección Social. La extensión de la Asignación por Embarazo para Protección Social será también de aplicación para aquellas asignaciones que se encuentren en curso de pago al momento de entrada en vigencia de la ley.

ARTÍCULO 8°.- Asignación por nacimiento. Eliminación de antigüedad. SIN REGLAMENTAR.

ARTÍCULO 9°.- Asignación por adopción. Eliminación de antigüedad. SIN REGLAMENTAR.

ARTÍCULO 10.- Extensión de la asignación por nacimiento y de la asignación por adopción. SIN REGLAMENTAR.

ARTÍCULO 11.- Articulación intraestatal. SIN REGLAMENTAR.

CAPÍTULO III

DERECHO A LA IDENTIDAD

ARTÍCULO 12.- Sistema de Alerta Temprana de Nacimientos. Certificado digital de hechos vitales. Creación. El REGISTRO NACIONAL DE LAS PERSONAS (RENAPER) dictará las normas aclaratorias y complementarias y todo acto administrativo que resulten necesarios para la implementación y operatividad del Sistema de Alerta Temprana de Nacimientos creado por el artículo 12 de la Ley N° 27.611, dentro del ámbito de sus competencias.

Los organismos mencionados en el tercer párrafo del artículo 12 de la Ley N° 27.611 y los Registros pertenecientes al CONSEJO FEDERAL DE REGISTROS DEL ESTADO CIVIL Y CAPACIDAD DE LAS PERSONAS DE LA REPÚBLICA ARGENTINA, en el marco de lo dispuesto en el artículo 93 de la Ley N° 26.413, deberán brindarle al REGISTRO NACIONAL DE LAS PERSONAS (RENAPER) la información contenida en sus bases de datos y archivos, facilitándole a dicho organismo la interacción de sus sistemas a efectos de que cuente con la documentación respaldatoria pertinente de los hechos vitales.

ARTÍCULO 13.- Exención de tasas. El REGISTRO NACIONAL DE LAS PERSONAS (RENAPER) requerirá a la ADMINISTRACIÓN NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (ANSES), al MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL y a todo otro organismo público la información pertinente y necesaria obrante en sus bases de datos para el cumplimiento e implementación de lo dispuesto en el artículo 30 inciso b) de la Ley N° 17.671, modificado por el artículo 13 de la LEY

NACIONAL DE ATENCIÓN Y CUIDADO INTEGRAL DE LA SALUD DURANTE EL EMBARAZO Y LA PRIMERA INFANCIA N° 27.611, debiendo adaptar con dicho fin sus sistemas operativos a efectos de permitir, a los fines allí previstos, la interoperabilidad de los mismos, dentro de los parámetros legales permitidos por la Ley de Protección de los Datos Personales N° 25.326 y sus modificatorias.

ARTÍCULO 14.- Deber inmediato de informar. El REGISTRO NACIONAL DE LAS PERSONAS (RENAPER) dictará las normas aclaratorias y complementarias necesarias a efectos de instrumentar el envío por parte de los Registros Civiles y de Capacidad de las Personas de la REPÚBLICA ARGENTINA de las partidas a las que hacen referencia los artículos 30, 32, 34, 35, 62, 64 y 65 de la Ley N° 26.413.

Facúltase al REGISTRO NACIONAL DE LAS PERSONAS -RENAPER- y a los Registros pertenecientes al CONSEJO FEDERAL DE REGISTROS DEL ESTADO CIVIL Y CAPACIDAD DE LAS PERSONAS a celebrar los convenios y firmar los actos administrativos pertinentes a efectos de poder intercambiar la información contenida en sus bases de datos con el objeto de dar cumplimiento a lo ordenado por la LEY NACIONAL DE ATENCIÓN Y CUIDADO INTEGRAL DE LA SALUD DURANTE EL EMBARAZO Y LA PRIMERA INFANCIA N° 27.611.

ARTÍCULO 15.- Inscripción administrativa tardía. El REGISTRO NACIONAL DE LAS PERSONAS (RENAPER) y los Registros pertenecientes al CONSEJO FEDERAL DE REGISTROS DEL ESTADO CIVIL Y CAPACIDAD DE LAS PERSONAS dictarán las normas aclaratorias y complementarias y todo acto administrativo que resulte necesario para dar cumplimiento a lo ordenado por el artículo 15 de la LEY NACIONAL DE ATENCIÓN Y CUIDADO INTEGRAL DE LA SALUD DURANTE EL EMBARAZO Y LA PRIMERA INFANCIA N° 27.611, modificatorio del artículo 29 de la Ley N° 26.413.

A los efectos de la solicitud de inscripción tardía de nacimiento, vencidos los plazos legales y no existiendo certificado médico de nacimiento, el y/o la progenitora solicitante deberá/n manifestar su conformidad expresamente al momento de la solicitud de inscripción suscribiendo la misma.

En los casos de inscripciones de las personas menores de edad, la intervención al Ministerio Público procederá de acuerdo a lo establecido en el artículo 103 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Establécese que una vez emitido el Certificado de Preidentificación referido en el artículo 29, inciso c) de la Ley N° 26.413, modificado por el artículo 15 de la LEY NACIONAL DE ATENCIÓN Y CUIDADO INTEGRAL DE LA SALUD DURANTE EL EMBARAZO Y LA PRIMERA INFANCIA N° 27.611, deberá procederse al inicio inmediato de las actuaciones administrativas que correspondan.

CAPÍTULO IV

DERECHO A LA SALUD INTEGRAL

ARTÍCULO 16.- Modelo de Atención Integral. El MINISTERIO DE SALUD, a través de la Unidad de Coordinación Administrativa creada por el artículo 30 de la ley que por el presente se reglamenta, establecerá el "Modelo de Atención y Cuidado Integral", cuyos ejes estratégicos se orientarán al cuidado de la salud y la vida de las personas gestantes y de las niñas y los niños en sus primeros TRES (3) años de vida, la protección de los vínculos afectivos tempranos y la prevención de violencias, como facilitadores principales del desarrollo infantil. El Modelo de Atención y Cuidado Integral se conformará de un conjunto de guías y manuales que contendrán las estrategias, procedimientos, protocolos y herramientas de acción eficaz y eficiente que, al complementarse, organizarán a los TRES (3) subsistemas de salud permitiendo la integralidad en los distintos niveles de atención.

Estos instrumentos estarán dirigidos a quienes ejercen los cuidados de las personas gestantes, las niñas y los niños en sus TRES (3) primeros años de vida en todos los entornos de crianza saludables identificados, y serán desarrollados con un enfoque de diversidad cultural, de género y del derecho a la vida libre de violencias. Es por ello que involucrarán tanto al grupo familiar y comunitario como a los y las agentes de salud, de educación, de desarrollo social, de organismos de protección social y de derechos, pertenecientes a los distintos niveles y sectores del Estado, de índole pública y privada.

El subsector público de salud, las obras sociales enmarcadas en las Leyes Nros. 23.660 y 23.661, las Entidades de Medicina Prepaga (Ley N° 26.682), el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (Ley N° 19.032), la Obra Social del Poder Judicial de la Nación, la Dirección de Ayuda Social para el Personal del Congreso de la Nación, el Instituto de Obra Social de las Fuerzas Armadas, las Obras Sociales Universitarias (Ley N° 24.741) y todos aquellos y todas aquellas agentes que brinden servicios médico-asistenciales a sus afiliados y afiliadas, independientemente de la figura jurídica que posean, incorporarán como prestaciones de salud obligatorias y a brindar a sus afiliados y afiliadas o beneficiarios y beneficiarias todas las prestaciones alcanzadas por el "Modelo de Atención y Cuidado Integral" que fije la Autoridad de Aplicación, las cuales quedarán

incluidas en el PROGRAMA MÉDICO OBLIGATORIO (PMO) con una cobertura del CIEN POR CIENTO (100 %), sin perjuicio de los porcentajes de cobertura que establezca la Autoridad de Aplicación en los términos de los artículos 20 y 23 de la ley que se reglamenta u otra regulación dictada oportunamente por la Autoridad de Aplicación.

ARTÍCULO 17.- Capacitación del personal. El MINISTERIO DE SALUD, en su carácter de Autoridad de Aplicación, suscribirá convenios y articulará acciones con otros organismos públicos nacionales, provinciales, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y/o municipales, instituciones académico-científicas y/u organizaciones de la sociedad civil con reconocida trayectoria en la perspectiva de derechos establecidos en la ley que se reglamenta, con el fin de desarrollar capacidades en el personal involucrado en la gestión de la LEY NACIONAL DE ATENCIÓN Y CUIDADO INTEGRAL DE LA SALUD DURANTE EL EMBARAZO Y LA PRIMERA INFANCIA N° 27.611.

ARTÍCULO 18.- Equipos comunitarios. El MINISTERIO DE SALUD, en su carácter de Autoridad de Aplicación, desarrollará en conjunto con los organismos competentes, guías y protocolos que incluyan los lineamientos básicos de intervención, articulación y coordinación de los dispositivos y equipos de salud comunitarios con los organismos administrativos de protección de derechos establecidos en el artículo 42 de la Ley N° 26.061.

ARTÍCULO 19.- Formación y participación. El MINISTERIO DE SALUD, en su carácter de Autoridad de Aplicación, aprobará guías y protocolos que versen sobre cuidados de la salud integral, desarrollo y vínculos tempranos, alimentación saludable, lactancia materna y prevención de las violencias, entre otros aspectos relevantes, desde la perspectiva del derecho a la salud integral.

ARTÍCULO 20.- Provisión pública de insumos fundamentales. La provisión pública de insumos fundamentales será gratuita para quienes no posean cobertura por parte de Obras Sociales y Empresas de Medicina Prepaga. Para aquellas personas con cobertura por parte de Obras Sociales, Empresas de Medicina Prepaga u otros agentes del seguro de salud cualquiera sea su figura jurídica serán dichas entidades las encargadas de brindar la cobertura. A efectos del presente artículo son:

(a) Medicamentos esenciales: Todo fármaco designado como medicamento esencial dentro del listado de la ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, destinado a embarazo, parto, posparto y durante los primeros TRES (3) años de vida de toda persona, quedando asimismo incluido todo aquel que sea incorporado como medicamento esencial por parte de la Autoridad de Aplicación, a efectos de la ley que se reglamenta por el presente. Los medicamentos esenciales quedarán incluidos en el PROGRAMA MÉDICO OBLIGATORIO, con una cobertura del CIEN POR CIENTO (100 %).

(b) Vacunas: Todas las vacunas incluidas en el Calendario Nacional de Vacunación, obligatorias para las personas gestantes y niños y niñas de hasta TRES (3) años, con una cobertura del CIEN POR CIENTO (100 %).

(c) Leche: Toda leche fortificada y/o de otras fórmulas alimentarias requeridas por niños o niñas que no acceden a la lactancia por razones justificadas y cuenten con prescripción del médico o de la médica o equipo de salud en los términos en que fije la Autoridad de Aplicación, las cuales tendrán una cobertura del CIEN POR CIENTO (100 %).

(d) Alimentos para el crecimiento y desarrollo saludable en el embarazo y la niñez, en el marco de los programas disponibles al efecto. La Autoridad de Aplicación dictará las normas que resulten pertinentes con el fin de determinar los alimentos a ser cubiertos y su porcentaje de cobertura.

ARTÍCULO 21.- Estrategias específicas para la salud perinatal y primeros años de vida. SIN REGLAMENTAR.

CAPÍTULO V

DERECHO A LA PROTECCIÓN EN SITUACIONES ESPECÍFICAS DE VULNERABILIDAD

ARTÍCULO 22.- Organización de servicios de salud para los niños y las niñas con necesidad de cuidados especiales en sus primeros años. La Autoridad de Aplicación establecerá el alcance de las condiciones de salud de mayor prevalencia durante los primeros TRES (3) años de vida; antecedentes de parto pretérmino; cardiopatías congénitas; otras malformaciones o enfermedades congénitas, genéticas o metabólicas que impliquen un alto riesgo o impacto en la salud y calidad de vida referidos en el artículo 22 de la ley aquí reglamentada, así como los estudios de morfología fetal por ecografía o método que en el futuro los reemplace, entre las DIECIOCHO (18) a VEINTIDÓS (22) semanas de gestación, para definir malformaciones congénitas mayores o problemas de la salud fetal, y otros estudios y prácticas.

Las niñas y los niños que por condiciones o riesgos de salud definidos al nacer o en sus primeros años requieran cuidados especiales deberán acceder a una atención programada de su salud integral y a la habi-

litación/rehabilitación de las funciones comprometidas. Estos cuidados serán provistos por redes de atención según el riesgo, integrando los TRES (3) niveles de atención de la salud y los servicios de educación y cuidado comunitario locales.

Las redes de atención deberán garantizar el acceso al cuidado integral de la salud y la atención especializada, a la vigilancia del crecimiento, al neurodesarrollo y a las pesquisas y tratamientos en forma universal y oportuna según recomendaciones establecidas (visión, audición, trastornos motores y cognitivos, intervenciones oportunas, tratamientos quirúrgicos, nutrición, medicamentos especiales, tecnologías asistivas o de soporte vital); los apoyos necesarios para la integración educativa y el acceso a las certificaciones y asignaciones correspondientes. Las familias, los equipos de salud, educación y comunitarios a cargo deberán recibir capacitación e información suficiente, con perspectiva de corresponsabilidad en los cuidados.

ARTÍCULO 23.- Personas que cursen embarazos de alto riesgo. Trombofilia. SIN REGLAMENTAR.

ARTÍCULO 24.- Mujeres u otras personas gestantes en situación de violencia por razones de género. La Autoridad de Aplicación, a través de la Unidad de Coordinación Administrativa creada por el artículo 30 de la ley aquí reglamentada y de la Dirección de Géneros y Diversidad del MINISTERIO DE SALUD, en articulación con el MINISTERIO DE LAS MUJERES, GÉNEROS Y DIVERSIDAD, desarrollarán materiales específicos para brindar información a las mujeres y otras personas gestantes sobre su derecho a una vida libre de violencias por motivos de género y a que se les brinde información sobre los dispositivos de atención y denuncia existentes.

Asimismo, deberán contemplar criterios de accesibilidad en su elaboración y aportar herramientas que permitan identificar situaciones y prácticas discriminatorias y violentas. Los materiales deberán elaborarse con perspectiva de género, diversidad, intersectorialidad e interculturalidad.

La distribución de los materiales deberá estar acompañada de instancias de capacitación que serán incluidas conforme lo previsto en el artículo 17 de la ley objeto del presente.

La Autoridad de Aplicación, a través de las referidas Unidad de Coordinación Administrativa y Dirección de Géneros y Diversidad del MINISTERIO DE SALUD, en articulación con el MINISTERIO DE LAS MUJERES, GÉNEROS Y DIVERSIDAD y otros organismos con competencia en la materia, desarrollarán herramientas, tales como protocolos de detección temprana y evaluación de riesgo, guías de abordaje integral ante situaciones de violencia por motivos de género, recomendaciones y/o lineamientos que permitan a los equipos de salud y a todo el personal involucrado identificar indicios o sospechas de posibles situaciones de violencia por motivos de género hacia niñas, niños, adolescentes, mujeres y personas gestantes.

A los efectos de dar cumplimiento a la adecuada atención y la derivación correspondiente en aquellos casos donde se identifiquen indicios de violencias por motivos de género, la Autoridad de Aplicación, en articulación con el MINISTERIO DE LAS MUJERES, GÉNEROS Y DIVERSIDAD, deberá impulsar acciones transversales con los organismos competentes y las áreas de género y diversidad locales con el fin de fortalecer las redes en salud, los dispositivos en salud mental y de apoyo psicosocial e invitar a los gobiernos provinciales y al de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a desarrollar y difundir un protocolo de derivación y denuncia, propio de su jurisdicción.

ARTÍCULO 25.- Indicadores. La Unidad de Coordinación Administrativa identificará aquellos indicadores con los que el Estado ya cuenta, como así también desarrollará los que eventualmente se requieran a los fines de monitorear el cumplimiento de la LEY NACIONAL DE ATENCIÓN Y CUIDADO INTEGRAL DE LA SALUD DURANTE EL EMBARAZO Y LA PRIMERA INFANCIA N° 27.611, los cuales, analizados de manera integral, deberán contemplar las siguientes dimensiones:

(i) Hechos vitales durante el curso de la gestación y de los primeros TRES (3) años de vida;

(ii) Acceso a la salud y a espacios de cuidado y de educación y

(iii) Asignaciones sociales.

ARTÍCULO 26.- Niñas y adolescentes embarazadas. Los protocolos para la atención especializada y específica para las niñas y adolescentes menores de QUINCE (15) años embarazadas, que realice la Autoridad de Aplicación en articulación con otros sectores competentes, incluirán estrategias que garanticen en todo momento la participación activa de la niña y/o adolescente y la restitución de derechos amenazados y/o vulnerados de manera integral, evitando su revictimización. Además, incluirán herramientas que garanticen la vinculación o revinculación con el sistema educativo, para el caso de adolescentes embarazadas, conforme a las Leyes Nros. 25.273, 25.584 y su modificatoria y 26.061.

La atención oportuna de los servicios de salud para la detección de un posible abuso comprende el respeto de la intimidad, la privacidad, la autonomía y la

confidencialidad de la niña y/o adolescente, así como también el deber de comunicar ante los organismos de protección de la Ley N° 26.061 y denunciar ante la Justicia.

Toda niña, todo niño o adolescente víctima de abuso sexual conserva su derecho a formular la pertinente denuncia. En caso de que se oponga a realizarla, se deberán extremar esfuerzos, utilizando lenguaje claro, para que pueda comprender el alcance, la necesidad y el rol que la denuncia cumple. Su negativa a denunciar no exime al equipo de salud de su deber de formular tal denuncia.

CAPÍTULO VI

DERECHO A LA INFORMACIÓN

ARTÍCULO 27.- Guía de cuidados integrales de la salud. La Autoridad de Aplicación y los organismos integrantes de la Unidad de Coordinación Administrativa elaborarán esta guía y coordinarán la promoción de su difusión con los organismos que integran la Mesa Interministerial de Políticas de Cuidado, creada por la Decisión Administrativa N° 1745/20.

ARTÍCULO 28.- Línea gratuita de atención. Todas las líneas telefónicas existentes de la Autoridad de Aplicación y de los organismos integrantes de la Unidad de Coordinación Administrativa deberán brindar la misma información relativa a la ley objeto de la presente reglamentación, para lo cual la Autoridad de Aplicación y los organismos integrantes de dicha Unidad elaborarán protocolos y guías de atención.

CAPÍTULO VII

AUTORIDAD DE APLICACIÓN

ARTÍCULO 29.- Autoridad de Aplicación. El MINISTERIO DE SALUD, en su carácter de Autoridad de Aplicación de la LEY NACIONAL DE ATENCIÓN Y CUIDADO INTEGRAL DE LA SALUD DURANTE EL EMBARAZO Y LA PRIMERA INFANCIA N° 27.611, se encuentra facultado para dictar las normas complementarias y aclaratorias y demás disposiciones que fueren necesarias para su mejor cumplimiento.

Asimismo, elaborará y aprobará el Plan Nacional de Implementación de la referida LEY NACIONAL DE ATENCIÓN Y CUIDADO INTEGRAL DE LA SALUD DURANTE EL EMBARAZO Y LA PRIMERA INFANCIA N° 27.611 y celebrará los acuerdos interjurisdiccionales correspondientes a través del CONSEJO FEDERAL DE SALUD, como todo otro acuerdo que resulte necesario a sus efectos.

En tal marco, propiciará la constitución de mesas de trabajo jurisdiccionales, a los efectos de brindar apoyo y asesoramiento a las comunidades y personal de salud, en lo relativo a la gestión, registro, acceso y cumplimiento de la ley que se reglamenta, incluyéndose para tal fin a los equipos comunitarios de cada jurisdicción, debiéndose asegurar la creación de espacios de formación, participación y acceso a la información de las personas gestantes y sus familiares.

La Autoridad de Aplicación podrá suscribir convenios y articular acciones con otros organismos públicos nacionales, provinciales, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y municipales, instituciones académicocientíficas y organizaciones de la sociedad civil con reconocida trayectoria en la perspectiva de derechos de la ley que se reglamenta, con el fin de avanzar en el cumplimiento de los objetivos de la LEY NACIONAL DE ATENCIÓN Y CUIDADO INTEGRAL DE LA SALUD DURANTE EL EMBARAZO Y LA PRIMERA INFANCIA N° 27.611.

El PODER EJECUTIVO NACIONAL deberá asignar anualmente a la Autoridad de Aplicación las partidas presupuestarias necesarias para la implementación y ejecución de la LEY NACIONAL DE ATENCIÓN Y CUIDADO INTEGRAL DE LA SALUD DURANTE EL EMBARAZO Y LA PRIMERA INFANCIA N° 27.611 y de la presente reglamentación.

ARTÍCULO 30.- Unidad de Coordinación Administrativa. La Unidad de Coordinación Administrativa será presidida por el MINISTERIO DE SALUD, en su carácter de Autoridad de Aplicación de la ley que se reglamenta y funcionará en el ámbito de la Secretaría de Acceso a la Salud del mismo.

La Unidad de Coordinación Administrativa dictará su propio reglamento interno en el cual se establecerán las pautas mínimas de funcionamiento y participación.

ARTÍCULO 31- Funciones de la Unidad de Coordinación Administrativa.

Inciso a): Con el fin de garantizar la integralidad y la extensión territorial de las acciones previstas en la ley que se reglamenta, la Unidad de Coordinación Administrativa promoverá la constitución de ámbitos de articulación intersectorial a niveles provinciales, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y municipales.

Los organismos integrantes de la Unidad de Coordinación Administrativa podrán impulsar dichas articulaciones, de ser posible, por intermedio de los Consejos Federales de los que formen parte.

Inciso b) SIN REGLAMENTAR

Inciso c) SIN REGLAMENTAR

Inciso d) SIN REGLAMENTAR

Inciso e) SIN REGLAMENTAR

Inciso f) SIN REGLAMENTAR

Inciso g) SIN REGLAMENTAR

Inciso h) SIN REGLAMENTAR

Inciso i) SIN REGLAMENTAR

ARTÍCULO 32.- Unificación de registros y bases de datos. SIN REGLAMENTAR.

ARTÍCULO 33.- Monitoreo y evaluación. La Autoridad de Aplicación desarrollará un sistema de monitoreo y evaluación a partir de los indicadores establecidos en virtud de lo dispuesto en el artículo 25 de la presente.

A los fines de obtener los datos de las obras sociales y empresas de medicina prepaga solicitará anualmente, previa presentación del Informe Anual al que se refiere el artículo 34 y a través de la Superintendencia de Servicios de Salud, la remisión de la información necesaria para su evaluación.

ARTÍCULO 34.- Rendición de cuentas. La Autoridad de Aplicación, a través de la Unidad de Coordinación Administrativa, desarrollará y enviará al HONORABLE CONGRESO DE LA NACIÓN el Informe Anual detallando el grado de cumplimiento de los indicadores de monitoreo establecidos.

El primer Informe Anual será presentado al año de la entrada en vigencia de la presente reglamentación y así sucesivamente.

DECRETO 516

Acceso a la Interrupción Voluntaria del Embarazo y a la Atención Postaborto – Reglamentación de la ley 27.610.

Fecha: 13/08/2021

Publicación: B.O. 14/08/2021

VISTO:

El Expediente N° EX-2021-04118483-APN-DD#MS, la Ley N° 27.610, y

CONSIDERANDO:

Que mediante la Ley N° 27.610 se reguló el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo y a la atención postaborto, en cumplimiento de los compromisos asumidos por el Estado argentino en materia de salud pública y derechos humanos de las mujeres y de otras personas con otras identidades de género con capacidad de gestar, para garantizar una sociedad más plural, más respetuosa de nuestras diferencias y menos desigual.

Que la citada norma legal se enmarca en los derechos consagrados en distintos Tratados Internacionales, la mayoría con rango constitucional, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW por sus siglas en inglés) y su Protocolo Facultativo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención de Belem Do Para", la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

Que a partir de la sanción de la ley que por este decreto se reglamenta, la REPÚBLICA ARGENTINA comienza a desandar el camino de la amenaza penal y la desigualdad y a recorrer el de la justicia social, el respeto a la autonomía y el ejercicio de derechos como respuestas democráticas y constitucionales para que las mujeres y las personas gestantes tengan los mismos cuidados y condiciones, cualquiera sea la jurisdicción en la que habiten, su nivel socioeconómico y el sistema de salud donde se atiendan.

Que dicha ley sintetiza una historia de numerosas luchas para que los derechos reproductivos sean efectivos. Así, la Ley N° 27.610 se suma a la Ley N° 25.673 de creación del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable en el ámbito del MINISTERIO DE SALUD, a la Ley N° 26.150 de creación del Programa Nacional de Educación Sexual Integral que establece el derecho de niños, niñas y adolescentes a recibir educación sexual integral y a la Ley de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus Relaciones Interpersonales N° 26.485.

Que el acceso al aborto seguro es una política de salud pública dentro del conjunto de políticas necesarias para garantizar la salud sexual y reproductiva de las niñas, adolescentes, mujeres y otras personas con capacidad de gestar y, con ella, sus derechos humanos. Es, en este sentido, que dicha ley apuesta a

una respuesta integral de las políticas de salud sexual y reproductiva.

Que dentro de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en septiembre del año 2015, se encuentra el objetivo de garantizar una vida sana y promover el bienestar para todos en todas las edades, que incluye la meta específica de garantizar para el año 2030, el acceso universal a los servicios de salud sexual y reproductiva.

Que el aborto ha sido por muchísimos años un problema de salud pública en la REPÚBLICA ARGENTINA, principalmente, por las condiciones en que se producía y por las desigualdades geográficas, económicas y sociales. Dichas condiciones de inseguridad provocan daños en la salud y en la vida de las mujeres y otras personas gestantes, así como muertes evitables.

Que las políticas de acceso al aborto seguro deben implementarse, articularse y fortalecerse con la prevención de embarazos no intencionales.

Que, en esa línea, a través del artículo 2° de la Ley N° 27.610, se reconocen los derechos de las mujeres y personas con otras identidades de género con capacidad de gestar a decidir, requerir y acceder a la atención de la interrupción del embarazo, así como a requerir y recibir atención postaborto en los servicios del sistema de salud y a acceder a información para prevenir los embarazos no intencionales.

Que por el artículo 5° de la citada ley se establecen las condiciones mínimas y derechos en la atención del aborto y postaborto.

Que, en virtud de lo expuesto, corresponde reglamentar ciertos aspectos de la Ley N° 27.610, destacándose entre estos el ejercicio del derecho a la confidencialidad, las condiciones de otorgamiento del consentimiento informado, la situación de las personas con capacidad restringida y los supuestos en los cuales los o las profesionales de la salud no podrán alegar objeción de conciencia, entre otros.

Que, asimismo, se establece que la Autoridad de Aplicación de la Ley N° 27.610 es el MINISTERIO DE SALUD de la Nación, en función de las competencias que en razón de la materia le asigna la Ley de Ministerios (texto ordenado por Decreto N° 438 del 12 de marzo de 1992) y sus modificatorias.

Que la DIRECCIÓN NACIONAL DE SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA y la SECRETARÍA DE ACCESO A LA SALUD, ambas del MINISTERIO DE SALUD, han tomado intervención en el ámbito de sus respectivas competencias.

Que el servicio de asesoramiento jurídico pertinente ha tomado la intervención de su competencia.

Que la presente medida se dicta en uso de las atribuciones conferidas por el artículo 99, incisos 1 y 2 de la CONSTITUCIÓN NACIONAL.

Por ello,

El Presidente de la Nación Argentina decreta:

Art. 1° - Apruébase la Reglamentación de la Ley N° 27.610 – "Acceso a la Interrupción Voluntaria del Embarazo y a la Atención postaborto"– que como ANEXO (IF-2021-69993393-APN-SAS#MS) forma parte integrante del presente decreto.

Art. 2° - Establécese al MINISTERIO DE SALUD de la Nación como Autoridad de Aplicación de la Ley N° 27.610 y de la reglamentación que se aprueba por el presente decreto, quien dictará las normas aclaratorias y complementarias que resulten necesarias para su respectiva implementación.

Art. 3° - Comuníquese, etc. - Fernández - Cafiero - Vizzotti - Gómez Alcorta.

ANEXO

REGLAMENTACIÓN DE LA LEY N° 27.610

ACCESO A LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO Y A LA ATENCIÓN POSTABORTO

ARTÍCULO 1°.- Objeto. Sin reglamentar.

ARTÍCULO 2°.- Derechos. Sin reglamentar.

ARTÍCULO 3°.- Marco normativo constitucional. Sin reglamentar.

ARTÍCULO 4°.- Interrupción voluntaria del embarazo. Para el acceso a la interrupción del embarazo hasta la semana CATORCE (14) de gestación, inclusive, se requerirá el consentimiento informado de la persona requirente en los términos de los artículos 7°, 8° o 9° de la Ley N° 27.610, según corresponda.

Para el acceso a la interrupción del embarazo en la situación descripta en el inciso a) del artículo 4° de la ley citada se requerirá:

1) el consentimiento informado en los términos de los artículos 7°, 8° o 9° de la Ley N° 27.610, según corresponda y

2) la declaración jurada, que consistirá en un documento donde la persona requirente dejará manifestado que el embarazo es producto de una violación.

En los casos de niñas menores de TRECE (13) años de edad, la declaración jurada no será requerida conforme lo establecido en el artículo 4°, inciso a) de la Ley que se reglamenta.

En ningún caso se podrá exigir denuncia judicial o policial como requisito para el acceso a la práctica.

Para el acceso a la interrupción del embarazo en las situaciones descriptas en el inciso b) del artículo 4° de la referida ley se requerirá:

1) el consentimiento informado en los términos de los artículos 7°, 8° o 9° de la ley que se reglamenta, según corresponda y

2) la constancia de la causal en la historia clínica. El peligro para la vida o la salud deberá ser evaluado y establecido por el personal de salud interviniente en el marco de la relación entre el o la profesional de la salud y la paciente. Dicho peligro implica la posibilidad de afectación y no exige la configuración concreta de un daño.

En ninguno de los casos previstos en el presente artículo se requiere autorización judicial para el acceso a la práctica.

ARTÍCULO 5°.- Derechos en la atención de la salud:

a) Trato digno. Sin reglamentar.

b) Privacidad. Sin reglamentar.

c) Confidencialidad. El deber de confidencialidad es extensivo a toda persona que acceda a la documentación clínica de las prestaciones reguladas en la Ley N° 27.610. En virtud de este derecho y del deber de guardar secreto profesional, el personal de salud no podrá entregar información obtenida en el marco de la atención sanitaria a ninguna persona, salvo que exista orden judicial expresa que releve de este deber en una causa judicial o salvo expresa autorización escrita de la propia paciente.

d) Autonomía de la voluntad. De conformidad con el primer párrafo del presente artículo, "las alternativas de tratamiento" a las que se refiere el inciso d) del artículo 5° de la ley que aquí se reglamenta serán brindadas por el o la profesional interviniente, de acuerdo con lo establecido en el artículo 5° y siguientes y concordantes de la Ley N° 26.529 y demás normativa aplicable. En ningún caso el personal de salud podrá interferir indebidamente con la decisión de las personas gestantes.

e) Acceso a la información. Sin reglamentar.

f) Calidad: Sin reglamentar.

ARTÍCULO 6°.- Información y tratamiento del aborto y de la salud sexual y reproductiva.

a) Sin reglamentar.

b) En el marco de la atención integral de la salud, en los casos en que se hubiera solicitado la interrupción del embarazo en virtud de la causal prevista en el inciso a) del artículo 4° de la Ley N° 27.610, el personal de salud interviniente pondrá a disposición de la requirente la información sobre los derechos establecidos en la Ley de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que desarrollen sus Relaciones Interpersonales N° 26.485 y, en particular, sobre los recursos de atención, canales disponibles para realizar una denuncia penal y la posibilidad de contar con asesoramiento legal.

c) Sin reglamentar.

ARTÍCULO 7°.- Consentimiento informado. En la historia clínica se deberá dejar constancia del otorgamiento del consentimiento informado. En los casos en que, por las condiciones de la persona gestante, el consentimiento no pueda emitirse por escrito, se otorgará en un formato que le resulte accesible como braille, digital, audio, entre otros, y el mismo deberá incorporarse a la historia clínica.

ARTÍCULO 8°.- Personas menores de edad. Sin reglamentar.

ARTÍCULO 9°.- Personas con capacidad restringida. Si existiera, en los términos del artículo 38 del Código Civil y Comercial de la Nación, una sentencia judicial de restricción a la capacidad que impida prestar el consentimiento para interrumpir el embarazo o la persona hubiera sido declarada incapaz judicialmente en virtud del artículo 32, último párrafo del Código Civil y Comercial de la Nación, el consentimiento deberá ser prestado, en los términos en que se haya dispuesto en la sentencia, por la persona designada o nombrada representante de acuerdo a lo establecido en el inciso c) del artículo 101 del Código Civil y Comercial de la Nación, o a falta o ausencia de esta, la de una persona allegada, en los términos del último párrafo del artículo 59 del Código Civil y Comercial de la Nación.

En ningún caso se deberá solicitar autorización judicial para acceder a la interrupción del embarazo.

ARTÍCULO 10.- Objeción de conciencia. De conformidad con el segundo párrafo del artículo 10 de la

Ley N° 27.610, el personal de salud no podrá negarse a la realización de la interrupción del embarazo en caso de emergencia, cuando la práctica deba realizarse en forma urgente pues su no realización inmediata pondría en riesgo la salud física o la vida de la persona gestante.

ARTÍCULO 11.- Objeción de conciencia. Obligaciones de los establecimientos de salud. Sin reglamentar.

ARTÍCULO 12.- Cobertura y calidad de las prestaciones. Sin reglamentar.

ARTÍCULO 13.- Educación sexual integral y salud sexual y reproductiva. Sin reglamentar.

ARTÍCULO 14.- Modificación del Código Penal. Sin reglamentar.

ARTÍCULO 15.- Incorporación del artículo 85 bis al Código Penal. Sin reglamentar.

ARTÍCULO 16.- Sustitución del artículo 86 del Código Penal. Sin reglamentar.

ARTÍCULO 17.- Sustitución del artículo 87 del Código Penal. Sin reglamentar.

ARTÍCULO 18.- Sustitución del artículo 88 del Código Penal. Sin reglamentar.

ARTÍCULO 19.- Capacitación. A los fines de supervisar, monitorear e informar acerca de la implementación del presente artículo, el MINISTERIO DE SALUD de la Nación y los Ministerios Provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires deberán definir indicadores que permitan evaluar la consecución de los programas de capacitación.

La capacitación del personal de salud sobre los contenidos de la Ley N° 27.610 y de su normativa complementaria y reglamentaria deberá desarrollarse en el marco del sistema de derechos establecido en el artículo 3° de la misma.

ARTÍCULO 20.- Autoridad de aplicación. Se establece en el artículo 2° del presente decreto.

ARTÍCULO 21.- Orden público. Sin reglamentar.

DECRETO 476

Registro Nacional de las Personas – Características y nomenclaturas de Documentos Nacionales de Identidad y de Pasaportes Ordinarios para argentinos – Norma complementaria de las leyes 17.671 y 26.743.

Fecha: 20/07/2021

Publicación: B.O. 21/07/2021

VISTO:

El Expediente N° EX-2021-64230029-APN-DNDV#RENAPER, las Leyes Nros. 15.110, 17.722, 17.671 y sus modificatorias, 23.054, 23,179, 23.313, 23.849, 25.903, 26.202, 26.378, 26.743, 26.994 y sus modificatorias, los Decretos Nros. 1501 del 20 de octubre de 2009, 261 del 2 de marzo de 2011 y su modificatorio y 1007 del 2 de julio de 2012, y

CONSIDERANDO:

Que el derecho a la identidad de género es inherente al derecho a la propia identidad, que forma parte del campo de los derechos humanos.

Que el derecho a la identidad tiene una directa e indisoluble vinculación con el derecho a no sufrir discriminación, a la salud, a la intimidad y a realizar el propio plan de vida. Se constituye como un concepto genérico que ensambla otros derechos que tutelan diversos aspectos de la persona.

Que entre los instrumentos de protección de los derechos humanos vigentes en nuestro país es relevante destacar la DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS; la DECLARACIÓN AMERICANA DE DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE; la CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS -CADH-; el PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS -PIDCP-; el PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES -PIDESC-; la CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO -CDN-; la CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD -CDPD-; la CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN RACIAL-CERD-; la CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER -CEDAW- y la CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES.

Que por su parte el artículo 11 de la Ley N° 17.671 establece que el REGISTRO NACIONAL DE LAS PERSONAS, organismo descentralizado actuante en la órbita de la SECRETARÍA DE INTERIOR del MINISTERIO DEL INTERIOR, expedirá, con carácter exclusivo, los Documentos Nacionales de Identidad con las características, nomenclaturas y plazos que se establezcan en la reglamentación de la ley mencionada.

Que el artículo 13 de la ley en cita determina que la presentación del Documento Nacional de Identidad expedido por el REGISTRO NACIONAL DE LAS PERSONAS será obligatoria en todas las circunstancias en que sea necesario probar la identidad de las personas comprendidas en la mencionada ley, sin que pueda ser suplido por ningún otro documento de identidad, cualquiera sea su naturaleza y origen.

Que el artículo 16 de la misma norma dispone que el REGISTRO NACIONAL DE LAS PERSONAS será el único organismo del Estado facultado para expedir los Documentos Nacionales de Identidad mencionados en esa ley y en su reglamentación, ya sea en forma directa o por intermedio de las oficinas seccionales, consulares u otros organismos que legalmente lo representen.

Que por el artículo 1° del Decreto N° 1501/09 se autorizó a dicho organismo a utilizar tecnologías digitales en la identificación de las ciudadanas y los ciudadanos nacionales y extranjeras y extranjeros, como así también en la emisión del Documento Nacional de Identidad con los alcances señalados en la Ley N° 17.671, disponiéndose que, a su vez, diseñe y apruebe las características del nuevo Documento Nacional de Identidad con su nomenclatura, descripción y detalles de seguridad e inviolabilidad conforme las facultades conferidas por el artículo 11 de la citada Ley.

Que, asimismo, mediante el artículo 1° del Decreto N° 261/11 se dispuso que, con excepción de los pasaportes diplomáticos y oficiales, los distintos tipos de pasaportes nacionales serán otorgados en todo el territorio de la Nación por la DIRECCIÓN NACIONAL DEL REGISTRO NACIONAL DE LAS PERSONAS.

Que, conforme lo establece el artículo 1° de la Ley N° 26.743, toda persona tiene derecho al reconocimiento de su identidad de género, al libre desarrollo de su persona y 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 los nombres de pila, imagen y sexo con los que allí es registrada.

Que, de acuerdo al artículo 2° de la ley mencionada precedentemente, se entiende por "identidad de género" a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo.

Que, en tal sentido, el artículo 3° de la referida Ley prevé que toda persona podrá solicitar la rectificación registral del sexo y el cambio de nombre de pila e imagen, cuando no coincidan con su identidad de género autopercibida, cumpliendo para ello los requisitos dispuestos en los artículos 4° y 5° de dicha norma.

Que, asimismo, en su artículo 13 dispone que toda norma, reglamentación o procedimiento, deberá respetar el derecho humano a la identidad de género de las personas y que ninguna norma, reglamentación o procedimiento podrá limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio del derecho a la identidad de género de las personas, debiendo interpretarse y aplicarse las normas siempre a favor del acceso al mismo.

Que, por otra parte, cabe precisar que por el artículo 1° de la Ley N° 15.110 se adhirió al CONVENIO PROVISIONAL DE AVIACIÓN CIVIL INTERNACIONAL y al CONVENIO RELATIVO AL TRÁNSITO DE LOS SERVICIOS INTERNACIONALES, firmado en CHICAGO -ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA- el 7 de diciembre de1944.

Que nuestro país forma parte integrante de la ORGANIZACIÓN DE AVIACIÓN CIVIL INTERNACIONAL (en adelante OACI), creada por medio del CONVENIO DE CHICAGO, el que regula las normas, políticas y métodos recomendados para alcanzar seguridad y eficiencia en la aviación civil internacional.

Que la REPÚBLICA ARGENTINA adhirió al Documento OACI N° 9303 que contiene el detalle de las especificaciones físicas y técnicas para la seguridad e integridad de los documentos de viaje de lectura mecánica en el cual se indica que la zona reservada al "sexo" es obligatorio completarla, y que ello debe realizarse con las letras "F" para femenino, "M" para masculino o "X" en caso indefinido o cuando no se especifique, mientras que el símbolo "<" en la zona de lectura mecánica (ZLM) significará "sexo sin especificar".

Que el documento referido indica que "…Cuando un Estado expedidor u organización expedidora no quiera identificar el sexo, se utilizará el carácter de relleno (<) en esa casilla en la ZLM y una X en la casilla correspondiente de la ZIV [Zona de Inspección Visual]".

Que se debe reconocer el derecho a la identificación a aquellas personas cuya identidad de género se encuentre comprendida en opciones tales como no binaria, indeterminada, no especificada, indefinida, no informada, autopercibida, no consignada; u otra opción con la que pudiera reconocerse la persona, que no se corresponda con el binario femenino/masculino.

Que, si bien la nomenclatura "X" para "sexo sin especificar" aún no fue admitida unánimemente por los CIENTO NOVENTA Y TRES (193) Estados que in-

tegran la OACI, existen diferentes políticas de género adoptadas respecto de los documentos identificatorios, entre los cuales podemos mencionar a la REPÚBLICA DEMOCRÁTICA FEDERAL DE NEPAL, que en el año 2007, su Tribunal Supremo introdujo formalmente un tercer género; la REPÚBLICA ISLÁMICA DE PAKISTÁN, donde los y las pakistaníes pueden elegir un tercer género ya desde el año 2009; la REPÚBLICA POPULAR DE BANGLADESH que aprobó en el año 2013 una ley que introduce la categoría "hijra" en pasaportes y otras tarjetas de identificación siendo este un término para personas transexuales o intersexuales en el sur de Asia. Con este reconocimiento, las autoridades han querido reducir la discriminación en educación y asistencia médica de las personas. Se estima que unas DIEZ MIL (10.000) personas en la REPÚBLICA POPULAR DE BANGLADESH se benefician de ello; en la REPÚBLICA DE LA INDIA, donde también en el año 2009 pudieron elegir, por primera vez, en sus registros al lado de masculino y femenino, la opción "otro"; y en CANADÁ, en el cual, desde el año 2017, los Territorios del Noroeste del país emiten certificados de nacimiento con una "X" en lugar de "femenino" o "masculino", mientras que en los pasaportes, la "X" puede solicitarse en todo su territorio.

Que la COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (en adelante CIDH) de la ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA) mediante OAS/Ser. L/V/II.170, Doc. 184 del 7 diciembre 2018, decidió elaborar un nuevo informe para favorecer que aquellas personas que no se perciban comprendidas en el sistema binario -femenino/masculino-, puedan planificar y fortalecer sus capacidades individuales.

Que el nuevo informe OAS/Ser.L/V/II.rev.2, Doc. 36 de la CIDH sobre "Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en Américas" del 12 de noviembre de 2015 contiene directrices para la construcción de una sociedad más justa e incluyente, basada en el respeto a la orientación sexual, identidad de género - real o percibida - y diversidad corporal, tomando como base el reconocimiento de derechos específicos que traducen de forma efectiva la protección integral y la garantía del derecho a la identidad de dichas personas.

Que, en este marco, la CIDH hace un llamado a todos los Estados Miembros de la ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (en adelante, OEA) para que respeten y apliquen los estándares contenidos en la Opinión Consultiva OC-24/17 de la CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, referidos al derecho de las personas a tener su identidad de género autopercibida reconocida, adoptar leyes de identidad de género que reconozcan el derecho de las personas a rectificar su nombre y el componente sexo en sus certificados de nacimiento, documentos de identidad y demás documentos legales, a través de procesos expeditos y sencillos.

Que, en el mismo orden de ideas, la CIDH señala que: "Otro ejemplo a destacar es la ley de identidad de género adoptada por el Estado de Argentina el 24 de mayo de 2012 (Ley No. 26.743), que a juicio de la CIDH "constituye la mejor práctica en la región, en tanto no requiere ningún tipo de intervención o procedimiento médico, procedimiento judicial o certificación psiquiátrica o médica, para el reconocimiento del género de las personas" según su identidad de género, y que la violencia y la discriminación contra las personas trans en Argentina disminuyó desde su promulgación. En efecto, dicha ley garantiza el libre desarrollo de las personas, extendiendo su protección a niñas, niños y adolescentes, conforme a su identidad de género, corresponda esta, o no, con el sexo asignado al nacer. Esta ley no solo asegura la rectificación registral del sexo y el cambio de nombre en todos los documentos que acreditan la identidad de la persona, sino también el acceso a una salud integral, tratamientos hormonales e intervenciones quirúrgicas parciales o totales, sin requerir autorización judicial o administrativa, con el consentimiento informado de la persona como único requisito".

Que, sobre la materia, la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN manifestó que debe efectuarse una interpretación dinámica de la Constitución Nacional, conforme la cual el intérprete debe efectuar toda exégesis normativa, privilegiando la adaptación continua del texto constitucional a la evolución y cambios que experimenta la vida social.

Que, además, señaló que la identidad es un derecho subjetivo público constitucionalizado y que tal condición impone a la Administración ejercer una discrecionalidad subjetivada, es decir, protectoria y no regresiva del derecho humano puesto en juego (cfr. Dictámenes PTN 309:253).

Que el Documento Nacional de Identidad es un Documento de Viaje válido en el ámbito del MERCADO COMÚN DEL SUR -MERCOSUR-, conforme fuera ratificado por los Estados miembro, en el marco del ACUERDO SOBRE RESIDENCIA PARA NACIONALES DE LOS ESTADOS PARTES DEL MERCOSUR aprobado por la Ley N° 25.903, razón por la cual debe cumplir con los estándares internacionales a los cuales la REPÚBLICA ARGENTINA ha adherido voluntariamente y que ha informado en el MERCOSUR.

Que la presente medida se dicta a efectos de cumplir con lo dispuesto por la Ley N° 26.743 y facilitar la registración material de la consignación en el Documento Nacional de Identidad del "sexo" con carácter

no binario, y respetar el derecho a la identidad y a la identificación conforme los términos de la ley en cita y los Tratados Internacionales a los cuales la REPÚBLICA ARGENTINA ha adherido.

Que, con el dictado de la presente norma, y en cumplimiento de lo prescripto en la Ley citada en el párrafo precedente, se incorporará una tercera opción documentaria en la categoría "sexo" en el Documento Nacional de Identidad y en el Pasaporte, con el fin de contemplar el derecho a la identidad de género respecto de aquellas personas que no se reconocen dentro del sistema binario femenino/masculino.

Que, consecuentemente, resulta necesario establecer que pueda consignarse en el Documento Nacional de Identidad, así como en el Pasaporte Electrónico Argentino, en la zona reservada al "sexo", y conforme el Documento OACI N° 9303, las nomenclaturas "F", "M" o "X", saliendo así del esquema de posibilidades binarias que existían previo al dictado de la presente medida.

Que en la zona reservada al "sexo" en los Documentos de Viaje, se consignará la letra "X" , y se utilizará el carácter de relleno "<" en la casilla correspondiente al campo "sexo" en la ZLM, conforme el Documento OACI N° 9303, cuando las personas que así lo soliciten tengan partidas de nacimiento rectificadas en el marco de la Ley N° 26.743, cualquiera sea el "sexo" consignado en sus partidas, cuando no coincida con "F" o "M", o bien si el sexo no se hubiere consignado.

Que resulta prudente y adecuado informar a aquellas personas que voluntariamente decidan que en su Documento de Viaje, sea el Documento Nacional de Identidad y/o Pasaporte Electrónico Argentino, el campo reservado al "sexo" contenga una "X", sobre la posibilidad de encontrar restricciones de ingreso, aún en carácter de pasajeros en tránsito, en aquellos Estados que aún no han adherido a dicha nomenclatura.

Que, con anterioridad al dictado de la presente, quienes hubieren efectuado una rectificación de sexo y/o nombre de pila, pudieron haber visto afectado su derecho a la identidad de género por no tener la posibilidad documentaria de optar en la categoría "sexo" por alguna opción de género no binaria.

Que, en tal sentido, a partir del dictado de la presente medida, dichas personas podrán adecuar su documentación registral e identificatoria en los términos del presente decreto, considerando que tal adecuación no se trata de una nueva rectificación, y por tanto la misma no se encuentra alcanzada por la limitación prevista en el artículo 8° de la Ley N° 26.743.

Que, en las condiciones indicadas precedentemente, idéntico derecho se debe garantizar para la emisión de Documentos Nacionales de Identidad para las personas extranjeras que cumplan los requisitos previstos en el artículo 9° del Decreto N° 1007/12, y para la emisión del Pasaporte Excepcional para Extranjeros y de los Documentos de Viaje para Apátridas y Refugiados, en las condiciones dispuestas en los artículos 6°, 13, 14 y 15 del Anexo I al Decreto N° 261/11 (cfr. Decreto N° 749/19).

Que han tomado intervención los servicios jurídicos competentes.

Que la presente medida se dicta en uso de las atribuciones y facultades conferidas por el artículo 99, incisos 1 y 2 de la CONSTITUCIÓN NACIONAL.

Por ello,

El Presidente de la Nación Argentina decreta:

Art. 1° - Establécese que a los efectos previstos en el artículo 11 de la Ley N° 17.671, el REGISTRO NACIONAL DE LAS PERSONAS, organismo descentralizado actuante en la órbita de la SECRETARÍA DE INTERIOR del MINISTERIO DEL INTERIOR, deberá adaptar las características y nomenclaturas de los Documentos Nacionales de Identidad y de los Pasaportes que emite, con exclusividad, con el fin de dar cumplimiento a lo establecido en la Ley N° 26.743 y en la presente medida.

Art. 2° - Determínase que las nomenclaturas a utilizarse en los Documentos Nacionales de Identidad y en los Pasaportes Ordinarios para Argentinos en el campo referido al "sexo" podrán ser "F" -Femenino-, "M" - Masculino- o "X". Esta última se consignará, de conformidad con lo establecido en el artículo 4° del presente decreto, en aquellos supuestos de personas nacionales cuyas partidas de nacimiento sean rectificadas en el marco de la Ley N° 26.743, cualquiera sea la opción consignada en la categoría "sexo", siempre que no sea "F" –Femenino- o "M" –Masculino-, o bien si el "sexo" no se hubiere consignado.

Art. 3° - Establécese que todas aquellas personas nacionales cuyas Partidas de Nacimiento se expidan en el marco de la Ley N° 26.743 en las que se consigne una opción para la categoría "sexo" que no sea "F" –Femenino- o "M" –Masculino-, o bien si el mismo no se hubiere consignado, podrán solicitar que en la zona reservada al "sexo" en los Documentos Nacionales de Identidad, y en los Pasaportes Ordinarios para Argentinos, se consigne la letra "X"; utilizándose en este caso el carácter de relleno "<" en la casilla correspondiente al campo "sexo" en la ZLM.

Art. 4° - A los fines del presente decreto, la nomenclatura "X" en el campo "sexo" comprenderá las siguientes acepciones: no binaria, indeterminada, no especificada, indefinida, no informada, autopercibida, no consignada; u otra acepción con la que pudiera identificarse la persona que no se sienta comprendida en el binomio masculino/femenino.

Art. 5° - El Documento Nacional de Identidad que cuente con la letra "X" en la zona reservada al "sexo" tendrá validez como Documento de Viaje a los efectos establecidos en el ACUERDO SOBRE DOCUMENTOS DE VIAJE DE LOS ESTADOS PARTES DEL MERCOSUR Y ESTADOS ASOCIADOS, suscrito en la Ciudad de Asunción, República del Paraguay, el 20 de diciembre de 2015.

Art. 6° - Instrúyese al MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES, COMERCIO INTERNACIONAL Y CULTO a notificar los términos del presente decreto a la ORGANIZACIÓN DE AVIACIÓN CIVIL INTERNACIONAL (OACI) y a la sede correspondiente del MERCOSUR.

Art. 7° - El presente decreto será aplicable también a aquellas personas nacionales a las que se les hubieran expedido Partidas de Nacimiento en el marco de la Ley N° 26.743, con anterioridad a la vigencia de esta medida, sin perjuicio de lo consignado en la partida de nacimiento en la categoría "sexo" y siempre que su identidad de género se corresponda con la definición del artículo 4°, tanto para obtener su Documento Nacional de Identidad como su Pasaporte Ordinario para Argentinos.

Art. 8° - Establécese que idénticos derechos a los establecidos en el presente tendrán las personas extranjeras que obtengan y/o cuenten con el Documento Nacional de Identidad para Extranjeros, Pasaporte Excepcional para Extranjeros o Documento de Viaje para Apátridas o Refugiados, bajo las condiciones previstas en la normativa pertinente.

Art. 9° - El REGISTRO NACIONAL DE LAS PERSONAS deberá informar a todas aquellas personas que soliciten la expedición del Documento Nacional de Identidad para argentinas o argentinos o extranjeras o extranjeros, el Pasaporte Ordinario para Argentinos, el Pasaporte Excepcional para Extranjeros o los Documentos de Viaje para Apátridas o Refugiados, en las condiciones previstas en los artículos precedentes, sobre 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.

Art. 10. - Instrúyese al MINISTERIO DE LAS MUJERES, GÉNEROS Y DIVERSIDAD a dictar capacitaciones para las autoridades y personal de todos los organismos que integran la ADMINISTRACIÓN PÚBLICA NACIONAL con competencia en la materia, para que lo dispuesto en la presente medida se aplique en condiciones de respeto a la identidad y expresión de género de las personas y en contextos libres de discriminación por motivos de género.

Art. 11. - Facúltase al REGISTRO NACIONAL DE LAS PERSONAS a dictar las normas aclaratorias y complementarias del presente decreto.

Las Direcciones Generales, Provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, dictarán los procedimientos registrales a los fines de dar cumplimiento con la presente medida y garantizar los derechos aquí reconocidos, incluyendo los necesarios para que, quienes hubiesen rectificado sus partidas en virtud de la Ley N° 26.743 con anterioridad al dictado de la presente medida, puedan adecuar administrativamente dicha rectificación en los términos del presente decreto.

Art. 12. - La presente medida entrará en vigencia a partir de su publicación en el BOLETÍN OFICIAL, debiendo efectuar, todos los organismos que integran la Administración Pública Nacional, dentro del plazo de CIENTO VEINTE (120) días las adecuaciones normativas, tecnológicas y de sistemas que resulten necesarias para su efectiva implementación.

Art. 13. - Comuníquese, etc. - Fernández - Cafiero - Enrique de Pedro - Gómez Alcorta.

RESOLUCIÓN GENERAL 12 (IGJ)

Entidades comerciales y civiles reguladas por la Inspección General de Justicia – Paridad de género en la integración de órganos de administración y/o de fiscalización – Ratificación de la vigencia de todo lo dispuesto en las res. grales. 34, 35 y 42 (IGJ).

Fecha: 19/08/2021

Publicación: B.O. 20/08/2021

I. Y VISTO: Lo establecido en la Resolución General IGJ N° 34/2020, modificada por la Resolución General IGJ N° 35/2020, complementado por lo estipulado en la Resolución General IGJ N° 42/2020, y, asimismo, lo resuelto por la Sala "C", de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en fecha 9 de Agosto de

2021, en el marco de la causa caratulada "INSPECCION GENERAL DE JUSTICIA c/ LINEA EXPRESO LINIERS S.A.I.C. s/ ORGANISMOS EXTERNOS" (Expediente N° 1651/2021/CA01); y

II. CONSIDERANDO:

1. Que, con fecha 3 de Agosto de 2020, se publicó, en el Boletín Oficial de la República Argentina, el día 5 de Agosto de 2020, la Resolución General de esta INSPECCIÓN GENERAL DE JUSTICIA (IGJ) N° 34/2020, vinculada a la consagración, en el ámbito de determinadas personas jurídicas, del derecho a la igualdad y a la no discriminación del género femenino en relación al género masculino, en lo que refiere a la integración de órganos de administración y/o de fiscalización de ciertas entidades comerciales y civiles.

Que, con fecha 11 de Agosto de 2020, se publicó, en el Boletín Oficial de la República Argentina, el día 13 de Agosto de 2020, la Resolución General IGJ N° 35/2020, que modificó el artículo 2° y el artículo 9° de la Resolución General IGJ N° 34/2020.

Que, correlacionando la Resolución General IGJ N° 34/2020, modificada por la Resolución General IGJ N° 35/2020, en la parte dispositiva de la primera se establece lo que sigue:

"ARTÍCULO 1°: A partir de la entrada en vigencia de esta resolución las asociaciones civiles en proceso de constitución; las simples asociaciones que soliciten su inscripción en el registro voluntario; las sociedades anónimas que se constituyan, en cuanto estuvieren o quedaren comprendidas en el artículo 299, de la Ley N° 19.550, excepto las abarcadas por los incisos 1°, 2° y 7°, las fundaciones con un consejo de administración de integración temporaria y electiva y las Sociedades del Estado (Ley N° 20.705) deberán incluir en su órgano de administración, y en su caso en el órgano de fiscalización, una composición que respete la diversidad de género, estableciendo una composición de los órganos referidos que esté integrado por la misma cantidad de miembros femeninos que de miembros masculinos. Cuando la cantidad de miembros a cubrir fuera de número impar, el órgano deberá integrarse de forma mixta, con un mínimo de un tercio de miembros femeninos.

ARTÍCULO 2°: Las asociaciones civiles, las simples asociaciones, las sociedades anónimas que estuvieren o quedaren comprendidas en el artículo 299, de la Ley N° 19.550, excepto las abarcadas por los incisos 1°, 2° y 7°, las fundaciones con un consejo de administración de integración temporaria y electiva y las Sociedades del Estado (Ley N° 20.705), que a la fecha de entrada en vigencia de esta resolución ya estuviesen inscriptas ante esta INSPECCIÓN GENERAL DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, deberán aplicar para las designaciones de los miembros de los órganos de administración, y en caso de corresponder de fiscalización, electos en cada oportunidad de su designación con posterioridad a la entrada en vigor de la misma, lo normado en el ARTÍCULO 1°

ARTÍCULO 3°: Los dictámenes de precalificación para la inscripción en el Registro Público de autoridades de las sociedades, asociaciones civiles y fundaciones comprendidas en el artículo 1° de la presente resolución, deberán incluir como un punto especial la composición por género de los órganos e indicar los porcentajes de la misma.

ARTÍCULO 4°: La INSPECCIÓN GENERAL DE JUSTICIA podrá, a través del dictado de resoluciones fundadas y ante un pedido expreso al respecto, exceptuar de lo previsto en la presente, de forma total, parcial, transitoria o definitiva, a la persona jurídica que así lo requiera, fundado ello sólo en virtud de circunstancias singulares, extraordinarias, atendibles y objetivas, derivadas de sus antecedentes constitutivos y/o tipo de conformación y/o de la actividad social tendente a la consecución de su objeto.

ARTÍCULO 5°: En cualquier instrumento público o privado registrable ante la INSPECCIÓN GENERAL DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, que por su naturaleza requiera incorporar datos obrantes en el documento nacional de identidad de personas humanas, se podrá utilizar a los efectos de identificar a la persona un sistema que combine las iniciales del nombre, el apellido completo, día y año de nacimiento y número de documento y el nombre de pila elegido por razones de identidad de género del interesado/a.

ARTÍCULO 6°: El informe del art. 66 LGS deberá contener una descripción de la política de género aplicada en la relación al órgano de administración, incluyendo sus objetivos, las medidas adoptadas, la forma en la que se han aplicado, en particular, los procedimientos para procurar en el órgano de administración un número de mujeres que permita alcanzar una presencia equilibrada de mujeres y hombres.

ARTÍCULO 7°: El DEPARTAMENTO DE DENUNCIAS Y FISCALIZACIÓN DE ENTIDADES CIVILES examinará oportunamente los reglamentos internos de las asociaciones civiles relativos al uso de bienes sociales y acceso a servicios por parte de asociados y terceros vinculados a estos, a fin de evaluar su contenido en orden a la existencia o no en ellos de previsiones que admitan o posibiliten discriminaciones arbitrarias, de cualquier índole y/o limitaciones de los derechos a los beneficios contemplados en dichos reglamentos, por razones de sexo, nacionalidad, creen-

cias religiosas y políticas, edad, raza, condición social y cualquier otra situación análoga.

ARTÍCULO 8°: La INSPECCIÓN GENERAL DE JUSTICIA pondrá en conocimiento del INADI y del MINISTERIO DE LAS MUJERES, GÉNEROS Y DIVERSIDAD DE LA NACIÓN los antecedentes que justifiquen su intervención, en caso de incumplimiento o reticencia en la implementación de medidas tendientes a alcanzar, respetar y mantener la paridad de género.

ARTÍCULO 9°: Esta resolución entrará en vigencia a los sesenta (60) días de su publicación en el Boletín Oficial.

ARTÍCULO 10°: Regístrese como Resolución General. Publíquese. Dese a la DIRECCIÓN NACIONAL DEL REGISTRO OFICIAL. Comuníquese a las Direcciones y Jefaturas de los Departamentos y respectivas Oficinas del Organismo y al Ente de Cooperación Técnica y Financiera, solicitando a éste ponga la presente resolución en conocimiento de los Colegios Profesionales que participan en el mismo. Remítase copia al MINISTERIO DE LAS MUJERES, GÉNEROS Y DIVERSIDAD y al INSTITUTO NACIONAL CONTRA LA DISCRIMINACIÓN, LA XENOFOBIA Y EL RACISMO (INADI). Para los efectos indicados, pase a la Delegación Administrativa. Oportunamente, archívese."

2. Que, con fecha 26 de Octubre de 2020, se publicó, en el Boletín Oficial de la República Argentina, el día 27 de Octubre de 2020, la Resolución General IGJ N° 42/2020, que complementó lo establecido por la Resolución General IGJ N° 34/2020, en relación a las entidades religiosas que se encuentren inscriptas en el Registro Nacional de Cultos o ante el Registro de Institutos de Vida Consagrada, en lo concerniente a lo previsto en el artículo 4° de la Resolución General IGJ N° 34/2020, Registros ambos existentes en la órbita del actual MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES, COMERCIO INTERNACIONAL Y CULTO, autoridad de aplicación en materia de entidades religiosas.

Que, en su parte dispositiva, por la Resolución General IGJ N° 42/2020 se establece lo que sigue:

"Artículo 1°.- Las iglesias, confesiones, comunidades y entidades religiosas constituidas o a constituirse como asociaciones civiles, simples asociaciones o fundaciones con un consejo de administración de integración temporaria y electiva anotadas y que se encuentren inscriptas ante el Registro Nacional de Cultos o ante el Registro de Institutos de Vida Consagrada, a los fines de solicitar lo previsto en el artículo 4° de la Resolución General N° 34/2020 de la Inspección General de Justicia, deberán presentar certificación de inscripción expedida por alguno de tales Registros, existentes en la órbita del actual MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES, COMERCIO INTERNACIONAL Y CULTO, autoridad de aplicación en materia de entidades religiosas.

Artículo 2°.- A solicitud de las iglesias, confesiones, comunidades y entidades religiosas, el Registro Nacional de Cultos o el Registro de Institutos de Vida Consagrada, según corresponda, evaluados los antecedentes obrantes ante dicho/s Organismo/s, expedirá/n una constancia en la que se acredite que la entidad peticionante, de conformidad a sus principios constitutivos, no puede adecuar su estructura asociativa y sus reglamentos internos a lo previsto en los artículos 1°, 2° y 3° de la Resolución General N° 34/2020 de la Inspección General de Justicia, instrumento que será admitido por esta Inspección General de Justicia a los efectos de fundada excepción y debido cumplimiento, respectivamente, en relación a lo establecido en los artículos 4° y 7° de la Resolución General IGJ N° 34/2020.

Artículo 3°.- Regístrese como Resolución General. Publíquese. Dese a la DIRECCIÓN NACIONAL DEL REGISTRO OFICIAL. Comuníquese a las Direcciones y Jefaturas de los Departamentos y respectivas Oficinas del Organismo y al Ente de Cooperación Técnica y Financiera, solicitando a éste ponga la presente resolución en conocimiento de los Colegios Profesionales que participan en el mismo. Remítase copia al MINISTERIO DE LAS MUJERES, GÉNEROS Y DIVERSIDAD, al INSTITUTO NACIONAL CONTRA LA DISCRIMINACIÓN, LA XENOFOBIA Y EL RACISMO (INADI) y al MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES, COMERCIO INTERNACIONAL Y CULTO . Para los efectos indicados, pase a la Delegación Administrativa. Oportunamente, archívese."

3. Que, con fecha 9 de Agosto de 2021, dos integrantes de la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en el marco de la causa caratulada "INSPECCION GENERAL DE JUSTICIA c/ LINEA EXPRESO LINIERS S.A.I.C. s/ ORGANISMOS EXTERNOS" (Expediente N° 1651/2021/CA01), dispusieron, en la parte resolutoria de una resolución dictada, lo que sigue:

"10. Por lo expuesto, se resuelve: hacer lugar al recurso y, en consecuencia, dejar sin efecto las resoluciones apeladas. Costas por su orden, dada la naturaleza de la cuestión. Notifíquese por secretaría."

Que, las resoluciones apeladas por la parte recurrente, son la Resolución General IGJ N° 34/2020 y la Resolución General IGJ N° 35/2020, ya detalladas.

4. Que, así la situación, y pese a que el decisorio referenciado no se encuentra firme, en pos de brindar

certeza al conjunto de los administrados que se hallan en la esfera competencial de esta INSPECCIÓN GENERAL DE JUSTICIA y concernidos en las Resoluciones Generales que este ORGANISMO ha dictado en el pasado año y más arriba relacionadas, abarcativas de lo que comprenden las medidas de acción positivas emprendidas en lo tocante a "diversidad y paridad de género", es que se impone precisar lo que sigue:

4.1. Que, para empezar, la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial ha sido cuestionada - y lo sigue estando en la actualidad - en cuanto a su competencia para entender en la impugnación de Resoluciones Generales dictadas por esta INSPECCIÓN GENERAL DE JUSTICIA, dado que tal categoría de actos administrativos, esto es de alcance general y no particular y emanados de un ORGANISMO integrante del ESTADO NACIONAL, sólo son debatibles en el Fuero especializado al efecto, esto es, en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ante la Cámara Contencioso Administrativo Federal.

Que, lo anterior, ha sido así entendido en su día, en el marco de la causa caratulada "ASEA-ASOCIACION EMPRENDEDORES ARGENTINOS ASOCIACION CIVIL Y OTROS C/ INSPECCION GENERAL DE JUSTICIA S/ AMPARO" (EXPDTE. N° 5026/2020 - JUZGADO COMERCIAL N° 24 - JUZGADO COMERCIAL DE FERIA - SALA DE FERIA DE LA CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL - SALA E), en las siguientes instancias:

4.1.1. Dictamen de la Fiscalía en lo Civil y Comercial N° 2, de fecha 20 de Mayo de 2020.

4.1.2. Sentencia del Juzgado Comercial de Feria, de fecha 22 de Mayo de 2020.

4.1.3. Dictamen de la Fiscalía General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, de fecha 29 de Mayo de 2020.

4.2. Que, de igual manera, la competencia de la Cámara Contencioso Administrativo Federal, en materia impugnación de Resoluciones Generales de esta INSPECCIÓN GENERAL DE JUSTICIA, ha sido así admitida - al igual que la correspectiva incompetencia en tal materia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial - en el marco de la causa caratulada "EN – INSPECCIÓN GENERAL DE JUSTICIA C/ ASEA ASOCIACIÓN EMPRENDEDORES ARGENTINOS ASOCIACIÓN CIVIL Y OTROS S/ INHIBITORIA" (EXPDTE. N° 10445/2020 – JUZGADO CAF N° 11 – SECRETARÍA N° 21 - CÁMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL - SALA V), en las siguientes instancias:

4.2.1. Dictamen del Fiscal Federal Coadyuvante de la Fiscalía General ante las Cámaras Nacionales de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal y en lo Contencioso Administrativo Federal, de fecha 27 de Agosto de 2020.

4.2.2. Sentencia de la Sala V, de la Cámara Contencioso Administrativo Federal, de fecha 24 de Septiembre de 2020.

4.2.3. Providencia de la Presidencia de la Sala V, de la Cámara Contencioso Administrativo Federal, de fecha 29 de Octubre de 2020, comunicada por DEO a la Sala E, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial.

5. Que, para seguir, en lo que refiere a la apelación de las Resoluciones Generales IGJ N° 34/2020 y N° 35/2020 planteada por ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, la cronología fáctica y pronunciamientos dictados en los diversos expedientes conexos, tanto en sede administrativa cuanto judicial, derivó en lo que sigue:

5.1. Apelación directa formulada para la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, presentada ante la INSPECCIÓN GENERAL DE JUSTICIA en fecha 11 de Septiembre de 2020, en representación de siete sociedades anónimas dedicadas al transporte automotor de pasajeros, "solicitando la derogación, y por ende se dejen sin efecto ambas resoluciones" – sic -, esto es las Resoluciones Generales IGJ N° 34/2020 y N° 35/2020. Cabe señalar que la apelación interpuesta no se efectuó en el marco de ningún trámite registral en concreto ante el rechazo por parte de este organismo –resolución particular mediante- de una rogatoria de inscripción solicitada por alguno de los apelantes. Por el contrario, en el PETITORIO del recurso que se presentó en abstracto, es decir, sin que existiese un pedido concreto de registración, se solicita que: "Oportunamente, se revoquen las Resoluciones Generales 34/2020 y 35/2020" -sic-. La parte pretensora no alegó, ni pidió, la declaración de inconstitucionalidad de sendas resoluciones generales impugnadas. Tampoco se demandó expresamente, en esta apelación directa, al ESTADO NACIONAL.

5.2. Rechazo, por parte de esta INSPECCIÓN GENERAL DE JUSTICIA, del recurso de apelación directo descripto precedentemente, mediante Resolución Particular IGJ N° 384/2020, de fecha 2 de Octubre de 2020.

5.3. Interposición, por parte de las apelantes, en fecha 13 de Octubre de 2020, del recurso de queja por apelación denegada, originante de la causa caratulada "INSPECCION GENERAL DE JUSTICIA c/ LINEA

EXPRESO LINIERS S.A.I. Y C. s/RECURSO DE QUEJA (OEX)" (Expediente N° 10097/2020/CA01 - SALA C).

5.3.1. Admisión de la queja formulada, por resolución de fecha 4 de Noviembre de 2020.

5.3.2. Planteo del Recurso Extraordinario Federal - sin admisión de competencia -, en fecha 10 de Diciembre de 2020, por esta INSPECCIÓN GENERAL DE JUSTICIA. Rechazo del mencionado recurso, por los dos magistrados intervinientes en la Sala C actuante, por decisorio de fecha 9 de Febrero de 2021. El 19 de Febrero de 2021 se interpuso, por esta INSPECCIÓN GENERAL DE JUSTICIA, Recurso de Hecho por ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que origina el Expediente conexo N° 10097/2020/1-CSJN. En fecha 8 de Marzo de 2021, por disposición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se corrió vista de la causa continente de la queja señalada, a la Procuración General de la Nación, estado procesal en el que se encuentra hasta el presente.

5.3.3. Paralelamente a lo detallado en el acápite precedente, en fecha 24 de Febrero de 2021, se cursó un oficio electrónico vía DEO desde el Juzgado Contencioso Administrativo Federal N° 11 a la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial actuante en la causa relacionada en el parágrafo 5.3., informando la admisión de una inhibitoria planteada por esta INSPECCIÓN GENERAL DE JUSTICIA, ante tal Fuero Federal, vinculada al Expediente N° 10097/2020/CA01, declarando la competencia del Fuero Contencioso Administrativo Federal y disponiendo que el Tribunal del Fuero Comercial se abstenga de seguir entendiendo en la causa caratulada "INSPECCION GENERAL DE JUSTICIA c/ LINEA EXPRESO LINIERS S.A.I. Y C. s/ RECURSO DE QUEJA (OEX)" (Expediente N° 10097/2020/CA01 - SALA C). En fecha 5 de Marzo de 2021 se rechazó, por parte de los dos magistrados de la Sala C mercantil intervinientes, la remisión requerida por el magistrado actuante en el Fuero Contencioso Administrativo Federal.

5.4. Se inició, por parte de las recurrentes, la causa caratulada "INSPECCION GENERAL DE JUSTICIA c/ LINEA EXPRESO LINIERS S.A.I.C. s/ ORGANISMOS EXTERNOS" (Expediente N° 1651/2021/CA01), en fecha 18 de Febrero de 2021, actuando en la misma la Sala C, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial.

5.4.1. En fecha 9 de Agosto de 2021 se dictó resolución, por parte de los dos magistrados que integran la Sala C mercantil, resolviéndose "dejar sin efecto las resoluciones apeladas" –sic-, en alusión a las Resoluciones Generales IGJ N° 34/2020 y N° 35/2020. Esto fue notificado el día 10 de Agosto de 2021, por lo cual está corriendo el plazo de ley para interponer – entre otros remedios jurisdiccionales - el Recurso Extraordinario Federal, lo cual así se hará.

5.5. Se inició, por esta INSPECCIÓN GENERAL DE JUSTICIA, en fecha 2 de Diciembre de 2020, un planteo de competencia ante el Fuero Contencioso Administrativo Federal, en el marco de la causa caratulada "INSPECCION GENERAL DE JUSTICIA c/ LINEA EXPRESO LINIERS SA INDUSTRIAL Y COMERCIAL Y OTROS s/ INHIBITORIA" (Expediente N° 16557/2020 - Juzgado Contencioso Administrativo Federal N° 11).

5.5.1. En fecha 23 de Febrero de 2021 se admitió la inhibitoria formulada respecto de la Sala C, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en relación a la causa caratulada "INSPECCION GENERAL DE JUSTICIA c/ LINEA EXPRESO LINIERS S.A.I. Y C. s/ RECURSO DE QUEJA (OEX)" (Expediente N° 10097/2020/CA01 - SALA C), que fuera la primera que se formara en tal Fuero Mercantil ordinario en virtud de la queja incoada por las apelantes, conforme lo descripto en el parágrafo 5.3.

5.5.2. En fecha 24 de Febrero de 2021 se envió, desde el Juzgado Contencioso Administrativo Federal N° 11, un oficio electrónico vía DEO a la Sala C mercantil, informando lo resuelto en punto a competencia del Fuero Contencioso Administrativo Federal para entender en la impugnación de las Resoluciones Generales IGJ N° 34/2020 y N° 35/2020, solicitándose a la Sala C mercantil interviniente, por el magistrado federal actuante, la remisión de la causa caratulada "INSPECCION GENERAL DE JUSTICIA c/ LINEA EXPRESO LINIERS S.A.I. Y C. s/ RECURSO DE QUEJA (OEX)" (Expediente N° 10097/2020/CA01 - SALA C).

5.5.3. En fecha 5 de Marzo de 2021, los dos magistrados actuantes que componen la Sala C, de la de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, remitieron un oficio electrónico vía DEO al Juzgado Contencioso Administrativo Federal N° 11, como respuesta al referido en el acápite 5.5.2. precedente, por el cual le comunicaron a dicho Tribunal un decisorio, de la misma fecha indicada, en virtud del cual decidieron sostener su competencia en la causa caratulada "INSPECCION GENERAL DE JUSTICIA c/ LINEA EXPRESO LINIERS S.A.I. Y C. s/ RECURSO DE QUEJA (OEX)" (Expediente N° 10097/2020/CA01 - SALA C), rechazando la remisión de este último expediente solicitada por Juzgado interviniente del Fuero Contencioso Administrativo Federal.

5.5.4. En fecha 15 de Abril de 2021 se envió, desde el Juzgado Contencioso Administrativo Federal N° 11, un oficio electrónico vía DEO N° 2181686, a la Sala C mercantil, informando lo resuelto, en esta última fecha en punto a "conflicto positivo de com-

petencia" para entender en la impugnación de las Resoluciones Generales IGJ N° 34/2020 y N° 35/2020 en el marco de la causa caratulada "INSPECCION GENERAL DE JUSTICIA c/ LINEA EXPRESO LINIERS S.A.I. Y C. s/ RECURSO DE QUEJA (OEX)" (Expediente N° 10097/2020/CA01 - SALA C), decisorio en el que se resolvió elevar la causa caratulada "INSPECCION GENERAL DE JUSTICIA c/ LINEA EXPRESO LINIERS SA INDUSTRIAL Y COMERCIAL Y OTROS s/ INHIBITORIA" (Expediente N° 16557/2020 - Juzgado Contencioso Administrativo Federal N° 11) a la Corte Suprema de Justicia de la Nación para decisión dirimente final, causa actualmente en curso bajo el Expediente CAF 16557/2020/CS1. Este oficio electrónico relacionado, remitido por el Juzgado Contencioso Administrativo Federal N° 11, a la Sala C, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, no ha sido incorporado, hasta el presente, en sede Comercial, ni en el expediente electrónico correspondiente a la causa caratulada "INSPECCION GENERAL DE JUSTICIA c/ LINEA EXPRESO LINIERS S.A.I. Y C. s/ RECURSO DE QUEJA (OEX)" (Expediente N° 10097/2020/CA01 - SALA C), ni, tampoco, en el expediente electrónico de la causa sobreviniente del mismo Fuero mercantil ordinario caratulada "INSPECCION GENERAL DE JUSTICIA c/ LINEA EXPRESO LINIERS S.A.I.C. s/ ORGANISMOS EXTERNOS" (Expediente N° 1651/2021/CA01).

5.5.5. En fecha 16 de Abril de 2021, por disposición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se corrió vista de la causa continente de la inhibitoria señalada, a la Procuración General de la Nación, estado procesal en el que se encuentra hasta el presente.

6. Que, para continuar, en razón de todo lo considerado precedentemente, es dable formular las siguientes precisiones:

6.1. Que, en los fundamentos de la Resolución General IGJ N° 34/2020, se aludió a diversos textos internacionales sobre Derechos Humanos, entre los que destacan la Convención Americana sobre Derechos Humanos del 22 de noviembre de 1969 y aprobada mediante Ley N° 23.054 en 1984; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ambos firmados el 19 de diciembre de 1966 y aprobados por la República Argentina por Ley N° 23.313 del año 1986; y, realzados, por la Convención sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (conocida internacionalmente por sus siglas en inglés como CEDAW), aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979, suscripta por la República Argentina el 17 de julio de 1980 y ratificada mediante Ley N° 23.179 del año 1985.

Que, a su vez, la conocida como "Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados", aprobada por la República Argentina por Ley N° 19.865 del año 1972, establece, en su artículo 27, en lo que refiere a "el derecho interno y la observancia de los tratados", que "una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado" -sic, artículo 27, Convención internacional citada-.

Que, esto último, está en absoluta concordancia con lo también fundamentado y citado en los CONSIDERANDOS de la Resolución General IGJ N° 34/2020, en el sentido que:

"... resulta entonces inexcusable concluir que esta INSPECCIÓN GENERAL DE JUSTICIA cuenta con atribuciones reglamentarias para dar efectividad - largamente postergada, cuanto menos desde 1994, cuando adquirieron rango constitucional - a las prescripciones contenidas en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, las cuales no sólo tienen por sí mismas la apuntada jerarquía constitucional sino que, desde la perspectiva de equidad de género en que dicha Convención se enfoca, se integran, complementan y fijan los alcances de la garantía de asociarse con fines útiles en la dimensión dinámica que esta tiene, puesto que no se agota en el derecho de in origine constituir una asociación y redactar sus primeros estatutos, sino que comprende también ejercer los derechos que esos estatutos confieren (cfr. BIDART CAMPOS, Germán J., Derecho constitucional, Ediar, Bs. As., 1966, T. II, N° 41, pág. 255).

Que, respecto al ejercicio de las facultades reglamentarias, es asimismo válido considerar que la doctrina constitucionalista ha caracterizado como operativas (o autosuficientes, o autoaplicativas) a aquellas normas de la Constitución Nacional que, por su naturaleza y formulación, ofrecen aplicabilidad y funcionamiento inmediatos y directos, sin necesidad de ser reglamentadas por otra norma.

Que, la mentada operatividad, no impide la reglamentación, sino que no la exige como imprescindible; y esa operatividad es propia de las normas constitucionales y las de los Tratados de Derechos Humano con jerarquía constitucional que otorgan derechos (Cfr., BIDART CAMPOS, Germán J., Manual de la Constitución Reformada, ed. EDIAR, Bs. As., 3ª reimp., 2001, T. I, págs. 299, 300 y 491).

Que ello lleva inexorablemente a razonar que si un tribunal puede, sin intermediación legal o reglamentaria alguna, operativizar una cláusula constitucional que otorga derechos o garantías mediante una norma individual (sentencia) creada para un caso

especial -como aconteció con el caso "Siri", resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en 1957 (Fallos 239:459)-, tanto más puede hacerlo en tono de alcance general un Organismo dotado de facultades de reglamentación interpretativas del ordenamiento jurídico considerado como totalidad, esto es abarcando el bloque de constitucionalidad y convencionalidad -en la especie la CEDAW- sito en la cúspide del mismo, a los fines de reglar las condiciones de integración de órganos de determinadas entidades sometidas a su autorización, registración y control."

Que, pese a lo precedente, los dos magistrados componedores de la Sala C, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, y suscriptores de recidivantes decisorios concordantes en tal tribunal, han dictado la resolución no firme reproducida, en lo esencial, en el parágrafo 3. de la presente, atentando, de tal modo, contra los compromisos asumidos por el Estado Federal argentino y comprometiendo su responsabilidad en el orden supranacional. No ha sido tenido esto en cuenta al decidirse del modo en que se lo hizo por el tribunal referenciado del Fuero mercantil ordinario, sin siquiera contar, al presente, con competencia admitida y/o firme.

6.2. Que, asimismo, teniendo presente que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial es uno de los dos tribunales de instancia recursiva previstos en la Ley N° 22.315, para entender en cierto tipo de Resoluciones -como se vio más arriba - emanadas de este ORGANISMO, dependiente del Poder Ejecutivo Nacional, y, por ello, integrante del Estado Federal, resulta de aplicación al caso en cuestión lo normado en el inciso 7°, del artículo 24, del Dto. Ley 1285/58, en el que se prescribe que la Corte Suprema de Justicia de la Nación conocerá en contiendas de competencia "entre jueces y tribunales del país que no tengan un órgano superior jerárquico común que deba resolverlos", lo cual es la plataforma fáctica que se está abordando, dado que el único tribunal superior común que tiene un Juez del Fuero Contencioso Administrativo Federal y una Sala integrante de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, es la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Esto tampoco ha sido tenido esto en cuenta al decidirse del modo en que se lo hizo por el tribunal referenciado del Fuero mercantil ordinario, sin siquiera contar, al presente, con competencia admitida y/o firme.

6.3. Que, también, pese a lo difundido públicamente por distintos medios de alcance nacional, y pese a lo que surge de la parte dispositiva del decisorio transcripto más arriba, en lo pertinente, en el acápite 3., es notorio e inherente a la cultura jurídica media de nuestra sociedad que toda sentencia, tenga o no la calidad de firme o definitiva, apenas ostenta una "autoridad relativa", esto es resulta sólo vinculante para las partes y eventuales terceros intervinientes en el proceso individual – no colectivo - en que se dicte. Y, en la especie, han sido apelantes individuales, de las Resoluciones Generales IGJ N° 34/2020 y N° 35/2020, unas siete y específicas sociedades comerciales dedicadas al transporte automotor de pasajeros, integrantes de un universo de miles de entidades civiles y comerciales abarcadas por tales actos administrativos de alcance general, y, por esto último, analogables a una ley en sentido material, que, por tal razón, no son susceptibles de ser dejadas sin efecto, para todos los administrados, por una sentencia judicial, dictada en un proceso individual. Tampoco esto ha sido tenido en cuenta, al decidirse del modo en que se lo hizo, por el tribunal referenciado del Fuero mercantil ordinario, sin siquiera contar, al presente, con competencia admitida y/o firme, dado que la literalidad de lo "fallado" puede hacer suponer a cualquier administrado neófito o lego desprevenido que las aludidas resoluciones han quedado, consecuentemente, sin efecto, lo cual, por lo desarrollado hasta aquí, queda muy claro que dista mucho de ser así.

6.4. Que, en punto a la firmeza del singular veredicto suscripto por los dos magistrados, componentes de la Sala C, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, claramente no constituye, por lo relacionado más arriba, ni cosa juzgada formal, ni, mucho menos, cosa juzgada material, ergo, el real efecto que ostenta tal decisorio, al presente, es absolutamente ninguno, mensurado ello en los términos objetivos que se vienen volcando desde el inicio de estos CONSIDERANDOS. Además, resulta una verdad de Perogrullo que, a la vista de los antecedentes fácticos y jurídicos de la causa originaria y sus vinculadas, hasta que la Corte Suprema de Justicia de la Nación no se expida sobre la cuestión de la incompetencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, así declarada en sede del Fuero Contencioso Administrativo Federal, para entender en el recurso de apelación directo ensayado contra las Resoluciones Generales IGJ N° 34/2020 y N° 35/2020, ni siquiera las siete sociedades comerciales concernidas como recurrentes pueden alegar que, a su respecto, tales actos administrativos, de alcance general, no tienen efectos por lo decidido – no firme -, por la Sala "C", de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en fecha 9 de Agosto de 2021, en el marco de la causa caratulada "INSPECCION GENERAL DE JUSTICIA c/ LINEA EXPRESO LINIERS S.A.I.C. s/ ORGANISMOS EXTERNOS" (Expediente N° 1651/2021/CA01). Ítem más, enteradas y notificadas las siete sociedades comerciales de la inhibitoria e incompetencia declarada por el titular del Juzgado Contencioso Administrativo Federal N° 11, en el marco de la causa caratulada "INSPECCION GENERAL DE JUSTICIA c/ LINEA EXPRESO LINIERS SA INDUSTRIAL Y COMERCIAL Y OTROS s/ INHIBITORIA" (Expediente N°

16557/2020), tal resolución del citado juez federal no ha sido apelada por las interesadas, lo cual determina que, a su respecto, ha quedado firme la incompetencia declarada por el Fuero Contencioso Administrativo Federal - respecto de la Sala C, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial -, claramente y cuanto menos, hasta tanto la Corte Suprema de Justicia de la Nación se expida en el marco de la causa última referenciada.

6.5. Que, en el decisorio dictado por la Sala "C", de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en fecha 9 de Agosto de 2021, en el marco de la causa caratulada "INSPECCION GENERAL DE JUSTICIA c/ LINEA EXPRESO LINIERS S.A.I.C. s/ ORGANISMOS EXTERNOS" (Expediente N° 1651/2021/CA01), se ha "abarcado" - pretensamente, más no sustancialmente -, por la exorbitancia de lo resuelto y de estarse a la literalidad de lo "fallado", a las asociaciones civiles, las simples asociaciones, las fundaciones con un consejo de administración de integración temporaria y electiva, e, inclusive, a las Sociedades del Estado (Ley N° 20.705). Esto torna todavía más antijurídico e inválido lo decidido, hasta susceptible de ser atacado por vía de "acción de cosa juzgada írrita o fraudulenta", dado que aun concediendo por el euclidiano "principio del absurdo" que las dos Alzadas indicadas para revisión judicial de resoluciones de la INSPECCIÓN GENERAL DE JUSTICIA, en el marco de la ley N° 22.315, sean competentes en materia no sólo de resoluciones particulares, sino también de resoluciones generales, al decidir como lo han efectuado los dos magistrados que componen la Sala C del Fuero Comercial ordinario, han absorbido, pretorianamente, la competencia que por el mismo artículo 16 - que recurrentemente invocan en su "fallo" -, de la LEY ORGÁNICA DE LA INSPECCIÓN GENERAL DE JUSTICIA, se atribuye en parte a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, esto es para asociaciones civiles y fundaciones, lo cual configura un supuesto de gravedad institucional indisimulable en el ámbito del Poder Judicial de la Nación. Ello así dado que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial no tiene competencia alguna –ni por la ley 22.315 ni por ninguna otra norma- para revocar resoluciones de esta INSPECCION GENERAL DE JUSTICIA DE LA NACION que abarquen temas o cuestiones de naturaleza civil.

Que, a esta altura, es dable remarcar que, los jueces, realizan actos de gobierno, de índole formalmente jurisdiccional. Y, esos actos de gobierno, se expresan y reflejan a través de sus actuaciones y/o del contenido concreto de sus resoluciones.

7. Que, para finalizar, si a todo lo precedente se suma que la Resolución General IGJ N° 42/2020 remite a la Resolución General IGJ N° 34/2020, en cuanto concierne a las iglesias, confesiones, comunidades y entidades religiosas constituidas o a constituirse como asociaciones civiles, simples asociaciones o fundaciones con un consejo de administración de integración temporaria y electiva anotadas y que se encuentren inscriptas ante el Registro Nacional de Cultos o ante el Registro de Institutos de Vida Consagrada, ambos dependientes del actual MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES, COMERCIO INTERNACIONAL Y CULTO, autoridad de aplicación en materia de entidades religiosas, lo resuelto por los magistrados comerciales ordinarios actuantes, en todo lo hasta aquí considerado, se torna inadmisible e insostenible, en términos de juridicidad y del deber de recta actuación de los poderes constituidos.

III. QUE, POR TODO ELLO, en mérito a la plataforma fáctica descripta en la presente, conforme las prescripciones citadas en los considerandos que anteceden, en base a lo fundamentado en las Resoluciones Generales IGJ N° 34/2020, 35/2020 y 42/2020, y por lo dispuesto en los artículos 3°, 4°, 6°, 10, 11, inciso c) y 21, inciso b), de la Ley N° 22.315, 1°, 2° y 5° del Decreto PEN N° 1493/82, y 39 y concordantes de la Resolución General IGJ N° 7/2015 ("Normas de la Inspección General de Justicia"), y normativa concordante e integradora relacionada en estos CONSIDERANDOS, en estricto uso del control de legalidad y reglamentario que le compete,

El Inspector General de Justicia resuelve:

Art. 1° - RATIFICAR la plena vigencia de todo lo dispuesto en las Resoluciones Generales IGJ N° 34, 35 y 42/2020 por la INSPECCIÓN GENERAL DE JUSTICIA.

Art. 2° - COMUNICAR al MINISTERIO DE LAS MUJERES, GÉNEROS Y DIVERSIDAD DE LA NACIÓN, al MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES, COMERCIO INTERNACIONAL Y CULTO DE LA NACIÓN y al INSTITUTO NACIONAL CONTRA LA DISCRIMINACIÓN, LA XENOFOBIA Y EL RACISMO (INADI) lo decidido por la Sala "C", de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en fecha 9 de Agosto de 2021, en el marco de la causa judicial caratulada "INSPECCION GENERAL DE JUSTICIA c/ LINEA EXPRESO LINIERS S.A.I.C. s/ ORGANISMOS EXTERNOS" (Expediente N° 1651/2021/CA01); y, asimismo, PONER A DISPOSICIÓN, de sendas dependencias del PODER EJECUTIVO NACIONAL, todos los antecedentes del caso vinculados con la misma con los que cuente la INSPECCIÓN GENERAL DE JUSTICIA, a los efectos que tomen la eventual intervención que estimen corresponda, conforme a sus competencias respectivas.

Art. 3° - INSTRUIR a la OFICINA DE ASUNTOS JUDICIALES de la INSPECCIÓN GENERAL DE JUSTICIA, a efectos de que, ante la gravedad de los hechos expuestos en el Capítulo II de esta resolución, promueva sendos pedidos de juicio político, ante el CONSEJO DE LA MAGISTRATURA DE LA NACIÓN, respecto de los dos jueces de la Sala "C", de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, que efectuaron y suscribieron de modo coincidente las actuaciones y resoluciones de las que se ha dado cuenta en los CONSIDERANDOS de la presente, en el marco de las causas también allí referenciadas.

Art. 4° - Esta resolución entrará en vigencia el día de su publicación en el Boletín Oficial.

Art. 5° - Regístrese, etc - Nissen.

THOMSON REUTERS
LA LEY™

Información confiable
que avala sus argumentos.

Webinar sin cargo

La actualidad de la prueba electrónica: herramientas claves para su aplicación.

Participá de nuestro próximo webinar y analizá junto a los expositores, los puntos fundamentales a tener en cuenta a la hora de utilizar prueba electrónica en los procesos judiciales. Conocé las claves para diseñar y poner en práctica estrategias profesionales eficaces y exitosas.

Miércoles, 6 de octubre de 2021 • 17:00 h

EXPOSITORES:



Gastón Enrique Bielli



Carlos Jonathan Ordoñez



Gabriel Hernán Quadri

MODERADORA:
Silvana Mascitelli (Directora de Operaciones Editoriales, Thomson Reuters).

Inscribite.

THOMSON REUTERS®

ThomsonReutersLaLey
@TRLaLey
ThomsonReutersLatam
ThomsonReutersLatam

THOMSON REUTERS
LA LEY™

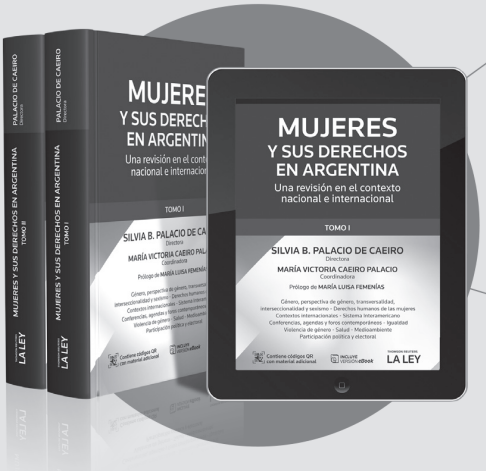
Información confiable
que avala sus argumentos.

MUJERES Y SUS DERECHOS EN ARGENTINA

2021

Una revisión en el contexto nacional e internacional

Silvia B. Palacio de Caeiro *(Directora)*



Esta obra **contiene códigos QR** con material adicional.

2 Tomos
Disponibles en papel y eBook.

Esta obra constituye un trabajo interdisciplinario dirigido a quienes aplican leyes, ejercen la abogacía y trabajan temas de género.

Se encuentra abordada por un grupo de abogadas interesadas en las cuestiones de género y sus problemáticas, tanto en Argentina como en el mundo, y su objetivo es la reivindicación de los derechos de las mujeres en lugares institucionales y privados. La publicación, en sus dos tomos, proporciona información y análisis de las principales materias jurídicas relativas a derechos de las mujeres en Argentina, cuya imagen se proyecta en el espejo internacional de derechos humanos.

Adquirí la obra llamando al
0810-266-4444 o ingresando en
www.tienda.thomsonreuters.com.ar

THOMSON REUTERS®

Seguí nuestra página
de **Linkedin** con contenido
específico para abogados.

ThomsonReutersLaLey
@TRLaLey
ThomsonReutersLatam
ThomsonReutersLatam

THOMSON REUTERS
LA LEY™

Información confiable
que avala sus argumentos.

TRATADO DE LA PRUEBA ELECTRÓNICA

2021

Directores: **Gastón Enrique Bielli •
Carlos Jonathan Ordoñez •
Gabriel Hernán Quadri**



Esta obra **contiene códigos QR** con material adicional.

3 Tomos
Disponibles en papel y eBook.

La presente obra busca analizar la influencia y las formas de trabajo con fuentes de prueba digitales, partiendo de una premisa: la unicidad del fenómeno de la prueba electrónica.

Desde hace algunos años, todas las ramas del Derecho se han visto impactadas por lo tecnológico y esto incide tanto en el ejercicio de la profesión legal como en el cumplimiento de las funciones jurisdiccionales. En orden de brindar al lector un panorama lo más amplio posible, en este trabajo se buscó reunir un equipo de autores especializado cada uno en su ámbito, para que aborden en profundidad las diversas aristas de la cuestión probatoria y en los distintos fueros. El abordaje se efectúa desde una perspectiva teórica, pero también práctica.

Adquirí la obra llamando al
0810-266-4444 o ingresando en
www.tienda.thomsonreuters.com.ar

THOMSON REUTERS®

Seguí nuestra página
de **Linkedin** con contenido
específico para abogados.

ThomsonReutersLaLey
@TRLaLey
ThomsonReutersLatam
ThomsonReutersLatam