

RDF

DERECHO DE FAMILIA

REVISTA INTERDISCIPLINARIA
DE DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

DIRECTORAS:

CECILIA P. GROSMAN

**AÍDA KEMELMAJER
DE CARLUCCI**

MARISA HERRERA

Junio | 2020-III

JURISPRUDENCIA

ISSN 1851-1201

 **INCLUYE
VERSIÓN DIGITAL**

ABELEDOPERROT

Thomson Reuters

RDF

DERECHO DE FAMILIA

REVISTA INTERDISCIPLINARIA
DE DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

THOMSON REUTERS

ProView™

ABELEDOPERROT

ISSN: 1851-1201
RNPI: 5074814

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

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

Ventas
CASA CENTRAL
Tucumán 1471 (C1050AAC)
Tel.: (011) 4378-4700 / 0810-222-5253

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

Atención al cliente: 0810-222-5253
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 1ra. quincena de junio de 2020, en los talleres gráficos de La Ley S.A.E. e I., Bernardino Rivadavia 130, Avellaneda - Provincia de Buenos Aires, República Argentina

RDF

DERECHO DE FAMILIA

REVISTA INTERDISCIPLINARIA
DE DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

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

DIRECTORAS:

CECILIA P. GROSMAN

**AÍDA KEMELMAJER
DE CARLUCCI**

MARISA HERRERA

Nora Lloveras

(1955/2019)

Vicedirectora
Ida Scherman

Secretarías de redacción
María Bacigalupo de Girard
Natalia de la Torre

Junio | 2020-III

JURISPRUDENCIA

THOMSON REUTERS

ProView™

ABELEDOPERROT

Legislación y jurisprudencia extranjera

Alicia A. Carnaval, Mariela González de Vicel,
Javier Muñiz, Ida Scherman

Legislación nacional

Luz M. Pagano

Legislación provincial

Silvia Fernández

Comentarios bibliográficos

Natalia de la Torre

Revista de revistas

Mariel Molina de Juan

Informaciones

Federico Notrica, Martina Salituri Amezcua,
Carolina Videtta

Investigaciones

Marisa Herrera

Arte, literatura y derecho de familia

Gabriel Juan - Gustavo Bossert

Bioética

Eleonora Lamm

Volumen de Jurisprudencia

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

Volumen de Doctrina

María Bacigalupo de Girard, Mercedes Robba

Colaboraciones permanentes

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

Comité consultivo nacional

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

Comité consultivo internacional

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

JURISPRUDENCIA ANOTADA

- 3** PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LA MUJER / Denuncia realizada por una mujer que ofrece servicios sexuales respecto de un cliente – Medida de protección fundada en la ley 26.485 – Prohibición de acercamiento y abstención de cualquier tipo de contacto (JFaltas, Barranqueras, 29/10/2019)
- 6** TRATA DE PERSONAS / Prohibición de la publicación de avisos que promueven la oferta sexual – Razonabilidad del dec. 936/2011 – Medidas de protección hacia la mujer – Colectivo vulnerable – Violencia mediática contra la mujer – Sanción de apercibimiento – Agravio meramente conjetural – Ejercicio de la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo (CNFed. Contenciosoadministrativo, sala V, 20/08/2019)
- 14** El sexo comercial ante los tribunales. Dos fallos jurisprudenciales bajo la influencia de un viejo debate feminista
Marisa S. Tarantino
- 22** TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA / Cobertura íntegra del tratamiento de fertilización con donación de gametos – Rechazo de la acción de amparo (JFed. Nro. 4, Mar del Plata, 20/09/2019)
- 25** EMBRIÓN NO IMPLANTADO / Comienzo de la existencia de la persona en sentido jurídico – Interpretación armónica de las normas del Código Civil y Comercial – Concepción – Técnicas de reproducción humanamente asistida – Voluntad procreacional – Revocación del consentimiento – Autorización judicial (Juzg. Flia. La Plata, Nro. 8, 30/09/2019)
- 30** El comienzo de la persona y las técnicas de reproducción humana asistida: Cuando la creencia es más fuerte que el derecho
Virginia León
- 41** ABUSO SEXUAL INFANTIL / Derechos de la víctima – Interés superior del niño – Derecho a ser oído – Exceso ritual manifiesto – Facultades del Asesor de Menores – Legitimación recursiva (TCasación Penal, Buenos Aires, sala II, 10/10/2019)
- 47** La legitimidad recursiva del asesor de menores y el derecho de los/as NNA a ser oídos/as en la provincia de Buenos Aires
Santiago Ferrando Kozicki
- 53** LIBERTAD PROBATORIA EN EL PROCESO DE FAMILIA / Copia de la pantalla de mensajes – Admisión de la prueba – Interpretación del principio (C2aCiv. y Com., La Plata, sala III, 09/09/2019)
- 55** Procesos de familia: El derecho a la prueba y los principios relativos a la prueba
Mariana Rey Galindo

- 66** DERECHO A LA IMAGEN / Fotografía de un cadáver – Consentimiento requerido – Legitimación de los familiares – Hecho de interés (CCiv. y Com., Mar del Plata, sala II, 03/09/2019)
- 79** La utilización abusiva de la imagen y su protección jurídica
Graciela I. Lovece
- 87** VIOLENCIA DE GÉNERO / Incumplimiento de las medidas de protección – Refuerzo – Dispositivo de geoposicionamiento (Juzg. Flia. La Plata, Nro. 1, 09/08/2019)
- 90** La eficacia de las medidas de seguridad en los casos de violencia de género en su modalidad familiar
Diego Ortiz
- 98** INSCRIPCIÓN REGISTRAL / Pretensión destinada a ordenar al Registro de las Personas de la Provincia de Buenos Aires la inscripción de la defunción fetal del hijo de la peticionante – Expedición de la licencia de inhumación de los restos (JContenciosoadministrativo Nro. 1, Zárate-Campana, 07/10/2019)
- 104** El “feto” y el activismo judicial conservador
Soledad Deza
- 118** LIMITACIÓN DE LA CAPACIDAD / Función del apoyo – Equipo provisorio propuesto como relevo – Aceptación (JCiv. y Com. 9a Nom., Córdoba, 11/09/2019)
- 123** “Equipo de apoyo provisorio” para asistir a una mujer con discapacidad. Lectura crítica y reflexiva de una sentencia
Lorena Sarquis
- 132** CADUCIDAD DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA / Cómputo – Unión convivencial – Violencia de género (JFamilia Nro. 1 Esquel, 24/06/2019)
- 135** COMPENSACIÓN ECONÓMICA / Cómputo del plazo de caducidad en relaciones con violencia de género – Inicio del cómputo al momento en que finaliza la medida de protección dispuesta – Inaplicabilidad del art. 525 del Cód. Civ. y Com. – Perspectiva de género (JFamilia Nro. 1 Esquel, 28/10/2019)
- 153** La caducidad de oficio y el exiguo plazo de caducidad de la compensación económica en el cese de la unión convivencial
Gonzalo E. Imas
- 161** LÍMITE TEMPORAL A LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA / Obligación a cargo de la abuela materna – Revocación de la sentencia que establece un límite temporal y una limitación cuantitativa (ST Entre Ríos, sala II civil y com., 13/08/2019)
- 164** ALIMENTOS A CARGO DE LOS ABUELOS / Determinación de la cuantía – Aumento – Modificación de la petición – Retención directa de los haberes previsionales – Afiliación compulsiva a una obra social – Derecho a la salud integral (CCiv. y Com., Necochea, 05/09/2019)
- 170** Derecho del nieto a la afiliación a la obra social: Una mirada inclusiva desde la seguridad social
María Alejandra Guillot

- 179** CUSTODIA POLICIAL EN CASO DE VIOLENCIA DE GÉNERO / Modificación de la medida – Custodia sobre el victimario y no sobre la víctima – Libertad de movilidad (JFlia., Nro. 11, General Roca, 09/10/2019)
- 180** La mirada puesta en la protección
Maite Pons
- 187** ADOPCIÓN / Medidas de protección – Cuidados de alimentación e higiene – Guarda con fines adoptivos – Interés superior del niño (TColeg. Familia Nro. 7, Rosario, 01/06/2018)
- 197** ADOPCIÓN / *Post mortem* – Superación del *test* de convivencia – Identificación del menor en relación a su guardador – Falta de inscripción en el Registro de Adoptantes – Evaluación de la idoneidad de los pretensos adoptantes – Derecho del niño a crecer en el seno de una familia – Lazos socioafectivos preexistentes – Procedencia (TColeg. Familia Nro. 7, Rosario, 25/09/2019)
- 213** ADOPCIÓN *POST MORTEM* MONOPARENTAL / Solicitud de guarda preadoptiva y fallecimiento de la peticionante – Solicitud de la niña de ser inscripta como hija de la causante (TColeg. Familia Nro. 7, Rosario, 22/08/2019)
- 226** Adopción *post mortem*: Cuando las realidades nos obligan a pensar más allá de las regulaciones específicas
María Constanza Martínez Pizarro
- 233** DERECHO DEL NIÑO A SER OÍDO / Art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño – Tensión entre los derechos personales de un adulto y de un niño – Tutela judicial efectiva – Redacción en lenguaje claro de una sentencia – Flexibilización del principio del debido proceso (JCiv. en Flia y Suc., Monteros, 18/09/2019)
- 239** ALIMENTOS EN FAVOR DE LOS HIJOS / Procesos de familia – Flexibilidad de la prueba – Derechos del niño a ser oído – Mayoría de edad. Idoneidad de los testigos – Parientes (CFamilia, Mendoza, 27/09/2019)
- 243** Derecho del niño a ser oído, a la audiencia y a sus derivaciones
Ana Clara Pauletti

JURISPRUDENCIA ANOTADA EXTRANJERA

- 255** DERECHO A LA SALUD / Interpretación de reformas legislativas – Prohibición de utilizar tejidos fetales abortados – Políticas regresivas en materia de salud – Investigación científica – Disidencia (Corte Constitucional, Colombia, 26/06/2019)
- 335** El uso de tejidos de fetos abortados como otro argumento a favor de la legalización del aborto
Eleonora Lamm
- 349** RESARCIMIENTO DEL DAÑO / Consecuencias no patrimoniales – Derecho a decidir evitar futuros embarazos – Enfermedad genética de la mujer – Afectación del niño durante su formación – Detección y necesidad de practicar estudios previos (TSupremo de Galicia, sala contencioso administrativo, 10/07/2019)

- 356** El derecho civil moderno y modernizado: Familias, decisiones reproductivas y responsabilidad civil
Marina Ditieri - Sabrina A. Silva

ACTUALIDADES

- 367** Síntesis de Jurisprudencia de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires 1/2020
María J. Navas Roggero - Leonardo R. Vittola
- 379** Región Cuyo 1/2020
Mariel F. Molina de Juan - Claudia G. Raganato

JURISPRUDENCIA ANOTADA



Thomson Reuters

Thomson Reuters

PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LA MUJER

Denuncia realizada por una mujer que ofrece servicios sexuales respecto de un cliente – Medida de protección fundada en la ley 26.485 – Prohibición de acercamiento y abstención de cualquier tipo de contacto

Con nota de Marisa S. Tarantino

1. — Teniendo en cuenta que existen indicios serios de actos de violencia contra la denunciante, una mujer que ofrece servicios sexuales, por parte de un cliente, corresponde disponer la prohibición de acercamiento y abstención de cualquier tipo de contacto del denunciado en los términos de la ley 26.485, en tanto el peligro en la demora surge de la situación de riesgo de que se reiteren nuevos hechos de violencia hacia la denunciante, sin que se requiera la prueba terminante y plena del derecho invocado.
2. — Para el dictado de una prohibición de acercamiento solicitado por una mujer víctima de violencia basta la mera sospecha de maltrato, esto es, la verosimilitud del derecho, y el peligro en la demora surge de la situación de riesgo de que se reiteren nuevos hechos de violencia.
3. — La prostitución es una relación económica que ha existido en las diferentes etapas del proceso histórico social de la humanidad y sus causas, condiciones, penalización o reconocimiento siguen siendo objeto de discusión y el Código de Faltas de Chaco aún la sanciona con arresto o multa en los arts. 69, 72, 73 y 74.

JFaltas, Barranqueras, 29/10/2019 - P., A. C. c. R., E. s/ denuncia

1ª Instancia.- Barranqueras, octubre 29 de 2019.

Considerando:

I. Que se inician las presentes actuaciones por la denuncia realizada por A. C. P. el 24/10/2019

a las 0,20 hs. ante la Comisaría Primera de esta ciudad.

A fs. 4/5 comparece la denunciante a ratificar su denuncia y manifiesta que: "...tengo como cliente al señor R. E. de 60 años, con quien no tengo ningún tipo de relación afectiva a quien conozco hace unos tres años, ya que presto servicios sexuales y siempre le aclaré que él es solo un cliente más pero R. está obsesionado cree que somos pareja, lo cual no es así porque siempre aclaré que no tenemos nada, incluso esta no es la primera vez que él me hace problemas, anteriormente ya tuvimos inconvenientes donde R. me golpeó debido a que él no quiere que yo este con nadie más. Hacé unos dos o tres meses atrás estando en un motel, R. me golpeó y me ahorcó estando dentro de la habitación donde yo empecé a gritar y tuvieron que intervenir personas encargadas del motel, en esa oportunidad no lo denuncié, pero R. cree que tiene derecho a tratarme así. Otro hecho ocurrió en casa de una amiga en el Barrio 2 de Abril de esta ciudad, en horas de la noche, estaba con mi grupo de amigos sentados en la vereda cuando en un momento dado se hace presente R. en su bicicleta y ni bien llegó comenzó a insultarme y me decía cosas, como también me hacía reclamos por lo que yo le aclaraba que él solo es un cliente que no tiene que andar controlándome ni buscándome, fue entonces que R. me dijo "Que, cliente ni cliente", y me largó dos piñas, en ese momento atiné a correr dentro de la casa de mi amiga, tomé un cuchillo para asustarlo a R., cuando volví a salir a la vereda él de nuevo me largó otra piña lastimándome en la cara, mi amigos no pudieron reaccionar en ese momento hasta que entré, unos amigos lo atajaron pero R. seguía gritando cosas, decía "Quien va a hacer algo, que vas a hacer", mis amigos me defendieron y lo corrieron. El día de ayer siendo 23 de octubre de 2019, a eso de las 23 o 23,30 saliendo con un cliente del motel E. M., de esta ciudad, yo estaba en mi moto mientras que mi cliente se iba retirando en una bici, cuando en un momento dado R. sale de la nada y empezó a agredirlo a mi cliente, le pegó una patada lo tiró de la bici, para luego venir hacia donde yo me encontraba y empezó insultarme diciéndome "... de ..., Que haces con ese, ya vas a verlo que te voy a hacer", mientras que volví a reiterarle que él no es nada

conmigo, que entienda que es un cliente por lo que tomé un medio ladrillo que había tirado en la calle para defenderme, porque R. se me acercaba con intenciones de hacer algo, además de que ya anteriores veces me pegó y yo sabía que iba a lastimarme, cuando R. se acercó me agarró del cabello y me zamarreaba, en el forcejeo le golpeé con el ladrillo para que me soltara, él me soltó y me dijo “Mira lo que me hiciste, ya vas a ver vos”, para luego alejarse y retirarse del lugar, yo después de esto fui directamente a hacer la denuncia de lo que pasó. Testigos puedo ofrecer a algunos de mis amigos que estuvieron presente en uno de los hechos anteriores donde R. me agredió y me comprometo en hablar con ellos a fin de que puedan venir a declarar, ya que en el hecho de anoche no hubo nadie presente; como también voy a hacer lo posible por conseguir el domicilio de R., porque lo que yo quiero es que él me deje se seguir y de molestar, no quiero que se acerque más porque es una persona muy violenta y agresiva y yo le tengo miedo...”.

A fs. 6/8 se agrega denuncia original.

A fs. 11 se llama a autos para resolver.

II. Encontrándose la causa en estado de ser resuelta, señalo en primer término que el Art. 68 del Código de Faltas chaqueño, prevé el dictado de medidas preventivas —como la presente— para el caso de “las personas que ocasionen o sometan a miembros del grupo familiar a malos tratos u hostigamientos físicos o psíquicos, siempre que la conducta no encuadre dentro de las normas del CP. Se entiende por grupo familiar el originado en el parentesco sea por consanguinidad o por afinidad, el matrimonio, las uniones de hecho, las parejas o noviazgos. Incluye las relaciones vigentes o finalizadas, no siendo requisito la convivencia”.

La denunciante A. C. P. expresó en sede judicial ofrecer “servicios sexuales” y que el denunciado —R.— es un “cliente” suyo, razón por la cual, adelante desde ya, la presente medida de protección deberá fundarse en normas de jerarquía superior al Código de Faltas del Chaco —Ley 850-J— y aplicables a proteger los derechos de las mujeres.

La prostitución es una relación económica que ha existido en las diferentes etapas del proceso

histórico social de la humanidad y sus causas, condiciones, penalización o reconocimiento siguen siendo objeto de discusión y nuestro código de faltas aún la sanciona con arresto o multa en los Arts. 69, 72, 73 y 74.

Al respecto: “No son novedosas las críticas que hemos realizado a los códigos contravencionales. En general, vemos constantemente noticias que informan sobre la detención de trabajadoras y trabajadores sexuales, acusándolos de escándalo y meras cuestiones paternalistas. El ejercicio de la prostitución libre, como hemos mencionado, ha sido eliminado como contravención por varios códigos por resultar simplemente un modo de control policial y de discriminación y prohibición a la libre elección del modo de vida. Muchas veces se suele utilizar la prohibición como argumento de política criminal contra la trata de personas y la explotación sexual. Sin embargo, debemos replantearnos si es un política que ha servido para los fines que se replican o simplemente se transforma en un modo de control social de las personas más vulnerables ante las fuerzas de seguridad. Por otro lado, debemos atender a los derechos constitucionales vulnerados con la criminación de estas acciones, como lo es el derecho de reserva. La oferta o demanda de sexo por libre elección solo puede ser penalizada por ocasionar un verdadero daño que autorice la intromisión del Estado en la esfera privada de los hombres y no porque el propio Estado lo considere inmoral” (<http://.pdf>).

Las mujeres que han hecho de la prostitución su medio de vida se encuentran expuestas al estigma y la discriminación en sus entornos familiares y comunidades. Pero además del rechazo social de los grupos de personas en los ámbitos en los que hacen su vida, también son víctimas de violencia por parte de desconocidos en los espacios públicos, clientes y proxenetas.

Estas situaciones de violencia vividas con frecuencia quedan impunes al no existir un aparato jurídico que las proteja, y en caso de existir, son víctimas de violencia institucional por reproducirse formas de discriminación y estigmatización que se acentúa cuando la mujer es pobre.

Del acta de fs. 4/5 se extrae que P. conoce al denunciado hace aproximadamente 3 años,

que ya trató de explicarle que no existe entre ellos ninguna relación afectiva y que él es solo un cliente. Relató de forma clara y precisa tres hechos —en diferentes fechas— en los cuales R. ejerció violencia física y verbal hacia ella y solicitó una medida de protección porque “le tiene miedo” ya que el denunciado es una “persona muy violenta y agresiva”.

En mérito a lo expuesto cabe señalar que para el dictado de una medida cautelar como la presente, basta la mera sospecha de maltrato, esto es, la verosimilitud del derecho y peligro en la demora, requisitos que doy por acreditado con el relato pormenorizado de los hechos por parte de la denunciante.

Se ha expresado que: “...que en esta materia no se requiere la prueba terminante y plena del derecho invocado, sino que resulta suficiente la acreditación “prima facie”. Se trata de la verosímil presunción mediante un conocimiento sumario, de lo que se dice es probable...(Eduardo N. de Lázzari, Medidas Cautelares T. I, Librería Editora Platense 2006, ps. 23/24).”.

El peligro en la demora, surge de la situación de riesgo de que se reiteren nuevos hechos de violencia, de mantenerse la posibilidad de contacto y/o acercamiento de R. hacia la denunciante.

En mérito a los antecedentes reseñados, entiendo que en el presente caso, existen indicios serios de actos de violencia (verbal y física) contra A. C. P. y atendiendo a que el art. 3º de la Ley 26.485, enuncia entre los derechos protegidos que se garantiza a las mujeres: “Un trato respetuoso de las mujeres que padecen violencia, evitando toda conducta, acto u omisión que produzca revictimización” (inc. K). Comprendiendo que este derecho refiere al sometimiento de la mujer agredida a demoras, derivaciones, consultas inconducentes o innecesarias o bien, tener que acreditar extremos no previstos normativamente, se hace necesario el urgente dictado de medidas preventivas.

Como es lógico, P. desconoce el domicilio exacto del denunciado, por lo que la autoridad policial competente deberá arbitrar de forma urgente los medios conducentes a efectos de lograr con su paradero y efectuarse la notificación de la presente medida.

Conforme a los fundamentos expuestos, devienen aplicables las medidas urgentes previstas por el art. 26 de la Ley 26.485.

Por todo lo expuesto y conforme lo normado por la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (C.E.D.A.W.), Convención para prevenir, sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém Do Pará); art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional y Ley 26.485, resuelvo: I. Disponer la medida preventiva dispuesta por el art. 26 a.1) de la Ley 26.485 por las razones expuestas en los considerandos que anteceden y en consecuencia Disponer prohibición de acceso y acercamiento de E. R., a una distancia menor de 300 (trescientos) metros del lugar de residencia, trabajo, estudio, esparcimiento o a los lugares de habitual concurrencia de A. C. P., domiciliada en B... N°2..., de la ciudad de Barranqueras, debiendo asimismo Abstenerse de mantener cualquier tipo de contacto personal y/o telefónico y/o por cualquier medio con la nombrada. La duración de la presente medida se supedita interín se mantengan los presupuestos fácticos jurídicos expresados en los considerandos de la presente. II. Disponer que el nombrado Cese en forma inmediata los actos de perturbación o intimidación que directa o indirectamente realice hacia A. C. P., (art. 26, a.2) de la Ley N° 26.485). III. Ordenar, de conformidad a lo dispuesto por el art. 26 a.6) de la Ley N° 26.485, que el Sr. Jefe de la Comisaría Primera de esta ciudad, disponga las medidas de seguridad necesarias para garantizar la seguridad de A. C. P., estableciéndose toda otra medida acorde, a efectos de evitar la repetición de todo acto de perturbación o intimidación, agresión y maltrato del agresor hacia la presunta víctima. Debiendo la autoridad policial acudir en forma inmediata a los domicilios antes citados. A tal efecto líbrese oficio a la Comisaría Primera; debiendo el mismo informar a la suscripta cualquier novedad que se produzca en la presente causa, en forma inmediata. IV. Requerir al Equipo Interdisciplinario de Asistencia a las Víctimas de la Violencia Familiar, dependiente del Programa Prov. de Asistencia a la Víctima de la Violencia Familiar —Ley 906-G y Dto. Reg. 620/1997—, a la mayor brevedad posible, se sirva brindar asistencia psicoterapéutica a A. C. P., con domicilio en B...

Nº 2... de la ciudad Barranqueras, cuyo número de celular es: 362....., librándose oficio a tal efecto. V. Citar a A. C. P., para que en forma Urgente comparezca a este Juzgado a fin de ponerla en conocimiento de lo dispuesto en los Ptos. I, II, II Y IV y de sus alcances. A cuyo fin líbrese cédula. VI. Requerir con habilitación de días y horas inhábiles y con carácter de urgente a la Comisaría Primera proceda a la Individualización y comparendo de E. R., de 60 años de edad aproximadamente, quien se domiciliaría en V... P., y en caso de ser habido sea notificado de la presente Resolución, debiendo remitir a este juzgado constancia de la misma. Líbrese oficio a sus efectos. VII. Habilítense días y horas inhábiles, para el diligenciamiento de los recaudos ordenados. IX. Regístrese, protocolícese y notifíquese. — *Sandra M. Saidman.*

TRATA DE PERSONAS

Prohibición de la publicación de avisos que promueven la oferta sexual – Razonabilidad del dec. 936/2011 – Medidas de protección hacia la mujer – Colectivo vulnerable – Violencia mediática contra la mujer – Sanción de apercibimiento – Agravio meramente conjetural – Ejercicio de la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo

Con nota de Marisa S. Tarantino

1. — El dec. 936/2011 es una norma reglamentaria que guarda un carácter instrumental para hacer efectivos los objetivos de las leyes 26.364 y 26.485, ello en tanto el decreto, al prohibir los avisos que promuevan la oferta sexual o la solicitud de personas destinadas al comercio sexual, se conecta con dos de los fines previstos en esas leyes, esto es prevenir el delito de trata de personas con fines de explotación sexual y la paulatina eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres.
2. — Las medidas de protección hacia la mujer cuentan con un marco constitucional explícito en el art. 75.23 CN, en tanto se trata de un colectivo vulnerable.

3. — La publicación de avisos como los que prohíbe el art. 1º del dec. 936/2011 constituye una especificación de una de las modalidades de violencia mediática que la ley procura evitar, en tanto se trata de mensajes —en este caso, de carácter publicitario— que promueven la explotación sexual de las mujeres; este tipo de publicidad reafirma el estereotipo de la mujer como objeto sexual, y pueden encubrir situaciones de trata de personas, proxenetismo y explotación sexual de mujeres adultas o menores.
4. — Si bien el dec. 936/2011 que prohíbe la publicación de avisos que ofrezcan servicios sexuales contempla consecuencias sancionatorias —que en algunos casos pueden consistir en multas—, en el caso no se ha aplicado una pena pecuniaria al recurrente, sino que los actos administrativos cuestionados solo se refieren a la aplicación de un apercibimiento, lo que en principio tiene un propósito correctivo y no causa una lesión patrimonial directa a la empresa.
5. — El ejercicio de la potestad reglamentaria prevista en el art. 99.2 CN no requiere de una habilitación expresa del legislador, ya que se trata de una atribución propia del Poder Ejecutivo, cuyos límites provienen de la propia norma constitucional.

CNFed. Contenciosoadministrativo, sala V, 20/08/2019 - Editorial Diario La Capital SA c. EN - Mº Justicia y DDHH s/ proceso de conocimiento

2ª Instancia.- Buenos Aires, agosto 20 de 2019.

¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?

A la cuestión planteada el doctor *Treacy* dijo:

I. Que mediante la sentencia de fojas 198/204 el juez de la instancia anterior rechazó la demanda interpuesta por el actor, con costas. Se refirió tanto al planteo de inconstitucionalidad formulado por la actora contra el Decreto Nº 936/2011 y la Resolución MJyDH Nº 1180/2011, así como la nulidad de las Disposiciones Nº 17/2012 y 28/2012 de la Oficina de Monitoreo de Publicación de Avisos

de Oferta de Comercio Sexual (OMPAOCS) y de la Resolución MJyDH N° 2615/2013.

En primer lugar examinó el decreto precitado, el cual dispone con carácter de orden público y de aplicación en todo el territorio de la República, la prohibición de avisos que “promuevan la oferta sexual o hagan explícita o implícita referencia a personas destinadas al comercio sexual, por cualquier medio, con la finalidad de impedir y prevenir el delito de trata de personas con fines de explotación sexual y la paulatina eliminación de las formas de discriminación contra las mujeres”. Ello comprende también a los avisos cuyo texto, haciendo referencia a actividades lícitas resulten engañosos, teniendo como fin último la realización de alguna de las actividades aludidas precedentemente. También se creó por conducto del decreto mencionado la Oficina de Monitoreo de Publicación de Avisos de Oferta de Comercio Sexual (OMPAOCS), con atribuciones para imponer sanciones por incumplimientos a lo establecido en esta medida, y faculta al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos para dictar las normas complementarias y aclaratorias necesarias para la implementación del régimen. A continuación el juez de grado se refirió a los fundamentos normativos que invocaba el decreto en sus considerandos, esto es, la Ley N° 26.364 de Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus Víctimas; 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; la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (“Convención de Belem do Pará”); la Convención sobre los Derechos del Niño y la Ley N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes. A partir de ese plexo normativo, observó que el decreto se basa en que los avisos que ofrecen servicios sexuales estimulan tanto la explotación sexual de las personas como la captación de víctimas de trata.

El juez de grado examinó los argumentos de la actora en contra de la validez constitucional del Decreto N° 936/2011 y la Resolución MJyDH N° 1180/2011, que sostienen que se establecen

sanciones administrativas no previstas en las Leyes Nros. 26.364 y 26.485, excediendo el marco normativo establecido en ellas, contraviniendo el principio de legalidad y con exceso de las competencias del artículo 99.3 CN. Al respecto, el magistrado consideró que el decreto constituía un reglamento de ejecución, el cual era válido en tanto se reconoce que tales reglamentos pueden establecer condiciones o requisitos, limitaciones o distinciones que, aun cuando no hayan sido contemplados por el legislador de una manera expresa, se ajustan al espíritu de la norma reglamentada o sirven razonablemente a la finalidad esencial que ella persiguen (con cita de Fallos: 325:645; 330:2255). Recordó que las normas cuestionadas se ajustan al espíritu de esas leyes y están en consonancia con los tratados internacionales de derechos humanos señalados, puntualizando una conducta que se encuentra prohibida, en la medida en la publicación de avisos que promueven la oferta sexual constituyen un supuesto de violencia sexual, simbólica y mediática (argumento que extrajo del dictamen de la Procuración General de la Nación en el caso “Editorial Río Negro SA c. EN - Ley 26.364 - Dto. 936/2011 s/ amparo”, del 03/02/2014). En función de ello, desestimó el planteo de inconstitucionalidad de la normativa impugnada.

Por otra parte se refirió al planteo de que el Poder Ejecutivo no tenía competencia territorial para dictar el decreto mencionado. Al respecto, consideró que la prohibición que allí se establecía excedía el ámbito local de la provincia de Santa Fe, para lo cual era necesario tener en cuenta la finalidad de la normativa, la magnitud del bien jurídico protegido y el hecho de público y notorio de que el diario La Capital, de Rosario circula en varias provincias de la República.

A continuación examinó los cuestionamientos a las Disposiciones OMPAOCs Nros. 17/12 y 28/12, y la Resolución MJyDH N° 2615/2013, confirmatoria de aquellas, a las que el actor atribuyó los vicios de falta de causa, de motivación y de finalidad, así como la inobservancia del debido proceso adjetivo. Luego de analizar pormenorizadamente estos actos administrativos concluyó que no se verificaba ninguno de los vicios alegados.

En función de ello, rechazó la demanda con costas a la actora en su calidad de vencida (art. 68 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

II. Que contra dicha decisión la actora dedujo recurso de apelación (fs. 205). Concedido a fojas 206 y elevadas las actuaciones a esta instancia, a fojas 212/217 luce el memorial de dicha parte.

En su escrito sostiene que la sentencia apelada eludió considerar los planteos jurídicos de su parte. En primer lugar se refiere a la inconstitucionalidad del Decreto N° 936/2011 y a la Resolución MJyDH N° 1180/2011 dictada en su consecuencia. Alega que dicho decreto no es un decreto de ejecución y que por su naturaleza, dicha norma no puede establecer sin habilitación legal un régimen de infracciones. Entiende que la Ley N° 26.485 solo incluye estándares de protección, pero no avanza sobre competencias provinciales. Del mismo modo, considera que la Ley N° 26.364 no establece competencia federal alguna en la materia. Por lo tanto, afirma que las notas de orden público y aplicación nacional no determinan una jurisdicción federal. En esa inteligencia, sostiene que el decreto en cuestión afecta el artículo 32 CN, en cuanto veda la jurisdicción federal respecto de la libertad de prensa, y abona su postura con una cita de Fiorini. Asimismo, estima violado el principio de legalidad, de conformidad con lo establecido en los artículos 18 y 19 CN. Este principio exige una habilitación por medio de una ley formal para tipificar infracciones y aplicar sanciones en sede administrativa. Añade que solo en sectores regulados, como la Ley N° 26.522, la energía eléctrica o el gas aparecen regímenes sancionatorios en normas inferiores a la ley formal. Pero ello no sería el caso de la prensa escrita, que no está regulada ni podría estarlo por ley federal alguna.

A continuación replantea sus agravios en torno a la nulidad de la Disposición OMPAOCs N° 17/12 y de la Resolución MJyDH N° 2615/2013, relacionadas con la sanción aplicada a su parte. Al respecto, se refiere a que los actos administrativos no hicieron consideración de las cuestiones propuestas por su parte, lo que entraña una violación al debido proceso. Asimismo, observa la ausencia de competencia de la autoridad que impuso la sanción, lo cual deriva de la inconstitucionalidad del decreto que había planteado. Considera "absurdo" que su parte deba aportar pruebas de que la publicación de avisos no contribuyen a la configuración de delitos de promoción y/o

facilitación de la prostitución ajena, o que no tuvieran estrecha relación con el delito de trata de personas, pues "no está a su alcance verificar la identidad de los anunciantes, especialmente cuando se trata de avisos clasificados, y carece de un sistema de base de datos que posibilite el control del contenido de los mismos" (fs. 216). En síntesis, estima que los actos administrativos mencionados se encuentran afectados de nulidad absoluta, pues fueron dictados con incompetencia, afectación al debido proceso, falta de causa y motivación.

Por último, se agravió por la imposición de costas a su parte.

III. Que la demandada omitió responder en debida forma el memorial de su contraria (v. fs. 226). A fojas 249 se corrió vista al Fiscal General acerca de las cuestiones planteadas. Este se expidió a fojas 250/253 y propició la confirmación de lo resuelto en primera instancia.

IV. Que en este estado de las actuaciones, corresponde examinar los agravios de la actora.

IV.1.- En primer lugar, conviene hacer una breve reseña de las normas y actos cuestionados. Por un lado, el Decreto N° 936/2011 estableció con carácter de orden público y de aplicación en todo el territorio de la República la prohibición de los avisos que promuevan la oferta sexual o hagan explícita o implícita referencia a la solicitud de personas destinadas al comercio sexual, por cualquier medio. La norma menciona al artículo 1° de la Ley N° 26.485 y la finalidad de impedir el delito de trata de personas con fines de explotación sexual y la paulatina eliminación de las formas de discriminación contra las mujeres. Asimismo, se incluyeron en el alcance del régimen "todos aquellos avisos cuyo texto, haciendo referencia a actividades lícitas, resulten engañosos, teniendo por fin último la realización de alguna de las actividades aludidas" precedentemente. Con ese fin se creó la Oficina de Monitoreo de Avisos de Oferta de Comercio Sexual, en el ámbito del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, como autoridad de aplicación del decreto, previéndose un procedimiento administrativo para la sanción de estas infracciones.

El funcionamiento de dicha Oficina fue reglamentado por conducto de la Resolución MJyDH

Nº 1180/2011 y previó las sanciones aplicables (apercibimiento, multa de hasta 100 veces el precio del aviso cuestionado, multa de hasta 300 veces el precio del aviso).

En base a estas normas, se sustanció el procedimiento que culminó con el dictado de la Disposición Nº 17/2012 de esa Oficina, que aplicó a la actora la sanción de apercibimiento por "la publicación de avisos que haciendo referencia a actividades lícitas, resultan engañosos y tienen por fin último la promoción de la oferta sexual, en el medio gráfico denominado 'La Capital'" (fs. 31/37 del expediente EXP-S04:0054651/2012, que corre por cuerda). Contra dicho acto administrativo la pretensora de autos dedujo recurso de reconsideración con jerárquico en subsidio. El primero de esos recursos fue desestimado por conducto de la Disposición Nº 28/2012 (glosada a fs. 260/266 del expediente EXP-S04:0005043/2012), mientras que el recurso jerárquico fue desestimado por Resolución MJyDH Nº 2615/2013 (fs. 376/383 del expediente administrativo citado).

IV.2.- El primer agravio de la actora se relaciona con la validez constitucional del Decreto Nº 936/2011. Dicho decreto fue dictado como reglamento de ejecución, en los términos del artículo 99.2 CN. La ahora recurrente cuestiona dicho decreto en dos aspectos: no se trataría de un decreto reglamentario, sino que establece una prohibición sin base legal. Por otro lado objeta la validez de aquel en base a la interpretación que postula del artículo 32 CN.

En cuanto a la primera cuestión, conviene señalar que los considerandos del decreto mencionan una serie de normas de jerarquía legal, suprallegal y constitucional que dan sustento al ejercicio de la potestad reglamentaria prevista en el artículo 99.2 CN. Específicamente se refiere a la Ley Nº 26.364 de Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus Víctimas, en tanto tiene por objeto implementar medidas destinadas a prevenir y sancionarla trata de personas, asistir y proteger a sus víctimas. El decreto pone el énfasis en la explotación sexual, que se configura cuando se promoviere, facilitare, desarrollare o se obtuviere provecho de cualquier forma de comercio sexual (art. 4º inc. c) de la ley). Asimismo, la Ley Nº 26.485 de Protección Integral

para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales, contiene disposiciones de orden público y de aplicación en todo el territorio de la República. Además de estas conexiones inmediatas del decreto con ambas leyes, el decreto se refiere a otras normas de jerarquía constitucional, como la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, o la Convención sobre los Derechos del Niño, o suprallegal como la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer —Convención de Belem do Pará—, o la Ley Nº 26.061 de Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes; normas a cuya implementación propende la Ley Nº 26.485.

Cabe advertir que el ejercicio de la potestad reglamentaria prevista en el artículo 99.2 CN no requiere de una habilitación expresa del legislador. Se trata de una atribución propia del Poder Ejecutivo, cuyos límites provienen de la propia norma constitucional: concretamente, el de no afectar el espíritu de la ley con excepciones reglamentarias. En tal sentido la Corte Suprema ha señalado que no vulneran dicha norma constitucional los reglamentos que mantengan inalterables los fines y el sentido con que la ley haya sido sancionada (Fallos: 318:1261) y que aquellos pueden establecer condiciones y requisitos, limitaciones o distinciones que, aun cuando no hayan sido contemplados por el legislador en forma expresa, si se ajustan al espíritu de la norma reglamentada o sirven, razonablemente, a la finalidad esencial que ella persigue, son parte de la ley reglamentada y tienen la misma validez y eficacia que esta (Fallos: 325:645). A ello debe añadirse que la conformidad del decreto a la ley reglamentada no consiste en una coincidencia textual de ambas normas, sino de espíritu, de modo que los reglamentos que se expiden para la mejor ejecución de las leyes son constitucionalmente válidos cuando mantienen inalterables los fines y el sentido con que la ley ha sido sancionada (Fallos: 321:2223, 318:1707; entre otros).

A la luz de estas premisas, se advierte que el Decreto Nº 936/2011 es una norma reglamentaria que guarda un carácter instrumental para hacer efectivos los objetivos de las Leyes Nros.

26.364 y 26.485. Ello en tanto el decreto, al prohibir los avisos que promuevan la oferta sexual o la solicitud de personas destinadas al comercio sexual, se conecta con dos de los fines previstos en esas leyes: prevenir el delito de trata de personas con fines de explotación sexual y la paulatina eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres. En un plano más general, conviene recordar que las medidas de protección hacia la mujer cuentan con un marco constitucional explícito en el artículo 75.23 CN, en tanto reconoce que se trata de un colectivo vulnerable, y en la Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, que posee —como ya se señaló— jerarquía constitucional (art. 75.22 CN). Precisamente esta última establece la obligación de los Estados parte de tomar “todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para suprimir todas las formas de trata de mujeres y explotación de la prostitución de la mujer” (art. 6º). Por su parte, la Ley Nº 26.485 al referirse a las distintas formas de violencia que pueden padecer las mujeres, alude a la violencia simbólica, entendida como “[l]a 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” (art. 5º inc. 5 de la Ley Nº 26.485). Asimismo, la ley se refiere a la violencia mediática, que comprende la publicación o difusión de mensajes e imágenes estereotipados a través de cualquier medio masivo de comunicación, que de manera directa o indirecta promueva la explotación de mujeres o sus imágenes, injurie, difame, discrimine, deshonre, humille o atente contra la dignidad de las mujeres, como así también la utilización de mujeres, adolescentes y niñas en mensajes e imágenes pornográficas, legitimando la desigualdad de trato o construya patrones socioculturales reproductores de la desigualdad o generadores de violencia contra las mujeres (art. 6º inc. f) de la Ley Nº 26.485).

Por lo tanto, la publicación de avisos como los que prohíbe el artículo 1º del decreto impugnado constituye una especificación de una de las modalidades de violencia mediática que la ley procura evitar, en tanto se trata de mensajes (en este caso, de carácter publicitario) que

promueven la explotación sexual de las mujeres. Ello, en tanto este tipo de publicidad reafirma el estereotipo de la mujer como objeto sexual, y pueden encubrir situaciones de trata de personas, proxenetismo y explotación sexual de mujeres adultas o menores de edad. Por lo tanto, resulta desechable el argumento del actor basado en la ilegalidad formal del decreto, pues el Poder Ejecutivo, en ejercicio de la facultad del artículo 99.2 CN ha precisado un aspecto que ya estaba incluido en la Ley Nº 26.485, y se relaciona con el cumplimiento de los fines de las dos leyes reglamentadas, en cuanto a la prevención de la trata (Ley Nº 26.364) y la eliminación de la violencia y erradicación de los estereotipos de género como parte de la problemática de la violencia de género (Ley Nº 26.485). Por lo demás, al ser patente que el tipo de publicidad prohibida por el decreto promueve estereotipos de género y contribuyen a instalar o promover relaciones de sumisión de las mujeres hacia los hombres (como lo muestra el texto de los avisos detectados por la autoridad de aplicación en este caso), que la prohibición establecida constituye un instrumento necesario para la mejor ejecución de las leyes reglamentadas.

Otra línea argumental seguida por el recurrente en su cuestionamiento se basa en su interpretación del artículo 32 CN, conforme a la cual este tipo de prohibiciones no podrían ser impuestas a un medio de prensa por una autoridad federal. Para ello acude a una lectura literal e histórica de la norma constitucional mencionada, que impide al Congreso restringir la libertad de imprenta o establecer sobre ella la jurisdicción federal. Bidart Campos señala que el precepto se vincula con una situación histórica, en la que la prensa solo era escrita, tenía carácter local y repercutía en el lugar donde se difundía y al cual alcanzaba su influencia. Como observa dicho autor, “[e]sa razón histórica hoy no existe, ni contempla la realidad presente, que el constituyente de 1860 tampoco pudo prever”. Concluye que esta norma constitucional no impide al Congreso dictar leyes que reglamenten razonablemente (arts. 14 y 28 CN) la libertad de prensa y crear delitos que se pueden cometer por medio de la prensa, incluyéndolos en la legislación penal uniforme para todo el país (art. 75.12 CN), lo que está vedado a las provincias (Bidart Campos, Germán; Manual

de la Constitución reformada, T. II, Buenos Aires, Ediar, 1998, pp. 30-36).

Aunque en el supuesto de autos no se trata de la configuración de un delito (donde rige el principio de reserva legal), el criterio expuesto permite sostener que la norma constitucional no impide a la autoridad federal (en el caso, el Poder Ejecutivo) especificar una prohibición ya comprendida en la ley, de un modo que tiende a cumplir los fines de esta. En todo caso, la norma puede ser objetada bajo la óptica de su razonabilidad (art. 28 CN), pero no de su legalidad. Por lo demás, el decreto cuestionado persigue fines estatales imperiosos, que obligan a los poderes públicos en todos los niveles. Al ser una competencia concurrente, nada obsta a que el Estado nacional dicte normas reglamentarias como la que aquí se cuestiona. De otro modo, de aceptarse la tesis del actor, el cumplimiento de los propósitos de la ley en un aspecto clave quedaría sujeto a la existencia de reglamentaciones provinciales (de existencia y contenidos contingentes) con lo que se vería afectada la vigencia uniforme de la ley en todo el territorio nacional (arg. art. 1º de la Ley Nº 26.485).

Por último, el decreto cuestionado no resulta objetable desde la perspectiva de la razonabilidad. Como se ha dicho antes, se trata de una norma reglamentaria de las Leyes Nros. 26.364 y 26.485 que persigue fines estatales sustanciales, como lo son la erradicación de la trata de personas con fines de explotación sexual y la violencia contra las mujeres. Sin dejar de advertir que se limita una forma específica de expresión (el discurso comercial), la norma supera inclusive un análisis estricto de razonabilidad. En efecto, los medios elegidos promueven efectivamente los fines estatales sustanciales perseguidos y estos prevalecen sobre el interés particular de la empresa en la difusión de avisos comerciales relacionados con la prestación de servicios sexuales.

En lo que respecta a la impugnación de la Resolución MJyDH Nº 1180/2011, cabe señalar que se trata de una norma complementaria del Decreto Nº 936/2011, dictado en virtud de la competencia atribuida por el artículo 6º de este último. La norma regula el funcionamiento de la Oficina de Monitoreo de Publicación de Avisos de Oferta de Comercio Sexual y la aplicación de sanciones por

el incumplimiento de la prohibición contenida en el decreto. Cabe observar que, si bien contempla consecuencias sancionatorias —que en algunos casos pueden consistir en multas—, en el caso no se ha aplicado una pena pecuniaria al recurrente. En efecto, los actos administrativos cuestionados solo se refieren a la aplicación de un apercibimiento, lo que en principio tiene un propósito correctivo y no causa una lesión patrimonial directa a la empresa. Por ello, en coincidencia con el criterio de la Procuración General de la Nación, expuesto en el caso “Editorial Río Negro SA c. EN - Ley 26.364 - Dto. 936/2011 s/ amparo” (dictamen del 03/02/2014), dicho agravio se presenta como conjetural y resulta prematuro expedirse a su respecto.

En función de lo expuesto, y en concordancia con el dictamen fiscal de fojas 250/253, las objeciones constitucionales del recurrente no pueden prosperar.

IV.2.- Por otra parte, la actora cuestiona la validez de la Disposición Nº 17/2012 de la Oficina antes mencionada, que impuso al actor un apercibimiento y de la Resolución MJyDH Nº 2615/2013, que desestimó el recurso jerárquico contra ella, alegando que se trata de actos nulos de nulidad absoluta.

En este punto los agravios se basan primordialmente en el hecho de que los actos se basan en normas que, a criterio del actor, son inconstitucionales, de lo que derivaría la nulidad de los actos administrativos mencionados, que las aplicaron. Atento a lo expuesto precedentemente, este fundamento carece de andamiento.

En cuanto a los agravios autónomos contra esos actos administrativos, el actor aduce la violación del debido proceso, y vicios en la causa y en la motivación. El simple examen de lo actuado en sede administrativa permite descartar tales irregularidades. Cabe consignar que los hechos en que se basó la imputación fueron oportunamente notificados a la empresa actora, que pudo presentar su descargo y ofrecer pruebas. Por lo demás, el contenido del acto administrativo revela que se analizaron las defensas propuestas por la parte, indicándose con precisión cuáles eran los avisos en infracción al régimen normativo de que se trata.

Las demás críticas del apelante a la decisión administrativa, y a la sentencia que la confirma, constituyen meras discrepancias que carecen de entidad para sustentar la nulidad pretendida. La parte considera que las resoluciones son “absurdas” debido a que alega la imposibilidad de aportar pruebas de que los avisos publicitados no guardaban relación con los delitos de promoción y/o facilitación de la prostitución ajena, o con la trata de personas. Según surge de la investigación realizada por la autoridad de aplicación, los avisos publicados se vinculaban con la oferta sexual, y se intimó a la empresa a cesar en su publicación. No obstante ello, la empresa continuó publicando esos avisos en ediciones posteriores del diario que edita. Ello solo revela la falta de compromiso de la empresa periodística en cumplir con las disposiciones de las leyes antes mencionadas, que procuran la prevención de graves delitos como los son los vinculados con la trata de personas y la promoción y facilitación de la prostitución ajena y, en definitiva, de adoptar medidas para actuar por sí en casos evidentes de violencia simbólica y mediática hacia las mujeres.

Por lo expuesto, se estima que tanto la Disposición OMPAOCs N° 17/2012 como la Resolución MJyDH N° 2615/2013 cuentan con suficiente sustento fáctico y jurídico, lo que determina el rechazo del planteo de nulidad a su respecto.

IV.3.- En cuanto al agravio relativo a las costas, debe confirmarse el criterio de la sentencia de grado, que aplicó el principio general de la derrota (art. 68 primer párrafo del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

V. Que por las razones expuestas, corresponde desestimar el recurso de apelación deducido por la actora y confirmar la sentencia de fojas 198/204. Las costas de esta instancia deben ponerse a cargo de la recurrente en su calidad de vencida (art. 68 primer párrafo del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Así voto.

El doctor *Alemany* dijo:

1º) Que el apelante cuestiona la sanción de apercibimiento impuesta con fundamento en el decreto 936/2011, en cuyo artículo 3º, inciso c), se faculta a la Oficina de Monitoreo a “imponer o requerir las sanciones por incumplimiento a lo

establecido en esta medida”, y en la resolución 1180/2011 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, en cuyo artículo 3º se precisa que la primera infracción será considerada como una falta leve, mientras que la segunda dará lugar a la aplicación de una multa equivalente a 100 veces el valor del aviso publicitario y, en caso de reiteración, se incrementará a 300 veces ese valor.

En síntesis, argumenta que tanto en la ley 26.364, de Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a las Víctimas, como en la ley 26.485, de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres, no se formula ninguna referencia al régimen de infracciones administrativas impuesto por las autoridades administrativas; que excede la materia propia de los reglamentos de ejecución y tampoco cuenta con habilitación legal suficiente, es decir, no está prevista por ley en sentido formal. Además, sostiene que, por medio de las disposiciones impugnadas, se la somete indebidamente a la jurisdicción federal.

2º) Que en cuanto a los agravios relativos a la sujeción a la jurisdicción federal, cabe señalar que, al margen de las restantes objeciones que formula el apelante, se trata de prevenir los delitos previstos en la ley 26.364, que tienen esa misma naturaleza (cfr. Fallos: 170:400; 208:519; 217:688; 312:1114).

3º) Que, como regla, y tal como se ha expresado, el reglamento de ejecución está sujeto a estrictos condicionamientos. En primer lugar “Se refiere a la propia administración y no a los particulares...”, pues no todas las leyes ni todos los aspectos de ellas son susceptibles de ser reglamentados, en particular, si están dirigidos a los particulares; por lo que “... debe limitarse a ordenar el funcionamiento y los deberes de los agentes de la administración en lo que respecta a la ejecución de la ley... sin poder adentrarse, por ejemplo, a definir el concepto legal...” ya que “...el sentido constitucional es prohibitivo y no supone otorgarle al Poder Ejecutivo la facultad de definir los términos legales...llenar supuestos vacíos o lagunas, corregir errores ni interpretar con acciones positivas el supuesto espíritu de la ley, sino tan solo abstenerse de violarlas” (Gordillo, Agustín: “Tratado de Derecho Administrativo”

T. I; Cap. VII-20; 42 y ss; y sus citas.). Es decir, no le compete cumplir con la finalidad de la ley sino dentro de los términos y de los límites con la que fue sancionada y, en particular, no puede agregar otras cargas que, en razón de su naturaleza o de su importancia no pueden ser impuestas sino por vía legislativa.

4º) Que tampoco puede la ley formal remitirse en blanco a lo que la administración decida, ya que el ejercicio de la función legislativa no puede ser delegado sino con bases ciertas y para objetos determinados. Al respecto, en materia sancionatoria se ha exigido la doble precisión por ley formal previa de las conductas punibles y del límite mínimo y máximo de las sanciones (Fallos: 237:636; 328:940; 320:2948, consid. 6º). Sin perjuicio de ello, y por excepción, también se ha admitido la delegación en determinadas autoridades administrativas cuando se trata de materias esencialmente mutables, siempre que la política legislativa haya sido claramente establecida (Fallos: 311:2339; 318:137).

5º) Que, además de las salvedades formuladas en los considerandos precedentes, corresponde destacar que en la causa E.112.L XLVIII "Editorial Rio Negro SA c. E.N.-ley 26.364-Dto. 936/2011 s/ amparo", del 11 de noviembre de 2014, la Corte Suprema declaró inadmisibile el recurso extraordinario interpuesto por esa editorial a fin de cuestionar, con fundamentos esencialmente análogos a los planteados en el presente caso, la validez constitucional del decreto 936/2011. En rigor,

esa decisión solamente tiene fuerza vinculante respecto del caso concreto en que se la dictó. Sin embargo, no es posible prescindir de la claridad de los cuestionamientos de base constitucional formulados por el recurrente, expuestos en el Dictamen de la Procuración General de la Nación del 3 de febrero de 2014; y de lo expresado en este en el sentido de que "...el decreto aquí cuestionado no viola el principio de legalidad dado que son las leyes 26.485 y 23.364 las que establecen la conducta prohibida". En tales condiciones, esa decisión constituye un signo claro acerca del sentido final que, según el máximo tribunal, corresponde asignar a las disposiciones cuestionadas.

Por ello, y en virtud de la identidad de las cuestiones planteadas en uno y otro caso, es que cabe desestimar el recurso de apelación, sin perjuicio de imponer las costas en el orden causado (art. 68, segunda parte, del Cód. Civ. y Com. de la Nación).

El doctor *Gallegos Fedriani* adhiere al voto del doctor *Treacy*.

En virtud del resultado que informa el acuerdo que antecede, el Tribunal resuelve: 1) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por el actor y confirmar la sentencia de fojas 198/204; 2) Imponer las costas al recurrente vencido (art. 68 primer párrafo del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Regístrese, notifíquese y devuélvase. — *Guillermo F. Treacy*. — *Jorge F. Alemany* (disidencia parcial). — *Pablo Gallegos Fedriani*.

El sexo comercial ante los tribunales

Dos fallos jurisprudenciales bajo la influencia de un viejo debate feminista

Marisa S. Tarantino (*)

Sumario: I. Introducción.– II. Dos fallos, dos perspectivas y las mismas normas como herramientas de fundamentación.– III. La disputa jurídica y feminista en torno a la prostitución informando la perspectiva judicial.

I. Introducción

Desde hace varias décadas, la prostitución (1) viene siendo un verdadero parteaguas dentro del movimiento de mujeres, tanto a nivel local como internacional. En este sentido, puede decirse que la mayor o menor preponderancia que han ido adquiriendo las diferentes —y en gran medida dicotómicas— posturas sobre este tema dentro del feminismo, también pueden leerse en el devenir de la actua-

ción judicial y en la construcción del discurso jurídico en torno al problema de la trata y la explotación sexual, sobre todo, a partir de la consolidación de ciertos lenguajes políticos que lograron construir, en momentos históricos y contextos específicos, toda una moral sexual que (no tan) paradójicamente permanece actuando como un discurso ausente (2).

(*) Feminista. Abogada. Especialista en Administración de Justicia (UBA). Maestranda en Derecho Penal (UP). Aliada de las trabajadoras sexuales nucleadas en el sindicato AMMAR(CTA). Integrante de la RESET Políticas de Drogas y Derechos Humanos.

(1) Hablaré aquí de sexo comercial, prostitución y/o trabajo sexual para referirme al ámbito de intercambios comerciales voluntarios, realizados entre personas adultas, para la prestación de servicios sexuales a cambio de dinero u otros beneficios económicos. Es necesario advertir, de todos modos, que esta definición es tan amplia como inestable, y no logra eludir el problema que genera la pretensión de abarcar bajo en un mismo concepto una serie de realidades y experiencias muy diversas. En este sentido, como señala Laura Agustín, la palabra prostitución es un término problemático, porque termina

utilizándose para aludir a un universo demasiado extenso, que involucra múltiples prácticas, al mismo tiempo comerciales y sexuales, de muy distintas características, formas de organización y relaciones de simetría: la industria del porno, la oferta sexual callejera, los servicios sexuales en departamentos privados, los servicios de sexo virtual o telefónico, la asistencia sexual a personas con diversidad funcional/discapacidad, los masajes y bailes eróticos, son muchas de las infinitas modalidades que asume el sexo comercial. Estas incontables formas de realizar servicios sexuales suelen ser ofrecidas mayormente por mujeres (cis y trans), pero también por varones (véase AGUSTÍN, Laura, "Trabajar en la industria del sexo, y otros tópicos migratorios", Gak@a, Donostia, San Sebastián, España, 2004).

(2) Tomo aquí la idea de discurso ausente en el sentido de MARÍ, Enrique, "Yo, Pierre Riviere.. y el mito de la uniformidad semántica de la ley", en AA.VV., "El discurso jurídico. Perspectiva psicoanalítica y otros abordajes epistemológicos", Hachette,

A pesar de la pretensión universalista de ciertos posicionamientos, las dicotomías y enfrentamientos que se han dado al interior de la reflexión feminista sobre este asunto son muy amplios y de larga data. Algunas discusiones ya son centenarias (3), pero podemos decir que el núcleo más importante de argumentos en torno a este tema surgió a partir de los años setenta, y específicamente en torno al debate de las *Sex Wars* (4), en un momento

en que la sexualidad de las mujeres se había puesto en el centro de la discusión feminista. En esos años, ella quedó instalada desde perspectivas prácticamente irreconciliables que hoy pueden explicar, en muy buena medida, la profundidad y, como dice Marta Lamas, la persistencia de esta disputa amarga (5).

Buenos Aires, 1982. Respecto de la construcción del problema de la trata como un pánico moral, véase entre otros, DAICH, D., "De pánicos sexuales y sus legados represivos", Zona Franca, Rosario, 2013; WEITZER, R., "The Growing Moral Panic over prostitution and sex trafficking", *The Criminologist*, vol. 30, nro. 5, George Washington University, United States of America, 2005.

(3) La construcción mítica de la trata de blancas es un claro ejemplo. Véase, por todos, DOEZEMA, J., "Loose Women or Lost Women. The re(emergence of the myth of 'white slavery' in contemporary discourses of trafficking in women", *Gender Issues*, vol. 18, nro. 1, Winter 2000, ps. 23/50.

(4) Se conoce como *Sex Wars* la polémica que se dio en los EE.UU. durante las décadas de los 70 y 80 que tuvo como protagonistas a las máximas exponentes de una específica vertiente del feminismo radical conocida también como "feminismo cultural"—tal el caso Catharine Mackinnon y Andrea Dworkin—, y que impulsaron un fuerte movimiento antipornografía. Estas feministas teorizaron su crítica a partir de la idea de la sexualidad como pura dominación y opresión masculina, y se enfrentaron así con las feministas pro sexo, que respondieron críticamente a esta construcción de la sexualidad a la que consideran una forma de esencialismo y una mirada moralista del sexo. Autoras como Carole Vance sostuvieron que este fue un debate construido en torno a la histórica tensión placer-peligro, siempre presente en el campo de la sexualidad de las mujeres, y se manifestó según estas dos vertientes: por un lado, la que representaban las feministas radicales (culturales), que teorizaron desde un enfoque que acentuaba el peligro y, por el otro, las de las feministas pro sexo, que acentuaban la cuestión del placer. Las primeras condenaban la pornografía, el sadomasoquismo y la prostitución,

Por eso, cuando se trata reflexionar sobre las soluciones jurídicas aplicables a los problemas que se plantean en el ámbito del sexo comercial, no parece posible eludir la consideración de las diferentes perspectivas feministas que se han desarrollado desde aquel entonces. La razón es sencilla: ellas serán justamente las que veremos desplegarse de manera expresa o implícita en la argumentación de quienes piensan, interpretan o aplican la ley sobre este tipo de intercambios (6). Los fallos que

el sexo promiscuo con extraños, las relaciones intergeneracionales y las butch/femme. Las segundas apoyaban todas las expresiones de la sexualidad y las prácticas sexuales consentidas que brindarían placer—véase ECHOLS, A., "El ello domado: la política sexual feminista entre 1968-83", en VANCE, C. (comp.), *Placer y peligro. Explorando la sexualidad femenina*, trad. Julio Velasco y M. Ángeles Toda, Talasa Ediciones, Madrid, 1989; VANCE, C., "El placer y el peligro. Hacia una política de la sexualidad", en VANCE, C. (comp.), *Placer.. Ob. Cit.*; DAICH, D., *Tras las huellas de Ruth Mary Kelly. Feminismos y prostitución en la Buenos Aires del S. XX*, Biblos, Buenos Aires, 2019—. Como señala Marta Lamas: "si bien las *Sex War* han ocurrido principalmente en el movimiento feminista estadounidense, su influencia teórica y política ha enmarcado la disputa feminista en todo el mundo" (LAMAS, M., "Feminismo y prostitución: la persistencia de una amarga disputa", *Debate Feminista*, vol. 51, junio 2016, ps. 18/35, www.doi.org/10.1016/j.df.2016.04.001 (última consulta: 06/02/2020).

(5) LAMAS, Marta, "Feminismo y prostitución..", *Ob. cit.*

(6) Véase VARELA, C., "¿Cua'les son las mujeres de esos derechos humanos? Reflexiones a propósito de las perspectivas trafiquistas sobre el mercado del sexo", *Sociales en Debate*, nro. 4, FSOE-UBA, ps. 43/53.

motivan este comentario no parecen ser la excepción.

II. Dos fallos, dos perspectivas y las mismas normas como herramientas de fundamentación

El presente comentario tiene el propósito de reflexionar sobre dos fallos judiciales dictados en dos casos muy diferentes, pero que tienen por lo menos tres grandes puntos en común: en primer lugar, ambos tuvieron la misión de encontrar una solución jurídica a problemas suscitados en el marco de relaciones e intercambios producidos en el ámbito del sexo comercial. En segundo lugar, ambas decisiones construyeron su argumentación a partir de la asunción previa —implícita o explícita— de un enfoque específico acerca del estatus jurídico de la prostitución y, como recién anticipaba, podrían representar las dos posiciones dicotómicas características del debate feminista en torno a este tema. Por último, tanto uno como otro, pese a sustentar estos dos puntos de vista tan disímiles, toman en cuenta los mismos instrumentos legales e internacionales de derechos humanos [la Ley de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres —26.485—, la CEDAW, la Convención de “Belém do Pará”, entre otros(7)] como herramientas de fundamentación.

Estos son los casos.

II. 1. Juzgado de Faltas de Barranqueras, provincia del Chaco. Fallo: “P., A. C. v. R., E. s/denuncia”, expte. 832/19, 29/10/2019

Una mujer trabajadora sexual en la provincia del Chaco es acosada, agredida físicamente y hostigada a diario por un cliente que se obsesionó con ella. Ante la reiteración sistemática de comportamientos de persecución y alto grado de violencia, esta persona acude a la comisaría de su ciudad y cuenta en detalle los

(7) Se trata de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Belém do Pará).

hechos(8): amenazas, intimidación, lesiones y, por supuesto, hostigamiento, son los posibles encuadres de las conductas denunciadas. La policía, al parecer, solo consideró necesario dar intervención al juzgado de faltas ante el pedido de la denunciante de que se dictasen medidas preventivas de protección a su favor. Si bien los hechos se correspondían en buena medida a la figura de hostigamiento del art. 68 del Código de Faltas chaqueño, la norma solo tiene previstas aquellas situaciones que se configuran en el marco de relaciones de parentesco o de pareja. Por lo tanto, el dictado de una medida de protección respecto de la denunciante (tal como la prohibición de acercamiento y abstención de contacto) no aparecía linealmente sustentable a partir de la comprobación de este tipo de infracción.

El razonamiento que sigue este fallo para finalmente admitir la posibilidad de dictar las medidas preventivas requeridas parte de reconocer expresamente la existencia de un debate en torno a la posibilidad de un reconocimiento legal del trabajo sexual. Focaliza en que, a pesar de las discusiones y críticas realizadas sobre las normas contravencionales, todavía hoy la prostitución está penalizada en ese territorio, con amenaza de arresto o multa, según las previsiones de algunas de las figuras del Código de Faltas de esa provincia (arts. 69,

(8) En ese acto dijo: “Tengo como cliente a R. (...) no tengo ningún tipo de relación afectiva (...) siempre le aclaré que él es solo un cliente (...) Está obsesionado, cree que somos pareja (...) Hace dos o tres meses atrás estando en un motel, R. me golpeó y me ahorcó (...) Otro hecho ocurrió en casa de una amiga (...) llegó comenzó a insultarme (...) me largó dos piñas (...) cuando volví a salir a la vereda me largó otra piña lastimándome la cara (...) El día de ayer (...) saliendo con un cliente del motel (...) yo estaba en mi moto mientras que mi cliente se iba retirando en una bici (...) R. sale de la nada y empezó a agredirlo a mi cliente, le pegó una patada lo tiró de la bici (...) se acercó me agarró del cabello y me zamarreaba, en el forcejeo le golpeé con el ladrillo para que me soltara, él me soltó y me dijo ‘MIRÁ LO QUE ME HICISTE, YA VAS A VER VOS’ (textual del fallo del Juzgado de Faltas de Barranqueras, en “P., A. C. v. R., E. s/dcia.”, cit.).

72, 73, 74). No obstante, asume un posicionamiento claro al afirmar que “se suele utilizar la prohibición como argumento de la política criminal contra la trata de personas y explotación sexual (pero) debemos replantearnos si es una política que ha servido para los fines que se replican o simplemente se transforma en un modo de control social de las personas más vulnerables ante las fuerzas de seguridad”. Y especialmente cuando sostiene que “la oferta o demanda de sexo por libre elección solo puede ser penalizada por ocasionar un verdadero daño que autorice la intromisión del Estado en la esfera privada de las personas y no porque se lo considere inmoral”. Finalmente, la mayor exposición al estigma y la discriminación que padecen las trabajadoras sexuales es tomada en cuenta en el fallo, junto al posible padecimiento de violencias de parte de proxenetas y clientes en perjuicio de las trabajadoras sexuales que, acertadamente afirma, “con frecuencia quedan impunes”. Desde allí, la jueza argumenta la necesidad de extender las medidas de protección solicitadas, y lo argumenta bajo el amparo del art. 26 de la ley 26485 y de los instrumentos de derechos humanos ya mencionados.

II. 2. CNFed. Cont. Adm., sala 5ª. Fallo: “*Diario La Capital v. Estado Nacional - Ministerio de Justicia DD.HH. - Proceso de conocimiento*”, 20/08/2019

En este caso, la Ed. Diario La Capital había demandado al Estado Nacional por el dictado del dec. 936/2011 de prohibición de los avisos de oferta de sexo comercial (conocidos como “rubro 59”) y la resolución MjyDH 1180/2011, de creación de la Oficina de Monitoreo de Publicación de Avisos de Oferta de Comercio Sexual. La demanda tachaba de inconstitucionales estas normas, por inmiscuirse en competencias no delegadas a las autoridades federales, afectar la libertad de prensa y violar el principio de legalidad, entre otros planteos. En primera instancia, la demanda había sido rechazada y en este fallo la Cámara debía expedirse sobre la procedencia del recurso interpuesto contra esa decisión.

La Cámara consideró que debía confirmarse la decisión de primera instancia y rechazar la

demanda. Para ello sostuvo, a grandes rasgos, que el dictado de estas normas era el resultado de la potestad reglamentaria que corresponde al Poder Ejecutivo Nacional, porque consideró que fueron concebidas como medidas de prevención contra la trata y explotación sexual y que, por ende, responden a la necesidad de reglamentación de la ley federal contra trata de personas (26364), de la Ley de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres (26485) y bajo los lineamientos de tratados internacionales que obligan al Estado argentino, como el caso de la CEDAW y la Convención de Belém do Pará.

En este, como en otros pasajes del fallo, puede verse con claridad cómo el enfoque de los jueces que lo dictaron —que claramente se inclinan hacia la posición que considera la prostitución como una forma de violencia contra las mujeres—, determina también un modo particular de interpretar la misma normativa que, en el caso anterior, había sido citada no para restringir sino para ampliar marcos de protección y derechos de las trabajadoras sexuales.

En este sentido, parece ilustrativo el pasaje donde los magistrados afirmaron que las normas cuestionadas no podían ser tachadas de inconstitucionales porque atendían a la obligación estatal de dictar medidas para erradicar la violencia simbólica, y específicamente la violencia mediática, a las que alude la ley 26485. También cuando sostuvieron que “el tipo de publicidad prohibida por el decreto promueve estereotipos de género que contribuyen a instalar o promover relaciones de sumisión de las mujeres hacia los hombres”.

III. La disputa jurídica y feminista en torno a la prostitución informando la perspectiva judicial

La recurrente discusión jurídica acerca los modelos legales de regulación o control de la prostitución (9) suele estar mediando el debate

(9) En el debate jurídico en torno a la prostitución suelen identificarse cuatro modelos: el reglamentarista,

sobre las diferentes formas de intervención estatal en el ámbito del sexo comercial y para

el abolicionista, el prohibicionista y el de derechos laborales; cada uno de ellos surgió en diferentes momentos históricos. El reglamentarista surgió en Europa hacia mediados del siglo XIX con el nacimiento de los primeros dispositivos de control urbano higienista sobre las poblaciones de las nuevas urbes industriales. Su presupuesto teórico se identificaba con la idea de la prostitución como “un mal inevitable” que era preciso controlar en aras de proteger la moral y la salud públicas. El modelo abolicionista, por su parte, surgió en Gran Bretaña hacia fines del S. XIX, en el seno del movimiento feminista de entonces y como reacción ante los primeros regímenes estatales reglamentaristas. Partía de considerar que la prostitución era a la vez que una actividad inmoral, una forma de esclavitud de las mujeres, por eso se opuso tanto a la persecución de quienes la ejercían, como a toda forma de regulación estatal de la prostitución. El modelo prohibicionista se instauró en Estados Unidos a principios del siglo XX y fue consecuencia de una derivación de los postulados abolicionistas producida por influencia de los reformistas morales (el puritanismo inglés) que, alimentados por sus prejuicios contra la inmigración, incentivaron la construcción mítica de la trata de blancas y la sanción de leyes que terminaron prohibiendo la prostitución. Finalmente, se alude al modelo pro derechos, para referirse al que surge más recientemente —en la década del 80— a partir del activismo de las primeras organizaciones de trabajadoras sexuales, que comenzaron a reclamar por un cambio de paradigma legal que les permita acceder a sus derechos laborales y sociales (jubilación, obra social, etc.), y contra la persecución policial. Para profundizar sobre estos y otros antecedentes históricos relevantes pueden consultarse GUY, D., *El sexo peligroso*, Sudamericana, Buenos Aires, 1991; MORCILLO, S., “Entre el burdel, la cárcel y el hospital. Construcción socio-médica de la ‘prostituta’”, *Espacio Abierto Cuaderno Venezolano de Sociología* VI, vol. 24, nro. 2, ps. 299/316, 2015; DOEZEMA, J., “¡A crecer! La infantilización de las mujeres en los debates sobre ‘tráfico de mujeres’”, en OSBORNE, R. (ed.), *Trabajador@s del sexo. Derecho, migraciones y tráfico*, Bellaterra, 2014; DAICH, D., “De pánicos sexuales.”, *Ob. cit.*; IGLESIAS SKULJ, A., *La trata de mujeres con fines de explotación sexual*, Didot, Buenos Aires, 2013; VARELA, C., “Del tráfico de las mujeres al tráfico de las políticas. Apuntes para una historia del movimiento anti-trata en

intentar definir cuál *debería ser* el rol del Estado respecto de los intercambios suscitados en el comercio sexual. Esta discusión también ha estado necesariamente imbuida del debate feminista, pero no sin participar de una especie de relación de retroalimentación, donde las distintas posiciones feministas también suelen autorizarse en las herramientas del discurso jurídico para justificar argumentos a favor o en contra de un determinado tipo de respuesta estatal.

Podría decirse que desde un plano de análisis jurídico —y, si se quiere, aspiracional— la cuestión de cuál de los modelos legales debemos adoptar o defender tiene bastante sentido: es innegable que el lenguaje de la ley siempre conlleva una vocación universalista que se construye teniendo en la mira una serie de finalidades y valiéndose de abstracciones y ficciones. Estas son, incluso, necesarias precisamente para que actúen como guía de las decisiones de aquellos sujetxs autorizadxs a ejercer el *gobierno* sobre las conductas que las normas regulan, y pueden apuntar en buena medida a su conducción o transformación hacia esos ideales, aun cuando muchas veces sean eso: verdaderas utopías (10).

la Argentina (1998-2008)”, *Publicar*, año X, nro. XII, junio de 2012, entre muchos otrxs).

(10) Desde una filosofía crítica, esta es precisamente una característica intrínseca del derecho entendido como práctica social. En este sentido, podría decirse que ni la libertad, ni la igualdad, ni el respeto por la dignidad humana son ejemplos de otra cosa que de verdaderas ficciones o utopías, nunca del todo realizadas o solo realizadas selectivamente dentro de un orden de cosas estructuralmente desigual e injusto. Pero tales ficciones, sin embargo, no dejarían de funcionar como herramientas de lucha política para todes: para quienes han sido históricamente postergadxs y para quienes no. De allí la característica “paradojal” que le atribuye Carlos Cárcova al derecho, quien lo define como práctica social discursiva y específica, expresión a la vez del discurso hegemónico y de las herramientas de reclamo y resistencia de las que disponen las minorías y colectivos sociales

Sin embargo, los modelos legales no definen acabadamente el sentido de las normas en toda su extensión. Si seguimos las enseñanzas de Marí —y con él, las de Foucault— debemos tener presente que el discurso jurídico nunca es semánticamente uniforme. Su regla de formación es al mismo tiempo una regla de elisión; el campo semántico de lo jurídico es el producto de un proceso de descomposición y recomposición en donde intervienen otros discursos de origen y función distintos, que se entrecruzan y se distancian, para terminar ocultándose. El campo semántico de lo jurídico no proviene, entonces, de una operación deductiva ni una “creación judicial” sino que, en todo caso, dice Marí, es el resultado de una relación de fuerzas en pugna y “en muchas ocasiones un discurso ausente es el condicionante principal, provenga de razones económicas (modo de organización del sistema productivo), de razones políticas (..) morales, ideológicas, etc.” (11).

Otra cuestión se nos presenta si lo que queremos es analizar el impacto material de las decisiones de quienes aplican la ley o establecer qué sucede en los hechos que son regulados por estos marcos normativos. En este aspecto, el debate sobre los modelos legales ya no parece muy fructífero. En lo que hace al sexo comercial, esto es especialmente evidente, porque el impacto de las decisiones que gobiernan esos intercambios muchas veces involucra soluciones que responden al mismo tiempo a formas legales que mezclan prohibicionismo, abolicionismo o regulacionismo, habilitando muchas veces efectos contradictorios (12). Sin ir más lejos, el primero de los

postergados (CÁRCOVA, C., “Acerca de las funciones del derecho”, en MARÍ, Enrique et al., *Materiales para una teoría crítica del derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991.

(11) MARÍ, E., “Materiales..”, Ob. cit., ps. 289/290.

(12) Véase al respecto, DAICH, D. y VARELA, C., “Entre el combate de la trata y la criminalización del trabajo sexual: las formas de gobierno de la prostitución”, *Rev. Delito y Sociedad*, nro. 38, disponible en www.dx.doi.org/10.14409/dys.v2i38.5554, Buenos

fallos mencionados da una buena pauta de esto cuando alude precisamente a las formas legales de persecución de los Códigos contravencionales, que claramente tienen rasgos prohibicionistas y que no serían compatibles con un modelo de intervención abolicionista, que es el que se suele argumentar que ha adoptado nuestro país.

En el caso analizado del “Diario La Capital” no pasa algo distinto: parece evidente cómo en este fallo se cristaliza un razonamiento ligado expresamente al contenido aspiracional de las leyes que pretenden combatir la explotación sexual, pero termina estando poco o nada vinculado con la mucho más amplia esfera de problemas que ha planteado el asunto de la oferta de sexo y la prohibición del rubro 59 en la realidad del comercio sexual. Al respecto, la crítica estrictamente jurídica de este fallo no tiene mucho para decir. El problema de esta decisión no está en cómo se han articulado los argumentos jurídicos sino en el enfoque político que lo inspira (discurso ausente) y en la falta de vocación por un anclaje menos ficcional en el campo de problemas que le atañen.

En este sentido, si bien no es una actitud muy extendida entre los profesionales del derecho, parece claro que debería ser un objeto privilegiado de nuestra preocupación y estudio

Aires, 2014. Por su parte, SCOLAR, Jane, “What’s Law Got to Do With it? How and Why Law Matters in the Regulation of Sex Work”, *Journal of Law and Society*, vol. 37, nro. 1, March, ps. 12/39, 2010, refiriéndose a los enfoques académicos planteados desde las clasificaciones legales, sostiene que “tales clasificaciones son, sin embargo, problemáticas, dado que describen genéricamente aspiraciones políticas y sociales acerca del mejor modo de regular el sexo comercial, y deja considerables lagunas que inevitablemente existen entre tales objetivos y las formas de intervención utilizadas para implementarlos. Más distantes todavía son los efectos negativos que se producen en el ámbito social a causa de estas diversas leyes, políticas y técnicas aplicadas por los gobiernos y otros actores sociales” (p. 13, la Trad. es mía).

prestar atención a la producción científica que viene trabajando sobre el impacto de las reformas legales en esta materia (13). Así, para pensar cuáles son las mejores soluciones normativas sobre determinados intercambios, no deberíamos desligarnos de un conocimiento más cercano de esos estudios empíricos, ni mucho menos mantenernos ajenxs a las experiencias recogidas allí donde las soluciones jurídicas tuvieron lugar y produjeron efectos. Sobre todo si esas decisiones son las que abren paso a formas de gobierno que contradicen el marco constitucional o que producen un cerceamiento de las libertades y derechos humanos de las personas involucradas, actuando,

(13) En este sentido, los trabajos empíricos que vienen analizando, p. ej., el impacto de nuestras leyes contra la trata y la explotación sexual —a partir de las diferentes agencias del sistema penal que las vienen aplicando— ya nos están alertando desde hace varios años sobre la generación de un cúmulo de problemas muy serios que se encuentran en las antípodas de sus propósitos fundantes y que se traducen en un profundo empeoramiento de las condiciones en que se ejerce el trabajo sexual en nuestro país. Para una aproximación a algunos de los efectos producidos por la política criminal anti-trata inaugurada con la ley 26364 de 2008, son de consulta ineludible los informes sobre violencia institucional presentados por el sindicato AMMAR-CTA en 2014 y 2016 (disponibles en el sitio oficial, véase en www.ammr.org.ar/-Documentos-.html, última consulta el 05/02/2020) y el informe producido por Amnesty Internacional “Lo que hago no es delito”, en 2016 (véase en www.amnesty.org/download/Documents/AMR1340422016SPANISH.PDF, última consulta el 05/02/2020). Sobre los altos porcentajes de criminalización de mujeres por el delito de trata de personas, véase VARELA, C., “Entre el mercado y el sistema punitivo. Trayectorias, proyectos de movilidad social y criminalización de mujeres en el contexto de la campaña anti-trata”, Zona Franca. Rev. del Centro de Estudios Interdisciplinario sobre las Mujeres y de la Maestría Poder y Sociedad desde la Perspectiva de Género, nro. 24, 2016, ps. 7/37; TARANTINO, M., “Trata de personas y criminalización femenina. Efectos no deseados de la campaña anti-trata en argentina”, Rev. Minerva, nro. 3, 2018.

en definitiva, contra las mismas aspiraciones propuestas por esas leyes o por las políticas públicas que las acompañan.

La cuestión de la prohibición de la publicidad del sexo comercial es un buen ejemplo de este problema. Tal como argumenta la investigadora y antropóloga Debora Daich (14), los avisos, tarjetas o volantes no han sido otra cosa que las diversas formas en las que las trabajadoras sexuales han podido promocionar sus servicios en un mercado de intercambios comerciales totalmente clandestinizado e informal. Los inconvenientes han venido más bien de la mano de la construcción social —y político criminal— del problema de la trata de personas que, con la fuerte influencia del activismo abolicionista, fue instalando esta suerte de equiparación entre la trata y la prostitución, entre la prostitución libre y la forzada, y consolidó en el imaginario social la idea de que no hay posibilidad de consentimiento en el trabajo sexual. De este modo, toda publicidad del sexo comercial comenzó a ser leída en una asociación directa y exclusiva con el accionar de organizaciones criminales de trata de personas (15). Esto es lo que, al decir de Cecilia Varela, explica por qué en torno a la

(14) DAICH, D., “Publicitando el sexo: papelititos, prostitución y políticas antitrata en la Ciudad de Buenos Aires”, en “Género y violencia en el mercado del sexo. Política, policía y prostitución”, Biblos, Buenos Aires, 2015, ps. 151/172.

(15) Mientras escribo estas líneas está sucediendo en nuestro país una discusión pública sin precedentes, que lleva días de profuso tratamiento mediático y encendidos debates en las redes sociales, a raíz de una estrategia comunicacional de una cantante (Jimena Barón) que decidió presentar un nuevo producto discográfico valiéndose de una estética similar a la de los anuncios callejeros de servicios sexuales y que recibió a raíz de esto infinitos ataques, cuestionamientos y hasta amenazas de muerte y denuncias penales. Pocas veces ha quedado más explícito que ahora, con este contexto, la enorme virulencia con la que se manifiestan ciertas posiciones abolicionistas respecto de quienes defendemos la posibilidad de que el Estado

publicidad de la oferta sexual se dieron “gran parte de las batallas por los sentidos del sexo comercial y por los derechos de las trabajadoras sexuales a habitar la ciudad y ser visibles en ella” (16).

Podemos imaginar la mejor de las leyes y podemos legítimamente defender ciertas preferencias morales y éticas que consideremos más virtuosas (p. ej., aspirar a un mundo donde no exista la prostitución). El asunto medular no es saldar la discusión sobre cuáles de estas preferencias son las mejores, que, por otra parte, es una discusión irresoluble. Lo que importa, sí, es poder debatir qué tratamiento le daremos a los conflictos a partir de lo que existe en las condiciones estructurales que hoy tenemos, de manera que sea posible

reconozca derechos a las trabajadoras sexuales y les provea de instrumentos legales de protección.

(16) Nota de opinión, “Los papelitos y la batalla de sentido, a partir de la campaña de Jimena Barón”, diario *Página 12* del 05/02/2020.

garantizar derechos y libertades para todxs lxs involucradxs.

En ese camino, podríamos impulsar acciones coincidentes con las aspiraciones que se han cristalizado en nuestras leyes, y hasta ellas podrían funcionar de guía para impulsar determinado cambio cultural a largo plazo, pero no sería conveniente perder de vista que esa transformación no puede ser sino una construcción colectiva y paulatina. No podemos olvidar la necesidad de dar un tratamiento real a las relaciones que existen, evitando hacer de cuenta que son algo que no son.

En otras palabras, no deberíamos quitar de nuestro juicio el conocimiento del impacto que producimos sobre la vida de las personas cada vez que interpretamos y aplicamos la ley. El gobierno ejercido a partir de nuestras decisiones judiciales no puede mantenerse ausente de toda consideración del orden de lo real al gestionar estos conflictos. De lo contrario, en nombre de las más bellas utopías humanistas, podríamos estar perpetuando las peores arbitrariedades y los más crueles despojos.

TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

Cobertura íntegra del tratamiento de fertilización con donación de gametos – Rechazo de la acción de amparo

Con nota de Virginia León

La acción de amparo destinada a que se ordene a la obra social demandada la cobertura íntegra del tratamiento de fertilización con donación de gametos debe rechazarse, pues nos encontramos frente a una técnica de reproducción sumamente delicada y de la cual pueden derivar efectos gravísimos e irreversibles, como sería el caso de la destrucción de una futura vida humana en el supuesto de que así lo decidieran los padres tratantes, entre otros efectos no menos importantes. En razón de todo lo expuesto, reflexiono que no existe un actuar ilegítimo y arbitrario del demandado en los términos del artículo 43 de la Constitución Nacional que amerite la procedencia de la acción.

JFed. Nro. 4, Mar del Plata, 20/09/2019 - Pappalardo, Marisa y Otro c. Accord Salud perteneciente al Grupo Unión Personal -Obra Social de la Unión del Personal Civil de la Nación s/ leyes especiales (diabetes, cáncer, fertilidad)

1ª Instancia.- Mar del Plata, septiembre 20 de 2019.

Resulta:

I. Que a fs. 22/38 se presentan M. P. y M. B. V., por su propio derecho y con patrocinio letrado, promoviendo formal acción de amparo contra Accord Salud - Unión Personal, a fin que provea la cobertura íntegra en forma inmediata del tratamiento de fertilización con donación de gametos indicado por su médico.

Relata acerca de los hechos, ofrece prueba, solicita medida cautelar, funda en derecho, y peticiona que se haga lugar a la acción, con costas.

II. A fs. 63/65 se presenta la accionada Accord Salud - Obra Social de la Unión Personal Civil de

la Nación mediante letrada apoderada y contesta el informe circunstanciado requerido.

Luego de realizar la negativa de rito, elabora el informe circunstanciado del art. 8 de la ley 16.986.

Ofrece prueba, plantea la cuestión federal y que se rechace la acción, con costas.

III. Es así que a fs. 84 quedan estos obrados en condiciones de dictar el pronunciamiento definitivo, por lo que se llama autos para dictar sentencia, providencia que a la fecha se encuentra firme y consentida.

Considerando: I. Que en un primer lugar, el caso que nos ocupa involucra la petición de amparo efectuada por las actoras, por su propio derecho y con patrocinio letrado, promoviendo formal acción de amparo contra Accord Salud - Obra Social de la Unión Personal Civil de la Nación, a fin que se ordene a la demandada otorgar la cobertura integral de las técnicas de reproducción humana asistida con donación de gametos, ya sea en tratamientos de baja complejidad como de alta complejidad según criterio médico, como ha consignado en el escrito de demanda al momento de desarrollar el objeto.

En un primer acercamiento a la cuestión traída ante estos estrados, he de poner de relieve que el tratamiento de fertilización de alta complejidad (ICSI) implica la posibilidad de embriones sobrantes, por lo tanto, necesariamente involucra la crio-preservación de dichos embriones. En este sentido, hay que destacar la inexistencia de disposiciones legales de la Nación que regule la práctica de la crio-conservación.

En consecuencia el resultado de esta falta de regulación federal, es que la actividad llevada a cabo por las instituciones dedicadas a estos tratamientos, carece de controles específicos, con todos los problemas que ello implica, pues en la actualidad en la Argentina no existen medios ni organismos destinados a verificar la cantidad de óvulos fecundados, ni tampoco las condiciones en que estos son tratados o conservados y lo que es peor el destino real de los embriones no utilizados.

Esto último, es decir el destino de los óvulos fecundados que no se utilicen, constituye uno

de los aspectos más delicados y preocupantes de estas técnicas de reproducción no naturales, y generan una gran variedad de opiniones y recelos tanto la sociedad como en el ambiente jurídico, las cuales en gran parte no resultan coincidentes.

Por otro lado, no debemos perder de vista que la pretensión de cobertura de la amparista podrían traer aparejada responsabilidad directa o indirecta del Agente de Salud interviniente para el caso de que se produjeran complicaciones durante el tratamiento o se llegare resultados no deseados.

En rigor de la verdad, nos encontramos frente a una técnica de reproducción sumamente delicada y de la cual pueden derivar efectos gravísimos e irreversibles, como sería el caso de la destrucción de una futura vida humana en el supuesto de que así lo decidieran los padres tratantes, entre otros efectos no menos importantes.

Va de suyo y en atención a extrema delicadeza del tema, entiendo que en este caso en particular no le compete a los jueces suplir la omisión legislativa aludida, fijando cuales son los procesos a respetar, limitando las prácticas a realizar e inclusive tomando decisiones relativas al futuro incierto de los embriones sobrantes no empleados en el tratamiento, labor que reposa en cabeza de los legisladores que son quienes tienen en su poder todas las herramientas necesarias para abordar y debatir con suma profundidad la temática aludida, regulando todas las contingencias que giran en torno a estos tratamiento y que tantas posiciones encontradas producen, además de evaluar, en su caso, la necesidad o no de incluir tal praxis dentro de las prestaciones sujetas a cobertura por los agentes de salud y en qué supuestos.

De no ser así se estaría convirtiendo a los Magistrados en legisladores, materia exclusivamente reserva por la Constitución Nacional al Poder Legislativo y vedada al Poder Judicial, máxime reitero en razón a la extrema delicadeza de la cuestión traída a examen.

En sentido similar se sostuvo que la ley no ha avanzado a la par del desarrollo de la ciencia médica y no contempla en ninguna de sus normas legales o infralegales dicha técnica y este defecto no puede ser suplido con ligereza, pues

a diferencia de lo que sucede con otras situaciones que ponen en riesgo la vida de las personas y que no admiten dilación ninguna en la respuesta de autoridades públicas, la incorporación de técnicas de reproducción asistida de alta complejidad en las políticas de salud requiere previsiones de financiación y consensos comunitarios sobre las opciones bioéticas involucradas... solamente un marco legislativo es idóneo para contemplar todos los aspectos —jurídicos y éticos— que hacen a la salud reproductiva y a la fertilidad de los seres humanos (Conf. Cám. Nac. Apel. en lo Civ. y Com. Fed. de la Capital Federal en autos “Bria, Alicia A. y otro c. OSDE s/ amparo”; y de forma similar en autos “Fonseca, Mirtha N. y otro c. OSPOCE y otros s/ amparo”, C. 11.174/2008 —12/02/2008; y “Montes, Claudio F. y otro c. Universidad Bs. As. Dir. Gral. de Obra Soc. Univers. de Bs. As. s/ amparo”, C. 7.955/2008 —23/12/2008).

II. No debe perderse de vista que frente al amplio espectro de posibilidades que se plantean en torno al destino de los embriones, la judicatura no puede avalar sin reparo alguno la realización de una praxis médica que no solo puede poner en peligro la integridad de una persona en estado embrionario sino también su vida, como lo sería en el caso de que los padres optaren por destruir los embriones no utilizados.

El comienzo de la vida humana tiene lugar con la unión de los dos gametos, es decir con la fecundación existe un ser humano en estado embrionario y desde ese momento tiene pleno derecho a la vida (Fallos: 325:292); siendo el derecho a la vida el primer derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación positiva que resulta garantizado por la Constitución Nacional (Fallos: 302:1284; 310:112 —LA LEY, 1981-A, 401; 1987-B, 311; 323:1339). Nuestro nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, en su artículo 19, estipula que “La existencia de la persona humana comienza con la concepción”, sin hacer la vieja distinción entre la fecundación uterina o extracorpórea que se realizaba en el anterior Código Civil. Este mismo criterio que se encuentra plasmado en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, es el que sostenían la doctrina y jurisprudencia respecto de la interpretación de los art. 63 y 70 del anterior Código Civil de la Nación.

Asimismo, “La Convención Americana sobre Derechos Humanos” o denominada también como “Pacto de San José de Costa Rica”, en su artículo cuarto consagra que toda persona tiene derecho a que se respete su vida, este derecho estará protegido por la ley a partir del momento de la concepción; igual derecho a la vida establecen “La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre” y “El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” entre otros; y a su vez “La Convención sobre los Derechos del Niño” en su Preámbulo destaca la protección legal que debe darse al niño por su falta de madurez física y mental, por lo que necesita de cuidados especiales tanto antes como después del nacimiento. Sobre todo, atendiendo a lo previsto taxativamente por la ley 23.849, que respecto de la dicha convención sobre los derechos de los infantes, hace la expresa reserva en relación a su artículo primero de que: “La República Argentina declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad.”

Ante esta colisión de derechos, no tengo la menor duda que debe prevalecer el derecho a la vida de estas personas en estado embrionario que por su condición se encuentran sumamente indefensas y por ello, merecen protección judicial. Siendo contrario al Derecho Natural, la Constitución Nacional y a los Tratados Internacionales vigentes convalidar la realización de una práctica médica que dada la ligereza con que se realiza (por la ausencia de controles) puede afectar gravemente y de manera irreversible la vida o integridad de un futuro ser humano.

Esta posibilidad de que existan embriones que no se utilicen no son meras conjeturas o especulaciones, sino son el resultado de la técnica que actualmente se emplea, ya que como lo señale inicialmente se acostumbra fecundar varios óvulos para el caso de que el primer intento fracase. Afirmación que se agrava por la falta de aclaración de la actora sobre el eventual futuro de los embriones que no se utilicen.

Si bien no desconozco que existen otras opciones además de la destrucción de los óvulos fecundados no empleados, tales como su utilización en un futuro por los padres previa

crio-conservación, no surge de autos que exista una real intención de la amparista a usar en un futuro los embriones restantes y si la hubiera, tampoco existen garantías de que no puedan cambiar de opinión llegado el momento. Ello al margen de los serios cuestionamientos éticos de dicha práctica, como así también la falta de regulación legal y los controles respectivos.

Así también lo ha entendido la Sala Primera de la Excma. Suprema Corte de Justicia de Mendoza, en la causa N° 110.803, caratulada: L., E. H. y ot. En J. 221.605/50.235 “L., E. H. c. OSEP p/ acción de amparo p/ apelación s/ inc.” de fecha 30/07/2014.

Según el diario periodístico “La Nación”, hay 12.000 embriones congelados en Capital Federal, pero apenas unos 520 engendrarán bebés, así lo informaron siete centros de fertilización de la ciudad de Buenos Aires —de un total de once— a la Justicia, explicando el doctor S. P., director de Halitus, uno de los centros de fertilización que está colaborando con la Justicia, que tal cifra todavía no es significativa si se tiene en cuenta que de cada 1000 embriones congelados nacen 52 bebés, pero esta cifra va a aumentar pues hay que tener en cuenta que la mayoría de los embriones no son viables (Diario La Nación, Jueves 12 de julio de 2007 - Publicado en edición impresa; fuente: http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=924934).

Además, al recurrir a la crio-preservación de embriones no se animan luego a realizar los tratamientos, no solo por cuestiones religiosas, sino también emocionales”, dijo a La Nación la doctora Luisa Barón, psiquiatra especialista en fertilidad y presidenta de la Fundación para la Investigación Médico-Psicológica (Impsi). Uno de esos estudios, cuyos resultados fueron presentados recientemente en el XIII Congreso Argentino de Medicina Reproductiva, halló que, a casi cuatro años de haber congelado embriones, tres de cada cuatro parejas (el 74%) todavía no habían decidido si finalmente los descongelarían. (Diario La Nación, Sábado 4 de abril de 2009 - Publicado en edición impresa; fuente: http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=1115236).

En razón de todo lo expuesto, reflexiono que no existe un actuar ilegítimo y arbitrario del demandado en los términos del artículo 43 de

la Constitución Nacional que amerite la procedencia de la acción de amparo instaurada, y en consecuencia, corresponde rechazar la presente acción conforme los argumentos vertidos en los considerandos que anteceden.

III. Respecto al orden de las costas, estimo ajustado a derecho apartarme del principio general en materia de costas, ello en razón a las especiales circunstancias que rodean el caso y los valores en juego, pudiendo los actores razonablemente creerse con derecho acudir a la vía judicial para ventilar un tema tan delicado y que carece de regulación en la Argentina.

Por todo ello y con fundamento en la legislación, jurisprudencia y doctrina indicadas, es que conforme lo normado en los arts. 68 *in fine* y 163 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación fallo: I. Rechazando la acción de amparo incoada por M. P. y M. B. V. contra Unión Personal - Obra Social de la Unión Personal Civil de la Nación. II. Imponiendo las costas en el orden causado (art. 68 *in fine* del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). III. Regístrese, notifíquese y oportunamente archívese. — *Alfredo E. López.*

EMBRIÓN NO IMPLANTADO

Comienzo de la existencia de la persona en sentido jurídico – Interpretación armónica de las normas del Código Civil y Comercial – Concepción – Técnicas de reproducción humanamente asistida – Voluntad procreacional – Revocación del consentimiento – Autorización judicial

Con nota de Virginia León

1. — Una interpretación armónica de los arts. 19, 20 y 21 del Código Civil y Comercial permite suponer que el legislador dispuso como momento del comienzo de la existencia de la persona humana en caso de filiación por naturaleza o en supuestos de TRHA de baja complejidad, a partir de la concepción; en tanto para los supuestos de TRHA de alta complejidad al momento de implantación del embrión.

2. — Hablar de comienzo de la existencia de la persona con la concepción —entendida como la unión del óvulo con el espermatozoide— en TRHA no resultaría ser la solución más elocuente, pues en los supuestos de alta complejidad en donde el embrión se forma *in vitro*, tal acontecimiento sucede por fuera del cuerpo de la persona, con las graves consecuencias jurídicas que ello trae aparejado para todas aquellas personas que acuden al uso de aquellas técnicas con el objeto de poner en marcha el derecho humano a formar una familia, entre otros.
3. — Quienes celebraron un contrato vitalicio con un centro de reproducción asistida tienen el derecho a revocarlo, a que cese la criopreservación de los embriones y a que sean descartados, pues, además de que la legislación civil no considera al embrión no implantado como persona en el sentido jurídico, se debe proteger el derecho humano de la pareja a formar una familia o a decidir no agrandarla.

Juzg. Flia. La Plata, Nro. 8, 30/09/2019 - C. M. L. y otro/a s/ autorización judicial

1ª Instancia.- La Plata, septiembre 30 de 2019.

Considerando:

I.- Liminarmente resulta menester, previo a expedirme acerca de la autorización pretendida, realizar un pormenorizado análisis acerca de la naturaleza jurídica que detenta el embrión no implantado. Pues la ausencia de normativa específica al respecto es lo que obliga a las partes a tener que acudir a la justicia en busca de una respuesta. La herramienta que posibilitará arribar a una respuesta adecuada la encontramos en los arts. 1 y 2 del Cód. Civ. y Com. de la Nación que dotan de elasticidad y flexibilidad al ordenamiento jurídico interno permitiendo el diálogo de fuentes con el afán de alcanzar soluciones que respeten el piso mínimo que emerge de la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos. Respecto a estos últimos, son incorporados al texto de la Constitución Nacional a partir de la reforma del

año 1994 conformando el denominado “bloque de convencionalidad”, receptándose en ese entonces de manera expresa el derecho a la vida. Entre ellos encontramos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre que establece, “Todo ser humano tiene derecho a la vida...” (art. 1); la Declaración Universal de Derechos Humanos, “Todo individuo tiene derecho a la vida...” (art. 3); la Convención Americana sobre Derechos Humanos, “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida...” (art. 4); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, “El derecho a la vida es inherente a la persona humana...”, impidiendo además la aplicación de la pena de muerte a las mujeres “en estado de gravidez” (art. 6 incs. 1º y 5º); la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio que, entre otros actos, incluye la matanza de miembros de un grupo y la adopción de “medidas destinadas a impedir los nacimientos...” (art. 2 incs. a y d). Por último, la Convención sobre los Derechos del Niño establece, “Todo niño tiene derecho intrínseco a la vida” (Art. 6), definiendo al niño como todo ser humano menor de dieciocho años de edad (Art. 1). Dicha Convención fue aprobada mediante la Ley N° 23.849, que en el art. 2º dispone “la República Argentina declara que (...) debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los dieciocho años de edad”. Del corpus iuris internacional dimana que el derecho a la vida es un derecho humano inherente a toda persona, pero ¿cuándo comienza la existencia de la persona?

El Cód. Civ. y Com. de la Nación en el artículo 19, modificado con fecha 28 de noviembre de 2013 en la Cámara de Senadores, establece:

“Comienzo de la existencia. La existencia de la persona humana comienza con la concepción.” Diferenciándose así del artículo proyectado originariamente donde se prevenía, además, para el caso de técnicas de reproducción humana asistida, que el comienzo de la existencia se produce con la implantación del embrión en la persona, sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión no implantado. El artículo responde a la tradición jurídica argentina. Los fundamentos del Anteproyecto expresaban que “no se varía el estatus legal del comienzo

de la persona, en tanto se reconocen efectos desde la concepción en seno materno, como ocurre en el derecho vigente, a punto tal, que se ha conservado hasta su antigua terminología”. La quita sufrida en la Cámara de Senadores silencia una realidad que viven muchas parejas o personas solas que pretenden alcanzar la paternidad o maternidad a través del uso de las técnicas de reproducción humana asistidas, obligando a la justicia a expedirse sobre situaciones, como la de autos, simplemente por la razón de no contar con una legislación clara y precisa que regule el tema. Ello así, toda vez que las TRHA, como fuente filial autónoma, presentan características que le son propias. Mientras la filiación por naturaleza exige la preexistencia de una relación sexual entre un hombre y una mujer, en el caso de las TRHA ese presupuesto no es necesario, solo la intervención médica. Pudiendo escindirse la reproducción de la relación sexual, entonces, hablar de comienzo de la existencia de la persona con la concepción —entendida como la unión del óvulo con el espermatozoide— en TRHA no resultaría ser la solución más elocuente, pues en los supuestos de alta complejidad en donde el embrión se forma in vitro, tal acontecimiento sucede por fuera del cuerpo de la persona, con las graves consecuencias jurídicas que ello trae aparejado para todas aquellas personas que acuden al uso de las TRHA con el objeto de poner en marcha el derecho humano a formar una familia, entre otros.

De este modo, partiendo de la redacción actual del art. 19 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, si el derecho a la vida comienza a partir de la concepción, la cuestión —como ya he señalado— debe ser dilucidada a través de la interpretación jurídica y sistémica que se haga sobre este concepto en consonancia con los avances científicos que imperan en la materia. Circunstancia que ha dado lugar a grandes debates en doctrina (v. Kemelmajer de Carlucci, Aída, Lamm, Eleonora, Herrera, Marisa, “Cuando voces autorizadas se suman para llegar a buen puerto: No a la actuación del asesor de menores como “Defensor de los Embriones”, AR/DOC/3667/2014, LA LEY 14/10/2014 1 - LA LEY 2014-E, 1372; Villaverde, María Silvia, “La concepción”, Revista de Derecho de Familia y de las Personas, (enero), LA LEY, 2014, p. 147; Krasnow, Adriana N., “Encuentros y desencuentros entre la ley 26.862 y el proyecto de Código Civil y

Comercial con media sanción. En la búsqueda de una propuesta de interpretación armonizadora”, *Revista de Doctrina y Jurisprudencia de Derecho de Familia*, N° 64, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, p. 29; Sabin Paz, Eduardo y Germain, Marianela L., “¿Ser o no ser? el debate en la responsabilidad civil por la destrucción de embriones no implantados”, *Revista de Doctrina y Jurisprudencia de Derecho de Familia*, N° II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, p. 257; Muñoz, Gerardo Fabián, “Pasado, presente y futuro del artículo 19 del Código Unificado proyectado”, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, (agosto), LA LEY, 2014, p. 180; Labombarda, Pablo M., “El Cód. Civil Argentino y el comienzo de la existencia de las personas”, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, (mayo), LA LEY, 2014, p. 184; Cerrutti, María del Carmen y Plovanich, María Cristina, “Persona humana: Comienzo de la existencia”, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, (mayo), LA LEY, 2014, p. 199; Cerutti, María del Carmen y Plovanich de Hermida, María Cristina, “Comienzo de la existencia de la persona”, *Sup. Act. 27/03/2014*, LA LEY, p. 1. Lamm Eleonora, “El comienzo de la personalidad jurídica en el Código Civil y Comercial. Estatus, alcance y protección de embrión in vitro” en *Revista de Derecho Privado y Comunitario 2015-3 Personas humanas*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2016; Herrera Marisa (dir.), *Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Rubinzal Culzoni 2018, p. 195 y sstes.).

En este entendimiento, es menester poner de relieve tres ejes argumentativos, a saber: a) El Cód. Civ. y Com. de la Nación. En primer lugar, es dable destacar que el término “concepción” no se encuentra definido de manera expresa en el ordenamiento jurídico interno. No obstante, resulta de relevancia lo normado por el art. 20 del Cód. Civ. y Com. de la Nación por cuanto entiende por época de concepción al lapso entre el máximo y mínimo fijado para la duración del embarazo.

Es decir, que el legislador relaciona directamente la noción de embarazo con el concepto de concepción, lo que permitiría suponer que el embrión no implantado no es persona en sentido jurídico pues sin implantación del embrión no hay embarazo posible en la persona. A mayor

abundamiento, el art. 21 sienta como principio que los derechos y obligaciones del concebido o implantado quedan irrevocablemente adquiridos si nace con vida. Una interpretación armónica de los arts. 19, 20 y 21 del Cód. Civ. y Com. de la Nación permite suponer que el legislador prevé dos momentos diferentes del comienzo de la existencia de la persona humana en sentido jurídico: en caso de filiación por naturaleza o en supuestos de TRHA de baja complejidad será a partir de la concepción; en tanto para los supuestos de TRHA de alta complejidad será al momento de implantación del embrión. Por su parte, en consonancia con ello, el art. 562 al hablar de la voluntad procreacional, establece que la misma se exterioriza a través del consentimiento previo, informado y libre, el cual puede ser revocado libremente mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión (cfr. 560 y 561 Cód. Civ. y Com. de la Nación).

Esta posibilidad prevista por el legislador de revocar el consentimiento hasta el momento de la implantación deja a traslucir la naturaleza jurídica del embrión no implantado y la inexistencia de personalidad e imposibilidad de exigir un derecho a la vida y/o un derecho a nacer.

Finalmente, la ley 26.994 que aprueba el Cód. Civ. y Com. de la Nación, dispone en su art. 9° cláusula segunda: “La protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial”. Esta norma transitoria termina de echar claridad sobre el asunto, pues si el embrión no implantado ha de ser objeto de protección a través de una ley especial resulta obvio que el legislador no le brinda el alcance y consecuencias jurídicas previstas en el art. 19. b) La ley 26.862 y su decreto reglamentario 956/2013. También resulta oportuno destacar que tanto la ley 26.862 como su decreto reglamentario 956/2013 siguen la línea interpretativa hasta aquí trazada.

En efecto, la ley de cobertura y acceso integral regula algunas cuestiones trascendentales que permiten inferir a quien la interpreta que el embrión no implantado no es persona en sentido jurídico. Regula, entre otras cuestiones, la donación de embriones, la criopreservación de embriones (como tienen los peticionarios en autos) y la

revocación del consentimiento hasta antes de la transferencia del embrión en la persona. De este modo, si se puede donar, criopreservar y revocar el consentimiento hasta antes de transferir los embriones, es evidente que esta normativa entiende implícitamente que los embriones in vitro no son persona. c) La postura asumida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Corte IDH en un caso emblemático, "Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica" del 28 de noviembre de 2012 reafirmado en el proceso de seguimiento de sentencia del 26 de febrero de 2016 y en el acuerdo de solución amistosa suscripto entre los demandantes y el Estado de Costa Rica el 4 de agosto de ese mismo año homologado en fecha 29 de noviembre de 2016, ha tenido la ardua tarea de definir qué debe entenderse por el término "concepción" (cfr. CIDH, 26/02/2016, "Caso Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) c. Costa Rica s/ supervisión de cumplimiento de sentencia", LA LEY 2016-B, 357, con nota de Kemelmajer de Carlucci, Herrera Marisa y Lamm Eleonora (2016), La Corte Interamericana de Derechos Humanos controla, sin concesión alguna, el cumplimiento de sus decisiones, en Revista LA LEY, Buenos Aires, cita online: AR/DOC/875/2016 y Gil Domínguez Andrés (2016), El caso "Artavia Murillo II": La Corte Interamericana de Derechos Humanos determina con precisión la fuerza normativa de la convencionalidad aplicada a un caso concreto, cita online: AP/DOC 722/2016. Sentencias disponibles en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/acuerdo_326_esp.pdf; y http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_326_esp.pdf).

Y lo hizo compulsando el artículo 4.1 de la CADH, en particular las palabras "persona", "ser humano", "concepción" y "en general", desde cuatro diferentes tipos de interpretaciones: a) el sentido corriente de los términos; b) sistemáticamente e histórica; c) evolutiva y d) según el objeto y fin tratado (ha sido ampliamente tratado en: Herrera Marisa (dir.), Técnicas de Reproducción Humana Asistida, Rubinzal Culzoni 2018, p. 218).- Luego de un pormenorizado análisis de cada uno de los ítems enunciados, el Máximo Tribunal Regional entendió que el término concepción es sinónimo de "anidación" o "implantación". Sucede que, si el embrión no se implanta, sus posibilidades de desarrollo son nulas, de modo tal, que no cuenta con la protección aludida en

el artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Tal opinión esgrimida por la Corte IDH resulta obligatoria para el derecho argentino, el cual debe guiarse por la jurisprudencia del mentado Tribunal. Así lo ha sostenido nuestro más Alto Tribunal al decir que resulta ser "...una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos" (cfr. caso "Mazzeo", fallo 330:3248, considerando 20). En síntesis, bajo pena de incurrir en responsabilidad internacional por incumplimiento de las obligaciones asumidas, no cabe otra interpretación más que considerar que los embriones no implantados no son persona en sentido jurídico, independientemente ello de las creencias personales que cada individuo pueda tener en su esfera íntima (art. 19 CN).

II.- Habiendo sido sentado ello, en el caso en concreto, la posición aquí esgrimida resiste el control de constitucionalidad-convencionalidad interno potenciando de este modo la protección de derechos humanos en juego, como el derecho humano a formar una familia, a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico, entre otros.- En el particular, los peticionarios no desean continuar vinculados en un contrato vitalicio con el Centro Procreatee siendo su deseo cesar la criopreservación y descartar los embriones criopreservados. En otras palabras, revocan el consentimiento oportunamente brindado a la clínica (arts. 560, 561, 562 del Cód. Civ. y Com. de la Nación; art. 7 y cctes. ley 26.862 y dec. reglamentario 956/2013) pues no desean tener nuevos hijos.

Tal decisión, asimismo, forma parte de la esfera íntima y revela el proyecto de vida común que detenta en la actualidad la pareja C. - A., el cual debe ser respetado en los términos y alcances del artículo 19 de la CN. Andrés Gil Domínguez ha señalado que "la voluntad procreacional configura una manifestación éxtima del deseo filial de las personas por cuanto expone la intimidad más profunda de la constitución subjetiva proyectada en el deseo del amor filial hacia un afuera que se

presenta como un otro, cuyas representaciones varían según cómo esa intimidad tan sensible y profunda sea receptada por el exterior una vez que se pone en escena. Cuando una persona decide poner en movimiento su deseo filial mediante la voluntad procreacional, agiliza un proceso en que lo más íntimo de la subjetividad va a alcanzar lo exterior en busca de respuestas”.

Así como existe un derecho a formar una familia existe un derecho a no formarla. Los peticionarios si bien en un principio han exteriorizado a través del consentimiento informado su voluntad procreacional; es decir, su más íntimo y profundo deseo de formar una familia, con el devenir de los años, ya en la actualidad, resulta a todas luces claro con la presentación de inicio que ya no desean agrandar la familia, desistiendo de aquella voluntad procreacional que enlazara contractualmente a los requirentes con la Clínica P. Deseo que debe ser respetado por formar parte de la esfera íntima de los peticionarios. En este entendimiento, sin más, adelantando mi pronunciamiento, estimo que corresponde hacer lugar a la autorización pretendida por los interesados, correspondiendo —en función del consentimiento revocado— cesar el contrato que los une con la Clínica P. y, en consecuencia, cesar la criopreservación de los embriones que mantiene la pareja para su descarte.

Sin embargo, a mayor abundamiento no puedo dejar de advertir que en el particular, los derechos de la pareja C. - A. se han visto vulnerados por parte del Estado, precisamente, por el poder legislativo al no receptor de manera clara, precisa y contundente la posición que ya ha fijado la Corte IDH; obligando a las personas que se encuentran en una situación similar a la de autos a judicializar una decisión que forma parte de la esfera íntima y del proyecto de vida que cada uno considera mejor para sí. De la autonomía de voluntad receptada en la Constitución Nacional, se desprende la noción de autonomía “moral” y he aquí donde convergen las libertades individuales y las decisiones personales sobre la propia vida —lo que cada individuo sostiene como “moralmente correcto” para su vida—, decisiones que, en la medida que no afecten a terceras personas, la injerencia Estatal resulta inconstitucional (doc. art. 19 CN).

La justicia no debe atender cuestiones que forman parte de la esfera íntima de las personas, debido a ello, ponderando que urge brindar una respuesta legislativa sobre este tema, máxime cuando la mayoría de los diferentes proyectos presentados han perdido estado parlamentario (1326-S-2016, del 27/04/2016; 0007-D-2016, 01/03/2016; 0091-D-2017, del 01/03/2017), subsistiendo actualmente el proyecto de ley número 1541-D-2019 que guarda coherencia con el ordenamiento jurídico y la visión constitucional-convencional que debe imperar, estimo que corresponde oficiar al poder legislativo nacional a los fines de poner en conocimiento —al menos— las dificultades que están obligados a atravesar los particulares ante la falta de legislación —en cumplimiento con la disposición transitoria N° 9 de la ley 26.994—, como así también la labor jurisdiccional atípica, pues no existe controversia ni conflicto que resolver.

Por ello, conforme lo normado por los arts. 34 incs. 3° y 4°, 163 del Cód. Proc. Civ. y Comercial; fallo: 1°) Hacer lugar a la autorización judicial solicitada, correspondiendo resolver el contrato que une a los peticionarios con la Clínica P. y, en consecuencia, cesar la criopreservación de los embriones que posee la pareja, procediendo a su descarte.- 2°) Oficiar por Secretaría a la Cámara de Diputados de la Nación y a la Cámara de Senadores de la Nación, a los fines de poner en conocimiento de las mismas acerca de las dificultades —al menos— que están obligados a atravesar los particulares, en situaciones similares, ante la falta de legislación vigente —en cumplimiento con la disposición transitoria contenida en el art. 9° de la ley 26.994—, como así también la labor jurisdiccional atípica frente a la inexistencia de controversia.- 3°) Imponer las costas por su orden (art. 73 del Cód. Proc. Civ. y Comercial).- 4°) Regular los honorarios de la Dra. G. D. (T° F° del CALP) en el equivalente a 20 JUS (dejándose aclarado que en la actualidad 1 jus equivale a \$...), cantidades a las que se les adicionará el aporte de ley (arts. 1, 9, 10, 15, 16, 17, 54 y 57 de la ley 14.967). Firme el presente y cumplido que sea con el art. 21 de la ley 6716 T. o. ley 12.526, se expedirá el oficio respectivo a fin de efectivizar lo aquí ordenado. Regístrese. Notifíquese. — *Mauro J. Cerdá*.

El comienzo de la persona y las técnicas de reproducción humana asistida: Cuando la creencia es más fuerte que el derecho

Virginia León (*)

Sumario: I. Presentación del tema.– II. Fundamentos de los fallos.– III. Análisis de la normativa argentina y convencional sobre la naturaleza jurídica del embrión no implantado.– IV. Naturaleza jurídica y derechos del embrión no implantado.– V. La ausencia de ley especial y el ejercicio de derechos humanos relacionados con el uso de embriones no implantados.– VI. Conclusión.

I. Presentación del tema

La determinación del comienzo de la vida humana no tiene una respuesta en campo determinado alguno. La ciencia, la religión, las leyes, pueden tener distintos puntos de vista y no por eso uno debe prevalecer sobre el otro.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos considera que se trata de una cuestión valorada de diversas formas desde una perspectiva biológica, médica, ética, moral, filosófica y religiosa, y coincide con tribunales internacionales y nacionales en el sentido de que no existe una definición consensuada sobre el inicio de la vida (1).

En una sociedad, dicese pluralista, se deben respetar las convicciones íntimas y acciones privadas de cada persona que la integra, siempre y cuando estas no perjudiquen a terceras personas, la moral y el orden público (art. 19, CN).

Podría decir que el respeto a las propias creencias personales, que bien encuentran protección a nivel internacional, como un derecho humano a la libertad de pensamiento, conciencia y religión (véase la Declaración Universal de Derechos Humanos, en donde la libertad de conciencia está expresamente protegida en el art. 18; en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el art. 18, así como en el ordenamiento jurídico interamericano del Pacto de San José de Costa Rica en el art. 12 —libertad de conciencia y religión— y en el art. 13.1 —libertad de pensamiento—), tiene un límite: los derechos humanos de las demás personas, por lo que esa libertad no se puede entender en términos absolutos.

(*) Abogada en ejercicio de la profesión en el estudio jurídico que comparte con su padre, Ricardo Máximo León, y su hermana, María Lidia León, egresada de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral. Especialista en Derecho Laboral por la misma Facultad.

(1) Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro)

vs. Costa Rica", sentencia de 28/11/2012, párr. 185, en www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf.

Hoy analizaremos dos fallos que abordan un mismo tema desde distintos puntos de vista: el estatus jurídico del embrión y su consecuente utilización para las técnicas de reproducción humana asistida.

En uno, una pareja de mujeres interpone acción de amparo a efectos de que su obra social les cubra el tratamiento de fertilización asistida con donación de gametos masculinos (2).

El otro, una pareja solicita autorización judicial para destruir los embriones criopreservados que no utilizarán más (3).

Expondré los fundamentos de uno y otro, veremos qué dice la normativa vigente y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para llegar a una conclusión.

Adelantaré que solo uno de ellos se ajusta a derecho, tanto constitucional como el convencional.

II. Fundamentos de los fallos

II.1. Fallo de Mar del Plata

Una pareja interpone acción de amparo debido a que su obra social no brinda la cobertura integral del tratamiento de reproducción asistida (en adelante, "TRHA") que deben llevar adelante, más específicamente, no cubre la donación de gametos masculinos.

(2) Fallo del Juzg. Fed. N° 4 Mar del Plata, Secretaría Civil y Comercial N° 3, "P., M. y otro c. Accord Salud perteneciente al Grupo Unión Personal-Obra Social de la Unión del Personal Civil de la Nación s/ leyes especiales", expte. 38345/2018, de fecha 20/09/2019. Disponible para la descarga en la página web del Poder Judicial de la Nación.

(3) Fallo del Juzg. Familia N° 8 La Plata, "C. M. L. y otro/a s/ autorización judicial", expte. 50908/2019, sentencia definitiva, de fecha 30/09/2019. Disponible en www.diariojudicial.com/public/documentos/000/086/579/000086579.pdf.

Estas mujeres recurren a las TRHA, pues es la única manera en que pueden procrear y es necesaria la donación de espermatozoides para que esto sea posible.

Como bien reseñé, acceden a la justicia en busca de encontrar la justicia. Sin embargo, lejos están de ello.

La decisión del juez fue en contra de lo pretendido por las actoras, valiéndose de los siguientes argumentos:

— "el tratamiento de fertilización de alta complejidad (ICSI) implica la posibilidad de embriones sobrantes, por lo tanto, necesariamente involucra la crio-preservación de dichos embriones";

— "hay que destacar la inexistencia de disposiciones legales de la Nación que regulen la práctica de la crioconservación".

El juez parte de la idea, convicción personal, contraria a lo científicamente probado desde la ciencia biológica y jurídica, de que "... El comienzo de la vida humana tiene lugar con la unión de los dos gametos, es decir con la fecundación existe un ser humano en estado embrionario y desde ese momento tiene pleno derecho a la vida (Fallos 325:292); siendo el derecho a la vida el primer derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación positiva que resulta garantizado por la Constitución Nacional (Fallos 302:1284; 310:112 —LA LEY 1981-A-401; 1987-B-311—; 323:1339). Nuestro nuevo Cód. Civ. y Com. de la Nación, en su art. 19, estipula que 'La existencia de la persona humana comienza con la concepción', sin hacer la vieja distinción entre la fecundación uterina o extracorpórea que se realizaba en el anterior Código Civil. Este mismo criterio que se encuentra plasmado en el nuevo Cód. Civ. y Com., es el que sostenían la doctrina y jurisprudencia respecto de la interpretación de los arts. 63 y 70 del anterior Cód. Civil de la Nación. Asimismo, 'La Convención Americana sobre Derechos Humanos' o denominada también como 'Pacto de San José de Costa Rica', en su art. 4º consagra que

toda persona tiene derecho a que se respete su vida, este derecho estará protegido por la ley a partir del momento de la concepción; igual derecho a la vida establecen ‘La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre’ y ‘El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos’ entre otros; y a su vez ‘La Convención sobre los Derechos del Niño’ en su Preámbulo destaca la protección legal que debe darse al niño por su falta de madurez física y mental, por lo que necesita de cuidados especiales tanto antes como después del nacimiento. Sobre todo, atendiendo a lo previsto taxativamente por la ley 23.849, que, respecto de la dicha convención sobre los derechos de los infantes, hace la expresa reserva en relación con su art. 1º de que: ‘La República Argentina declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad...’.”

Por lo que concluye que es “... contrario al derecho natural, la Constitución Nacional y a los tratados internacionales vigentes convalidar la realización de una práctica médica que dada la ligereza con que se realiza (por la ausencia de controles) puede afectar gravemente y de manera irreversible la vida o integridad de un futuro ser humano... Afirmación que se agrava por la falta de aclaración de la actora sobre el eventual futuro de los embriones que no se utilicen...”.

Decide denegar el acceso a la TRHA, permitiendo a la obra social no cubrir la donación de gametos masculinos, ya que podrían generarse muchos embriones —que para él tienen derecho a la vida—, sin saber cuál sería el destino de ellos mismos, y, al no existir una ley especial que los proteja, entiende que el Poder Judicial no puede hacer nada al respecto.

II.2. Fallo de La Plata

En este caso, una pareja que había accedido a las TRHA para tener sus hijos pretende cesar la criopreservación de los embriones restantes que se encuentran en una clínica privada desde hace diez años. Ante el pedido de la

clínica de una autorización judicial para ello, pues no existe en la actualidad una ley de protección del embrión, es que acuden a la justicia para obtener lo requerido por la clínica.

El juez dice que, previo a expedirse acerca de la autorización pretendida, debe: “... realizar un pormenorizado análisis acerca de la naturaleza jurídica que detenta el embrión no implantado...”.

Se funda en tres ejes para entender el comienzo de existencia de la persona: la interpretación sistémica del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, “Cód. Civ. y Com.”), la ley 26.862 y su dec. regl. 956/2013 y el antecedente “Artavia Murillo” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos [fallo del 28/11/2012(4), reafirmado por el proceso de seguimiento de sentencia del 26 de febrero de 2016(5) y en el acuerdo de solución amistosa suscripto el 4 de agosto de ese mismo año homologado en fecha 29 de noviembre de 2016(6)]:

“... a) Una interpretación armónica de los arts. 19, 20 y 21 del Cód. Civ. y Com. permite suponer que el legislador prevé dos momentos diferentes del comienzo de la existencia de la persona humana en sentido jurídico: en caso de filiación por naturaleza o en supuestos de TRHA de baja complejidad será a partir de la concepción; en tanto para los supuestos de TRHA de alta complejidad será al momento de implantación del embrión. Por su parte, en consonancia con ello, el art. 562 al hablar de la voluntad procreacional, establece que

(4) Corte Interamericana de Derechos Humanos, 28/11/2012, cit.

(5) Corte Interamericana de Derechos Humanos, 26/02/2016, “Artavia Murillo y otros (‘Fecundación in vitro’) vs. Costa Rica”, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, en: www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/artavia_26_02_16.pdf.

(6) Corte Interamericana de Derechos Humanos, 29/11/2016, acuerdo de arreglo amistoso suscrito entre el Estado de Costa Rica y la parte demandante, en www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/acuerdo_326_esp.pdf.

la misma se exterioriza a través del consentimiento previo, informado y libre, el cual puede ser revocado libremente mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión (cfr. arts. 560 y 561, Cód. Civ. y Com.). Esta posibilidad prevista por el legislador de revocar el consentimiento hasta el momento de la implantación deja a traslucir la naturaleza jurídica del embrión no implantado y la inexistencia de personalidad e imposibilidad de exigir un derecho a la vida y/o un derecho a nacer. Finalmente, la ley 26.994 que aprueba el Cód. Civ. y Com., dispone en su art. 9º, cláusula segunda: ‘La protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial’.

“b) La ley 26.862 y su dec. regl. 956/2013. También resulta oportuno destacar que tanto la ley 26.862 como su dec. regl. 956/2013 siguen la línea interpretativa hasta aquí trazada. En efecto, la ley de cobertura y acceso integral regula algunas cuestiones trascendentales que permiten inferir a quien la interpreta que el embrión no implantado no es persona en sentido jurídico. Regula, entre otras cuestiones, la donación de embriones, la criopreservación de embriones (como tienen los peticionarios en autos) y la revocación del consentimiento hasta antes de la transferencia del embrión en la persona. De este modo, si se puede donar, criopreservar y revocar el consentimiento hasta antes de transferir los embriones, es evidente que esta normativa entiende implícitamente que los embriones *in vitro* no son persona.

“c) La postura asumida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Corte IDH en un caso emblemático, ‘Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica’ del 28 de noviembre de 2012 reafirmado en el proceso de seguimiento de sentencia del 26 de febrero de 2016 y en el acuerdo de solución amistosa suscripto entre los demandantes y el Estado de Costa Rica el 4 de agosto de ese mismo año homologado en fecha 29 de noviembre de 2016, ha tenido la ardua tarea de definir qué debe entenderse por el término ‘concepción’... Luego de un pormenorizado análisis de cada uno de los ítems enunciados, el Máximo Tribunal Regional

entendió que el término concepción es sinónimo de ‘anidación’ o ‘implantación’. Sucede que, si el embrión no se implanta, sus posibilidades de desarrollo son nulas, de modo tal, que no cuenta con la protección aludida en el art. 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Tal opinión esgrimida por la Corte IDH resulta obligatoria para el derecho argentino, el cual debe guiarse por la jurisprudencia del mentado tribunal”.

Por ello entiende que la autorización judicial pretendida por la clínica contraría los derechos humanos de formar una familia, a la intimidad, entre otros (“... Tal decisión, asimismo, forma parte de la esfera íntima y revela el proyecto de vida común que detenta en la actualidad la pareja C.-A., el cual debe ser respetado en los términos y alcances del art. 19 de la CN. Andrés Gil Domínguez ha señalado que ‘la voluntad procreacional configura una manifestación éxtima del deseo filial de las personas... Cuando una persona decide poner en movimiento su deseo filial mediante la voluntad procreacional, agiliza un proceso en que lo más íntimo de la subjetividad va a alcanzar lo exterior en busca de respuestas...’”).

Concluye que si bien no hay una ley sobre la protección del embrión no implantado, existen varios proyectos en el Poder Legislativo, en la legislación argentina se reconoce el acceso a las TRHA y se recepciona a la voluntad procreacional como fuente filial, por lo que no habría necesidad de una autorización judicial para cesar la crioconservación de dichos embriones, pues, conforme lo analizado, tienen un estatus jurídico distinto al de “persona”, por lo que la protección del derecho a la vida no le es aplicable, siendo suficiente un desistimiento de la voluntad procreacional que en un primer momento dieron cuando preservaron sus embriones.

III. Análisis de la normativa argentina y convencional sobre la naturaleza jurídica del embrión no implantado

El tema central de ambos fallos es el comienzo de la existencia de la persona, ya

que ambos están de acuerdo en que la existencia es condición para la aplicación efectiva de la protección del derecho a la vida.

Entonces, ¿qué dice la normativa al respecto?

Sobre el vocablo jurídico “persona”, Julio Rivera nos dice: “... Desde antaño, las distintas concepciones del término persona, enfocada la idea desde el punto de vista jurídico, pueden calificarse en dos corrientes. Por un lado, están a aquellos para quienes la persona es el hombre, y todo hombre por el solo hecho de serlo es un apersona en el mundo del derecho. Por otro, están quienes consideran que el hombre es persona para el derecho siempre que reúna algunos recaudos accidentales, otorgados por el ordenamiento jurídico: capacidad, ciudadanía, nacionalidad, estatus. En consecuencia, pregonan que persona es un concepto jurídico, mientras que hombre es un concepto de la naturaleza. De allí que para el derecho no todos los hombres son necesariamente personas” (7).

El art. 19 del nuevo Cód. Civ. y Com. de la Nación —ley 26.994— establece que “... La existencia de la persona humana comienza desde la concepción...”.

Se quitaron las palabras “en el seno materno” del viejo art. 70, pretendiendo confundir dos momentos distintos dentro del desarrollo embrionario: fecundación e implantación, lo que pondría en crisis la realización de las TRHA.

Pero el origen, formación y desarrollo del embrión humano consiste en múltiples procesos simultáneos e ininterrumpidos, condicionados por sus precedentes y condicionantes de los futuros (8).

(7) RIVERA, Julio César, “Instituciones de derecho civil. Parte general”, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, 2ª ed. actualizada, ps. 331-332.

(8) ARANCIBIA, Rodolfo, “La especie humana desde la embriología y bajo la reflexión ética”, en Bioética. Propuesta de aproximación a su campo de

El desarrollo embrionario comienza con la fecundación (la unión de los dos gametos —espermatozoides y ovocitos—). Es a partir de allí que comienza un proceso complejo y desconocido detalladamente (embriogénesis), en donde se forma un nuevo sistema biológico que funciona como unidad, integrada, determinada y coordinada por un mero genoma que articula la identidad (genética) de un nuevo individuo (identidad genética para determinar individualidad).

Dentro de la primera semana de producida la fecundación, se pueden distinguir tres procesos de formación de estructuras que dan origen al nuevo individuo: fecundación (origen del embrión unicelular); segmentación del embrión, cavitación (formación del blastocito) y traslado e implantación del blastocito en la cavidad uterina, previamente preparada.

Vemos que desde la embriología (9) no se habla de concepción como momento en el desarrollo embrionario, pero sí de fecundación, cavitación e implantación. Sin alguno de estos momentos, el desarrollo no es viable.

Concepción implica todos estos sucesos consecutivos que se desencadenan desde la fecundación, la cual puede ocurrir dentro del cuerpo de una persona gestante o fuera de ella. Y esto es así porque, con el uso de las FIV (fertilización in vitro), la fecundación se produce fuera del útero y necesariamente el momento de la implantación del embrión sucede en una futura ocasión, sea cuando la transferencia se hace en fresco (es decir, con el embrión no criopreservado) o

intervención, Centro de Estudios de Bioética Regional Rafaela, 2012, p. 100.

(9) La embriología es la ciencia que estudia el desarrollo del cuerpo desde la formación del cigoto hasta el nacimiento, incluyendo las estructuras que vinculan el embrión con la madre (placenta y anexos extraembrionarios), ocupándose tanto de los cambios morfológicos que se suceden en todos los sectores del embrión, como de los mecanismos biológicos que los provocan.

con embriones desvitrificados (previamente criopreservados).

Como el término “concepción” no se encuentra definido de manera expresa en el Cód. Civ. y Com. ni en la legislación vigente, genera diferentes posicionamientos, como el que presenciamos anteriormente al exponer los fundamentos de los fallos.

Dicen Herrera y de la Torre en su obra colectiva sobre TRHA que para cubrir ese vacío se debe observar lo ya explicitado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Artavia Murillo”, respecto a la interpretación del término “concepción” en todos los métodos utilizados al respecto, el texto de la ley 26.862 y, completando este análisis, se propone observar las restantes normas del Cód. Civ. y Com., como así también algunas consideraciones finales de diferentes voces (10).

Advierten que no es capricho, sino que surge del art. 2º del Cód. Civ. y Com., en cuanto: “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”.

Ahora bien, desde el año 2013, mediante la sanción de la ley 26.862, se reconoce el derecho de toda persona a acceder a las TRHA para poder tener un hijo/a. La ley autoriza la donación de embriones, criopreservación de ellos, formación de embriones *in vitro*. Asimismo, establece que, previo consentimiento informado, se pueden implantar en una persona que lo gestará y permitirá, en lo posible, el desarrollo del embrión hasta su nacimiento.

(10) DE LA TORRE, Natalia - HERRERA, Marisa - NOTRICA, Federico - VIGO, Fiorella C. - VÍTTOLA, Leonardo R. (colaboradora Mariana Vázquez Acatto), “Naturaleza jurídica del embrión no implantado”, en HERRERA, Marisa (dir.), Técnicas de reproducción humana asistida, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2018, t. I, p. 248.

Y según el Cód. Civ. y Com., gracias a esa voluntad emanada —voluntad procreacional—, quienes la manifiesten serán padre y madre de ese niño o niña que nazca (art. 562 del Cód. Civ. y Com.).

Entonces, en las TRHA de alta complejidad podemos hablar de dos estadios en el embrión: el embrión implantado y el no implantado. Esos embriones *in vitro* no implantados, ¿tienen que ser tratados por el derecho de similar manera que el embrión que se encuentra anidado en el útero?

No es así, por ello en el Cód. Civ. y Com. se agregó una norma transitoria —la segunda— que dice: “La protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial” (11).

Al referir que el embrión no implantado (*in vitro*) requiere una protección especial, es porque se lo considera con estatus jurídico y moral distinto al de “persona”.

Siguiendo a Nelly Minyersky, el embrión *in vivo* y el *in vitro* no son iguales: “... No corresponde someter ambos a un mismo estatus jurídico, ya que no son entes iguales, tanto desde el punto de vista biológico, como desde el punto de vista moral y ético...” (12).

No puede igualarse su estatus al de un embrión ya implantado, cuyo destino invariable será adhesión al útero femenino y consecuente camino a la conformación del feto humano en los plazos biológicos correspondientes, si se encuentran dadas las condiciones para el éxito de su conformación (13).

(11) Conforme art. 9º de la ley 26.994 (BO del 08/10/2014).

(12) MINYERSKY, Nelly - FLAH, Lily R., “El embrión, el feto y la vida humana”, Suplementos La Ley, 06/10/2011, p. 1 cita online: AR/DOC/3377/2011.

(13) Ibidem, citan a FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo, en el Seminario “El comienzo de la vida humana”, Buenos Aires, 07/07/2009.

Desde el punto de vista biológico, un embrión que no se implantó es un embrión que puede o no devenir en feto, que necesitará siempre la intervención de terceros para ello.

Por lo que el punto de inflexión lo encontramos en la implantación, entendida esta como el momento en que se posiciona, adhiere y penetra en el endometrio (14).

Es así que, para el derecho interno argentino, existe persona desde el momento de la implantación del embrión en el útero de la persona gestante (único lugar —hasta hoy— en donde se puede desarrollar el embrión-feto).

Esta conclusión es concordante con la línea trazada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos —cuya jurisprudencia es obligatoria para la Argentina, so pena de incurrirse en responsabilidad internacional (conf. Corte Federal, caso “Mazzeo”, Fallos 330:3248, entre otros)— en el fallo “Artavia Murillo”, al interpretar el art. 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al entender que “... la ‘concepción’ en el sentido del art. 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del art. 4º...” (15).

(14) ARANCIBIA, Rodolfo, “La especie humana...”, ob. cit., p. 116.

(15) “... C.5) Conclusión de la interpretación del art. 4.1. 264. La Corte ha utilizado los diversos métodos de interpretación, los cuales han llevado a resultados coincidentes en el sentido de que el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del art. 4.1 de la Convención Americana. Asimismo, luego de un análisis de las bases científicas disponibles, la Corte concluyó que la ‘concepción’ en el sentido del art. 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del art. 4º de la Convención. Además, es posible concluir de las palabras ‘en general’ que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (16) entiende que el término “concepción” no puede ser comprendido como un momento o proceso excluyente del cuerpo de la mujer, dado que un embrión no tiene ninguna posibilidad de supervivencia si la implantación no sucede. Entiende la concepción como la anidación o implantación.

Vemos que hasta aquí la normativa, doctrina y jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos concuerdan con el fallo de La Plata en que el embrión criopreservado no es persona, pero ¿qué es? ¿Qué derechos detenta? Ese derecho, ¿es superior a los derechos de las personas que quieren acceder a las TRHA para formar una familia?

IV. Naturaleza jurídica y derechos del embrión no implantado

Hasta ahora, por los avances de la ciencia, podemos decir que es en el ámbito de la TRHA (FIV) donde nos encontramos con embriones no implantados —*in vitro*—.

El primer derecho que tiene toda persona, y del cual se desprenden los demás derechos, es el derecho a la vida, regulado en el art. 4.1 de la Convención Americana. Ahora bien, si decimos que el embrión *in vitro* no es persona, ¿tiene este derecho? ¿Podría decirse que tiene derecho a la vida?

Esto es un no rotundo, atento a que el embrión *in vitro* no es persona y dicho derecho lo detentan las personas.

Siguiendo la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando del comienzo de la vida se trata no hay una voz que prevalezca sobre la otra al momento de interpretar este artículo.

absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general...” (Corte IDH, “Caso Artavia Murillo y otros...”, cit.).

(16) Corte IDH, “Caso Artavia Murillo y otros...”, cit., párr. 187.

Cuando se dicta la Convención Americana de Derechos Humanos, que data de 1969, no existían las técnicas de reproducción asistida o bien quedaban en el ámbito investigativo y privado, es por ello que los alcances de sus artículos deben ser interpretados de manera dinámica.

Para que rija la protección del derecho a la vida, como lo establece el art. 4.1 del Pacto de San José de Costa Rica, debemos tener un embrión implantado. Y aun así dice, no podemos interpretar en términos absolutos la protección del ya implantado: "... Teniendo en cuenta el principio de protección gradual e incremental —y no absoluta— de la vida prenatal (concluye que) no pueda alegarse la protección absoluta del embrión anulando otros derechos, hay un balance de derechos e intereses (17)..." y desde una interpretación sistemática "... se puede concluir respecto al art. 4.1 de la Convención que el objeto directo de protección es fundamentalmente la mujer embarazada, dado que la defensa del no nacido se realiza esencialmente a través de la protección de la mujer, como se desprende del art. 15.3.a) del Protocolo de San Salvador, ...y del art. VII de la Declaración Americana..." (18).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos dice que "sería desproporcionado pretender una protección absoluta del embrión respecto a un riesgo (aborto o descarte embrionario) que resulta común e inherente incluso en procesos donde no interviene la ciencia y que la protección del embrión que se busca a través de la prohibición de la FIV tiene un alcance muy limitado y moderado" (19).

O sea que los derechos de las demás personas (intimidad, libertad, procreación, fundar una familia), p. ej., quienes forman una familia mediante las TRHA, incluyendo el de la mujer gestante, tienen más peso cuando se los contraponen con la protección del embrión

—"... la interpretación del art. 4.1 de la Convención indica que el ejercicio de una facultad concebida por dicho instrumento internacional, no está exento de escrutinio (de la Corte) cuando interfiere con el ejercicio de otros derechos establecidos en el mismo, tales como, en el presente caso, los derechos a la vida privada, familiar, autonomía y a fundar una familia..." (20)—.

Por lo que el fallo de Mar del Plata, en donde el juez decide denegar el acceso a la TRHA: "... constituye(n) una interferencia en la vida privada y familiar de las presuntas víctimas, quienes debieron modificar o variar las posibilidades de acceder a la FIV, lo cual constituía una decisión de las parejas respecto a los métodos o prácticas que deseaban intentar con el fin de procrear un hijo o hija biológicos..." (21).

V. La ausencia de ley especial y el ejercicio de derechos humanos relacionados con el uso de embriones no implantados

Ambos fallos remarcan el vacío legal en el que nos encontramos ante la falta de sanción de la Ley de Protección del Embrión No Implantado. ¿Pero podría esto cercenar el derecho de las personas que deseen tener hijos mediante el uso de las TRHA?

Hasta la fecha existen cuatro proyectos de los presentados a raíz de esta cláusula transitoria segunda del Cód. Civ. y Com., de los cuales solo el último posee estado parlamentario: 1320-S-2016 ingresado en la Cámara de Senadores el 27/04/2016; el proyecto 0007-D-2016, ingresado en Cámara de Diputados el 01/03/2016; el proyecto 0091-D-2017, ingresado a la Cámara de Diputados de la Nación el 01/03/2017 y el proyecto 1541-D-2019, ingresado a Cámara de Diputados el 05/04/2019.

Este último tiene por finalidad: "... regular la protección del embrión no implantado y

(17) *Ibidem*, párr. 264.

(18) *Ibidem*, párr. 222.

(19) *Ibidem*, párr. 311.

(20) *Ibidem*, párr. 163.

(21) *Ibidem*, párr. 161.

establecer su régimen jurídico en concordancia y de forma complementaria con lo dispuesto en el Código Civil y Comercial y en la ley 26.862 y normativas complementarias...” (art. 1º) y determina que “... El embrión *in vitro* es objeto de protección según las disposiciones de la presente ley y normas complementarias, de conformidad con el desarrollo de la ciencia. Se debe procurar limitar el número de ovocitos a fecundar según el caso y de conformidad con las buenas prácticas médicas a fin de disminuir el número de embriones a criopreservar” (art. 4º).

El proyecto prohíbe la comercialización, generación sin fines reproductivos ni terapéuticos y extracción y fecundación post mortem de embriones (art. 5º); regula su crioconservación (arts. 10 a 12), las transferencias embrionarias (art. 13), el destino de los embriones no viables (art. 14), la donación (arts. 15 a 21), uso para la investigación (arts. 22 a 24), embriones histocompatibles (arts. 25 a 28), diagnóstico preimplantatorio (arts. 29 a 34), cobertura (art. 35), responsabilidad civil (art. 36).

Vemos que regula el DGP —diagnóstico genético preimplantatorio— que, aunque en la práctica se realiza, no está cubierto por el sistema de salud público o de obras sociales y empresas prepagas, por eso este proyecto lo incluye como TRHA.

Este proyecto es el que se encuentra en la Comisión de Legislación General, según página web consultada (22).

A *contrario sensu* del juez de Mar del Plata, que entiende que, al no haber regulación sobre el tema, por más que exista una ley que reconoce el derecho a las TRHA, no puede el Poder Judicial suplir la tarea legislativa y es por eso que niega el derecho a la pareja de mujeres (23), muy acertadamente dice el fallo de La

Plata que “... La justicia no debe atender cuestiones que forman parte de la esfera íntima de las personas, debido a ello, ponderando que urge brindar una respuesta legislativa sobre este tema, máxime cuando la mayoría de los diferentes proyectos presentados han perdido estado parlamentario (1326-S-2016, del 27/04/2016; 0007-D-2016, 01/03/2016; 0091-D-2017, del 01/03/2017), subsistiendo actualmente el proyecto de ley 1541-D-2019 que guarda coherencia con el ordenamiento jurídico y la visión constitucional-convencional que debe imperar, estimo que corresponde oficiar al Poder Legislativo nacional a los fines de poner en conocimiento —al menos— las dificultades que están obligados a atravesar los particulares ante la falta de legislación —en cumplimiento con la disposición transitoria 9 de la ley 26.994—, como así también la labor jurisdiccional atípica, pues no existe controversia ni conflicto que resolver...”.

La ley 26.862 otorga el derecho a crioconservar embriones y determina que ella depende del otorgamiento del consentimiento informado (24), pero no lo hace depender de una ley posterior, sino que ella es efectiva desde el momento en que entró en vigencia.

Esta norma es una de las normas denominadas operativas, ya que es un derecho humano en sí, dotadas de igual jerarquía que nuestra Constitución Nacional, con la reforma del año 1994 (art. 75, inc. 22), y a su vez sirve de medio para alcanzar y concretar otros derechos humanos, como ser: a la salud, a la procreación, a la libertad, a la familia, al goce de los beneficios de la ciencia, entre otros (25).

legislativa aludida... la judicatura no puede avalar sin reparo alguno la realización de una praxis médica que no solo puede poner en peligro la integridad de una persona en estado embrionario sino también su vida, como lo sería en el caso de que los padres optaren por destruir los embriones no utilizados” —sic fallo—.

(24) Arts. 2º y 7º del dec. regl. 956/2013.

(25) LEÓN, Virginia, “Planificación procreacional”, RDF 2017-IV-103. Cita: derecho a la salud (arts. 14,

(22) Fuente: www.diputados.gov.ar/proyectos/proyecto.jsp?exp=1541-D-2019.

(23) “Va de suyo y en atención a extrema delicadeza del tema, entiendo que en este caso en particular no les compete a los jueces suplir la omisión

Y siguiendo a Bidart Campos: "... los derechos contenidos en la Constitución se han de interpretar de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos que hace parte del derecho argentino... en la medida de lo posible, y para esa compatibilización y coordinación, se ha de arrancar de una presunción: la de que las cláusulas de los tratados sobre derechos humanos son operativos... las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya jurisdicción ha consentido nuestro estado al ratificar el Pacto de San José de Costa Rica en 1984, han de ser tomadas en cuenta como orientación valorativa para su aplicación posible..." (26).

Y aunque nos encontramos frente a normas constitucionales pragmáticas, por el solo

14 bis, 33, 42, 41, 43, art. 75, inc. 22, CN; Declaración Universal de los Derechos Humanos no explícito, arts. 25.1 y 22; Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, art. 5º.E.iv; Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, arts. 11 y 12.1; Convención Internacional de los Derechos del Niño, art. 24.1; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, arts. 12.1 y 12.2.b; Convención Americana de Derechos y Deberes del Hombre, art. 4.1; Protocolo de San Salvador, art. 10.1); Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, art. XI; derechos a procrear y a la formar una familia, a la paternidad y a la maternidad (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el art. V; Declaración Universal de Derechos Humanos, en su art. 16, inc. 1º; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 10; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su art. 23 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos —Pacto de San José de Costa Rica— en su art. 14 y en el art. 19; derechos de dignidad, a la libertad y a la igualdad de toda persona humana (Convención Americana de los Derechos del Hombre, arts. 1.1, 17.4, 24; derecho al goce de los avances científicos (Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 15).

(26) LEÓN, Virginia, "Planificación procreacional", cit., p. 103. Cita a BIDART CAMPOS, Germán J., Manual de la Constitución reformada, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1998, 2ª reimpr., t. I, ps. 491-492.

hecho de que existan, el Estado debe abstenerse de realizar cualquier acto —legislativo, ejecutivo, judicial— que se oponga a su vigencia. Y cuando ellas son claras, de fácil interpretación, no podemos desatenderlas (27).

Menos puede el Poder Judicial imputarles las consecuencias negativas de la falta estatal (de legislar) a las parejas que recurrieron a la justicia para efectivizar un derecho.

VI. Conclusión

Aunque claramente la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que el embrión no implantado no es persona en el sentido jurídico de la palabra, por lo que la protección del "derecho a la vida" del art. 4.1 de la CADH no le es aplicable, el tema genera grandes debates doctrinarios y consecuentes opiniones disímiles en la jurisprudencia.

Esto se debe a las ligaduras religiosas, ideológicas, filosóficas y de conciencia de cada persona, que también encuentran asilo en norma constitucional (art. 19, CN), sumado a que aún el Estado argentino no tiene una norma que determine la protección del embrión no implantado.

Pero está claro que la protección debida al embrión no implantado no puede traducirse jamás en una negación al derecho de acceso a las TRHA, caso contrario se estarían violando derechos humanos fundamentales, como el de formar una familia, intimidad, autonomía.

La misma Corte Interamericana de Derechos Humanos, dice que "si bien la FIV se realiza en un gran número de países, lo anterior no necesariamente implica que esta se encuentre regulada por medio de normas jurídicas" y "a pesar de que no existen muchas regulaciones normativas específicas sobre FIV en la mayoría de los Estados de la región, estos permiten que la que FIV se

(27) LEÓN, Virginia, "Planificación procreacional", ob. cit., p. 103.

practique dentro de sus territorios, es decir que en el marco de la práctica de la mayoría de los Estados Partes en la Convención se ha interpretado que la Convención permite la práctica de la FIV" (28), reafirmando que la falta de regulación específica no es impedimento para que las TRHA sean socialmente aceptadas y practicadas.

(28) HERRERA, Marisa, "Técnicas de reproducción..."; ob. cit., p. 224.

Desde la bioética, existen numerosas cuestiones que aún no tienen respuesta desde lo jurídico, pero que permiten que avances científicos y biotecnológicos se puedan llevar adelante en la sociedad, por lo que hay que bregar para que se dicte una ley sobre la protección de los embriones no implantados, de índole *laica, plural e inclusiva* (29) para que todas las "personas" podamos tener garantizados nuestros derechos humanos.

(29) *Ibidem*, p. 300.

ABUSO SEXUAL INFANTIL

Derechos de la víctima – Interés superior del niño – Derecho a ser oído – Exceso ritual manifiesto – Facultades del Asesor de Menores – Legitimación recursiva

Con nota de Santiago Ferrando Kozicki

1. — Asumir como extemporáneo el recurso casatorio contra la resolución que ordena tomar la declaración de una víctima menor de edad en Cámara Gesell solo en presencia del agente fiscal configuraría un exceso ritual permitiendo que, no queden tutelados intereses de rango superior referidos al interés superior del niño, a su derecho a ser oído y al acceso a la jurisdicción; más aún cuando se han puesto en juego la tutela de los intereses de una niña supuesta víctima de un delito contra su integridad, su protección y el acceso a la justicia, cuya garantía es condición primordial de la validez de todo proceso judicial.
2. — De acuerdo con lo dispuesto en el art. 38 de la Ley de Ministerio Público 14.442 de Buenos Aires, el Asesor de Incapaces debe intervenir en todo asunto judicial o extrajudicial que interese a la persona de los incapaces, e incluso puede peticionar en nombre de ellos, por propia iniciativa, cuando resulte necesario para impedir la frustración de los derechos a la vida, salud, identidad y de ser oídos por el juez de la causa.
3. — Disponer la falta de legitimación recursiva del Asesor de Incapaces para cuestionar una resolución que ordena tomar la declaración de una víctima menor de edad en Cámara Gesell solo con la intervención del agente fiscal no puede admitirse, pues importaría frustrar la revisión de una decisión que se impugna por ser contraria a los derechos de una niña presunta víctima de un delito contra la integridad sexual.

TCasación Penal, Buenos Aires, sala II, 10/10/2019 - Q., S. F. s/ recurso de queja (art. 433 CPP) interpuesto por asesor de incapaces

La Plata, octubre 10 de 2019.

Antecedentes

La Cámara de Apelación y Garantías de Necochea rechazó la queja interpuesta por el Sr. Agente Fiscal por resultar inadmisibles el recurso de apelación interpuesto contra la resolución de la Sra. Jueza de Garantías en cuanto dispuso, en lo que aquí respecta, hacer lugar a lo peticionado por la defensa del imputado, debiendo tomar declaración testimonial mediante la modalidad de Cámara Gesell a la víctima de autos, el Sr. Agente Fiscal, por no resultar la resolución impugnada expresamente apelable y no causar un gravamen irreparable al recurrente (fs. 35/36, este legajo).

El señor titular de la Asesoría de Incapaces, formuló reserva de recurrir en casación la referida decisión (fs. 70).

Con fecha 31 de octubre de 2018, la Cámara declaró firme y consentido el rechazo de la queja (fs. 28/29)

El Sr. Asesor de Incapaces interpuso el recurso de casación que obra a fs. 71 vta./81.

Atento lo resuelto, con fecha 6 de noviembre la Cámara remitió las referidas actuaciones al juzgado de origen para su agregación al expediente principal (fs. 17 del incidente de recurso de casación que corre por cuerda al expediente principal.)

El Asesor de Incapaces interpuso la presente queja, en los términos del art. 433 del Cód. Proc. Penal (fs. 1/12).

Hallándose la causa en estado de dictar sentencia, este Tribunal decidió plantear y votar las siguientes cuestiones:

1ª ¿Corresponde hacer lugar a la queja intentada? 2ª ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

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

1. Se presentó el representante del Ministerio Público pupilar e inicialmente desarrolló argumentos preliminares encaminados a obtener la decisión sobre la admisibilidad de su impugnación.

En tal sentido, con invocación de lo normado en el art. 7 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 19, 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2.3 "a", 24.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 2 y 3 de la Convención de los Derechos del Niño, y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de este Tribunal de Casación que citó, sostuvo la legitimación procesal de ese Ministerio para recurrir por este medio.

A su vez efectuó consideraciones con relación a la sentencia interlocutoria atacada, la que dijo, debía asimilarse a sentencia definitiva.

Alegó que tomó conocimiento del contenido del resolutorio con fecha 2 de octubre de 2018 y que a través de la presentación de fecha 8 de octubre hizo la correspondiente reserva de recurrir en casación, el que fue presentado dentro del plazo establecido por el art. 451 del ordenamiento ritual.

Expresó que el mentado remedio se articuló ante la falta de intervención de ese Ministerio en la instancia preliminar, a los fines de sanear los vicios graves de una resolución que tildó de arbitraria en tanto importó la violación de derechos constitucionales e internacionales de la víctima y del debido proceso.

Fundó su reclamo en la denuncia de la inobservancia de los arts. 102 bis, 274, 247, 360, 369, 106, 373 del Código Procesal Penal, y 171 de la Constitución Provincial.

Relató que la acusación solicitó como acto irreproducible la declaración de su representada V. G. ante la Juez de Garantías y bajo el dispositivo de la Cámara Gesell conforme las prácticas del Código Procesal como del Protocolo de Recepción de testimonio de Niños y Adolescentes.

Indicó que la Jueza de Garantías estimó adecuado que sea la perito psicóloga quien asista a la menor en el acto previsto y se agravio de que, de manera infundada, se haya suspendido la diligencia dejando en mayor vulnerabilidad a la niña.

Denunció que los derechos de la víctima han sido abiertamente vulnerados desde que fue

sometida a numerosas diligencias procesales, y que ello provocó una innecesaria revictimización.

Argumentó que el fallo resolvió la tensión que se presenta entre los derechos del imputado y el derecho a la víctima, de manera que no se cumplió con la primacía que debe darse al interés superior del niño víctima a la luz del derecho argentino y la normativa internacional.

Consideró que también se vio afectado el derecho de la joven a ser oída.

En tal sentido afirmó que no cualquier citación cumple con la garantía sino aquella que da en condiciones para su libre y correcto ejercicio.

Adujo que las circunstancias contextuales el proceso penal conspiran contra las previsiones con las que el acto debe estar rodeado y, por ello deben extremarse los cuidados, los que no fueron tomados en cuenta en el fallo en crisis.

Finalmente consideró que la resolución resultó arbitraria y fue dictada sin la debida fundamentación.

En tal sentido argumentó que la Jueza de Garantías con la misma motivación con la que resolvió que la perito psicóloga lleve adelante la diligencia de anticipo probatorio con basamento en la vinculación empática entablada con la niña y teniendo en consideración su interés superior, en un pronunciamiento posterior decidió, de manera diametralmente opuesta, hacer lugar a la solicitud —infundada— del defensor, y ordenar que la dirija el Agente Fiscal, en vez del profesional más idóneo a esos efectos.

Explicó que la defensa se opuso a que sea la perito psicóloga quien dirija el interrogatorio, pues, consideró que podría afectar "algunos" principios del proceso como el de la defensa del imputado, la igualdad y la legalidad, pero sin especificar de qué manera los derechos que enuncia se verían afectados y, en definitiva sin brindar razones de entidad como para violentar derechos en expectativa igualmente atendibles.

De acuerdo a todo ello solicitó la nulidad del pronunciamiento, con reenvío para el dictado de un nuevo fallo (art. 461 del Cód. Proc. Penal).

2. A fs. 42/52, la señora Fiscal Adjunta de Casación, doctora María Laura E. D'Gregorio,

acompañó memorial en el que mantuvo el recurso interpuesto y desarrolló las razones por las cuales propició se acogiera favorablemente el recurso del Asesor.

Así efectuó consideraciones relativas a la admisibilidad formal y material del recurso en examen y tras efectuar un ilustrativo recorrido de los antecedentes de autos, dictaminó en favor de la procedencia de los reclamos.

Expresó que la resolución atacada resultaba equiparable a sentencia definitiva.

En tal sentido refirió que en la presente se daba una situación de excepcionalidad en la que se han conculcado profundamente principios de raigambre constitucional en tanto que provoca un agravio de insusceptible o muy dificultosa reparación ulterior, requiriendo por lo tanto tutela inmediata.

A su vez alegó sobre la existencia de una cuestión federal que en prieta síntesis estuvo centrada en la denuncia de la violación de los derechos tutelados en la Convención sobre los Derechos del Niño.

Consideró que, correspondía entonces admitir el recurso para garantizar el adecuado tránsito de la causa a la competencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (art. 31 de la CN y 14 de la ley 48 y conf. causa P. 128.650-RW de la SCJBA, conf. precedentes "Strada", "Christou" y "Di Mascio" de la Corte Federal)

Afirmó la plena legitimación del Asesor de Menores e Incapaces (arts. 38 de la ley de Ministerio Público) quien, dijo, ha cumplido con los recaudos legalmente impuestos para la recurrencia (arts. 464, 466, 451 y 452 del Cód. Proc. Penal) y consideró que aun cuando el recurso de casación impetrado resulte extemporáneo, debía dársele tratamiento a los fines de no cercenar los derechos de la menor víctima, asegurándole una instancia de revisión efectiva (arts. 75 inc. 22 de la CN, 19, 25 de la CADH, 2,3 y ccdtes. de la CDN, 14 del PIDCyP, y la Convención de Belen do Pará).

Resaltó que la víctima de los sucesos denunciados resulta ser una menor de edad y que el caso precisaba de una respuesta con perspectiva de infancia.

Indicó que el Asesor de Menores e Incapaces había asumido intervención en las presentes actuaciones luego del resolutorio de fecha 10 de septiembre.

Añadió consideraciones que refieren a la intervención, al rol y a las facultades del Asesor de Incapaces en representación de las personas menores de edad cuando se encuentren involucrados sus intereses con invocación de jurisprudencia y la cita de la normativa pertinente.

Aludió al Protocolo de Recepción de Testimonios en Cámara Gesell en cuanto dispone que la declaración será recepcionada por un experto, y que el juez puede disponer que el interrogatorio sea llevado a cabo por la autoridad judicial ante la sugerencia del psicólogo que examinara al niño, niña, adolescente o incapaz.

Consideró que el derecho del imputado de defensa en juicio, y los principios de igualdad de armas y legalidad a los que aludió la defensa en su presentación no se verían deteriorados en modo alguno por el establecimiento de condiciones especiales que se prevén para interrogar a los menores víctimas en consonancia con lo estatuido por la Convención sobre los Derechos del Niño.

Indicó que el señor defensor solo formuló alegaciones dogmáticas sobre la supuesta conculcación de las garantías constitucionales que implicaría para su asistido que la declaración sea dirigida por la perito psicóloga siendo este tan solo un cuestionamiento formal que deja a la vista la insuficiencia del planteo que, la señora Juez receptó favorablemente en un resolutorio carente de motivación y en desmedro de la protección integrar de los derechos de la niña víctima.

Añadió que a los fines de evitar la revictimización de la menor, resulta fundamental que sea entrevistada por un profesional capacitado específicamente y que cuente con las habilidades y conocimientos imprescindibles para llevarla a cabo en forma adecuada, y necesario que todos los operadores actúen en concordancia con los protocolos estandarizados.

Solicitó que sea haga lugar al remedio y se concede el recurso de casación.

2. La queja es procedente.

Estimo que en autos se configura una situación de excepción que impone la admisión de la presente impugnación.

El recurso de casación articulado por el Asesor de Incapaces se dirigió contra la resolución de la Cámara que rechazó la queja promovida por la denegatoria de la apelación interpuesta por el Sr. Agente Fiscal, mediante el cual se había atacado la resolución de la Sra. Jueza de Garantías en cuanto hizo lugar al planteo de la defensa del imputado disponiendo que la declaración testimonial mediante la modalidad de cámara Gesell a la víctima sea tomada por el Sr. Agente Fiscal.

Si bien no resultó una cuestión controvertida la legitimación recursiva del Asesor de Incapaces interviniente en representación del interés particular de la víctima, teniendo en cuenta que las vías impugnativas deben regirse por las disposiciones que habilitan su legal interposición y que, en lo que aquí respecta el código de forma adopta un criterio taxativo a los efectos de los requisitos de impugnabilidad subjetiva toda vez que consagra en el art. 421 que el derecho de recurrir le corresponde solo a quien le sea expresamente acordado (art. 421 y ccdtes. del Cód. Proc. Penal), en ausencia de disposición normativa que le reconozca expresamente dicha facultad, corresponde brindar algunas definiciones en orden a ese presupuesto de la jurisdicción.

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 38 de la Ley de Ministerio Público 14.442 el Asesor de Incapaces le corresponde intervenir en todo asunto judicial o extrajudicial que interese a la persona de los incapaces, e incluso puede petitionar en nombre de ellos, por propia iniciativa, cuando resulte necesario para impedir la frustración de los derechos a la vida, salud, identidad y de ser oídos por el juez de la causa, circunstancia que se verifica en este caso en cabeza del Asesor quien invocó la representación en esta instancia de los intereses de la menor.

Y si bien en abstracto dicha parte carecería de legitimación recursiva, considero que, en el caso, adoptar un temperamento contrario a la legitimación del Asesor de Incapaces para intervenir en esta instancia importaría frustrar la revisión

de una decisión cuestionada por ser contraria a los derechos de una menor de edad presunta víctima de un delito contra la integridad sexual.

Entonces, debe reconocérsele al impugnante legitimación ante la ineficacia de las vías locales de impugnación articuladas para obtener una tutela judicial efectiva frente a una decisión que porta un gravamen de imposible o muy dificultosa reparación ulterior.

Por otro lado, en el caso, asumir como extemporáneo el recurso casatorio configuraría un exceso ritual permitiendo que, por ese mecanismo no queden tutelados intereses de rango superior referidos al interés superior del niño, a su derecho a ser oído y al acceso a la jurisdicción (arts. 3 CIDN, 8.1, 25 de la CADH, y 27 de la ley 26.061).

Cabe señalar que la regla de perentoriedad o improrrogabilidad de los plazos (art. 140, Cód. Proc. Penal), entre ellos los recursivos, son directrices que deben armonizarse con otros preceptos también integrantes del ordenamiento jurídico como la garantía de la tutela judicial efectiva (art. 25 CADH), más aún cuando se han puesto en juego la tutela de los intereses de una niña supuesta víctima de un delito contra su integridad, su protección y el acceso a la justicia, cuya garantía es condición primordial de la validez de todo proceso judicial.

Finalmente cabe agregar que el código de forma adopta un criterio taxativo a los efectos de los requisitos de impugnabilidad objetiva toda vez que consagra que las resoluciones judiciales solo resultan impugnables por los medios y en los casos expresamente establecidos por el ordenamiento de forma.

De acuerdo a ello, esta Sala se ha pronunciado en el sentido que la procedencia del recurso de casación, más allá de lo estipulado por el art. 417 del rito, está subordinada a las sentencias definitivas de juicio oral, juicio abreviado y directísimo en lo criminal, y a los autos de segunda instancia cuando los mismos tengan carácter revocatorio, conforme lo dispuesto por el art. 450 del ceremonial.

Por lo que la situación en análisis, en principio, no encuadra en los presupuestos objetivos

expresamente establecidos por el ordenamiento de forma. Sin embargo, es aceptado por todos que ese principio puede ceder en ciertas ocasiones, como en el caso, en que la situación denunciada comprende planteos de índole federal que tornaban necesario su tránsito por ante este Tribunal revisor y que han sido desoídos.

En efecto, no puede soslayarse la impronta federal de los reclamos traídos en el recurso en el que se denunció arbitrariedad y se puso en consideración la posible violación de los derechos de la niña víctima de raigambre constitucional (recibir un trato digno y respetuoso, a no resultar revictimizada, a ser oída en términos que se garanticen las condiciones para su libre y correcto ejercicio) en vinculación con los principios protectorio y de interés superior del niño y el acceso a la jurisdicción, con expresa consideración de las circunstancias del caso, pautas de análisis ineludibles para determinar la accesibilidad de la vía y que, entiendo presentan las notas de excepcionalidad necesarias para remover los obstáculos formales impuestos en la ley adjetiva a los carriles de impugnación para la procedencia de esta vía.

Además no sobra señalar que, como se verá, el agravio que causa al recurrente el fallo apelado resulta, dada la naturaleza de la cuestión debatida, de imposible reparación ulterior ya que no podrá subsanarse la lesión de quedar convalidada —y sin revisión— la forma del acto procesal cuestionado.

A partir de allí corresponde hacer lugar a la queja y admitir el presente recurso de casación (arts. 2 y 3.3 CIDN, 8.1, 25 de la CADH, 2.3.a, 24.1 del PIDCyP, 27 de la ley 26.061, 38 de la Ley de Ministerio Público 14.442, 14 y 15 de la Ley 48.)

A la cuestión planteada, voto por la afirmativa.

La doctora *Budiño* dijo:

Adhiero al voto doctor *Mancini*, en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Así lo voto.

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

En el caso, la decisión de la Cámara que reafirmó la irrevisibilidad de la resolución por la que la que dispuso hacer lugar a lo peticionado por

la defensa del imputado, debiendo tomar declaración testimonial mediante la modalidad de Cámara Gessel a la víctima de autos, el Sr. Agente Fiscal, no puede compartirse, puesto que más allá de la estrictez del primer presupuesto del art. 439 del ritual, se ha planteado una incidencia con perfiles que reclamaban a la Alzada ingresar por el carril que brinda el segundo supuesto.

Entiendo que en el caso la interpretación y alcance que el *a quo* otorgó a la noción de gravamen irreparable conlleva un error conceptual, o si se quiere de perspectiva, del que podría resultar un serio menoscabo de los derechos constitucionales en que se funda el recurso.

En efecto, con un enfoque, según entiendo, inadecuado, la Cámara se centró para la toma de su decisión de inadmisión del recurso apelativo en la inexistencia de un gravamen irreparable para el "Fiscal" (cuyos agravios hizo suyos el ahora quejoso), perdiendo de vista el denunciado daño de imposible enmienda para la salud psíquica de la niña víctima que podría eventualmente generarse de efectivizarse la intervención estatal.

Al respecto cabe señalar que es de toda evidencia que consumado el anticipo probatorio en las condiciones dispuestas surge palmario el riesgo cierto que el daño quede consolidado, cancelando toda posibilidad de subsanación en posteriores ocasiones procesales, y tal estado de cosas es lo que genera un agravio de insusceptible reparación ulterior para la niña.

Lo señalado establecía la revisión de la Cámara por vía del art. 439 del ritual puesto que el recurso de apelación no solo procede formalmente en los supuestos expresamente revistos sino también cuando exista algún gravamen de imposible reparación ulterior, y ello, como he venido explicando, había sido alegado oportuna y debidamente fundado por el recurrente (ver. fs. 65/66, este legajo).

Cabe puntualizar que, además de la denuncia de falta de fundamentación y quiebre lógico del razonamiento de la Juez de grado, al apelante enarboló su reclamo en la invocación del interés superior del niño, sosteniendo la necesidad de que la entrevista en la Cámara Gesell sea materializada por un profesional de la psicología,

conforme lo prevé el Protocolo correspondiente a ese procedimiento.

Entonces, se advierte que de modo puntual el recurso de apelación presentado ante la Cámara contenía objeciones concretas contra la decisión de la Jueza de Garantías que ponían en evidencia la existencia de un perjuicio de imposible reparación ulterior para el caso que el abordaje se efectivice de conformidad con lo decidido por la Jueza de Garantías, mostrando, entonces, cierta inadecuación la resolución de la Cámara de no brindarle tratamiento.

Por todo lo explicado, se advierte que la Cámara sustentó esa decisión en la exposición de un razonamiento inadecuado y divorciado de lo actuado en este expediente, de lo cual resultó una arbitrariedad, la cual conduce a la anulación del fallo atacado mediante recurso de casación.

Por lo expuesto, propicio al Acuerdo casar el pronunciamiento de fs. 34/36, dejándolo sin efecto, con reenvío para que la Cámara de Apelación y Garantías proceda al dictado de un nuevo fallo teniendo estricta observancia de las pautas indicativas contenidas en el Protocolo de Recepción de Testimonios mediante el empleo de Cámara Gesell aprobado por Resolución 903/2012 de la Corte Suprema de Justicia para la recepción de testimonios de niños, niñas y adolescentes —menores de 16 años— víctimas o testigos de alguno de los delitos tipificados en el Libro II Título III del CP, de manera de ofrecer especial cuidado en que la declaración sea llevada a cabo en el contexto que brinde el mayor resguardo a la salud psíquica de la niña, con la mayor celeridad y el debido anoticiamiento a todas las partes intervinientes. Sin costas en esta instancia (arts. 2, 3.3 y 12 de la CIDN, 106, 448, 461, 530 y ccdtes. del CPP, 38 de la Ley 14.442 y Ley 26.061).

Así lo voto.

La doctora *Budiño* dijo:

Adhiero al voto del doctor *Mancini*, en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Así lo voto.

Con lo que terminó el Acuerdo, dictándose la siguiente sentencia: Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, la Sala II del Tribunal de Casación Penal resuelve: I. Declarar procedente la queja interpuesta en los términos del art. 433 del Cód. Proc. Penal, y como consecuencia de ello Admisible el recurso de casación deducido, por los fundamentos brindados en la primera cuestión planteada (arts. 2 y 3.3 CIDN, 8.1, 25 de la CADH, 2.3.a, 24.1 del PIDCyP, 27 de la ley 26.061, 38 de la Ley de Ministerio Público 14.442, 14 y 15 de la Ley 48.) II. Casar el pronunciamiento de fs. 34/36, dejándolo sin efecto, y Reenviar las presentes actuaciones a la instancia de origen para que la Cámara de Apelación y Garantías proceda al dictado de un nuevo fallo teniendo estricta observancia de las pautas indicativas contenidas en el Protocolo de Recepción de testimonios mediante el empleo de Cámara Gesell aprobado por Resolución 903/2012 de la Corte Suprema de Justicia para la recepción de testimonios de niños, niñas y adolescentes —menores de 16 años— víctimas o testigos de alguno de los delitos tipificados en el Libro II Título III del CP, de manera de ofrecer especial cuidado en que la declaración sea llevada a cabo en el contexto que brinde el mayor resguardo a la salud psíquica de la niña, con la mayor celeridad y el debido anoticiamiento a todas las partes intervinientes. Sin costas en esta instancia (arts. 2, 3.3 y 12 de la CIDN, 106, 448, 461, 530 y ccdtes. del Cód. Proc. Penal, 38 de la Ley 14.442 y Ley 26.061). Regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvase. — *María Florencia Budiño*. — *Fernando L. M. Mancini*.

La legitimidad recursiva del asesor de menores y el derecho de los/as NNA a ser oídos/as en la provincia de Buenos Aires (*)

Santiago Ferrando Kozicki (**)

Sumario: I. Introducción.– II. Caso.– III. Decisión del Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires.– IV. El derecho de niños, niñas y adolescentes a ser escuchados y que su opinión sea tomada en cuenta.– V. La intervención del asesor de menores.– VI. Conclusión.

I. Introducción

En el año 1989, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Convención sobre los Derechos del Niño, instrumento en el que plasmó jurídicamente el paradigma de protección integral de derechos y marcó el comienzo de un progresivo proceso de ampliación y reconocimiento de derechos para los/as niños, niñas y adolescentes, que aún continúa.

Desde ese entonces, la regulación jurídica de la infancia y la adolescencia se estructura a partir del reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos,

portadores de capacidades y con una subjetividad jurídica y política propia. Y, además, sobre la innegable realidad de que los/as niños, niñas y adolescentes son personas vulnerables por su condición de persona en crecimiento. Lo que implica, necesariamente, que tengan derecho a ser escuchados/as y que su opinión sea tomada en cuenta, a la luz del principio de autonomía progresiva.

A su vez, el Estado —en todos sus niveles— tiene la obligación de llevar adelante las medidas —de cualquier índole— que sean necesarias para que efectivamente se materialice este derecho. Así, en los procesos judiciales donde se investiga la posible comisión de un delito contra una persona menor de edad, el Estado no solo tiene la obligación de escucharla, sino que además tiene que ocuparse de hacerlo de un modo determinado. De este modo, en la instancia de escuchar el testimonio de un/a niño, niña y adolescente, el Estado debe cumplir con ciertos recaudos y estándares para hacer efectivo el derecho a ser oído, y, a su vez, con el objeto de disminuir considerablemente las posibilidades de que el/la

(*) Comentario al fallo TCas. Penal Bs. As., sala 2ª, 10/10/2019, causa 94.121, “Quintas, Sergio F. s/ recurso de queja interpuesto por asesor de incapaces”.

(**) Abogado de la Universidad de Buenos Aires y asesor de la Unidad de Planificación Estratégica del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Provincia de Buenos Aires.

niño, niña o adolescente sufra revictimización por la participación en el proceso penal.

Para que eso ocurra, la doctrina y la jurisprudencia parecerían coincidir en que el niño, niña o adolescente tiene que interactuar con personas que tengan la especialidad y la empatía para generar un ambiente propicio, en el cual se sienta cómodo/a y lleve adelante su relato lo más libre posible. El/la profesional aquí tiene la función de facilitar y activar la palabra del/a niño/a o adolescente, sea a través del uso del lenguaje verbal, corporal o gestual, hora de juego diagnosticada, etc. De otro modo, el ejercicio del derecho a ser escuchado y que su opinión sea tenida en cuenta se vería limitado e implicaría su exclusión como prueba judicial. Sin embargo, lo dicho no siempre se realiza, tal como ha sucedido en el caso que da lugar al fallo que comentaré.

En este contexto, me interesa de sobremañera el fallo del Tribunal de Casación de la provincia de Buenos Aires. Por un lado, porque dirime la discusión sobre la manera en que debe garantizarse el derecho de una niña víctima de un delito a ser oída y que su opinión sea tenida en cuenta. Y, además, porque el máximo tribunal penal de la provincia reconoce que el asesor de menores e incapaces —en tanto representante de sus intereses en el proceso— tiene legitimidad recursiva —aunque no esté explícitamente estipulado— cuando este derecho se encuentra comprometido.

En concreto, primero detallaré los hechos del caso, después plantearé los argumentos que utiliza el Tribunal de Casación Penal para concederle, de hecho, legitimidad recursiva al asesor de menores e incapaces y comentaré brevemente la decisión sobre el fondo. Una vez ello, profundizaré en el derecho de los/as niños, niñas y adolescentes a ser escuchados/as y que su opinión sea tenida en cuenta, y la relación con el principio del interés superior. A continuación, señalaré algunos aspectos de relevancia en torno a la revictimización de las víctimas y, en función de todo lo dicho, dedicaré unas líneas a realizar una conclusión —preliminar— sobre lo trabajado.

II. Caso

La acusación había solicitado como acto irreproducible la declaración de la niña V. G. ante el juez de garantías y bajo el dispositivo de cámara Gesell, conforme las prácticas del Código Procesal y del Protocolo de Recepción de Testimonio de Niños y Adolescentes.

En consecuencia, la jueza de garantías hizo lugar a la medida y resolvió que sea la perita psicológica quien asista a la niña en el acto previsto. Fundamentó su decisión en la vinculación empática entablada con la niña y teniendo en consideración su interés superior. Sin embargo, en un pronunciamiento posterior, hizo lugar a la solicitud del defensor, modificó su resolución y ordenó que el agente fiscal dirija la entrevista. La defensa se oponía a que sea la perita psicóloga quien dirija el interrogatorio, porque podrían afectarse principios del proceso, como el de la defensa del imputado, la igualdad y la legalidad.

El agente fiscal apeló, la jueza de garantías denegó la apelación y posteriormente la Cámara de Apelación y Garantías de Necochea rechazó la queja que también había presentado la acusación. Frente a esta resolución, el asesor de incapaces interpuso recurso de casación.

III. Decisión del Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires

En primer lugar, los jueces de la Cámara de Casación entendieron que se ha configurado “una situación de excepción que impone la admisión de la presente impugnación”.

Luego, los magistrados manifestaron que si bien no resultó una cuestión controvertida la legitimación recursiva del asesor de incapaces, que interviene en representación del interés particular de la víctima, dado que el Código Procesal Penal de la PBA adopta un criterio taxativo de impugnabilidad subjetiva, es decir, que el derecho de recurrir le corresponde solo a quien le sea expresamente acordado, y no hay disposición normativa que le

reconozca expresamente al asesor de incapaces dicha facultad, “corresponde brindar algunas definiciones en orden a ese presupuesto de la jurisdicción”.

Al respecto, los juzgadores enunciaron que “el art. 38 de la Ley del Ministerio Público” reconoce que al “asesor de incapaces le corresponde intervenir en todo asunto judicial o extrajudicial que interese a la persona de los incapaces” y que tiene la capacidad de “peticionar en nombre de ellos, por propia iniciativa, cuando resulte necesario para impedir la frustración de los derechos a la vida, salud, identidad y de ser oídos por el juez de la causa”. Esta circunstancia, afirmaron los magistrados del tribunal de alzada, “se verifica en este caso en cabeza del asesor quien invocó la representación en esta instancia de los intereses de la menor”.

En función de ello, la sala 2ª del Tribunal de Casación determinó que “si bien en abstracto dicha parte carecería de legitimación recursiva, (...) adoptar un temperamento contrario a la legitimación del asesor de incapaces para intervenir en esta instancia importaría frustrar la revisión de una decisión cuestionada por ser contraria a los derechos de una menor de edad presunta víctima de un delito contra la integridad sexual”.

Con esta fundamentación, los jueces resolvieron “que debe reconocérsele al impugnante legitimación ante la ineficacia de las vías locales de impugnación articuladas para obtener una tutela judicial efectiva frente a una decisión que porta un gravamen de imposible o muy dificultosa reparación ulterior”.

Por otro lado, en relación a la circunstancia de que el recurso de casación se había interpuesto extemporáneamente, los magistrados entendieron que rechazarlo por ese motivo “configuraría un exceso ritual”, que provocaría que “no queden tutelados intereses de rango superior referidos al interés superior del niño, a su derecho a ser oído y al acceso a la jurisdicción (arts. 3º, CIDN; 8.1, 25 de la CADH y art. 27 de la ley 26.061)”.

Sobre esta cuestión, además, agregaron “que la regla de perentoriedad o improrrogabilidad de los plazos (...) son directrices que deben armonizarse con otros preceptos también integrantes del ordenamiento jurídico como la garantía de la tutela judicial efectiva, más aún cuando se han puesto en juego la tutela de los intereses de una niña supuesta víctima de un delito contra su integridad, su protección y el acceso a la justicia, cuya garantía es condición primordial de la validez de todo proceso judicial”.

Finalmente, en torno a la impugnabilidad objetiva, el tribunal de alzada consideró que “la situación en análisis, en principio, no encuadra en los presupuestos objetivos expresamente establecidos por el ordenamiento de forma”. Sin embargo, señalaron “que ese principio puede ceder en ciertas ocasiones, como en el caso, en que la situación denunciada comprende planteos de índole federal que tornan necesario su tránsito por ante este tribunal revisor y que han sido desoídos”.

En este sentido, el tribunal remarcó que está en “consideración la posible violación de los derechos de la niña víctima de raigambre constitucional (recibir un trato digno y respetuoso, a no resultar revictimizada, a ser oída en términos que se garanticen las condiciones para su libre y correcto ejercicio) en vinculación con los principios protectorio y de interés superior del niño y el acceso a la jurisdicción (...)”.

Sumado a que “el agravio que causa al recurrente el fallo apelado resulta, dada la naturaleza de la cuestión debatida, de imposible reparación ulterior ya que no podrá subsanarse la lesión de quedar convalidada —y sin revisión— la forma del acto procesal cuestionada”.

En estas condiciones, la sala 2ª del Tribunal de Casación de la PBA hizo lugar a la queja y admitió el recurso de casación del asesor de incapaces.

Sobre el fondo de la cuestión, el tribunal de alzada entendió que “no puede compartirse”

la decisión de la Cámara. Ello, porque el recurso de apelación contenía “objeciones concretas contra la decisión de la jueza de garantías” que dejaban en evidencia “el denunciado daño de imposible enmienda para la salud psíquica de la niña víctima que podría eventualmente generarse de efectivizarse la intervención estatal”. Sobre esta base, los magistrados de revisión concluyeron que de la decisión de la Cámara resultó una arbitrariedad, la cual conduce a la anulación del fallo atacado mediante el recurso de casación.

De este modo, el tribunal de casación cesó el pronunciamiento de la Cámara, dejándolo sin efecto, y reenvió las actuaciones a la instancia de origen para que la Cámara de Apelación y Garantías “proceda al dictado de un nuevo fallo teniendo estricta observancia de las pautas indicativas contenidas en el Protocolo de Recepción de Testimonios mediante el empleo de cámara Gesell aprobado por res. 903/2012 de la Corte Suprema de Justicia para la recepción de testimonios de niños, niñas y adolescentes —menores de 16 años— víctimas o testigos de los delitos tipificados en el Libro II título III del Código Penal, de manera de ofrecer especial cuidado en que la declaración sea llevada a cabo en el contexto que brinde el mayor resguardo a la salud psíquica de la niña (...)”.

IV. El derecho de niños, niñas y adolescentes a ser escuchados y que su opinión sea tomada en cuenta

La Convención sobre los Derechos del Niño establece que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño” (art. 3º, párr. 1º).

Para ello, necesariamente “los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose

debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño” (art. 12, párr. 1º). Y, a tal fin, “se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional” (art. 12, párr. 2º).

Al respecto, el Comité sobre los Derechos del Niño señaló que “no es posible una aplicación correcta” del principio del interés superior del niño sin la efectiva vigencia del derecho a ser oído y que la opinión del niño, niña o adolescente sea tenida en cuenta, en armonía con el principio de autonomía progresiva” (1).

Asimismo, establece que “los Estados partes deben ser conscientes de las posibles consecuencias negativas de una práctica desconsiderada de este derecho, especialmente en casos en que los niños sean muy pequeños o en que el niño haya sido víctima de delitos penales, abusos sexuales, violencia u otras formas de maltrato”. Y, justamente en razón de ello, “deben adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que se ejerza el derecho a ser escuchado asegurando la plena protección del niño” (2).

En particular, el Comité remarcó que “el niño víctima y el niño testigo de un delito deben tener la oportunidad de ejercer plenamente su derecho a expresar libremente sus opiniones” (3). Que, en concreto, significa “que debe hacerse todo lo posible para que se consulte a los niños víctimas y/o testigos de delitos sobre los asuntos pertinentes respecto de su participación en el caso que se examine y para que puedan expresar libremente y a su manera sus opiniones y preocupaciones

(1) “Observación general 12, ‘El derecho del niño a ser escuchado’, 20/07/2009.

(2) *Ibidem*, párr. 21.

(3) *Ibidem*, párr. 62.

en cuanto a su participación en el proceso judicial” (4).

Agrego que, cuando se trate de delitos cometidos contra niñas y adolescentes en un contexto de violencia de género, la Corte IDH estableció deberes especiales que dan contenido a la obligación de investigar la violencia de género con debida diligencia (5).

En estos casos, “debido a la asimetría en la que se basa la violencia de género, los órganos judiciales deben tener presente la especial vulnerabilidad de quienes la padecen (...)” (6). Y dado que “la victimización secundaria también depende del trato que se le dispense en cada oportunidad, (...) el acondicionamiento de las salas de audiencia o la organización de otro tipo de medidas de la especie, pueden coadyuvar a mitigar los efectos traumáticos de revivir situaciones pasadas, sin limitar el contradictorio” (7).

Finalmente, en el ámbito local debe aplicarse la ley 26.485, que obliga a mitigar los efectos de la revictimización, entendiendo por ello el sometimiento de la mujer a demoras, derivaciones, consultas inconducentes o innecesarias, como así también a realizar declaraciones reiteradas, responder sobre cuestiones referidas a sus antecedentes o conductas no vinculadas al hecho denunciado y que exceden el ejercicio del derecho de defensa; a tener que acreditar extremos no previstos normativamente, ser objeto de exámenes médicos repetidos, superfluos o excesivos y a todo práctica, proceso, medida, acto u omisión que implique un trato

(4) *Ibidem*, párr. 63.

(5) Conf. Corte IDH, “Caso Fernández Ortega y otros c. México”, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 30/08/2010, Serie C, no. 215, párr. 194.

(6) DI CORLETO, Julieta, “Valoración de la prueba en casos de violencia de género”, en PLAZAS, Florencia - HAZAN, Luciano (comps.), *Garantías constitucionales en el enjuiciamiento penal*, Ed. del Sur, Buenos Aires, 2018, 1ª ed., p. 603.

(7) *Ibidem*, p. 605.

inadecuado, sea en el ámbito policial, judicial, de la salud o cualquier otro (art. 3º, inc. k).

V. La intervención del asesor de menores

La Convención Americana de Derechos Humanos establece que “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado” (art. 19).

Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño regula que “se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional” (art. 12, párr. 2º).

En consonancia, el Código Civil y Comercial de la Nación expresamente reconoce la actuación del Ministerio Público para los procedimientos judiciales o administrativos respecto de personas menores de edad (art. 103).

Además, la ley nacional 26061, de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, estipula que “los organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte (...), los siguientes derechos y garantías:

“a) A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente;

“b) A que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte;

“c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya (...);

“d) A participar activamente en todo el procedimiento;

“e) A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte”.

A lo dicho, debe sumársele que los Estados Partes se comprometieron a adoptar “todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima (...)” (art. 39, CDN). Y que, a su vez, la CS determinó que las medidas que podrían importar en forma inmediata una sustancial restricción de los derechos tutelados en la Convención sobre los Derechos del Niño revisten el carácter de sentencias equiparables a definitivas, pues ocasionan perjuicios de imposible reparación ulterior (8).

En consecuencia, el marco jurídico vigente exige que en todo proceso judicial donde estén comprometidos intereses y/o derechos de niños, niñas o adolescentes se le otorgue, bajo pena de nulidad, intervención a este Ministerio Público, para que, a través de su intervención particular y especializada, actúe en representación de ellos y, especialmente, garantice que su opinión sea escuchada y valorada, de acuerdo al principio de autonomía progresiva, en el ámbito judicial.

En esta línea, la Corte IDH, en el precedente “Furlán c. Argentina” (rto. el 31/07/2012), donde el Estado nacional había omitido darle intervención al asesor de menores —garantía incluida en el art. 8.1, CADH—, determinó que el asesor de menores e incapaces constituía

una herramienta esencial a fin de garantizar la protección y defensa de los derechos de personas vulnerables. Y la Corte Suprema de la Nación, en cuantiosos precedentes (CS, Fallos: 332:115; 333:1152; 334:419; entre otros), tras detectar la falta de intervención de la Defensoría de Menores en el ámbito judicial y administrativo, nulificó lo actuado.

VI. Conclusión

En función de lo expuesto, concluyo que la legitimidad recursiva del asesor de menores es imprescindible para el efectivo cumplimiento del derecho de los/as niños/as y adolescentes a ser escuchados/ a y que su opinión sea tenida en cuenta. En tanto, el derecho estaría incompleto si se garantizase a las personas menores de edad su activa participación mediante un representante a lo largo del proceso, pero se le negase la posibilidad de impugnar la decisión jurisdiccional.

Los/as niños, niñas y adolescentes tienen subjetividad e intereses propios que, de la única manera que pueden garantizarse en el proceso penal es materializando en toda su dimensión —con recaudos y condiciones particulares— el derecho de estos/as a ser oídos/as y que su opinión sea tenida en cuenta.

Por lo tanto, la decisión del Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires encuadra en el marco jurídico vigente, tiene en cuenta las características particulares de la niña y también su condición de víctima de violencia de género, dota de legitimidad recursiva al asesor de esta y resuelve del modo más eficiente para garantizarle sus derechos.

(8) CS, Fallos: 325:1549; 333:1053; 333:2017, entre muchos otros.

LIBERTAD PROBATORIA EN EL PROCESO DE FAMILIA

Copia de la pantalla de mensajes – Admisión de la prueba – Interpretación del principio

Con nota de Mariana Rey Galindo

1. — La copia de pantallas de mensajes debe ser admitida como prueba en el proceso de familia en virtud de lo establecido en el art. 710 del Cód. Civil y Comercial.
2. — La copia de pantallas de mensajes debe ser admitida como prueba en un proceso de familia, pues en estas causas siempre será preferible la producción de la prueba —aunque luego no se logre la comprobación del hecho alegado—, que el gravamen irreversible que causaría la falta de demostración por negativa a admitir su admisión o negar que sea conducente antes de que se lleve a cabo.
3. — Cuando el art. 710, Cód. Civ. y Com. dispone que, en los procesos de familia, rige el principio de libertad en materia de prueba, no solo se refiere a la actividad de la parte en ofrecer las que estime a su derecho, sino a la actividad jurisdiccional tendiente a dar cabida a medios probatorios no tradicionales.

C2aCiv. y Com., La Plata, sala III, 09/09/2019 - M. E. B. c. S. W. M. B. s/ Plan de parentalidad

2ª Instancia.- La Plata, septiembre 9 de 2019.

Considerando:

I. Mediante la resolución dictada el día 2 de mayo del año en curso el sentenciante de la instancia anterior denegó la aportación de prueba efectuada denunciando el incumplimiento al régimen de contacto paterno filial.

Contra tal forma de decidir apeló la demanda sosteniendo sus agravios en el escrito del día 11 de julio (art. 246, Cód. Proc. Civ. y Comercial, sin réplica v. 17/07/2019).

II. Abordando la cuestión sometida al Tribunal se recuerda que en cuanto a los principios relativos a la prueba en los procesos de familia rige el principio de libertad y amplitud probatoria (art. 710, Cód. Civil y Comercial).

Al respecto se ha dicho que en los conflictos familiares que se desarrollan en los tribunales encierran mucho más que lo que se explicita en los escritos inaugurales de la instancia. Incluso en los supuestos en que la actividad jurisdiccional no es contenciosa, la raíz de la pretensión puede estar enclavada en una afectación intensa a un derecho fundamental.

La actividad judicial cobra un dinamismo y un protagonismo diferente en función del fuerte influjo que causó en el derecho familiar la constitucionalización del derecho privado.

Para que los derechos humanos y su doctrina —incorporados al bloque de constitucionalidad federal— no se estanquen en una mera enumeración sino que se efectivicen y cobren vida, son necesarios ajustes que doten de coherencia a un sistema jurídico disperso. Ese piso mínimo se logra a partir de algunas pautas de naturaleza procedimental que se introducen en el Cód. Civil y Comercial, haciendo visible la conexión inescindible que tienen la forma y el fondo en el ejercicio de los derechos en los “Fundamentos...” se brinda una explicación acerca de la metodología seguida para su redacción.

Y así se expresa que: “En aquellos supuestos controvertidos, se tomaron decisiones que no estuvieron orientadas por nuestras impresiones personales, sino por los valores representados en el bloque de constitucionalidad y las decisiones legislativas o jurisprudenciales ya adoptadas en nuestro país” una de ellas, sin dudas, la constituye la cuestión probatoria, herramienta imprescindible para las partes y para el juez en la solución del conflicto jurídico.

La actividad esencial de las partes en los procesos, luego de realizar sus postulaciones mediante la descripción de los hechos, es llevar convicción al juez sobre la ocurrencia de ellos en determinadas condiciones de modo, tiempo y lugar.

La especialidad del fuero de familia y de los derechos que se ventilan obligó al legislador a

incorporar un lineamiento general que, si bien no resuelve los casos concretos vinculados con el hacer probatorio —temática competente a los códigos procesales provinciales— bajo la forma de un principio, permite sortear la rigidez propia de los sistemas jurídicos en camino a la verdad y la satisfacción más plena de derechos se dispone que el juez procede con criterio amplio y exigible para admitir las pruebas en los procesos de familia, y vinculado con eso, si es conducente o no en caso de duda estará por la primera opción. Finalmente, también será exigible en su valoración al momento de dictar sentencia.

Esta norma se estructura de tal manera que admite su aplicación ante los avances científicos que puedan modificar el sistema probatorio tradicional vigente. Cuando el Código Civil y Comercial dispone que, en los procesos de familia, rige el principio de libertad en materia de prueba, no solo se refiere a la actividad de la parte en ofrecer las que estime a su derecho, sino a la actividad jurisdiccional tendiente a dar cabida a medios probatorios no tradicionales.

Se tiene en cuenta, como consecuencia previsible de las relaciones que se despliegan en el ámbito familiar —un espacio íntimo—, que los hechos invocados pueden resultar de difícil acreditación.

Esta posición no es otra cosa que la concreción del principio de realidad, razón que obliga a morigerar los principios generales que rigen en el

ámbito del derecho procesal tradicional en torno a la admisibilidad, conducencia y valoración de las pruebas.

En el ámbito del proceso de familia, cuando se pongan en duda algunos de esos aspectos, el juez debe inclinarse por admitirla.

Siempre será preferible la producción de la prueba —aunque luego no se logre la comprobación del hecho alegado—, que el gravamen irreversible que causaría la falta de demostración por negativa a admitir su admisión o negar que sea conducente antes de que se lleve a cabo (conf. Marisa Herrera - Gustavo Caramelo - Sebastián Picasso, Código Civil y Comercial de la Nación comentado, infojus, art. 710).

Siguiendo con los lineamientos indicados, y ante el aporte efectuado al inicio por la parte actora, se modifica la decisión recurrida y se admite la documental acompañada que resulta copia de pantallas de mensajes (arts. 16, 18 CN, 15, 36 y cc. Const. pcial.).

Por ello, se modifica la decisión apelada dictada el día 3 de mayo del año en curso, admitiéndose la prueba documental aportada. Las costas se distribuyen por su orden ante la ausencia de contradicción (art. 68, Cód. Proc. Civ. y Comercial). Postérgase la regulación de honorarios para su oportunidad. Las costas se imponen por su orden ante la ausencia de contradicción. Regístrese. Notifíquese. Devuélvase y agréguese al principal. — *Andrés A. Soto.* — *Laura M. Larumbe.*

Procesos de familia: El derecho a la prueba y los principios relativos a la prueba

Mariana Rey Galindo (*)

Sumario: I. Reseña de la sentencia.– II. Introducción.– III. El derecho a la prueba: concepto y alcances de la garantía procesal.– IV. Los principios relativos a la prueba en el proceso de familia del Código Civil y Comercial común.– V. Las características probatorias en los antecedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.– VI. Palabras de cierre.

I. Reseña de la sentencia (1)

La sentencia que tomo para componer este artículo fue dictada por la Cámara Civil y Comercial 2ª, sala 3ª, de La Plata, provincia de Buenos Aires, el 09/09/2019, como consecuencia del recurso de queja planteado en el expediente “M. E. B. c. W. M. B. s/ plan de parentalidad” (2).

En el fallo aludido, la Cámara modifica la decisión de grado y admite como prueba la documental acompañada que resulta copia

(*) Jueza de Familia y Sucesiones Única Nominación, Centro Judicial Monteros, Tucumán. PhD en Derechos Humanos (AAU-USA). Posdoctorada en Ciencias Sociales, Infancia y Juventud (CLACSO). Docente de grado en la Universidad San Pablo T (USP-T, Tucumán). Docente y subdirectora de carreras de posgrado en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Tucumán (UNT) y USP-T. Docente de posgrado en la Universidad del Norte Santo Tomás de Aquino (UNSTA). Docente en la plataforma virtual CLACSO.

(1) Comentario al fallo “M. E. B. c. S. W. M. B. s/ plan de parentalidad - queja”, de la C. 2ª Civ. y Com. La Plata, sala 3ª.

(2) La sentencia en extenso puede consultarse en Rubinzal Online: RC J 9985/19.

de pantallas de mensajes (WhatsApp). En su argumento refiere que, conforme lo establece el art. 710 del Cód. Civ. y Com., en los procesos de familia rige el principio de libertad y amplitud probatoria, que permite sortear la rigidez propia de los sistemas jurídicos en camino a la verdad y la satisfacción más plena de los derechos. Y afirma que los hechos invocados por las partes, frente a una cuestión derivada de las relaciones familiares puede resultar de difícil acreditación, obligando a morigerar los principios generales que rigen en el ámbito del derecho procesal tradicional en torno a la admisibilidad, conducencia y valoración de las pruebas. Concluye que siempre será preferible la producción de la prueba —aunque luego no se logre la comprobación del hecho alegado—, que el gravamen irreversible que causaría la falta de demostración por negativa a admitir su admisión o negar que sea conducente antes de que se lleve a cabo.

La línea de trabajo que le presento al lector —para este comentario— es básicamente el que corresponde a la actividad probatoria en clave de derecho fundamental.

II. Introducción

Afirma Gallo Quintian que, generalmente, por la praxis de los tribunales con apoyo en

las leyes, podría sostenerse que en los juicios somos lo que probamos. El derecho no solo debemos tenerlo, sino también demostrarlo (3).

El mismo autor se pregunta: ¿Qué es probar? ¿Quién debe probar? Sucintamente, a la primera pregunta responde: es demostrar de algún modo la certeza de un hecho o la verdad de una afirmación; al segundo interrogante responde: el que la ley ha colocado en la obligación de hacerlo, bajo pena de llevar una consecuencia disvaliosa con su falta de actividad (4).

Por su lado, Falcón propone otros interrogantes: ¿Qué se debe probar? ¿Para qué probar? ¿Cuál es el objetivo de la prueba? (5).

Sin pretender agotar el tema (en su caso, recomiendo la lectura de las obras literarias de los autores nombrados), lo que interesa para este trabajo es reflexionar sobre el valor que adquiere la actividad probatoria. Para la parte interesada, redundante en la determinación del objetivo, pues, conociendo qué es lo que quiere probar, sabrá cómo hacerlo, todo lo cual será imprescindible para obtener la convicción del/a juez/a.

Básicamente, quien afirma un hecho debe probarlo (6). Y continuando con la doctrina procesalista, podríamos aseverar que el fin de la prueba es la “verdad” jurídica (7). Sin embargo, la verdad no es un término absoluto,

e incluso el viaje hacia sus fundamentos nos conduzca por los caminos de la filosofía (8).

El fenómeno probatorio no solo es profundo sino considerablemente atrayente. Fue motivo de estudios específicos de la tradición procesalista y así pueden encontrarse trabajos relativos a los instrumentos probatorios (9) —fuentes y medio de prueba [según la nomenclatura utilizada por la opinión más generalizada (10)]—, al objeto de prueba, a la actividad probatoria y a la valoración de sus resultados.

Ahora bien, para circunscribir y limitar el tema de este artículo, voy a ceñirme a la biela argumentativa del fallo en análisis, el cual se afirma en las disposiciones del art. 710 del Código Civil y Comercial Común (11) (Cód. Civ. y Com.). Por dicha norma se instauran los principios relativos a la prueba en el proceso de familia.

Allí concurren determinadas previsiones legales (para el proceso de familia) que

(8) ROUSSEL, Bertrand, “Un viaje a los fundamentos de la verdad”, Cuadernos de Filosofía Duederías, Serie Historia de la Filosofía, 2011. Disponible en www.guindo.pntic.mec.es/~ssag0007/filosofica/Russell.pdf.

(9) En esto, recomiendo también la lectura del trabajo publicado por BIELLI, Gastón E., “Prueba electrónica: incorporación, admisión y valoración de capturas de pantalla en el proceso de familia”, LA LEY del 30/09/2019, cita online: AR/DOC/3148/2019.

(10) SENTÍS MELENDO, en Revista Argentina de Derecho Procesal, 2, año 1968, ps. 40-63, reiterada en “La prueba”, Ed. Ejea, Buenos Aires, 1978, ps. 141-172. Luego, Efraín QUEVEDO MENDOZA propone cambiar la nomenclatura por medios y fuente de la prueba, en “La prueba”, Ed. Platense, La Plata, 1996, ps. 107-128, en donde el autor indica que prefiere reunir ambos conceptos en el más simple de instrumentos probatorios.

(11) “Art. 710.— Principios relativos a la prueba. Los procesos de familia se rigen por los principios de libertad, amplitud y flexibilidad de la prueba. La carga de la prueba recae, finalmente, en quien está en mejores condiciones de probar”.

(3) GALLO QUINTIAN, Gonzalo J., “Sistemas y principios en materia de procesos de familia”, en Procesos de familia, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2019, 1ª ed., t. I, p. 761.

(4) *Ibidem*.

(5) FALCÓN, Enrique M., “Tratado de la prueba”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2009, 2ª ed., t. I, p. 155.

(6) Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, art. 364: “No podrán producirse prueba sino sobre hechos que hayan sido articulados por las partes en sus escritos respectivos”.

(7) Término acuñado por FALCÓN, Enrique M. en “Tratado de la prueba”, ob. cit.

determinan marcadas diferencias respecto de otro tipo de procesos o procedimientos civiles. Dichas singularidades consisten no solo en la minimización de las formalidades para la actividad probatoria, sino en la consagración de la doctrina de la carga dinámica de la prueba o principio de cooperación procesal (12).

En la interpretación que hacen Herrera y Caramelo al contenido del artículo, afirman que “La especialidad del fuero de familia y de los derechos que se ventilan obligó al legislador a incorporar un lineamiento general que, si bien no resuelve los casos concretos vinculados con el hacer probatorio —temática competente a los Códigos Procesales provinciales— bajo la forma de un principio, permite sortear la rigidez propia de los sistemas jurídicos en camino a la verdad y la satisfacción más plena de derechos. Se dispone que el juez procede con criterio amplio y flexible para admitir las pruebas en los procesos de familia, y vinculado con eso, si es conducente o no. En caso de duda estará por la primera opción. Finalmente, también será flexible en su valoración al momento de dictar sentencia... Siempre será preferible la producción de la prueba —aunque luego no se logre la comprobación del hecho alegado—, que el gravamen irreversible que causaría la falta de demostración por negativa a admitir su admisión o negar que sea conducente antes de que se lleve a cabo...” (13).

Le propongo a mi lector que hagamos lo siguiente: 1) un recorrido general por el instituto procesal de la prueba y el derecho a la prueba, 2) luego introduciremos en los principios específicos relativos a la prueba que fueron establecidos para el proceso de familia en

(12) PEYRANO, Jorge W., “El principio de cooperación procesal”, disponible en www.pensamientocivil.com.ar/system/files/el_principio_de_cooperacion_procesal.pdf.

(13) Comentario al art. 70 en CAMELO, Gustavo - HERRERA, Marisa - PICASSO, Sebastián (dirs.), Código Civil y Comercial de la Nación comentado, Ed. Infojus, Buenos Aires, 2015, t. II, p. 554, disponible en www.saij.gov.ar/docs-f/codigo-comentado/Cód.Civ.yCom._Nacion_Comentado_Tomo_II.pdf.

el Cód. Civ. y Com. común en el art. 710, y 3) y con todo ello podamos —a esta autora primero y a usted (leyente) después— llegar a una conclusión sobre el estándar de prueba (o criterios de convicción) que aplica o podría aplicar en el caso concreto.

Aquí vamos.

III. El derecho a la prueba: Concepto y alcances de la garantía procesal

El art. 8º de la Convención Americana consagra, bajo la denominación de “Garantías judiciales”, uno de los pilares fundamentales sobre los que se construye todo el sistema de protección de los derechos humanos, cuyos límites al abuso del poder estatal representan la garantía básica del respeto de los demás derechos reconocidos en la Convención: *el derecho al debido proceso legal*.

En rigor de verdad, más que un pilar del sistema de protección de los derechos humanos, parece más acertado afirmar que el art. 8º de la Convención Americana contiene un conjunto de pilares que sostienen la tutela de los demás derechos de las personas. Ellos son, entre otros y sin perjuicio de las particularidades de su ámbito de aplicación y de la extensión que le ha dado a cada uno la jurisprudencia nacional e internacional, las garantías de acceso a la jurisdicción; intervención de juez natural, independiente e imparcial; presunción de inocencia; igualdad de las partes y equidad de los procedimientos; inviolabilidad de la defensa en juicio y decisión justa, conforme a derecho, dictada dentro de un plazo razonable.

Las garantías procesales mencionadas en el art. 8º son muchas y muy diversas. Tal es su extensión y diversidad que podría pensarse que la enumeración es taxativa y que allí están previstas todas las posibilidades que pueden presentarse en los distintos tipos de proceso. Federico G. Thea (14) entiende más apro-

(14) THEA, Federico G., “Las garantías del debido proceso en la toma de decisiones públicas”, LA LEY,

piado considerar que el número de garantías es susceptible de ampliación, conforme a una interpretación teleológica, sistemática y dinámica del texto convencional, en función de las especificidades que se presenten en cada caso concreto y a la luz de los nuevos avances en el derecho de los derechos humanos.

La perspectiva amplia que brinda la Constitución Nacional estableciendo los valores básicos en los que se sustenta la consistencia social del individuo y las garantías que su organización —el Estado— se compromete a poner en funcionamiento para la protección de aquellos permite la observación directa del derecho a la prueba, desnudo, sin la deslumbrante vestimenta que teje la siempre prolija y puntillosa necesidad de su ejercicio, que emerge, tan sigilosa como enhiesta, en medio de la frondosa regulación normativa que el legislador dedica a la actividad probatoria judicial (arts. 18, 28, 31, 75, inc. 22) (15).

No sería extraño que provenga de allí la razón principal que explique la prioridad que ha tenido la ciencia del derecho constitucional en el estudio de la prueba como derecho de las partes, el que los constitucionalistas desgajaron de la garantía de la defensa en juicio de la persona y de los derechos, que consagró el art. 18 de la CN de 1853 y ampliaron las constituciones provinciales, para permitir acoger en el ordenamiento argentino, cual garantía

implícita, el debido proceso legal o, como se prefiere referir hoy, el proceso justo (16).

El derecho a la prueba es fundamental en la medida en que es inherente a la persona y tiene, además, diversos mecanismos de refuerzo propios de los derechos fundamentales. El contenido esencial del derecho a la prueba es la posibilidad que tiene la persona de utilizar todos los medios posibles en aras de convencer al juez sobre la verdad del interés material perseguido.

Se trata de un derecho subjetivo exigible al juez, cuyo objeto es una acción u omisión en la actividad probatoria.

Para lograr mayor precisión sobre el concepto, traigo lo que nos enseña el profesor colombiano Ruiz Jaramillo, quien afirma (17): “El tema al cual se hace referencia con el derecho a la prueba es de la prueba judicial. Por ello, es imprescindible expresar el concepto del cual se parte para efectos de delimitar de mejor manera el objeto de este derecho. La prueba judicial puede entenderse como los argumentos o motivos que se desprenden de las fuentes o medios de conocimiento de los que hacen uso las partes o los intervinientes en el proceso para conformar la convicción del juez sobre los hechos que son los presupuestos de sus intereses materiales perseguidos.

(16) QUEVEDO MENDOZA, Efraín, “El derecho a la prueba”, p. 3, disponible en www.der.unicen.edu.ar/uploads/congresoprocesal/2007/Quevedo_Mendoza.pdf.

(17) RUIZ JARAMILLO, Luis B., “El derecho constitucional a la prueba, análisis de la jurisprudencia de la Cortes Constitucional y Suprema de Justicia”, investigación inscrita en el Comité para el Desarrollo de la Investigación (CODI) de la Universidad de Antioquia. En este proyecto actuó como investigador principal Luis Bernardo Ruiz Jaramillo. Estudiantes en formación, Adriana María Ruiz Gutiérrez y Lesney Catherine González Prada y como auxiliares, Nidia Cristina Montoya Restrepo, María Eugenia Naranjo y Dary Luz Restrepo. Fecha de recepción: 30/01/2007. Fecha de aprobación: 07/03/2007.

Suplemento Administrativo (junio 2009), p. 11. Id SAIJ: DACF090047, disponible en www.saij.gob.ar/federico-gaston-thea-garantias-debido-proceso-toma-decisiones-publicas-dacf090047-2009/123456789-0abc-defg7400-90fcanirtcod.

(15) Decía Segundo V. Linares Quintana que la “inviolabilidad de la defensa”, consagrada en el art. 18 de la CN, confiere a “todo habitante de la Nación”, que ocurra “ante algún órgano jurisdiccional (...) en procura de justicia”, el derecho a tener “oportunidad de hacer valer sus medios de defensa en la forma y con las solemnidades prescriptas por las leyes respectivas” (“Tratado de la ciencia del derecho constitucional, argentino y comparado”, Ed. Alfa, Buenos Aires, 1956, t. V, p. 273).

En este concepto se reúnen las tres acepciones como puede ser entendida la prueba judicial: como argumentos sobre la existencia de los hechos, como instrumentos que contienen tales argumentos y como convicción del juez sobre los hechos que se forman a partir de los argumentos”.

En esta lógica, puedo decir que el derecho fundamental a la prueba se entiende como un derecho subjetivo en el que el ordenamiento jurídico crea una posición jurídica de un sujeto de exigir la prueba frente a otro —el juez—, quien actúa como obligado. Esta exigencia, a su vez, se plasma en las normas sobre la prueba del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación [lo que se replica en los Códigos Procesales provinciales (18)] en sus arts. 364 y 377, cuando autoriza el ofrecimiento de pruebas sobre los hechos que hayan sido articulados por las partes en sus escritos respectivos. Todo lo cual consiste en la presentación de pruebas y en la contradicción de las que se alleguen en su contra en aras de propender por el interés material que se demanda o que se defiende. Este criterio lógico se mantiene en el Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en la redacción del art. 205 (19).

En definitiva, como dice Ruiz Jaramillo (20), la prueba como convicción del juez es la

(18) En el caso de la provincia de Tucumán, se replica en el art. 300 del Cód. Proc. Civ. y Com.

(19) Anteproyecto del Código Procesal Civil y Comercial, art. 205: “Pertinencia y admisibilidad de la prueba. No podrán producirse pruebas sino sobre hechos que hayan sido articulados por las partes en sus presentaciones. No serán admitidas las que fueren manifiestamente improcedentes o superfluas o meramente dilatorias”. Elaborado por la Comisión Redactora designada por res.-2017-496-APN-MJ y res.-2017-829-APN-MJ, con los ajustes indicados por la Dirección de Asistencia Técnica y Legislativa del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, agosto de 2019.

(20) RUIZ JARAMILLO, Luis B., “El derecho constitucional...”, ob. cit.

misma verdad fáctica que el juez, como autoridad jurisdiccional del Estado, declara en el proceso. Esa convicción del juez es la que las partes o los intervinientes en el proceso aspiran porque el juez reconozca en su decisión en aras a que se les reconozca el derecho o el interés perseguido. Cualquier decisión judicial que se aparte de las pruebas aportadas por las partes, o no hayan sido valoradas por el juez, apareja lo que en criterio jurisprudencial se califica como *sentencia arbitraria*. Ejemplo de ello son los recientes (como diversos) pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación al momento de expedirse en materia de la actividad probatoria, las facultades de las partes y el deber del juez:

“Si bien las objeciones a las sentencias relativas a la apreciación de cuestiones de hecho y prueba son ajenas por principio a la vía del recurso extraordinario, cabe admitir su procedencia en supuestos en los que el *a quo* ha dado un tratamiento inadecuado a la controversia suscitada, al omitir pronunciarse respecto a cuestiones relevantes para su decisión o apartarse de constancias comprobadas de la causa” (21).

“Aun cuando los agravios de la recurrente remiten al examen de cuestiones de hecho, prueba y derecho común, materia propia de los jueces de la causa y ajena —como regla y por su naturaleza— al remedio del art. 14 de la ley 48, ello no resulta óbice para su consideración por dicha vía cuando, con menoscabo de derechos de neta raigambre constitucional —art. 75, inc. 22, de la CN, art. 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, art. XVII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 6º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 3º

(21) CS, 16/07/2019, “R. H. E., V., D. c. Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno s/ amparo”, disponible en www.sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoBydLinksJSP.html?idDocumento=7113861.

de la Convención Americana sobre Derechos Humanos— la Cámara ha omitido considerar elementos conducentes para la solución del litigio y realizado afirmaciones dogmáticas que dan fundamento solo aparente a su resolución” (22).

En definitiva, el derecho a probar se entiende hoy como el poder que viene atribuido a las partes o terceros interesados que intervienen en un proceso judicial de aportar todos los instrumentos de que dispongan y que sean relevantes para el conocimiento de los hechos alegados y de obtener un pronunciamiento judicial acerca de su eficacia para la reconstrucción de tales hechos en la sentencia definitiva (23).

IV. Los principios relativos a la prueba en el proceso de familia del Código Civil y Comercial común

El gran desarrollo que ha tenido el derecho transnacional a partir de la segunda mitad del siglo XX y el ascenso de las garantías procesales en la jerarquía de los derechos protegidos por las normas interestatales que lo integran, redondea una plausible explicación del auge que ha adquirido, en el mundo entero, el enfoque constitucional del derecho a la prueba y el despertar de la ciencia procesal a ese punto de mira.

La garantía probatoria es esencial en materia procesal, y en el derecho de familia no es la excepción.

En materia probatoria, la norma del art. 710 del Cód. Civ. y Com. abre camino al principio *favor probationes*, que procura facilitar la acreditación de hechos que generan dificultad, los denominados *hechos difíciles*.

El principio del *favor probationes* es un “flexibilizador” utilizado por el juez de manera restringida para casos en los que exista una dificultad, ya sea por la naturaleza del hecho o por las circunstancias que lo rodean, que impida o genere problemas al momento de probarlo.

Este principio, relacionado estrechamente con el principio de flexibilidad, varía las reglas de la admisión, producción y eficacia de la prueba en casos excepcionales. Esa característica de flexibilidad quiere decir que el juez, en aras de garantizar un debido proceso y garantizar el derecho de defensa, puede, cuando considere que el caso lo amerite, admitir pruebas livianas o superficiales (indicios) por existir una dificultad en los medios probatorios del hecho determinado. Asimismo, es importante señalar que ese tipo de pruebas no perjudican a las partes, podrían ser redundantes o bien ser inútiles, pero su admisión garantizaría la mayor protección a la parte para probar los hechos que señala y sus argumentos; de no admitirse esa prueba, sí se limitaría el derecho de defensa de la parte (24).

Sobre la base de estos análisis, debe decirse que cuando una cuestión suscita dificultad para ser comprobada, ya sea por causa del hecho mismo, en virtud de sus circunstancias de tiempo y lugar o por su carácter, debe accederse el “favor” para posibilitar la prueba *del hecho dificultoso*.

Se destaca que la cuestión debe ser analizada por el juez, y, si se acredita fehacientemente la dificultad, debe concederse el *favor probationes*. Este opera en orden a la admisión o valoración del elemento probatorio. Por ello, no se conforma como una regla rígida, sino que, por el contrario, incide en el juzgador como pauta preferente para admitir o valorar el hecho (25).

(22) CS, 07/02/2019, “Perdiguero Alonso, Ramón s/ determinación de la capacidad”, disponible en www.sjconsulta.csn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoBydLinksJSP.html?idDocumento=7500851.

(23) QUEVEDO MENDOZA, Efraín, “El derecho a la prueba”, ob. cit.

(24) PALACIOS MONTERO, Ingrid - FERNÁNDEZ VARGAS, Alonso, “Problemas actuales del derecho de familia”, disponible en www.academia.edu/33536418/PRINCIPIO_DEL_FAVOR_PROBATIONES.

(25) KIELMANOVICH, Jorge W., “Peculiaridades en materia probatoria”, en Valoración judicial de la

Juntamente con lo expresado, el art. 710 también instala un criterio subjetivo en la carga de la prueba, pues consagra —como regla— *la carga dinámica de la prueba*. Esta doctrina fue delineada en la Quinta Jornada Bonaerense de Derecho Civil, Comercial, Procesal e Informático, celebrada en Junín en octubre de 1992, donde la Comisión de Derecho Procesal formuló la siguiente declaración: “La llamada doctrina de las cargas probatorias dinámicas puede y debe ser utilizada por los estrados judiciales en determinadas situaciones en las cuales no funcionan adecuada y valiosamente las previsiones legales que, como norma, reparten los esfuerzos probatorios. La misma importa un desplazamiento del *onus probandi* (26), según fueran las circunstancias del caso, en cuyo mérito aquel puede recaer, verbigracia, en cabeza de quien está en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas para producirlas, más allá del desplazamiento como actor o demandado o de tratarse de hechos constitutivos, impeditivos, o modificativos o extintivos” (27).

Peyrano concluye que la temática del desplazamiento de la carga de la prueba reconoce hoy como capítulo más actual y susceptible de consecuencias prácticas a la denominada doctrina de las cargas probatorias dinámicas, también conocida como *principio de solidaridad o de efectiva colaboración* de las partes con el órgano jurisdiccional en el acopio del material de convicción (28).

En esta lógica, consiguientemente, Barberio instala algunos interrogantes: ¿quién o cuándo

conducta procesal, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005.

(26) El concepto tiene un significado propio en el lenguaje jurídico y es la traducción que en español se acepta de la voz latina *onus*. Antes de que la expresión “carga” fuera adoptada y aceptada por todos los juristas, el *onus latino* o el *onere italiano* eran traducidos como “peso”.

(27) PEYRANO, Jorge W., “Cargas probatorias dinámicas”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, 1ª ed., ps. 19-20.

(28) *Ibidem*, p. 20.

se determina que un sujeto se encuentra en dicha mejor posición?, o ¿qué debe probar el que no puede probar? (29). En la opinión de ese autor, el funcionamiento de la carga dinámica de la prueba se traslada un mayor peso probatorio sobre una de las partes, provocando, a la par, la descarga o aligeramiento en el *onus* de la otra. Y concluye que quien pretenda el desplazamiento de la carga probatoria que le compete habrá tenido que probar, aun indirectamente, que su contraria está o estaba en mejores condiciones de probar (30).

En este mismo sentido, Alejandro Nisnevich (31) sostiene que es imposible formular un criterio general de distribución de la carga de la prueba que satisfaga todas las hipótesis de aplicación de una norma jurídica en caso de duda. Y citando a Micheli —a su vez—, considera que en la práctica se confunden dos fenómenos que deben ser mantenidos como distintos, el de la valoración de las pruebas y el de la decisión sobre el hecho incierto. La razón de la mencionada confusión probablemente está en el hecho de que, en general, no se ha puesto suficiente cuidado al determinar el ámbito de la valoración de las pruebas por parte del juez, esto es, en general no se considera hasta dónde llega la obra de formación de la convicción del juez a través de pruebas de diverso género y dónde se inicia la aplicación de reglas legales para proveer la falta de obtención de aquella.

Sabido es que la doctrina procesal tiene vastas investigaciones sobre el sistema de la carga dinámica de la prueba. Antes de la sanción del Cód. Civ. y Com., no existía norma que la ampare y regule. Con el actual art. 710 del

(29) BARBERIO, Sergio J., “Cargas probatorias dinámicas. ¿Qué debe probar el que no debe probar?”, en PEYRANO, Jorge, *Cargas probatorias dinámicas*, ob. cit., p. 101.

(30) *Ibidem*, p. 102.

(31) NISNEVICH, Alejandro, “Apuntes sobre la carga de la prueba en el proceso civil”, *elDial.com - DC2885*, publicado el 23/09/2019.

Cód. Civ. y Com. se logra aventar las críticas que se formularan cuando los tribunales aplicaban este criterio sin norma expresa que lo autorizara (32).

El derecho a probar, que se consagra no solo por las normas fundamentales (arts. 8º de la CADH, 18 y 33 de la CN) sino también por la norma específica para el proceso de familia, comprende todo el amplio campo del procedimiento probatorio, comenzando por la formación de los instrumentos de prueba, su selección y proposición en el proceso, la admisión por el juez, su integración al material de conocimiento y la determinación de su eficacia para la reconstrucción de los hechos.

El primer aspecto del derecho a la prueba se manifiesta con el *principio de libertad probatoria*, que se traduce en el poder que la ley procesal debe reconocer a las partes para formar y seleccionar los instrumentos que aportarán al proceso para confirmar sus alegaciones de hecho.

Quevedo Mendoza refiere que nuestras leyes procesales, y con ellas la doctrina y la jurisprudencia, enuncian aquella regla con mayor o menor precisión, pero dejando claro, en todos los casos, que las previsiones normativas que ellas contienen no cierran ni los instrumentos —medios— a través de los cuales el juez intentará formar su convicción acerca de las afirmaciones de hecho alegadas por las partes, ni los procedimientos para su constitución o aportación al proceso, mediante los que se asumirán en este los datos probatorios contenidos en aquellos. La enumeración de los medios de prueba que contiene la ley procesal es, por lo tanto, simplemente enunciativa, no taxativa, y la regulación de las vías rituales por las que aquellos ingresan al proceso se limitan a los procedimientos de formación e incorporación de aquellas pruebas, dejando un amplio campo de libertad para que las partes se

valgan de cualquier otro instrumento del que puedan extraerse racionalmente argumentos en favor de las alegaciones de hecho en las que fundan su pretensión o su resistencia. Continúa señalando ese autor que esta libertad solo puede ser limitada por tres exigencias básicas: la racionalidad del instrumento de prueba, la legalidad de su obtención y la relevancia de su empleo en el proceso concreto (33).

En conclusión, el derecho a la prueba es el derecho a demostrar de algún modo la certeza de un hecho o la verdad de una afirmación. Por aplicación de los principios de libertad probatoria, flexibilización y carga dinámica, el juez debe acceder libremente, es decir, sin condicionamientos, a los medios probatorios, a la ponderación de ellos, para poder alcanzar el convencimiento para fundar su decisión de acuerdo con el deber de debida fundamentación del acto que emana de la función jurisdiccional (34).

Así lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuando se ha pronunciado de la siguiente manera:

“Las reglas que rigen la carga de la prueba deben ser apreciadas en función de la índole y características del caso sometido a la decisión del órgano jurisdiccional, principio que se encuentra en relación con la necesidad de dar primacía —por sobre la interpretación de las normas procesales— a la verdad jurídica objetiva, de modo que su esclarecimiento no se vea perturbado por un excesivo rigor formal” (35).

(33) QUEVEDO MENDOZA, Efraín, “El derecho a la prueba”, ob. cit., p. 6.

(34) CARBONE, Carlos A., “Cargas probatorias dinámicas: una mirada al derecho comparado y novedosa ampliación de su campo de acción”, en PEYRANO, Jorge W., Cargas probatorias dinámicas, ob. cit., p. 199.

(35) CS, 15/03/2016, autos “G., A. N. c. S., R. s/ filiación”, disponible en www.sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7286682.

(32) KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída - HERRERA, Marisa - LLOVERAS, Nora, “Tratado de derecho de familia”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe 2014, 1ª ed., t. IV, p. 448.

“Para decidir si una diferencia de trato es ilegítima se analiza su mera razonabilidad; esto es, si la distinción persigue fines legítimos y constituye un medio adecuado para alcanzar esos fines. Sin embargo, cuando las diferencias de trato que surgen de las normas están basadas en categorías ‘específicamente prohibidas’ o ‘sospechosas’ corresponde aplicar un examen más riguroso, que parte de una presunción de invalidez. En estos casos, se invierte la carga de la prueba y es el demandado quien tiene que probar que la diferencia de trato se encuentra justificada por ser el medio menos restrictivo para cumplir un fin sustancial (doctrina de Fallos 327:3677; 332:433, consid. 6º y sus citas)” (36).

“Cabe dejar sin efecto la sentencia que revocó la decisión que había admitido la demanda de amparo y ordenado el cese de la discriminación por razones de género, disponiendo que las empresas de transporte público demandadas deberían contratar personal femenino hasta alcanzar un treinta por ciento de la planta de choferes, pues al concluir el *a quo* en que no se había acreditado un acto discriminatorio, no valoró adecuadamente la prueba obrante en el expediente ni respetó los criterios del tribunal en materia de cargas probatorias, por lo que las dogmáticas explicaciones esbozadas por las empresas resultan inadmisibles para destruir la presunción de que las demandadas han incurrido en conductas y prácticas discriminatorias contra las mujeres en general y contra la actora en particular” (37).

(36) CS, 12/12/2017, “Castillo, Carina V. y otros c. Provincia de Salta - Ministerio de Educación de la Prov. de Salta s/ amparo”, disponible en www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federalciudad-autonoma-buenos-aires-castillo-carina-viviana-otros-provincia-saltaministerio-educacion-prov-salta-amparo-fa17000058-2017-12-12/123456789-850-0007-1ots-eupmocsollaf.

(37) CS, 20/05/2014, “Sisnero, Mirtha G. y otros c. Taldelva SRL y otros s/ amparo”, disponible en www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-sisnero-mirtha-graciela-otros-taldelva-srl-otros-amparo-fa14000071-2014-05-20/123456789-170-0004-1ots-eupmocsollaf.

V. Las características probatorias en los antecedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La morigeración de las reglas procesales para la actividad probatoria también tiene su asiento y protagonismo en los procedimientos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte).

La Corte ha argumentado que tales particularidades son admisibles si se considera que las violaciones de derechos humanos son un asunto de considerable gravedad y que la víctima, al reclamar la protección, se encuentra en una desventaja notoria frente al Estado, ya que este es el que monopoliza el sistema de justicia en su interior. Así lo expresó tal Corte en la sentencia del 31 de agosto de 2001 (“Caso de la Comunidad Mayagna Awas Tingni vs. Nicaragua”): “Con el fin de obtener el mayor número posible de pruebas, este tribunal ha sido muy flexible en la admisión y valoración de las mismas, de acuerdo con las reglas de la lógica y con base en la experiencia (...) El procedimiento establecido para los casos contenciosos ante la Corte Interamericana ostenta características propias que lo diferencian del aplicable en los procesos de derecho interno, no estando el primero sujeto a las formalidades propias del segundo”.

En cuanto al principio de la libertad de la prueba: la Corte ha justificado su subsistencia en consideración a que el proceso, cuando es realizado ante las instancias internacionales, le concede a la justicia material una protección reforzada, en el entendido de hacer prevalecer, en ciertos casos, la materia sobre las formas, sobre todo si dicho tribunal internacional se finca en la protección de los derechos humanos. Así lo estableció en los casos: “Lori Berenson Mejía vs. Perú” (38) y “Tiu Tojín vs. Guatemala” (39).

(38) Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú”, sentencia de fecha 25/11/2004, disponible en www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_128_esp.pdf.

(39) Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Tiu Tojín vs. Guatemala”, sentencia de

“El proceso es un medio para realizar la justicia y esta no puede ser sacrificada en aras de meras formalidades, sin que por ello se afecte la seguridad jurídica y el equilibrio procesal entre las partes. Por referirse a violaciones a derechos humanos y acoger, en consecuencia, el principio de verdad histórica, el proceso ante este Tribunal internacional tiene un carácter menos formalista que el seguido ante las autoridades internas...”.

En cuanto a la valoración de la prueba: la Corte ha manifestado que su sistema de valoración probatoria es la sana crítica, pero que este resulta ser más amplio y menos formal que el del derecho interno: “Loayza Tamayo vs. Perú” (40).

“... La Corte considera que en el presente caso la señora María Elena Loayza Tamayo fue absuelta por el delito de traición a la patria por el fuero militar, no solo en razón del sentido técnico de la palabra ‘absolución’, sino también porque el fuero militar, en lugar de declararse incompetente, conoció de los hechos, circunstancias y elementos probatorios del comportamiento atribuido, los valoró y resolvió absolverla... De lo anterior la Corte concluye que, al ser juzgada la señora María Elena Loayza Tamayo en la jurisdicción ordinaria por los mismos hechos por los que había sido absuelta en la jurisdicción militar, el Estado peruano violó el art. 8.4 de la Convención Americana...”.

La misma Corte analiza las violaciones a la Convención, en consideración a los hechos que ella misma entiende probados y los argumentos de las partes, apreciando y valorando las pruebas con sujeción a las máximas de la lógica y la experiencia, sin someterse a la regla de la tarifa legal. Así lo afirmó en el caso “Velásquez Rodríguez vs. Honduras” (41): “... En ciertas circunstancias

puede resultar difícil la investigación de hechos que atenten contra derechos de la persona. La de investigar es, como la de prevenir, una obligación de medio o comportamiento que no es incumplida por el solo hecho de que la investigación no produzca un resultado satisfactorio. Sin embargo, debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad...”.

Como puede apreciarse, en el historial de pronunciamientos de la Corte se concede un alto valor a la *autonomía probatoria* frente a la actividad probatoria nacional. Incluso se realizan ciertos elementos de convicción frente a la ausencia de pruebas adicionales o corroborantes respecto de un hecho o circunstancia determinados, práctica que tiene recibo sobre todo cuando se trata de graves violaciones a derechos humanos, que van acompañadas de una política de supresión de cualquier prueba (42).

VI. Palabras de cierre

Retomo la propuesta de inicio que le hiciera a usted (lector), ¿recuerda? Aquí vamos.

Para sellar este artículo, entonces, he de trazar dos pensamientos: 1) uno general, y 2) mi conclusión personal.

de fecha 29/07/1988, disponible en www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf.

(42) URIBE, María I. y otros, “La flexibilización probatoria en el procedimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, investigación terminada y presentada por el Semillero de Investigación en Derecho Procesal de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia en el XII Concurso Internacional para Estudiantes de Pregrado, en el marco del XXXII Congreso Colombiano de Derecho Procesal, llevado a cabo en la ciudad de Bogotá, septiembre 7, 8 y 9 de 2011.

fecha 26/11/2008, disponible en www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_190_esp.pdf.

(40) Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Loayza Tamayo vs. Perú”, sentencia de fecha 27/11/1998, disponible en www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_42_esp.pdf.

(41) Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras”, sentencia

Primero: el proceso de familia cuenta con reglas que difieren claramente de los procesos civiles en general, destacándose la libertad, la amplitud y la flexibilización probatoria.

Los principios probatorios establecidos en el art. 710 del Cód. Civ. y Com. no son meras teorizaciones o formalidades. Su presencia explica y legitima el funcionamiento de varias cargas y deberes procesales que de otro modo no parecerían tener justificación.

La actividad judicial cobra un dinamismo y un protagonismo diferente en función del fuerte influjo que causó en el derecho familiar la constitucionalización del derecho privado. Para que los derechos humanos y su doctrina no se inmovilicen en meras expresiones declarativas, sino que se efectivicen y cobren vida, fue necesario que el legislador del Cód. Civ. y Com. incluya algunas pautas de naturaleza procedimental, haciendo visible la conexión inescindible que tienen la forma y el fondo en el ejercicio de los derechos.

Tal como lo afirma Giles (43), pensamiento al que adhiero, la regulación procedimental

(43) GILES, Alejo, "Impactos de una transformación paradigmática: la decisión judicial en el Código

establecida en la codificación civil y comercial ha recogido los avances de la teoría constitucional contemporánea y con ellos una cierta mirada acerca de lo que el derecho es y lo que jueces y juezas pueden hacer a través suyo. El impacto de esa transformación es formal, simbólico y político, pues simboliza el modelo de supremacía constitucional que nuestro texto supremo contiene desde su primera versión.

Segundo: mi conclusión personal. El fallo de Cámara que se comenta consagra la fundamentalidad *del derecho a probar* por todos los medios permitidos (sean los medios tradicionales o los que las nuevas tecnologías nos presenten). Lo que implica que la posición jurídica de la parte, o del interviniente, debe tener la máxima eficacia posible en aras de llevarle al juez los medios de convicción que ayuden a establecer la verdad jurídica o del interés material que pretende le sea declarado por este en la sentencia. Y solo por excepción y por razones iusfundamentales puede limitarse este derecho.

Civil y Comercial de la Nación", disponible en www.cjprocesalistas.com.ar/actividad/120-impactos-de-una-transformacion-paradigmatica-la-decision-judicial-en-el-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion.

DERECHO A LA IMAGEN

Fotografía de un cadáver – Consentimiento requerido – Legitimación de los familiares – Hecho de interés

Con nota de Graciela I. Lovece

1. — El diario que publicó sin consentimiento la fotografía del cuerpo de un niño fallecido en un accidente debe otorgar a su padre una indemnización por daño moral, ya la imagen era perfectamente identificable para el reclamante, por ser su padre, y aunque haya sido obtenida en público requería la autorización previa de alguno de sus progenitores para la difusión en los términos del art. 31 de la ley 11.723.
2. — Los familiares del menor fallecido, ante la publicación sin consentimiento de la fotografía de su cuerpo sin vida, poseen legitimación para accionar en procura del reconocimiento del derecho a la imagen violado, ya que, si bien la regla es que los derechos personalísimos se extinguen con la muerte de su titular, se reconoce una excepción en los derechos a la dignidad y a la imagen, a los que se les asigna eficacia post mortem.
3. — La difusión de la imagen de un niño fallecido sin consentimiento de sus progenitores es desencadenante de un daño moral que debe ser resarcido, ya que, si bien la muerte del hijo es sin duda alguna uno de los mayores dolores que una persona puede sufrir, lo cierto es que la difusión de la foto del cadáver del niño produjo un daño independiente a su padre.
4. — El hecho de que un diario deba abonar al padre de un niño una indemnización del daño moral a raíz de haber publicado sin consentimiento la fotografía del cuerpo sin vida del menor no es violatorio del derecho a la libertad de expresión, ya que el periódico no acreditó razones de interés general, ni de prevención sobre el peligro, ni de información sobre la complejidad de

las tareas de rescate que justificaran tal proceder.

CCiv. y Com., Mar del Plata, sala II, 03/09/2019 - M., L. S. c. Editorial La Capital SA s/ daños y perjuicios

2ª Instancia.- Mar del Plata, septiembre 3 de 2019.

El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes cuestiones:

1ª ¿Es justa la sentencia apelada? 2ª ¿Que pronunciamiento corresponde dictar?

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

I: En la sentencia dictada a fs. 529-540 el Sr. Juez de primera instancia hizo lugar a la demanda promovida por L. S. M. contra Editorial La Capital SA, condenándola a abonarle la suma de \$100.000 con más intereses liquidados a la tasa pasiva más alta del Banco de la Provincia de Buenos Aires, e imponiéndole las costas.

Para así decidir, comenzó por establecer las coincidencias de las partes respecto al desgraciado suceso ocurrido el 20/08/2013, entre las 13 y las 17.30 horas, en que los menores R. I. V. de 15 años y R. M. A. de 13, perdieron el dominio del cuatriciclo en que se transportaban y cayeron por el barranco de la cantera Dazeo Hnos., desde unos 40 metros de altura, falleciendo en ese sitio (dio lugar a la formación de la IPP N° 08-00-000010-14, archivada el 15/02/2016 por disposición del Agente Fiscal).

Aclaró que el reclamo no se basaba en la difusión de la noticia ni el contenido de la información, sino en que una de las fotografías que ilustra la nota (la de la página 23 de la edición de papel) retrata el estado en que quedó R. M. A. luego del accidente (fs. 532).

Reseñó las posturas divergentes de las partes (fs. 532 y 532 vta.), para luego ubicar al derecho a la imagen entre los derechos personalísimos, y dentro de las posibles formas de agresión encuadró el caso en el art. 31 de la ley 11.723 que exige para la difusión el consentimiento expreso y específico del titular, y en caso de fallecimiento, del cónyuge, hijos o descendientes directos, o en su defecto, padre o madre (fs. 533 vta., punto 2).

Señaló que la prueba del consentimiento incumbe a quien alega que lo obtuvo y que para que funcionen las excepciones legales se exige que el propósito científico, didáctico o cultural sea la finalidad principal de la difusión, o que tratándose de hechos de interés público o desarrollados en público exista una relación directa entre la imagen de la persona y el hecho de interés público (fs. 534).

En base al relato del escrito de demanda y el testimonio de B. V. —que redactara la nota en la que se acompañaron cuatro fotos—, desechó la defensa relativa a que en la fotografía no pueden identificarse a los menores involucrados, concluyendo que la cuestionada necesariamente debió corresponder a uno de los dos menores (fs. 534 vta.), revela el estado en que quedó el cuerpo de uno de ellos y fue obtenida en el lugar en forma directa por el fotógrafo del diario que lo acompañó o provista por terceros (fs. 535).

Al no haberse aportado pruebas de que la imagen perteneciera a la otra víctima, tuvo por cierto que la foto contiene la imagen del hijo del accionante.

Tuvo también en cuenta el informe de la perito N. M. perteneciente a la Asesoría Pericial de La Plata, quien al comparar la fotografía publicada por el diario con las obtenidas por la policía, concluyó que los cuerpos presentaban similitudes y correspondencias tanto en lo general como en lo particular “permitiendo inferir con alta probabilidad de certeza la correspondencia entre el cuerpo observado en las imágenes tomadas por la policía y el presente en la imagen publicada en el diario marplatense” (fs. 536), no encontrando razones para apartarse del dictamen (fs. 536 y 536 vta.).

Por último, el reconocimiento de los testigos que identificaron el cuerpo como perteneciente a R. M. A., más allá del vínculo o conocimiento que pudieran tener con el actor, lo persuadió de que el contexto de la nota permitía concluir que la foto se le podía atribuir al menor y no a cualquier otra persona como pretendió la accionada (fs. 537).

Rechazó las defensas relativas al ejercicio de la libertad de expresión y del interés público que autorizaba la difusión.

La primera, porque no se trata aquí de censura previa, la acción no se sustentó en la noticia ni la información, sino en que para ilustrarla se usara una foto del cuerpo sin vida del hijo del actor en el lugar de los hechos. El ejercicio del deber de informar debe ser regular y no ha de generar un perjuicio material o moral a terceros (con cita de “Ponzetti de Balbín Indalia c. Editorial Atlántida SA s. Daños y perjuicios” a fs. 537 vta.).

La segunda, porque la demandada no ha demostrado que existiera un interés social en que quedara graficado el cuerpo sin vida del menor para difundir la noticia, ni que la abstención afectara la libertad de prensa y de información (con cita de “Franco, Julio C. c. Diario La Mañana y otros” de la CSJN, a fs. 538).

Otorgó la suma de \$100.000 reclamada en la demanda en concepto de daño moral e impuso las costas a la vencida, descartando la configuración de una causa excluyente o concausa del daño (fs. 539 vta.).

II: Apeló el apoderado de la demandada mediante escrito electrónico de fecha 05/02/2019, el recurso le fue concedido libremente a fs. 544, la expresión de agravios fue presentada en formato electrónico con fecha 12/04/2019 y contestada de igual modo el 30/04/2019.

En su introducción el apelante afirmó que al concluir que no hubo consentimiento para la difusión de la fotografía el *a quo* hizo tabla rasa con la última parte del art. 31 de la ley 11.723, “necesaria reglamentación del derecho de libertad de prensa contenido en los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional y demás tratados con igual jerarquía, que excluye la necesidad de autorización”.

Señaló también que incurrió en absurdo en la apreciación de la prueba pues no tuvo en cuenta que la causa o al menos la concausa del daño moral del actor fue la muerte de su hijo y no la publicación de la fotografía.

i: En su primer agravio afirmó que el absurdo en la apreciación de la prueba se manifiesta en cuatro aspectos:

a) No se ha probado que las fotografías fueran obtenidas de modo clandestino, y así surge de

los dichos de los testigos que reconocen que el hecho tuvo una amplia difusión por la prensa que le dio cobertura en medios locales y nacionales.

Las fotos no ilustraron un hecho ocurrido en la intimidad o en un ámbito privado por lo que no pueden ser calificadas de clandestinas.

b) No se difundió la imagen del hijo del actor “por la prudente distancia focal con que fue tomada la fotografía”, y el Juez desinterpretó las declaraciones de V. para concluir que contiene su imagen sin indicar por qué descarta que pertenezca al otro menor, R. V., respecto a quien los testigos dijeron que tenían rasgos similares.

En la foto solo puede apreciarse un cuerpo, a tal punto que la pericia del Licenciado F., no impugnada y omitida por el sentenciante, informa que el material no es apto para realizar una comparación biométrica de rasgos “lo que permitiría dar un porcentaje de similitud facial entre la fotografía del diario La Capital y la fotografía de la IPP 10/2014”.

Si un profesional no pudo determinar rasgos biométricos menos lo pudo haber hecho un simple lector del diario.

“No se difundió la imagen del hijo del actor... sino que se publicó la imagen de un cuerpo que no podía ser identificado”.

En cuanto a la pericia de N. M., el *a quo* descartó las impugnaciones basadas en que la propia idónea afirmó que del material que obraba en la causa no podían obtenerse datos biométricos.

c) No ha habido violación al derecho a la intimidad, dignidad o respeto a la memoria de la persona fallecida, sino que hubo un hecho de interés público que el diario intentó reflejar sin sensacionalismo ni imágenes crudas, y de ello el magistrado se desentiende.

Señaló como diferencia fundamental con la jurisprudencia traída a colación por el sentenciante, que en los casos “Ponzetti de Balbín” y “Franco” el cuerpo era la imagen central y se distinguía claramente a la persona retratada. En este caso la foto fue tomada en el lugar de los hechos y en el marco de un procedimiento conjunto de policías y bomberos para rescatar los cuerpos.

Discrepó también de la afirmación judicial de que la fotografía no era necesaria para ilustrar la crónica, porque una lectura atenta de la nota permite advertir que se aboca al tratamiento de las dificultades de las tareas de rescate.

d) El sentenciante se alejó de las reglas de la sana crítica, al descartar la interrupción del nexo causal invocada, considerando que “la aflicción del actor fue generada por la publicación y difusión de la foto en la que surge el cadáver del menor, hecho que en todo caso vino a agravar el estado espiritual del reclamante”.

Es la muerte del hijo el mayor perjuicio que una persona puede sufrir a nivel espiritual, del estado del actor dan cuenta las declaraciones de los testigos, en especial S., que dijo “lo de la publicación no creo que haya sido peor que la noticia misma que recibió”.

ii: El magistrado ha ignorado las normas que autorizaban la publicación, es decir, el último párrafo del art. 31 de la ley 11.723, sobre todo porque las partes no controvirtieron la trascendencia que el hecho tuvo.

Adujo que el conocimiento de los datos del estado —el de sus fuerzas policiales, de bomberos y prefectura naval— es un hecho de indudable interés público y por ello la noticia debía ser reflejada con la mayor amplitud posible, con datos e imágenes, para que la sociedad tomara conocimiento de un lugar sumamente peligroso.

En estas circunstancias la ley autoriza la publicación de la imagen prescindiendo de la autorización de la persona retratada o sus sucesores.

Tampoco se violó la intimidad del actor porque los hechos ocurrieron en público, y en el caso están en juego garantías constitucionales de la demandada que el juez no tuvo en cuenta, los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional (cuyas disposiciones se ven respaldadas por el art. 4º de la DADH, art. 13 de la CADH, art. 19 del PIDCyP).

iii: Por último, y como agravio subsidiario, cuestionó el monto de la condena y sus intereses.

Reiteró que el sentenciante había omitido considerar: a) el daño moral causado por la muerte del hijo; b) que la imposibilidad de obtener datos biométricos hizo que la publicación careciera de

relevancia para el público en general; c) la inmediatez de la publicación —al día siguiente de la muerte— impidió que incidiera en el estado en que se encontraba el actor.

En cuanto a los intereses, sostuvo que si el *a quo* pretendió actualizar la suma de condena debió aplicar una tasa del 6 % anual hasta que la sentencia adquiriera firmeza (con cita de antecedentes de la Sala III de esta Cámara).

Mantuvo la introducción del caso federal y solicitó que se revocara la sentencia con costas.

III: El recurso de apelación debe ser rechazado.

III.1: El argumento nuclear del apelante es que la fotografía publicada en la página 23 del diario La Capital el día 21 de agosto de 2013 no contiene la imagen del hijo del actor, y, en segundo lugar, no puede identificarse cuál de los dos menores muertos es el retratado.

Coincido con la premisa fundamental del *a quo* al sentenciar, si hubo dos menores fallecidos y está probado que uno de ellos fue R. M., necesariamente las fotos tuvieron que captar la imagen de uno de los dos (fs. 534 vta., tercer párrafo).

Comparto igualmente la conclusión de que las pruebas producidas acreditan que la imagen difundida pertenece a R. M. A.

a) El análisis conjunto de las fotografías obtenidas por la Policía científica adjuntado a la causa en un CD que he tenido a la vista (caso 4086) y del acta de procedimiento obrante a fs. 191-193, integrando la IPP 08-00-000010-14, me persuaden de que el cuerpo retratado es el del hijo del actor.

Las imágenes que surgen de las fotos identificadas como 103.203.JPG, 103.2024.JPG, 103.2025.JPG, DSCN3803.JPG y DSCN.3808.JPG, se corresponden con la descripción obrante a fs. 192 del acta de procedimiento policial, de la que surge que “R. M. A.” estaba vestido con buzo de color gris, guantes de moto de color negro, pantalón de jean azul y *zapatillas de color negras y blancas* marca DyC, y guantes de color negro de moto.”

El otro niño, R. V., fue reconocido por su padre, presente en el lugar, que también reconoció “al amigo de su hijo” (fs. 192), y se describió que

estaba vestido “con buzo de color gris con la parte superior de color azul, pantalón de color negro y medias blancas con vivos celestes *sin calzado*” (fs. 191 vta., la cursiva es propia), en coincidencia absoluta con las fotografías identificadas como 103.2028.JPG, 103.2029.JPG, 103.2030.JPG, DSCN.3813.JPG.

En la fotografía publicada por el diario, pese a su mala calidad, *claramente se observa que el niño tiene las zapatillas puestas* (fs. 32 y ejemplar de fs. 84, p. 23 agregado por la demandada).

Y al observar las fotografías de R. V. puede apreciarse que su cuerpo quedó boca abajo, a diferencia del de R. M., por lo que el que aparece en la foto de la página 23 no puede ser otro que él (ver fotos de fs. 196, de las que surge que la N° 2 corresponde al cuerpo de “R. M.” y la N° 3 al de “R. V.”).

La similitud de la foto obrante a fs. 196 identificada con el N° 2 con la publicada por el diario es evidente, y el Oficial B. la atribuye al cuerpo de R. M.

Destaco además el hecho de que L. S. M. también estuvo presente en el lugar (fs. 192 *in fine*), porque ello es demostrativo de que vio los cuerpos y el estado en que estaban, como para no tener dudas luego sobre a quién correspondía la imagen publicada (fs. 278 vta. declaración de L. M.; la testigo C. declaró que M. fue al lugar del hecho con su papá, el abuelo de R. a fs. 149 vta., en respuesta a la repregunta 11; V. P. a fs. 152 vta., “... tener que ir y ver como lo vas a encontrar”, respuesta a pregunta 6; S. a fs. 159 vta., respuesta a repregunta 3).

b) El testigo de la parte demandada, B. V., redactor de la nota sobre el accidente, se refirió a las fotografías que la ilustraban, diciendo que en una se veía un cuerpo, pero que “desde la edición se intentó bajo todos los medios que no se registraran marcas o rasgos específicos que hicieran que alguien identificara a esa persona” (fs. 375 vta., respuesta a pregunta 8), “era un cuerpo que podía ser de cualquiera. No era identificable” (fs. 376 vta., respuesta a repregunta 13; en igual sentido, D. R., editor del diario, dijo que era imposible identificar fisonómicamente, porque “es la línea editorial y periodística... el respetar ciertos

límites de afectación a terceros, en el sentido de no ser un diario sensacionalista”, a fs. 377 vta., respuesta a pregunta 8).

Cuando se le repreguntó si vio el cadáver de los dos menores, dijo que “[n]o, estábamos arriba nosotros con mi compañero el fotógrafo a unos cincuenta metros. Era imposible verlos, era de noche, en un momento mi compañero se alejó, pero de donde yo (estaba) no se veía” (fs. 376, respuesta a pregunta 12).

Si V. no vio los cuerpos (fs. 376 vta., respuestas a preguntas 14 y 15), y el fotógrafo no bajó, porque “estaban arriba a unos cincuenta metros”, adquiere verosimilitud la afirmación del actor ante la Unidad Fiscal N° 11, relativa al origen de la foto (fs. 278 vta.), y que dio lugar a la afirmación del *a quo* en el sentido de que pudo ser obtenida en el lugar en forma directa por el fotógrafo o provista por terceros (fs. 535, párrafo segundo).

Hago hincapié en esta circunstancia porque la “prudente distancia focal” con que argumenta el apelante que fue tomada la fotografía, no es una conducta que pueda atribuirse a los dependientes de los demandados, por cuanto, a tenor de la declaración de V., ni siquiera vieron los cuerpos.

Tampoco han podido cotejarse las fotografías efectivamente tomadas por el fotógrafo del diario, porque cuando fueron requeridas las originales digitales para la realización de la pericia (fs. 328), luego de recurrir el auto, contestaron la intimación diciendo que no conservaban la fotografía original que fuera publicada el 21/08/2013 (fs. 330 vta., punto IV).

En todo caso, para el padre que, además, estuvo en el lugar del hecho, era absoluta y claramente identificable la imagen de su hijo.

Lo fue también para los testigos ofrecidos por el actor, cuyas declaraciones no han sido cuestionadas, en su mayoría vecinos o parientes, quienes al ver el diario no tuvieron dudas de que la foto correspondía a R. M.

Así G. C., esposa del tío de R., declaró que la foto del diario La Capital “subió a internet y a raíz de esa foto se publicó por red social de internet” lo que se sumó al sentimiento del padre, que tuvo una reacción de angustia, indignación “por

haber visto la foto de su hijo fallecido publicada” (fs. 148 vta. y 149 respuestas a preguntas 5 y 6), no recordó haber visto la foto en otros medios, y que el diario se lo alcanzó un vecino porque conocía la relación con R. “y le pareció vergonzoso ver la foto en el diario” (fs. 149, respuesta a pregunta 9).

V. S. cuyo padastro es tío del actor, se enteró por un llamado telefónico, llegó a su casa y vio el diario, la vio muy mal a su hermana que “estaba con el diario y agarré el diario y vi que estaba la foto de él” (fs. 150 vta., respuesta a repregunta 3), y que la foto también estaba en internet (respuesta a pregunta 5 de fs. 150 vta.). “En la foto de R. en el diario la cara estaba descubierta, aparecía con la boca lastimada, es lo que me pareció a mí. La foto estaba como pixelada” (respuesta a pregunta 4). No aclaró si con “diario” se refería a la edición escrita o la página web del “diario” (ver coincidencia con la foto identificada como 103.2025.JPG del CD agregado).

M. V. P., amiga de la familia, conocía a R. desde los 3 años, se enteró del accidente por unas amigas de los chicos, el diario se lo trajo su hijo que trabaja en Cabrales, porque “le molestó mucho esa publicación” (fs. 153, respuesta a repreguntas 7 y 13), reconoció la foto de R. M., “es como que a él lo hubieran puesto arriba de una piedra, así es como vi la foto” (fs. 153, respuesta a repregunta 10), “además de ser menor no se pueden publicar esas fotos y menos de esa forma que la pusieron” (respuesta a repregunta 13), y también las vio por internet, donde estaba “tirado arriba de una piedra...” (fs. 153 vta., respuesta a repregunta 20). A la repregunta 21 relativa a cómo pudo saber que la foto publicada en internet era de R. M. y no de R. V., respondió “porque se le veía la carita aparte por su nariz que la tenía perfecta y por las ropitas que llevaba” (fs. 153 vta. y 154).

Su hijo, F. P. V., amigo de S. M. desde hace “como 15 años”, el 21 de agosto estaba trabajando en Cabrales, cuando llegó el diario a la empresa una compañera, sabiendo que conocía a L., le preguntó si lo había visto, se lo trajo “mostrándome las fotos del cuerpo del nene...”, “... había una que estaba el cuerpo de él, de R. M. A. sobre el pavimento de la cantera... no quise ver más fotos, vi esa y nada más” (fs. 155 vta., respuesta a pregunta 5 y fs. 156, respuesta a repregunta 9), lo llamó a L.

M. y le contó lo del diario y lo que habían publicado, L. llamó a su hermano a quien “le agarró un ataque de nervios, de dolor y angustia seguramente” (respuesta a repregunta 6). La única publicación que vio fue la del diario La Capital (fs. 156 vta. respuesta a repregunta 13).

P. L., vecino del actor, tomó conocimiento del accidente por los bomberos y la policía y “después al estar a 10 cuadras de ahí se escuchó la ambulancia” (fs. 157 vta., respuesta a repregunta 6), no vio imágenes en noticieros porque no las quiso ver, pero con el transcurso de las horas sí. “Si entrás en internet a la página del diario La Capital las ve, tomadas de arriba. Donde se ve el barquito, el de prefectura, el gomón... se ve el cuerpito tomado desde arriba, esos es lo que se ve” (fs. 158, respuesta a repregunta 8), solo vio las fotos en internet no en el diario (respuesta a repregunta 12).

Por último E. S, vecino del barrio, tomó conocimiento de la noticia en un sitio web, “el Bata-nense” y vio la foto de un “bote con los policías y el cadáver. A la izquierda de la foto el cadáver” y al otro día la vio en el diario La Capital, se la mostraron unos amigos (fs. 159 vta., respuestas a repreguntas 7 a 9).

Los testigos coincidieron en la descripción física de R. M. (V. P. a fs. 153, respuesta a repregunta 12; P. V. a fs. 156 respuesta a repregunta 10; L. a fs. 157 vta., respuesta a repregunta 2; S. a fs. 159, misma repregunta).

Ninguno tuvo dudas al ver la foto de la edición impresa o las publicadas en internet de que se trataba de R. M. A.

c) Finalmente la pericia de la Licenciada N. M., contrariamente a lo que sostiene el apelante, es categórica.

Cabe destacar que no hubo dos pericias, sino que a fs. 312 el Lic. F., perito en procesamiento digital de imágenes y video de la Asesoría Pericial de La Plata, informa que “el material indicado no es apto para realizar una comparación biométrica de rasgos lo que permitiría dar un porcentaje de similitud facial entre la fotografía del diario La Capital y la fotografía de la IPP 10/2014”.

De la lectura del oficio de fs. 309 surge que las fotos que se le enviaron para comparar fueron

la del diario (fs. 32) y la obrante a fs. 6 de la IPP (fs. 196 de este expediente).

Por ello, el profesional sugirió que “si se contara con la fotografía del diario y las fotografías de la IPP *en formato digital original* sería posible realizar una comparación de posición, indumentaria y características físicas entre la imagen del cuerpo editada en el periódico y las fotografías presentes en la IPP mencionada donde se observe el cuerpo en cuestión”, recomendando para la tarea a la Lic. N. M.

Ello dio lugar a la intimación de fs. 328 a la que me he referido y al libramiento de oficio a la Unidad Fiscal N° 11 para que cumplieran con el requerimiento sugerido.

La parte demandada se opuso y manifestó que no conservaba la fotografía original (fs. 332 vta.), y a fs. 332 se dejó constancia de la agregación del CD por parte de la policía científica y de que las imágenes que aparecen en la IPP como fotografías 1, 2 y 3, “se corresponderían con las identificadas en el CD como DSCN.3901.JPG, DSCN.3808.JPG y DSCN.3813.JPG” (fs. 332 vta., es el CD que he tenido a la vista).

En la única pericia presentada, la Lic. M. relaciona correctamente cuáles son las fotos del CD que se corresponden con la imagen publicada por el diario, las identificadas como 1032024, DSCN 3803 y DSCN 3808.

Previamente había procedido a digitalizar la fotografía de la página 23 del diario mediante escáner, ante la falta de remisión de la imagen digital original.

A continuación, comenzó el cotejo por la posición del cuerpo entre la foto pericial y la del diario (fs. 343), señalando las similitudes, “decúbito dorsal, con las piernas separadas y los brazos al costado del cuerpo, la cabeza ligeramente inclinada hacia el hombro izquierdo”.

En cuanto a la vestimenta, observó coincidencias en cuanto a que ambas imágenes “llevan un pantalón largo y prenda superior tipo ‘buzo’, zapatillas de color claro con detalles en color más oscuro, y guantes de color oscuro con detalles en color claro”, no pudiendo analizar el color porque la imagen “B” (la del diario) no lo tiene.

A fs. 344 analizó el entorno con una precisión de detalle reveladora de las coincidencias, que me eximen de cualquier transcripción; a fs. 345 prosiguió con los detalles de los cuerpos, y nuevamente consignó la existencia de un pliegue angular de tela muy marcado, generado por el bolsillo del buzo, que coincide en morfología y ubicación en ambas imágenes. Realizó un acercamiento, el recorte del detalle y un giro de 180° de la imagen "B2" (la del diario) para ilustrar mejor la coincidencia.

A fs. 346, señaló las similitudes relativas a que al estar el buzo levantado se puede apreciar el estómago a la vista, y que en ángulo con el ombligo se puede ver una etiqueta de la marca de la prenda que lleva puesta; en la imagen B (la del diario) se puede ver también la prenda superior levantada sobre el torso dejando ver el estómago y pese a la mala calidad de la imagen, se observan dos máculas más oscuras en la misma ubicación que en la foto A tienen el ombligo y la etiqueta.

Luego examinó la zapatilla derecha, de color blanco con colores oscuros en la zona de los cordones y talón, encontrando en la imagen B una zapatilla de morfología similar y mismos detalles de color oscuro en la misma zona del calzado (fs. 347).

Finalmente comparó los guantes negros con detalles en blanco en los nudillos y una figura de cabeza de zorro en el dorso de la mano de la foto A, que pese a la mala calidad de la imagen también se aprecia en la foto B, guante de color oscuro con color más claro en los mismos lugares (fs. 348).

El minucioso análisis comparativo la llevó a concluir que los cuerpos observados en las fotografías periciales remitidas y la imagen digitalizada obtenida de la página del diario La Capital "presentan similitudes y correspondencias tanto en lo general como en lo particular permitiendo inferir *con alta probabilidad de certeza la correspondencia entre el cuerpo observado en las imágenes tomadas por la policía y el presente en la imagen publicada en el diario marplatense*" (fs. 349 vta., la cursiva es propia).

Las conclusiones de este dictamen, unidas a mi observación de las imágenes que el CD agregado

contiene (art. 384 del Cód. Proc. Civ. y Comercial), me llevan a descartar de plano, como lo hizo el *a quo*, la pretendida impugnación de la parte demandada relativa a que un simple lector del diario no podría haber efectuado las operaciones que tuvo que realizar la Lic. Marino para así reconocer la identidad del cuerpo (fs. 356 y 356 vta.).

Las fotografías contenidas en el CD y el dictamen pericial echan por tierra, además, los argumentos relativos a que el cuerpo no era el del hijo del actor (fs. 85 vta., "Contesta demanda. Negativa", fs. 89 último párrafo), reiterados ahora en su expresión de agravios, al negar que se haya difundido su imagen (primer agravio apartado 2 y segundo agravio), cuestionar que el juez haya descartado que el cuerpo podía pertenecer al otro menor, R. V. (mismo agravio mismo apartado), y afirmar que "... *no se difundió la imagen del hijo del actor puesto que nadie pudo saber de quién era la imagen inserta en el diario, sino que se publicó la imagen de un cuerpo que no podía ser identificado y que cumplía con el propósito de ilustrar acerca de la dificultad del operativo de rescate de los cuerpos*" (mismo agravio, mismo apartado).

Lo importante aquí no es que "cualquier lector" pudiera reconocer a R. en la imagen, lo verdaderamente relevante es que a su padre no le cupo duda, lo reconoció inmediatamente, cualquiera haya sido la "prudente distancia focal" con que la foto fue tomada.

Y la publicación sin su consentimiento configura la violación del derecho a la imagen cuya reparación se reclama (arts. 52 y 53 del Cód. Civ. y Com. de la Nación; art. 31 de la ley 11.723).

III.1.1: Las pretendidas defensas del apelante con relación a que la publicación está alcanzada por las excepciones previstas en la ley, deben ser rechazadas.

La imagen, como representación física de la persona, es un derecho personalísimo autónomo (Cifuentes Santos, "Derechos personalísimos", Ed. Astrea, Bs. As. 1995, p. 511 y sgtes.; Picasso Sebastián, "Nuevas fronteras del derecho a la imagen", en JA, cita on line 0003/011301, punto II; Rivera, Julio César - Crovi, Luis Daniel, "Derecho Civil. Parte general", Ed. Abeledo Perrot, Bs. As. 2016, p. 414), que toda persona tiene

para disponer de su apariencia autorizando o no la captación y difusión de la misma (Ferreira Rubio, Delia, "El derecho a la intimidad. Análisis del art. 1071 bis del Código Civil", Ed. Universidad, Bs. As. 1982, p. 115); la difusión de una imagen puede afectarlo directamente, o en forma indirecta puede violar el derecho a la intimidad (art. 1071 bis del CC ley 340; art. 1770 del Cód. Civ. y Com. de la Nación; Ferreira Rubio, ob. cit., p. 116 y sgtes.; Kemelmajer de Carlucci, Aída, en "Código Civil y leyes complementarias", Augusto Belluscio Director, Eduardo Zannoni Coordinador, Ed. Astrea, Bs. As. 2007, T. 5, p. 81).

Cifuentes (ob. cit., p. 532) incluye entre los "hechos o acontecimientos de interés público" a que se refiere la ley 11.723, a la reproducción de la fotografía del autor de un delito de acción pública (o del "identikit") pero no si es un delito de acción privada y "*mucho menos de la víctima*", la de un evadido de la cárcel o de un "manicomio" o de un desaparecido de su casa para facilitar el reintegro, siempre con referencia a las "autoridades" para evitar "que los particulares quieran alzarse en voceros de la seguridad pública o de los intereses públicos" (la cursiva no es del original).

Cuando la ley habla de los "hechos o acontecimientos que se hubiesen desarrollado en público", entiendo que comprende a los "tumultos, inauguraciones de monumentos, desfiles militares, cortejos fúnebres de hombres célebres, ceremonias oficiales y solemnes, incendios, manifestaciones colectivas, desastres en general, etc." (ob. cit., p. 533).

El autor recalca la exigencia de que se trate de "hechos o acontecimientos", porque enseña con claridad, "el retrato en una plaza de la ciudad cuando ellos no se hubieran producido, aunque esté muy concurrida, por ejemplo, un domingo, no podría verse amparado por la ley", por lo que, si el fotógrafo pone énfasis en la representación individual, podría considerarse violada la imagen. "El retratado, aun aplicando el art. 31 de la ley 11.723 podría quejarse, pues se produjo... una *individualización* que le quita a la escena el carácter de pública o de desarrollada en público (ob. cit., p. 533; en igual sentido, Rivera-Crovi, ob. cit., p. 417; Rivera, Julio César (h.), "Lesión al derecho a

la intimidad de la persona. Responsabilidad civil de los medios de prensa", en "Protección Jurídica de la Persona", Homenaje al Dr. Julio César Rivera, Ed. LA LEY, Bs. As. 2010, p. 207).

Lo expuesto nos demuestra que no cualquier hecho desenvuelto en público es suficiente como pretexto para desproteger el derecho personalísimo. "Si no hay un verdadero acontecimiento peculiar y que represente un interés informativo serio, importante y útil para la sociedad, debe mantenerse enhiesto el bien individual, pues, en caso contrario, y con diversos motivos simulados o aparentes, se vería fácilmente violado" (Cifuentes, ob. cit., p. 535; Saux, Edgardo I., "Tratado de Derecho Civil. Parte general", Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2018, T. II, p. 244).

En el caso, la trascendencia que el "complicado operativo de rescate" pudo tener, o la intención de "prevenir sobre la peligrosidad del lugar", *no justificaban la inclusión irreverente de la imagen de un niño muerto* (art. 22 de la ley 26.061; arts. 10, 51, 52, 53, 1716 y ccdtes. del Cód. Civ. y Com. de la Nación; art. 31 de la ley 11.723).

Se publicó la imagen de una persona perfectamente identificable para el actor, su hijo, uno de los dos niños (art. 2º de la ley 23.849) víctimas del accidente, y aunque haya sido obtenida en público, esa individualización requería la autorización previa del padre o de la madre para la difusión (art. 31 de la ley 11.723 reformada por ley 25.036).

"La difusión de una noticia sobre un acontecimiento público *no requiere la publicación de la imagen de una persona a punto de ser esta identificable... mucho menos si esa imagen es particularizada o extractada y afecta su dignidad personal...*" (Cobas, Manuel O., El derecho a la imagen y su uso abusivo", en DJ, 05-11-2014/19, cita on line AR/DOC/3385/2014).

Las declaraciones testimoniales que recuerdan una repercusión "hasta en medios de alcance nacional" a las que alude el apelante, en nada atenúan la antijuridicidad de la publicación (arts. 52, 53 primer párrafo, 1717 del Cód. Civ. y Com. de la Nación).

La demanda no fue dirigida contra la información que del hecho pudiera brindarse ni contra el

contenido de esa información o el alcance local o nacional de la cobertura periodística; el padre estuvo allí, así lo asentaron los policías intervinientes en el acta de procedimiento, y nadie le pidió autorización para publicar la foto de su hijo fallecido en el diario demandado.

III.1.2: Miguel Federico de Lorenzo señala que el derecho privado recurre a la dignidad humana como una técnica de tutela que hace pie —mediante una interpretación evolutiva— en la filosofía jurídica del art. 19 de la Constitución Nacional, y que en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación es un valor supremo de orden constitucional (con cita de Fallos: 333:405), sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales (art. 11.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; CSJN, Fallos: 327:3753; De Lorenzo, Miguel Federico, “Repensar al “otro”: reflexiones sobre el derecho civil”, en RCyS-2019-VI-3, cita on line AR/DOC/1190/2019; Gherzi, Carlos A., “La dignidad como principio general del derecho”, en LA LEY, 2014-D, 1054, cita on line AR/DOC/1244/2014).

El consentimiento para la disposición de los derechos personalísimos es admitido si no es contrario a la ley, la moral o las buenas costumbres. Este consentimiento no se presume, es de interpretación restrictiva y libremente revocable (arts. 55 y 1004 del Cód. Civ. y Com. de la Nación).

Debió ser solicitado a los padres, no solo porque la ley así lo establece, sino porque cada vez más se abre paso la idea de la tutela *post mortem* de los derechos personalísimos (Leiva Fernández, Luis F., “La personalidad pretérita. No es lo mismo estar muerto que no haber vivido”, en LA LEY, 2018-E, 1114, cita on line AR/DOC/2014/2018; De Lorenzo, ob. cit., punto V.2), basada en la teoría alemana de la “persistencia” (*Fortwirkung*) de la tutela de la personalidad después de la muerte, con fundamento en el principio constitucional de la dignidad humana (en Argentina, hubo un adelanto de esta postura en 1983, en las IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Mar del Plata, Comisión N° 1: “Protección jurídica de la intimidad”, se decidió por mayoría que los muertos no tienen intimidad sin perjuicio del respeto genérico debido a los difuntos y de los derechos de los allegados que invoquen un interés legítimo;

la minoría proponía la protección de la intimidad aun después de la muerte).

“La invasión a la memoria de los muertos, como ser la fotografía del cadáver... puede suscitar una reacción de tutela en pro de la persona que ya se fue” (De Lorenzo, ob. cit.).

Si bien la regla es que los derechos personalísimos se extinguen con la muerte de su titular, la doctrina reconoce una excepción a ella, en los derechos a la dignidad y a la imagen, a los que se les asigna eficacia *post mortem*, y a esos efectos la ley otorga a los familiares legitimación para accionar en procura del reconocimiento del derecho violado (sobre el alcance de la protección del art. 31 de la ley 11.723, Hooft, Irene, “La protección de la imagen”, en RDPyC, 2006-2, “Honor, imagen e intimidad”, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2006, p. 348).

La autonomía del derecho a la imagen afectado determina que no sea necesario que resulte violada la intimidad o el honor de quienes accionan, por lo que las manifestaciones del apartado 3) del primer agravio del apelante no son relevantes para fundarlo.

La mera captación y difusión de la “representación visual de la figura humana” no agravante, injuriosa ni lesiva de la autoestima, aun siendo respetuosa de la *dignitas* personal, implica una apropiación inconsulta de ella y, como tal, antijurídica (Cifuentes, Santos, “Autonomía de los derechos personalísimos a la integridad espiritual”, en LA LEY, 1198-B, 702; Gregorini Clusellas, Eduardo, “La violación del derecho a la propia imagen y su reparación”, en LA LEY, 1996-D, 136).

La interpretación de la concurrencia de las excepciones previstas por el art. 31 de la ley 11.723 debe ser estricta y restrictiva, “debiendo mediar una relación directa entre la imagen de la persona y el hecho de interés público invocado al efecto, cuya prueba ha de ser aportada por quien invoca la excepción legal” (Hooft Irene, ob. cit., p. 364).

“La sola circunstancia de que una fotografía haya sido tomada en público no la convierte en lícita ni autoriza su difusión de manera irrestricta, pues debe tenerse en cuenta la finalidad y el marco de captación para establecer los límites”

(CNCiv., Sala A, sent. del 10/04/2013, en RCyS-2013-X-104, cita on line AR/JUR/15410/2013, voto del Dr. Picasso; Rivera-Crovi, ob. cit., p. 416).

Por ello, quien alega haber utilizado una fotografía por motivos de interés general, tiene a su cargo la prueba de la existencia de una directa relación entre la imagen de la persona y el hecho que se pretende dar a conocer, dado que el derecho de expresión no puede extenderse en detrimento de la necesaria armonía con los restantes derechos constitucionales, que merecen igual protección (CNCiv., Sala B, sent. del 31/03/2006, en ELDial.com, AA33F4).

Esa prueba no ha sido producida en autos (art. 375 del Cód. Proc. Civ. y Comercial).

III.1.3: El argumento relativo a la ruptura del nexo causal tampoco prospera.

El apelante sostiene que la causa del daño moral que reclama el padre no fue la publicación de la fotografía del hijo sino su muerte.

El *a quo* delimitó claramente cuál fue el objeto de la demanda (fs. 532), y en base a las declaraciones de los testigos que refirieron la “indignación, angustia y bronca” que la publicación de la foto le produjo a M., consideró que “la pretendida causa excluyente o concausa” no se había configurado, pues su aflicción se produjo por la publicación y difusión de la imagen del cadáver del menor, “hecho que en todo caso vino a agravar el estado espiritual del reclamante” (fs. 539 vta., segundo párrafo).

La difusión de una imagen sin consentimiento, es por sí sola desencadenante de un daño moral, a menos que se demuestre lo contrario, representado por el disgusto de ver avasallada la propia personalidad y ello es así, aunque no cause ningún gravamen a la privacidad, honra y reputación, (CNCiv., Sala G, sent. del 21/12/2007; Sala D, sent. del 30/11/1993, en LA LEY, 1994-D, 147; Bilotta, Laura - Humphreys, Ethel - Tanzi, Silvia, “Derecho a la imagen: responsabilidad civil por la difusión no consentida de la imagen de un menor con fines comerciales”, en DJ, 2004-2, 1042, cita on line AR/DOC/1790/2004).

La falta de autorización hace presumir la arbitrariedad porque una previsión legal expresa la

exige, y esa captación ilegítima es constitutiva de un hecho ilícito, que da causa a un daño moral indemnizable (Rivera, Julio César, “Indemnización del daño moral y del daño material por afectación al derecho a la imagen”, en ED, 162-285; Vázquez Ferreyra, Roberto, “Responsabilidad Civil por lesión a los derechos de la personalidad (la protección civil del honor, la intimidad, la propia imagen y la identidad personal)”, en “Derecho de Daños”, Aída Kemelmajer de Carlucci, Directora, Carlos Parellada Coordinador, Ed. La Rocca, Bs. As. 1993, p. 175).

La muerte del hijo es sin duda alguna uno de los mayores dolores que una persona puede sufrir, pero la difusión de la foto del cadáver de R. M. produjo un daño independiente a su padre.

La difusión de la fotografía no consentida agravó o contribuyó a agravar el daño moral del padre, porque el hecho del demandado se podía y se debía evitar.

Tuvo la entidad suficiente e independiente de la muerte en sí, como para que M. haya sufrido una agravación adicional del daño, perforando —si cabe— el umbral de dolor que ya padecía (esta Sala, exped. N° 166.592, “Gómez, Claudia y Martínez, Jorge c. HIEMI Hospital Interzonal de Agudos s. Daños y perjuicios”, sent. del 22/03/2019, R 61-S F 304/19).

El daño moral que aquí reclama es consecuencia directa y necesaria de la violación del derecho personalísimo por parte del demandado (art. 901 CC, ley 340; arts. 1726 y 1727 del Cód. Civ. y Com. de la Nación; Bilotta, Humphreys, Tanzi, ob. cit., punto IX), que no ha acreditado ninguna justificación de su conducta (arts. 10, 53 y 1718, inc. a) del Cód. Civ. y Com. de la Nación; art. 31 de la ley 11.723; art. 1071 del CC, ley 340).

III.2: La decisión adoptada no afecta ninguna garantía constitucional de la parte demandada.

La denominada libertad de imprenta o de prensa establecida por los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional, implica que cualquier intervención de la ley o de la autoridad en la conciencia o en las expresiones del pensamiento, “antes (de) que se comuniquen de palabra o por escrito es contraria al derecho natural reconocido en el art. 19, sobre la inviolabilidad de la persona privada... La

Constitución asegura la *absoluta libertad* de emitir las ideas, pero no la *impunidad* de las ofensas a la moral, al orden público y a los derechos de terceros. Luego la única limitación que ella impone al poder de legislar sobre el ejercicio de ese derecho, se refiere a la censura previa..." (González, Joaquín V., "Manual de la Constitución Argentina 1853/1860", Ed. Estrada, Bs. As. 1983, p. 170; la cursiva es propia).

En el ordenamiento jurídico positivo argentino, este derecho reconocido en la Constitución, los tratados internacionales (art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. IV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre) y la doctrina judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tiende un "puente de plata" con el art. 10 del Cód. Civ. y Com. de la Nación que regula el perfil del abuso del derecho: el de informar está condicionado a que su ejercicio sea regular y se vincule con acontecimientos de interés general (Saux, ob. cit, p. 245).

El estándar aplicado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el *leading case* "Ponzetti de Balbín, Indalia c. Editorial Atlántida SA s. Daños y perjuicios" (sent. del 11/12/1984, Fallos: 306:1892), puede resumirse de la siguiente manera:

a) La libertad de expresión, garantizada por los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional y por el art. 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, incluye y contiene el derecho a dar y recibir información, especialmente sobre asuntos atinentes a la cosa pública o que tengan relevancia para el interés general (la nota de Secretaría del fallo indica ver causa "Gutheim, Federico c. Alemann, Juan" en Fallos: 316:703, entre muchas otras).

b) El derecho a la libre expresión no es absoluto en cuanto a las responsabilidades que el legislador puede determinar a raíz de los abusos producidos mediante su ejercicio (en sentido similar, causa "Díaz, Daniel D. c. Editorial La Razón y otros", en Fallos: 321:3170; "Spacarstel, Néstor c. El Día SAICF, en Fallos: 325:50, según nota de Secretaría).

Y en el voto del Dr. Petracchi: "10) Que aparte de la exclusión total de la censura previa, y como surge de lo ya expuesto, el aludido derecho a la libre expresión no es absoluto en cuanto a las responsabilidades que el legislador puede determinar a raíz de los abusos producidos mediante su ejercicio".

"... En fecha más cercana, la Corte ha sentado '... preciso resulta advertir que la verdadera esencia de este derecho radica fundamentalmente en el reconocimiento de que todos los hombres gozan de la facultad de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa, esto es, sin el previo contralor de la autoridad sobre lo que se va a decir, pero no en la subsiguientes impunidad de quien utiliza la prensa como un medio para cometer delitos comunes previstos en el Código Penal..." (Fallos: 269:189, p. 193, consid. 4º; 269:195, p. 197, consid. 5º)" (cuarto párrafo del mismo considerando; Rivera, Julio César, "Libertad de prensa y derecho a la intimidad. Un conflicto permanente", en LA LEY, 1985-B, 114, cita on line AR/DOC/5044/2001).

Lo expuesto es demostrativo de que la afirmación del apelante en el sentido de que todo el plexo normativo vigente, sumado a la excepción prevista en el art. 31 *in fine* de la ley 11.723 —en la que como vimos no queda comprendida su conducta—, autorizaba la publicación, no se sostiene.

Cuando el art. 32 de la Constitución Nacional prohíbe el dictado de leyes que restrinjan la libertad de imprenta y que establezcan sobre ella la jurisdicción federal, "no consagra tales preeminencias ni misiones estratégicas exclusivas, de las que no gocen los otros derechos fundamentales, pues tampoco se admiten leyes que con cualquier pretexto dañen la intimidad o el honor —o la imagen agregó— de las personas (art. 11 y correlativos del Pacto de San José de Costa Rica)". De la misma manera cuando el art. 33 establece que no se pueden desconocer los derechos y garantías que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno, "no ha colocado en preferencial situación a la libertad de prensa... y esos mismos principios deben aplicarse a todos los derechos humanos fundamentales no enumerados, dado que ninguno está allí excluido... Luego, esas normas de

las que se pretende entresacar una protección para los medios de prensa, tienen un fin muy definido y no aparecen privilegiándola en relación con los derechos fundamentales de la persona..." (Cifuentes, Santos, "La protección de la intimidad y la libertad de prensa", en "Persona humana", Ed. LA LEY, Bs. As. 2001, p. 301; Pizarro, Ramón Daniel, "Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación", Ed. Hammurabi, Bs. As. 1991, p. 103).

Ante el conflicto entre derechos constitucionales hay que recordar que todos son igualmente relativos (arts. 14 y 28 de la CN), es decir susceptibles de límites y restricciones que a veces son intrínsecas, derivadas del contenido del derecho de que se trate, y otras veces, extrínsecas, originadas en la coexistencia con otros derechos o impuestas por exigencias del bien general; esta relatividad "presta base constitucional a la doctrina del abuso del derecho, desde que dicha teoría presupone admitir que los derechos tienen o deben cumplir una función social, lo cual no es más que reconocer que todo derecho subjetivo arraiga y se ejerce en el marco de una convivencia social, donde la solidaridad impide frustrar la naturaleza social del derecho" (Bidart Campos, Germán J., "Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino", Ed. Ediar, Bs. As. 1988, T. I, p. 216; art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos).

Si bien la valoración debe efectuarse caso por caso, en principio corresponde dispensar máxima protección a aquellos derechos que, como la intimidad, el honor y la imagen de las personas hacen a su dignidad (arts. 51 y 52 del Cód. Civ. y Com. de la Nación).

No hay por lo tanto razones de "interés general", ni de "prevención sobre el peligro", ni de información sobre la "complejidad de las tareas de rescate" que justifiquen que se haya recortado de una escena pública la imagen de un niño muerto, y se la haya publicado sin la previa autorización de su padre, para quien resultó absolutamente reconocible.

"...la innoble brutalidad de la fotografía origen de este pleito conspira contra la responsabilidad, la corrección, el decoro, y otras estimables posibilidades de la labor informativa, y la libertad que se ha tomado la demandada para publicarla

ha excedido la que defiende, que no es la que la Constitución protege y la que los jueces estamos obligados a hacer respetar" (CSJN, "Ponzetti de Balbín" citado, último párrafo del considerando 21 del voto del Dr. Petracchi).

III.3: El monto para reparar el daño moral debe ser confirmado.

Descartada la ruptura del nexo causal alegada con la que insiste el apelante, así como su reiterado argumento de que en la imagen solo se advierte un cuerpo sin identificación que "demostraba la dificultad de las tareas de rescate", no encuentro razones para apartarme de lo decidido por el *a quo*.

Para la valuación del daño moral, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido que: "Aun cuando el dinero sea un factor muy inadecuado de reparación, puede procurar algunas satisfacciones de orden moral, susceptibles, en cierto grado, de reemplazar en el patrimonio moral el valor que del mismo ha desaparecido. Se trata de compensar, en la medida posible, un daño consumado (...). El dinero es un medio de obtener satisfacción, goces y distracciones para reestablecer el equilibrio en los bienes extrapatrimoniales. El dinero no cumple una función valorativa exacta, el dolor no puede medirse o tasarse, sino que se trata solamente de dar algunos medios de satisfacción, lo cual no es igual a la equivalencia. Empero, la dificultad en calcular los dolores no impide apreciarlos en su intensidad y grado, por lo que cabe sostener que es posible justipreciar la satisfacción que procede para resarcir dentro de lo humanamente posible, las angustias, inquietudes, miedos, padecimientos y tristeza propios de la situación vivida" (CSJN, "Baeza, Silvia Ofelia c. Provincia de Buenos Aires y otros", sent. del 12/04/2011, en RCyS-2011-VIII-176, con nota de Jorge Mario Galdós, "El daño moral (como "precio del consuelo") y la Corte Nacional", cita on line AR/DOC/2320/2011; Rivera, Julio César, Giatti, Gustavo, Alonso, Juan I., "La cuantificación del daño moral en los casos de lesión al honor, la intimidad y la imagen", en RDPyC, 2006-2, "Honor, imagen e intimidad", Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2006, p. 419).

A los fines de su cuantificación, tengo en cuenta la naturaleza de la ofensa ante lo innecesario de

difundir la imagen del cadáver de un niño para ilustrar una nota sobre “la complejidad del rescate”, para la que hubieran bastado fotografías del lugar en que el hecho se produjo.

También el nivel de difusión, pues se trata del diario de mayor circulación en la ciudad, los testigos tuvieron a su alcance tanto la edición impresa como el sitio web para observar y reconocer a R. M. en las fotografías.

Esos mismos testigos dan cuenta de la indignación y angustia del padre cuando vio la foto (C. a fs. 148 vta; S. a fs. 150 vta.; V. P. a fs. 153 vta.).

Valoro, asimismo, como pauta interpretativa, las directivas del art. 1741 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, en cuanto a las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que la suma indemnizatoria debe procurar, pero, fundamentalmente, lo que Matilde Zavala de González califica como la “significación compensadora emocional que para las víctimas representan las condenas mismas”, abstrayendo su papel instrumental hacia destinos onerosos (Zavala de González Matilde, “Resarcimiento de daños”, Ed. Hammurabi, Bs. As. 2005, T. 5.a, “Cuanto por daño moral”, p. 68).

“Cuando invocan sus daños existenciales —señala la autora cordobesa— persiguen provocar alguna reacción jurídica ante esos males; con legítimo afán de que *no transiten desapercibidos*, sino que, por el contrario, sean reconocidos. Aunque no puedan revertirse, procuran que sean objeto de examen atento y cuidadoso por los jueces y susciten una respuesta indemnizatoria a cargo del obligado... La necesidad de que el responsable asuma su deuda, sea espontánea o compulsivamente, se intensifica frente al fallecimiento de seres queridos, a raíz de una suerte de compromiso con quien se fue: que su muerte no pase en vano, lo cual desemboca en una reclamación con trasfondo ético y que procura eco social” (ob. cit., p. 69).

Ante la violación de un derecho personalísimo, la sola demostración de la transgresión es en sí misma la prueba del daño moral, y por ello la acreditación de su inexistencia corresponde al responsable (art. 375 del Cód. Proc. Civ. y Comercial), pues la víctima, ante la índole del perjuicio, “está dispensada de probarlo, pues queda

establecido *in re ipsa* por la sola realización del acto antijurídico” (arts. 1068, 1071, 1078 y ccdtes. del CC ley 340; arts. 10, 53, 1736, 1741 y ccdtes. del Cód. Civ. y Com. de la Nación; arts. 31 y 35 de la ley 11.723; Bilotta, Humphreys y Tanzi, ob. cit., punto IX).

El argumento relativo a que el monto para reparar ha sido establecido a “valores actuales” —los de la fecha de notificación de la demanda, el 27/02/2015— y que por ello la condena a pagar intereses a la tasa pasiva más alta del Banco de la Provincia de Buenos Aires es excesiva, también debe ser rechazado.

Calificar como valor actual a la suma de \$100.000 reclamada en la demanda promovida el 27/12/2013, y pretender que se le apliquen intereses a una tasa pura, conspira contra el principio de reparación integral que inspira al derecho de daños (art. 1069 del CC, ley 340; art. 1740 del Cód. Civ. y Com. de la Nación).

Por los argumentos expuestos, propondré al acuerdo que se rechace el recurso de apelación de la parte demandada.

Voto por la afirmativa

El doctor Méndez votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

2ª cuestión. — El doctor Loustaunau dijo:

Corresponde: I) Rechazar el recurso de apelación de la parte demandada con costas (art. 68 del Cód. Proc. Civ. y Comercial). II) Diferir la regulación de honorarios para la oportunidad del art. 31 de la ley 14.967.

Así lo voto.

El doctor Méndez votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Por los argumentos dados en el acuerdo que antecede se dicta la siguiente sentencia: I) Se rechaza el recurso de apelación de la parte demandada con costas (art. 68 del Cód. Proc. Civ. y Comercial). II) Se difiere la regulación de honorarios para la oportunidad del art. 31 de la ley 14.967. Regístrese. Notifíquese personalmente o por cédula (art. 135 del Cód. Proc. Civ. y Comercial). Devuélvase. — Alfredo E. Méndez. — Roberto J. Loustaunau.

La utilización abusiva de la imagen y su protección jurídica

Graciela I. Lovece

Sumario: I. Introducción.– II. La expansión de los derechos personalísimos. El derecho a la imagen.– III. El derecho autónomo a la propia imagen en la regulación de fondo.– IV. Los derechos personalísimos y las personas fallecidas.– V. La responsabilidad del medio y los daños.– VI. Conclusión.

I. Introducción

La protección de los derechos fundamentales del hombre debe ser interpretada bajo el prisma de la *universalidad, indivisibilidad e interdependencia*, en conjunción con la complejidad y la diversidad cultural existente en el mundo hoy globalizado (1).

Su tutela constitucional establece el ordenamiento de valores dominantes para la construcción de un modelo social en el cual el individuo sea respetado desde todos sus aspectos.

La protección de los derechos personalísimos encuentra reconocimiento expreso en nuestro ordenamiento jurídico, en primer término, mediante la modificación del Código Civil de Vélez Sarsfield y la incorporación del art. 1071 bis, posteriormente con la reforma

constitucional del año 1994, que incorpora los instrumentos internacionales, se refuerza de manera definitiva la protección integral de todo el género humano.

Finalmente, esta evolución se ve concretada en el ordenamiento infraconstitucional en el Código Civil y Comercial, que dedica un capítulo específico a los “Derechos y actos personalísimos”, en el que expresamente protege la inviolabilidad y dignidad del ser humano (art. 51, Cód. Civ. y Com.) y les otorga contenido expansivo (art. 52, Cód. Civ. y Com.), reconociendo que su violación constituye una afectación a la dignidad humana, dando lugar al reclamo en prevención del daño (arts. 1710, Cód. Civ. y Com. y ccds.) o, en su caso, a la reparación (2).

Entre los principios axiológicos del Código Civil y Comercial se encuentra la *constitucionalización del derecho privado*, que implica eliminar la concepción tradicional de aislar al derecho privado del marco de los principios constitucionales, en la actualidad reforzados por la legislación internacional, tomando en particular consideración los tratados sobre derechos humanos y los derechos reconocidos en todo

(*) Doctora en Derecho UBA. Titular regular de Contratos Civiles y Comerciales, Facultad de Derecho, UBA. Titular regular de Derecho Económico, Facultad de Ciencias Económicas, UBA. Adjunta regular de Elementos de Derecho Civil, Facultad de Derecho, UBA. Co-directora Carrera de Especialización en Derecho a la Salud, Facultad de Derecho, UBA. Profesora de Doctorado Investigadora, UBA. Disertante nacional e internacional. Autora, coautora y directora de libros, tratados y artículos.

(1) ALBANESE, Susana, “La complejidad cultural y la universalidad de los derechos”, JA del 26/04/2006, ps. 10 y ss.

(2) LOVECE, Graciela, “La protección integral del ser humano. Los derechos personalísimos”, en LOVECE, Graciela (dir.) - GONZÁLEZ, María V. (coord.), Manual de derecho económico, Ed. Erreius, Buenos Aires, 2019, p. 52.

el bloque de constitucionalidad (art. 1º, Cód. Civ. y Com.).

La dignidad forma parte de la esencia y es intrínseca al ser humano, siendo al mismo tiempo condición fundamental para su existencia dentro del sistema social, y no puede concebirse un modelo de sociedad en el cual la dignidad humana no sea respetada como un atributo fundamental de su personalidad, eje a partir del cual dimanarían todos los demás derechos, conformando un espectro amplio tendiente a la protección integral del hombre.

II. La expansión de los derechos personalísimos. El derecho a la imagen

Los derechos del hombre no conforman un elenco cerrado o estanco, sino que, por el contrario, deben ampliarse permanentemente, a efectos de contemplar los nuevos intereses que surgen a partir de las transformaciones sociales; en tal sentido, el art. 52, Cód. Civ. y Com., enumera los derechos personalísimos con criterio expansivo, puesto que incorpora expresamente a los ya reconocidos (intimidad, honor, imagen), derechos que no contenía la normativa anterior (voz, identidad), con formulación preventiva y reparatoria.

II.1. La sociedad y el valor simbólico de la imagen

En lo referente a la imagen, su noción explica y unifica una diversidad de fenómenos aparentes. Sus distintas formulaciones y contrastes a lo largo de la historia del hombre conforman las “apariencias” de una “apariencia” organizada socialmente.

Hacia finales de la Edad Media, el cuerpo humano era considerado simplemente como un reservorio del alma, que era lo realmente trascendente, y si bien se constituía en un elemento a ser cuidado, su importancia dentro un sistema social construido en función de una cultura religiosa estaba dado solo por el hecho de operar como contenedor de aquella.

El traspaso a la modernidad produce, entre otras modificaciones, una fundamental con

relación al cuerpo humano: “su objetivación”. El hombre moderno es una sustancia escindida en conciencia y cuerpo, dando origen a la individuación, el individuo independiente, en síntesis, al *individualismo* como fuerza hegemónica vigente desde el siglo XIX en adelante (3).

El cuerpo humano se convierte en objeto de disciplinamiento y receptor privilegiado del ejercicio del poder y del control de la sociedad organizada, constituyendo también parte del mercado como valor de fuerza de trabajo, comercializado como mercancía (4), se transforma en apariencia (imagen) en el campo social como elemento preformativo y protagonista de las más variadas interrelaciones sociales.

La visión moderna y laica del ser humano vincula la imagen con el reconocimiento

(3) LE BRETON, David, “Antropología del cuerpo y modernidad”, Ed. Nueva Visión, Buenos Aires, 2002, p. 152. “Lo que perdura es la división entre el hombre y su cuerpo. Hoy, a través de estas prácticas y de estos discursos, el cuerpo deja de representar el lugar del error o el borrador que hay que corregir, como lo vimos con la técnica. No se trata más de la ensomatosis (la caída del cuerpo) sino de la posibilidad del cuerpo, de la carne, de una vía de salvación. En un caso como en el otro, una misma disyunción opone, implícitamente, en la persona, lo que corresponde al cuerpo y lo que corresponde a lo inaprensible del hombre”.

(4) FOUCAULT, Michel, “Historia de la sexualidad, 1. La voluntad del saber”, Ed. Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2008, p. 168. “Concretamente, ese poder sobre la vida se desarrolló desde el siglo XVII en dos formas principales; no son antitéticas; más bien constituyen dos polos de desarrollo enlazados por todo un haz intermedio de relaciones. Uno de los polos, al parecer el primero en formarse, fue centrado en el cuerpo como máquina; su educación, el aumento de sus aptitudes, el arrancamiento de sus fuerzas, el crecimiento paralelo de su utilidad y su docilidad, su integración en sistemas de controles eficaces y económicos, todo ello quedó asegurado por procedimientos de poder característicos de las disciplinas: anatomopolítica del cuerpo humano”.

representativo de la persona en la sociedad, constituyendo una sustancia de su propio ser, adquiriendo un valor social determinante de su identidad como sujeto, construye su imagen como cualidad física innata y como representación de su propia estima y valoración internalizada, trascendiendo el plano de la subjetividad del reconocimiento de uno mismo, en tanto carta de presentación en función de las distintas relaciones sociales, familiares, profesionales, etc., constituyéndose en *valor simbólico* y, como emanación de la personalidad humana, es merecedora de una adecuada tutela jurídica.

Toda persona tiene derecho a la protección de su imagen, la que conforma juntamente con la intimidad y el honor un trípede que relaciona al sujeto individual con la sociedad y con los medios masivos de comunicación, y si bien suponen distintos ámbitos de participación y de ejercicio, pues sus contenidos no son coincidentes, constituyen facultades fundamentales determinantes de la integralidad y de la dignidad del sujeto (5).

II.2. Las imágenes y la información

Las imágenes dentro de la sociedad de la información son un bien fundamental de producción y reproducción ilimitada, conformando un modelo discursivo específico (6).

(5) LOVECE, Graciela, "Medios masivos de comunicación", Ed. Erreius, Buenos Aires, 2015, p. 127.

(6) METZ, Christian, "Más allá de la analogía, la imagen", Comunicaciones Seuil, 13, París, 1970, p. 3. "La 'imagen' no constituye un dominio autónomo y cerrado en sí mismo, un mundo sin comunicación con lo que lo rodea. Las imágenes como las palabras, como todo no podrían evitar ser tomadas por los juegos de sentido, como parte de las miles de dependencias que reglan la significación en el seno de las sociedades. Desde el instante en que se inscribe en la cultura y este está presente en el espíritu del creador de imágenes el texto icónico, como todos los otros textos, se ofrece a la impresión de la figura y del discurso. La semiología de la imagen no se constituirá por fuera de una semiología general".

Por muchos años resultó privilegio de unos pocos acceder a su imagen para poder observarla y eventualmente copiarla a través de los retratos artísticos. Este soporte de la imagen tenía una doble característica: siempre existía el consentimiento del retratado y, en segundo lugar, la justificación del retrato estaba dada por la condición de personaje público del retratado, y por tratarse de una obra única, no tenía otro contexto más que el público para su divulgación.

La aparición de la fotografía introduce el primer gran cambio, al democratizar la posibilidad de acceso a la propia imagen, al mismo tiempo que una imagen puede reproducirse ilimitadamente, y además es posible que varias personas puedan adquirirla a cambio de un precio. Comienza así un proceso paulatino de masificación de la imagen, creándose un nuevo valor social, como sostiene Barthes, la publicidad de lo privado, lo privado comienza a ser consumido como tal públicamente (7).

La captación de la imagen mediante la fotografía permite la apropiación de la esfera privada del sujeto y tornarlo público, y además ya no se requiere necesariamente del consentimiento del fotografiado para obtenerla.

En la actualidad, la sofisticación tecnológica ha facilitado la obtención de la imagen de múltiples y variadas formas: cámaras con teleobjetivo, miniaturizadas fácilmente oculatables, filmadoras, teléfonos celulares, etc.; al mismo tiempo, las posibilidades de reproducción, publicación y divulgación también se han expandido: gráfica, cine, video, correo electrónico, internet, etcétera.

Esta multiplicidad de condicionantes, a través de la cual puede verse lesionado el derecho a la imagen, ha llevado a que ello sea analizado de manera *autónoma*.

El derecho a la imagen es un derecho personalísimo, como emanación de la personalidad

(7) BARTHES, Roland, "La cámara lúcida. Nota sobre la fotografía", Ed. Gallimard-Seuil, París, 1980, p. 153.

del hombre, que se encuentra enmarcado en los límites de la voluntad y de la autonomía privada del sujeto al cual pertenece.

Se supera de este modo la concepción rígida de los derechos de la personalidad, que planteaba en un principio una suerte de yuxtaposición entre el derecho a la imagen y los derechos al honor y a la intimidad, y si bien la imagen era considerada como parte representativa de la personalidad, se manifestaba en la práctica solo como una derivación de aquellos.

La reproducción de la imagen puede afectar tanto a personas del común como a personas o personajes de notoriedad, y lo que se daña cuando no media consentimiento para su divulgación es el *derecho personalísimo y autónomo al resguardo de la propia imagen*, sin perjuicio de que además pueda existir un daño a la intimidad o al honor.

Tanto en la doctrina como en la jurisprudencia nacional, desde hace varios años ha primado esta concepción, en cuanto se le ha otorgado al derecho personalísimo a la imagen un *ámbito específico e independiente*.

Los caracteres esenciales de la figura humana forman parte de nuestra identidad e individualidad como sujetos. La imagen es integrante de un conjunto armónico de derechos fundamentales y complementarios inherentes al ser humano, que es el centro del sistema jurídico, pero cada uno de ellos conserva su sustantividad y su esfera propia y singular de aplicación.

La mera difusión de la imagen sin que exista consentimiento implica una actuar ilegítimo generador de la obligación de reparar.

III. El derecho autónomo a la propia imagen en la regulación de fondo

El Código Civil y Comercial regula expresamente el derecho a la imagen como un derecho personalísimo autónomo en el art. 53, disponiendo: "Derecho a la imagen. Para captar o reproducir la imagen o la voz de una

persona, de cualquier modo, que se haga, es necesario su consentimiento, excepto en los siguientes casos: a) que la persona participe en actos públicos; b) que exista un interés científico, cultural o educacional prioritario, y se tomen las precauciones suficientes para evitar un daño innecesario; c) que se trate del ejercicio regular del derecho de informar sobre acontecimientos de interés general.

"En caso de personas fallecidas pueden prestar el consentimiento sus herederos o el designado por el causante en una disposición de última voluntad. Si hay desacuerdo entre herederos de un mismo grado, resuelve el juez.

"Pasados veinte años desde la muerte, la reproducción no ofensiva es libre".

La publicación, difusión o reproducción de la imagen con o sin fines comerciales sin autorización de su titular, y en tanto no medien razones de interés general, constituye un ilícito reparable.

La norma transcrita plantea excepciones, en primer término, que el fotografiado participe en un acto público; sin embargo, nos parece oportuno efectuar algunas consideraciones, puesto que, de ser captada la imagen en un acto o lugar público, como sucede en el fallo en comentario, no podría, en principio, reclamarse los daños por afectación del derecho personalísimo a la imagen.

No obstante, en el caso concreto la imagen publicada del menor fallecido, tanto en soporte papel como por internet, constituyó un ejercicio irregular del derecho a informar (art. 53, inc. c), puesto que, además de identificarse al menor, su publicación se efectuó sin el consentimiento de los padres, lo que habilita el reclamo de los daños sufridos.

La información de un acontecimiento público implica, entre otras variables, que ella revista interés general y si bien el accidente fatal podría serlo, claramente la individualización del menor accidentado no lo era,

primando en este sentido el interés particular por sobre el general.

No toda imagen obtenida en un hecho o acontecimiento público es de libre publicación, y no siempre resulta lícita su reproducción, ya que debe tomarse en consideración la finalidad y el marco en el cual fue realizada la toma para establecer los necesarios límites.

De lo que se trata es de que la fotografía tenga por finalidad poner en conocimiento general el acontecimiento en sí mismo, y no que con esa excusa se produzca la utilización de la imagen del retratado.

En igual sentido, cuando estamos en presencia de personas o personajes públicos, el hecho de que la imagen haya sido obtenida en un lugar público tampoco hace inferir que la libre publicación sea lícita, pues deben tomarse en consideración las circunstancias concretas en las cuales la toma fue realizada (por ejemplo, mediante teleobjetivos) y tal publicación fue efectuada.

Para establecer adecuadamente los límites cuando existe colisión entre los distintos derechos fundamentales (imagen-información), resulta necesario recurrir a un análisis respecto de la dimensión teleológica y la función social e individual para la cual cada uno de esos derechos ha sido otorgado, la tensión existente entre ambos intereses en juego solo puede equilibrarse a partir de un ejercicio regular, art. 10, Cód. Civ. y Com.

En la legislación comparada, la protección de la imagen encuentra recepción, entre otras, en el Cód. Civil italiano, art. 10, que protege al titular del derecho frente a la utilización abusiva; el art. 15 del Cód. Civil de Perú, en el que, además de la imagen, se protege el derecho a la utilización de la voz, etcétera.

La ley orgánica española 1/1982, en el art. 7º, inc. 5º, protege al titular del derecho, considerando como intromisiones ilegítimas la captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento de la

imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, en tanto que en el inc. 6º atiende a la protección frente a la utilización de carácter comercial, publicitario o de naturaleza análoga del nombre, la voz o la imagen.

Coloca un límite al derecho a la imagen, en tanto considera legítima su captación, reproducción o publicación por cualquier medio, cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público; la utilización de la caricatura de dichas personas, de acuerdo con el uso social; la información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesorio.

Asimismo, establece que estas excepciones no serán de aplicación cuando se trate de autoridades o personas que desempeñen funciones que por su naturaleza necesiten el anonimato.

La referida normativa tiende con un criterio de amplitud a la protección del derecho a la imagen al igual que lo hace con los restantes derechos esenciales, regulando los diversos supuestos de intromisión o injerencia que pueden producirse en la vida cotidiana, dado el desarrollo tecnológico; no obstante, remarca la relatividad de los derechos de la personalidad cuando ellos se confrontan con el interés general.

IV. Los derechos personalísimos y las personas fallecidas

Otro aspecto interesante de la problemática referente a la protección de los derechos personalísimos se plantea respecto de su extensión o no luego de la muerte de su portador.

Esto es, si el derecho al honor, a la intimidad o a la imagen, se proyectan más allá del fallecimiento de la persona y, por tanto, su memoria resulta merecedora de idéntica tutela jurídica, fundado en el derecho constitucional a la dignidad.

Los partidarios de esta postura que compar-timos plenamente encuentran en el derecho argentino fundamento en las previsiones de la ley 11.723, que prevé un plazo de protección de la imagen por veinte años posteriores al fallecimiento de la persona, considerando que tal protección podría aplicarse por analogía a otros derechos fundamentales, como son el honor y la intimidad **(8)**.

En la actualidad, el art. 53, Cód. Civ. y Com., ya mencionado, regula el derecho a la imagen siguiendo los lineamientos de la ley 11.723 y también establece un plazo de veinte años para que la publicación sea libre, pero impone el condicionante de que ella no resulte ofensiva

Si bien la muerte extingue los derechos de la personalidad, la memoria de la persona es una prolongación de su vida y, por tanto, merecedora de tutela en forma autónoma e independiente de los daños que sufren aquellos que se encuentran en una relación directa con el fallecido y de quienes no se discute su derecho a una adecuada reparación **(9)** y consideramos que una regulación moderna debería haber tomado en consideración tal circunstancia, como sucede en el derecho comparado.

El derecho al honor, a la intimidad o a la imagen se hallan ligados íntimamente a la persona, pero no se confunden con ella en sí misma, sino que son atributos que trascienden, de manera tal que su mera desaparición física no elimina la obligación del resto del conjunto social de respetarlos.

(8) CIFUENTES, Santos, "Refutación a la doctrina de los límites internos y externos de la libertad de prensa. La protección de la memoria de los muertos", JA del 03/05/2000.

(9) PIZARRO, Ramón, "Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1991, p. 198. "Esto no importa desconocer que los agravios inferidos a la memoria de un muerto pueden provocar una lesión al honor de ciertas personas ligadas a aquel por lazos de familia (v.gr., padres, viuda, hijos sobrevivientes) En todos los casos, no es el honor del muerto lo que resulta comprometido sino el de estos últimos".

Esta ha sido la tendencia seguida por las legislaciones más modernas, entre ellas la ya mencionada ley orgánica 1/1982 de Protección del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen.

Los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen son protegidos civilmente por la Ley Orgánica contra cualquier género de intromisiones ilegítimas, al tiempo que los declara irrenunciables, inalienables e imprescriptibles, considerando nula toda renuncia a su protección, sin perjuicio de los supuestos de autorización o consentimiento.

La garantía específica respecto de las personas fallecidas se encuentra prevista en los arts. 4º, 5º y 6º de la mencionada ley.

Atribuyendo la acción, para aquellos supuestos en los que la lesión se produzca luego del fallecimiento, a quien el fallecido hubiere designado por testamento (persona humana o jurídica) o, en su defecto, a los parientes supervivientes y en última instancia al Ministerio Fiscal, que podrá actuar de oficio o a petición de parte interesada con un límite temporal de ochenta años.

Y para aquellos casos en los que la lesión se produjo antes del fallecimiento de la persona, sin que el titular del derecho iniciara las acciones legales correspondientes, estas acciones solo subsistirán si el damnificado o su representante legal no hubieran podido iniciarlas, pues, de lo contrario, existe la presunción de que no se ha producido tal lesión. Mientras que, de haberse iniciado una acción de reparación, ella es transmisible, pues se entiende que existía un derecho en expectativa del damnificado.

La memoria es un bien individual y colectivo que permite el reconocimiento y la integración tanto familiar como social, operando como generadora de lazos de pertenencia específicos del imaginario "ser en común" del sistema social y su protección implica el reconocimiento integral de la dignidad humana.

V. La responsabilidad del medio y los daños

En el análisis de la reparación de daños producidos por los medios de comunicación existe una diferenciación respecto de los sujetos responsables y de los daños reparables, colocando especial atención en uno de los puntos más importantes, que se relaciona de manera directa con el *factor de atribución de responsabilidad* (subjetivo u objetivo), atento a las variaciones que implica la nueva dinámica de los medios masivos de comunicación y su potencialidad dañosa frente a la expansión de su alcance.

En este sentido, desde una postura clásica, se ha sostenido la necesidad de establecer una responsabilidad basada en factores subjetivos de atribución culpa o dolo, mientras que las posturas más modernas, llevadas adelante especialmente por el Dr. Pizarro, sostienen la responsabilidad con base en la noción de riesgo.

Este último criterio, creemos, resulta mucho más adecuado al modelo empresarial que han adoptado las empresas del sector en los últimos años, ya que continuar manteniendo el modelo tradicional de atribución de responsabilidad conduciría a injustificadas inequidades (10).

En la actualidad, la responsabilidad objetiva por riesgo se encuentra expresamente incorporada en el art. 1757, Cód. Civ. y Com., que dispone: “Toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización.

“La responsabilidad es objetiva. No son exigentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención”.

Y el art. 1758, Cód. Civ. y Com., delimita los sujetos responsables y en referencia a la

actividad riesgosa dispone: “(...) En caso de actividad riesgosa o peligrosa responde quien la realiza, se sirve u obtiene provecho de ella, por sí o por terceros, excepto lo dispuesto por la legislación especial”.

Nuestro Máximo Tribunal ha sostenido que el ejercicio del derecho a la libre expresión goza de un lugar preferente en el contexto social que obliga a tomar una particular cautela cuando se trate de establecer sus responsabilidades; sin embargo, tal situación no puede traducirse en la existencia de un *bill* de indemnidad o impunidad, cualquiera sea el soporte técnico empleado (visual, oral, escrito) (11).

Las responsabilidades posteriores garantizan la integridad del derecho personalísimo conculcado, y se efectivizan en función de las normas contenidas en nuestra normativa vigente (arts. 1740, 1770, Cód. Civ. y Com.), ya que el ejercicio del derecho a la información no puede ser ejercido en detrimento de la imprescindible armonía con los restantes derechos constitucionales, buscar, dar, recibir y difundir información de toda índole no elimina ni restringe la responsabilidad frente a los daños causados (12).

Es, por tanto, exigible una práctica periodística veraz, prudente y compatible con el resguardo de la dignidad individual de las personas y la imposición de responsabilidades posteriores no puede entenderse como una obstrucción a la prensa, sino, por el contrario, representa un límite al ejercicio irregular de los derechos, de acuerdo con el art. 10, Cód. Civ. y Com.

Coincidimos con los distintos autores que sostienen que cuando existe un conflicto entre la libertad de expresión y los derechos personalísimos, este debe dilucidarse sobre el caso concreto y sin disquisiciones dogmáticas, apriorísticas o en abstracto, sino tratando de coordinar las diferentes circunstancias susceptibles

(10) LOVECE, Graciela, “Medios masivos de comunicación”, ob. cit., p. 204.

(11) CS, Fallos: 119:231; 155:57; 167:121; 269:189; 310:508; 315:362; 321:667.

(12) CS, Fallos: 308:789; 321:667.

de valoración jurídica, de allí que se hable de la existencia de una jerarquía móvil (13).

Los derechos conculcados merecen una reparación adecuada e integral (art. 1740, Cód. Civ. y Com.), y si bien ella no puede ser desproporcionada, tampoco puede consentirse que mediante el ejercicio de la libertad de expresión se agredan derechos sin responder por ello, tomando en consideración, además, que en el sustrato del conflicto también se entremezclan intereses económicos, ya que la publicación genera beneficios.

El medio de comunicación, en cualquiera de sus vertientes, funciona como una empresa, y en este sentido debe respetar las premisas lógicas del sistema en el cual se encuentra inmerso, tal situación opera en detrimento de la función social de la actividad que desarrollan, pues prima su finalidad lucrativa, brindan un servicio dentro del mercado, obteniendo mediante su actividad un beneficio económico, como lo hace cualquier otra empresa que desarrolla otra actividad, como brindar servicios de salud, educación, etc., el producto por ellos ofrecidos es la información (art. 42, CN).

Los medios de comunicación cuentan con facultades para supervisar su contenido, sin que esto implique la existencia de una censura previa o autocensura, sino ejercer su actividad con un grado de especialización y profesionalismo (art. 1725, Cód. Civ. y Com.) acorde al interés social que con dicha actividad lucrativa se satisface, debiendo asumir los costos de los riesgos que genera.

La empresa luca a partir de toda su actividad (venta de espacios, publicidad, etc.) y este es precisamente el punto central a fin de establecer el factor de atribución de responsabilidad, que no es otro que la "actividad económica en sí misma", por el riesgo que genera y

el beneficio obtenido mediante ella, de acuerdo con el art. 1757, Cód. Civ. y Com.

En cuanto a los daños reparables en esta temática, se siguen los lineamientos generales de la reparación del daño, abarcando tanto a los daños económicos que encuentren relación causal con la difusión de la noticia y/o de la imagen que incluiría el daño emergente, el lucro cesante y la pérdida de chance, según las previsiones del art. 1738, Cód. Civ. y Com., en función de cada caso en concreto y de la prueba acreditada por el damnificado.

Como así también a los extraeconómicos, como, entre otros, el daño psíquico y fundamentalmente el daño moral, que indefectiblemente surge frente a cualquier agravio a la dignidad del ser humano (arts. 51, 52 y 1738, Cód. Civ. y Com.).

Asimismo, el ordenamiento de fondo prevé como modo complementario de reparación la publicación de la sentencia o de sus partes pertinentes a costa del responsable.

La finalidad de tal publicación no suplanta ni excluye a la reparación dineraria por daño moral, sino que solo la complementa; atiende a dejar a salvo la dignidad y la integridad moral presente y futura del damnificado y también opera como medida preventiva y disuasiva para el medio, ya que condenarlo a una reparación dineraria puede resultar insignificante con relación a los beneficios económicos obtenidos con la difusión de la noticia, pero la publicación de la sentencia condenatoria, de sus partes pertinentes, o la retractación atenta contra la credibilidad del medio frente a sus propios consumidores, produciendo una afectación mayor.

VI. Conclusión

Ninguno de los derechos, aun los constitucionalmente reconocidos, tiene carácter de absoluto, su límite real y concreto surge de su armonización con los derechos fundamentales del ser humano, que siempre deben considerarse en permanente expansión, a fin de salvaguardar la dignidad humana.

(13) FLORES, Oscar, "Libertad de prensa y derechos personalísimos: Criterios de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", RDPyC 2006-2, "Honor, imagen, e intimidad", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, ps. 305 y ss.

VIOLENCIA DE GÉNERO

Incumplimiento de las medidas de protección – Refuerzo – Dispositivo de geoposicionamiento

Con nota de Diego Ortiz

1. — Que las circunstancias expuestas por la denunciante, quien actualmente se encuentra en un domicilio de resguardo en virtud del temor que le infunde la presencia del demandado de autos y la gravedad de los hechos padecidos, demuestran la necesidad de reforzar las medidas de protección oportunamente dispuestas, adoptando unas nuevas para garantizar su integridad física y la de los niños involucrados.
2. — Debido a que las medidas de geoposicionamiento —tobillera electrónica— permiten verificar la locación y presencia dual del denunciado, son eficaces para efectuar un seguimiento de cumplimiento de las medidas cautelares dispuestas judicialmente en casos de violencia de género.

Juzg. Flia. La Plata, Nro. 1, 09/08/2019 - V., F. M. c. A., A. F. s/ protección contra la violencia familiar (Ley 12.569)

1ª Instancia.- La Plata, agosto 9 de 2019.

Resulta:

1. Se inician los presentes en virtud de la denuncia formulada por la Sra. V. F. M. quien requiere la exclusión del hogar del Sr. A. A. F. con el patrocinio del Área de Procesos Urgentes de la Defensoría General. En este sentido denuncia las agresiones físicas proferidas por el demandado de autos, así como las amenazas de muerte en virtud de las cuales el Sr. A. la habría amenazado con un arma de fuego.

2. Puntualmente, de las piezas remitidas se desprende que el Sr. A. habría amenazado con un arma a la aquí peticionante, refiriéndole “te voy a matar”, apuntándole a su cabeza, circunstancia por la cual su hija A. S. se habría interpuesto, y se habría requerido la intervención de personal policial.

3. Que del informe acompañado por el Área de Procesos Urgentes de la Defensoría General efectuado por la Lic. Ortiz se desprende que se evalúa la existencia de indicadores de violencia y riesgo de continuar conviviendo las partes, tanto para la señora como para los niños, lo cual guarda conformidad con el informe desplegado por el Cuerpo Técnico Auxiliar del Juzgado, del cual surge la presencia de factores de riesgo: amenazas de muerte, presencia de niños y adolescentes, denuncias anteriores, tenencia de armas de fuego, el demandado de autos ha intentado suicidarse, la actora de autos ha tenido ataques de pánico, signos de lesiones en el rostro de la Sra. V., entre otros.

4. Que sobre este escenario se ordena la inmediata exclusión del hogar del Sr. A. A. F. del domicilio sito en calle ... autorizándose a la requirente a individualizar la finca en caso de ser necesario y a reingresar al inmueble producida la exclusión del accionado. Asimismo, efectivizada la medida, se decreta contra el accionado un perímetro de exclusión de doscientos metros, prohibición de reingreso y acceso a dicho domicilio, prohibición de acercamiento a la Sra. F. M. V. a cualquier lugar donde se encuentre, aún ocasionalmente, y cese por parte del mismo de todo acto de perturbación o intimidación contra la peticionante o su grupo familiar, ordenándose la realización de un rondín policial, la intervención de la Dirección de Políticas de Género, y la convocatoria del demandado de autos por ante el Cuerpo Técnico Auxiliar del Juzgado, requiriendo a ambas partes, den inicio a los respectivos recorridos psicoterapéuticos —ver medida cautelar de fecha 08/09/2019—.

5. Que en el día de la fecha, conforme se desprende de la presentación y acta labrada ante Secretaría, la Sra. V. denuncia que las medidas de protección adoptadas han fracasado, informa que el Sr. A. se encuentra por estos momentos en el domicilio en relación al cual se ordenó la exclusión del hogar, y presta conformidad para la aplicación de los pertinentes dispositivos de geoposicionamiento, requiriendo se ordene el reintegro del joven G. A. A., acompañando documentación identitaria de los niños la cual es digitalizada por Secretaría.

Considerando:

1. Que las circunstancias expuestas por la denunciante, quien actualmente se encuentra

en un domicilio de resguardo en virtud del temor que le infunde la presencia del demandado de autos y la gravedad de los hechos padecidos, demuestran la necesidad de reforzar las medidas de protección oportunamente dispuestas, adoptando unas nuevas para garantizar la integridad física de la Sra. F. M. V. y los niños de autos.

2. Ello así toda vez que, tanto la violencia de género, doméstica e intrafamiliar se han transformado en una verdadera pandemia mundial como lo ha referenciado la Organización de las Naciones Unidas. Frente a lo acuciante de este fenómeno hacen necesarios no solo numerosos cambios de perspectivas y paradigmas desde lo social y colectivo que impliquen reeducar a las personas para fomentar la igualdad de género, sensibilizar a distintos actores sociales para enfrentar esta problemática, sino que además se debe dotar de distintas herramientas para la prevención de toda forma de agresión hacia las mujeres (Cfr. El empleo de tecnologías de geoposicionamiento en las medidas restrictivas para casos de violencia, Vaninetti, Hugo A. Publicado en: LA LEY 29/10/2018, 1).

3. Que del Protocolo de Actuación para Dispositivos Electrónicos Duales de la Provincia de Buenos Aires se desprende la finalidad de tal medida, que tiene como objeto garantizar el cumplimiento de la medida cautelar dictada judicialmente, constituyendo los dispositivos tecnologías de verificación de presencia y localización dual diseñadas a fin de efectuar un seguimiento de cumplimiento de las medidas dispuestas cautelares judicialmente en casos de violencia de género.- El sistema está compuesto por una "tobillera" y un "dispositivo rastreador" destinados al presunto agresor; y un "dispositivo rastreador" destinado a la mujer en situación de violencia.

4. Que tales medidas que he de disponer encuentran asidero en Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, conocida como la "Convención de Belém do Pará" incorporada a nuestro ordenamiento jurídico mediante la ley 24.632, que en su art. 7º fija que "Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas

orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia (...)", las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, en tanto hacen referencia a la discriminación y estado de vulnerabilidad que tiene la mujer en cuanto al acceso a la justicia, por lo que, en los casos de violencia a la mujer especialmente se deberán establecer mecanismos eficaces destinados a la protección de sus bienes jurídicos, el acceso a los procesos judiciales y a su tratamiento ágil y oportuno (apart. 20), la ley 26.485 de Protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, la cual garantiza expresamente "La asistencia en forma integral y oportuna de las mujeres que padecen cualquier tipo de violencia, asegurándoles el acceso gratuito, rápido, transparente y eficaz de los servicios creados a tal fin, así como promover la sanción y reeducación de quienes ejercen violencia" (art. 7º, inc. "c"), y la ley de violencia familiar de la Provincia de Buenos Aires en tanto ordena la adopción de medidas para evitar la repetición de la violencia, estableciendo la posibilidad de adoptar "toda otra medida urgente que estime oportuna para asegurar la custodia y protección de la víctima (art. 7 inc. n, ley 12.569 t. s/ ley 14.509), además de encontrar suficiente apoyatura en el informe desplegado por el Cuerpo Técnico Auxiliar del Juzgado.

5. Que a todas luces he de advertir que en los presentes me encuentro con un contexto de violencia de género cuyo abordaje debe ser realizado desde los contenidos del derecho de la mujer a una vida libre de violencia, en virtud del riesgo de la situación en la que se encuentra la Sra. V. F. M. y sus hijos, sentado lo cual debo tomar el derecho aplicable que obliga al Estado a dar respuesta acorde a tal fenómeno, me refiero a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 8 y 25); la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (arts. 1, 2, 5, 15.1 y 16); la Convención de Belém do Pará (arts. 1, 2, 3, 6, 7, 8 inc. "b") la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 19.1); y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14).

6. En el mismo sentido he de señalar que precisamente en la Recomendación General N° 19

de la CEDAW (1992), el Comité CEDAW amplió la prohibición general de discriminación por motivo de sexo, de manera de incluir como una de sus expresiones a la violencia dirigida contra la mujer por ser mujer o que la afectan en forma desproporcionada, para garantizar que goce de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre. En el referido documento, se precisa que "...la violencia contra la mujer, que menoscaba o anula el goce de sus derechos humanos y sus libertades fundamentales en virtud del derecho internacional o de los diversos convenios de derechos humanos, constituye discriminación, como lo define el artículo 1 de la Convención. Esta discriminación no se limita a los actos cometidos por los gobiernos o en su nombre. Así, por ejemplo, en virtud del inciso e) del artículo 2 de la Convención, los Estados partes se comprometen a tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualquier persona, organizaciones o empresas. Sobre esta base el comité considera que los Estados también pueden ser responsables de actos de personas privadas si no actúan con la diligencia debida para impedir la violación de los derechos o para investigar y castigar los actos de violencia e indemnizar a las víctimas" (párrs. 6 y 7).

7. Sumado a ello, cabe poner de relieve que en la Observación General N° 13 del Comité sobre los Derechos del Niño (2011) —Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia—, se menciona comprendida en la expresión "perjuicio o abuso (...) mental" del art. 19 párrafo 1 de la Convención, al maltrato psicológico, abuso mental, agresión verbal y maltrato o descuido emocional, y puede consistir en exponerlo a la violencia doméstica (punto 21, violencia mental).

8. Ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos que "Ante un acto de violencia contra una mujer, resulta particularmente importante que las autoridades lleven adelante la investigación con determinación y eficacia, teniendo en cuenta el deber de la sociedad de rechazar la violencia contra las mujeres y las obligaciones del Estado de erradicarla y de brindar confianza a las víctimas en las instituciones estatales para su protección" (CIDH caso Espinoza Gonzáles c. Perú, sent. de 20/11/2014).

Sobre este escenario, habida cuenta el deber de protección reforzado que la debida diligencia impone para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la señora V. F. M., en el entendimiento que una situación como la expuesta en estos obrados requiere la adopción de medidas en forma rápida, ágil e integral, siendo suficiente para su dictado la sospecha de maltrato o la situación de riesgo la cual fue bastamente probada a la luz del informe efectuado por las peritos psicológicas del Cuerpo Técnico Auxiliar, resuelvo: 1. Ampliar las medidas de protección adoptadas con fecha 08/08/2019, y disponer que el perímetro de restricción otorgado en favor de la Sra. V. F. M. sea extendido en relación a los niños G. A. A. y S. N. A., y ampliado en relación a la distancia por 700 metros lineales a los fines de garantizar el cumplimiento de las restantes medidas que en la presente manda se ordenan (art. 2, 3, 5 y 6 ley 26.485, 7, 8 bis, 14 ley 12.569). Notifíquese mediante oficio por intermedio de la autoridad policial que por jurisdicción corresponda, con transcripción de las medidas adoptadas con fecha 08/08/2019, haciendo saber al demandado de autos que en caso de una eventual violación de lo aquí dispuesto se comunicará dicha circunstancia de manera inmediata a la justicia penal por la posible comisión del delito de desobediencia. 2. Disponer el otorgamiento de dispositivos electrónicos de geoposicionamiento para ser colocados a la Sra. F. M. V. (DNI ...), y al demandado, Sr. A. F. A., con domicilio en calle ... (art. 2, 3, 5 y 6 ley 26.485, 7, 8 bis, 14 ley 12.569). Oficiese a la Dirección de Políticas de Género, Jefatura Departamental de Policía y al Centro de Monitoreo a los fines de ejecutar la medida ordenada y supervisar el monitoreo de los dispositivos duales. 3. Disponer el reintegro del niño G. A. A. (DNI ...) a su progenitora, Sra. V. F. M. (DNI ...) por intermedio de la autoridad policial, requiriendo al personal interviniente, arbitre los medios necesarios en pos de evitar exponer al joven a cualquier situación disvaliosa para su integridad física y espiritual (art. 3, 9 CDN, 7 inc. h. ley 12.569). Con el objeto de proteger el interés superior de los niños S. N. A. y G. A. A., a fin de que los mismos sean escuchados, dispónese su inmediata comparencia por ante el Suscripto, en el plazo de 48 horas de efectivizado el reintegro aquí ordenado, en sede este Juzgado, sito en calle 56 esquina 9 N° 704 en

presencia de la Sra. Asesora de Incapaces (arts. 3 y 12 CIDN y art. 36 inc. 2 Constitución de la Provincia de Buenos Aires, art. 4 inc. b, ley 13.298 y 707 Cód. Civ. y Com. de la Nación). Oficiese. 4. Librar oficio a la Justicia Penal, requiriendo a sus autoridades informen a la mayor brevedad en torno al estado procesal de la investigación penal iniciada en virtud de la denuncia formulada por la Sra. V. F. M., medidas adoptadas, estado procesal de la misma y cualquier otro dato de interés. 5. Poner en conocimiento de la Dirección de Asuntos

Internos del Ministerio de Seguridad de la Provincia de Buenos Aires la presentación efectuada por la Sra. F. M. V., y el informe actuarial efectuado por Secretaría de este Juzgado dando cuenta del accionar de la comisaría interviniente denunciado por la actora de autos. Regístrese. Notifíquese mediante oficios que se confeccionarán por Secretaría a la autoridad policial, Dirección de Políticas de Género, Jefatura Departamental de Policía y Centro de Monitoreo. — *Mauro J. Cerdá.*

La eficacia de las medidas de seguridad en los casos de violencia de género en su modalidad familiar

Diego Ortiz (*)

Sumario: I. Introducción.– II. Los hechos del caso.– III. El riesgo latente como motivo de la adopción de una medida.– IV. Las medidas de seguridad mencionadas en las normas.– V. Protocolo.– VI. La resolución.– VII. Conclusión.

I. Introducción

Las medidas de protección en el procedimiento de violencia familiar son uno de los temas que en la actualidad necesitan ser analizados, dado su importancia dentro del procedimiento, la aparición constante de jurisprudencia civil y penal y doctrina que renueva el debate sobre cuestiones específicas del procedimiento, entre otras cosas, no solo por la aparición de algún instituto sino también por la reinterpretación que se haga de él (como ocurre con las medidas cautelares).

Un reclamo constante en este procedimiento es la eficacia de las medidas, es decir, la posibilidad de que su dictado sea pasible de lograr un resultado esperado, que sirva de resguardo real para la integridad psicofísica de las personas en situación de violencia.

Si bien es ingenuo pensar que la solución pase estrictamente por el plano jurídico, los que trabajamos en la temática tenemos que asumir el compromiso profesional de extremar todos los recaudos necesarios para que lo solicitado y resuelto pueda ser cumplido (1).

(*) Abogado (UBA). Profesor universitario en Ciencias Jurídicas (UBA), Especialista en Violencia Familiar (UMSA). Autor de libros y artículos de su especialidad.

(1) ORTIZ, Diego, "Hacia la eficacia de las medidas en el procedimiento de violencia familiar", Revista Temas de Derecho de Familia, Sucesiones y Bioética, Ed. Erreius, marzo 2019.

Una de las medidas que aparecen en el abanico normativo no taxativo son las medidas de seguridad. Estas se van definiendo constantemente con la implementación de protocolos, dispositivos y/o medidas puntuales destinadas a frenar la escalada de violencia de género, como por ejemplo botón de pánico, tobillera electrónica, dispositivo de geoposicionamiento, etcétera.

La eficacia de una medida se mide en si es pasible de frenar situaciones de violencia, como, p. ej., si una medida de seguridad logra repeler la agresión ejercida, ya sea por encontrarse en su domicilio una consigna policial que complemente la prohibición de acercamiento o tener en su poder un botón de pánico y previamente habérsele explicado el uso y pasos a seguir, etcétera (2).

La idea de este comentario a fallo es analizar la eficacia de las medidas de seguridad en este procedimiento para poder frenar la violencia que podría ocurrir.

II. Los hechos del caso

En el fallo (3), la Sra. V. denuncia y requiere la exclusión del hogar del Sr. A. Denuncia las agresiones físicas proferidas por el demandado, así como las amenazas de muerte en virtud de las cuales el Sr. A. la habría amenazado con un arma de fuego, refiriéndole “te voy a matar”, apuntándole a su cabeza, circunstancia por la cual su hija A. se habría interpuesto y se habría requerido la intervención de personal policial.

Que del informe acompañado por el Área de Procesos Urgentes de la Defensoría General se desprende que se evalúa la existencia de indicadores de violencia y riesgo de continuar conviviendo las partes, tanto para la señora como para los niños, lo cual guarda

conformidad con el informe desplegado por el Cuerpo Técnico Auxiliar del juzgado, del cual surge la presencia de factores de riesgo: amenazas de muerte, presencia de niños y adolescentes, denuncias anteriores, tenencia de armas de fuego, el demandado de autos ha intentado suicidarse, la actora ha tenido ataques de pánico, signos de lesiones en el rostro de la Sra. V., entre otros.

Que sobre este escenario se ordena la inmediata exclusión del hogar del Sr. A., autorizándose a la requirente a individualizar la finca, en caso de ser necesario, y a reingresar al inmueble producida la exclusión del accionado. Asimismo, efectivizada la medida, se decreta contra el accionado un perímetro de exclusión de doscientos metros, prohibición de reingreso y acceso a dicho domicilio, prohibición de acercamiento a la Sra. V. a cualquier lugar donde se encuentre, aun ocasionalmente, y cese por parte de él de todo acto de perturbación o intimidación contra la peticionante o su grupo familiar, ordenándose la realización de un rondín policial, la intervención de la Dirección de Políticas de Género y la convocatoria del demandado de autos por ante el Cuerpo Técnico Auxiliar del juzgado, requiriendo a ambas partes den inicio a los respectivos recorridos psicoterapéuticos. Conforme se desprende de la presentación y acta labrada ante Secretaría, la Sra. V. denuncia que las medidas de protección adoptadas han fracasado, informa que el Sr. A. se encuentra por estos momentos en el domicilio con relación al cual se ordenó la exclusión del hogar y presta conformidad para la aplicación de los pertinentes dispositivos de geoposicionamiento, requiriendo se ordene el reintegro del joven A., acompañando documentación identitaria de los niños la cual es digitalizada por Secretaría. Sobre este andarivel y considerando:

1) Que las circunstancias expuestas por la denunciante, quien actualmente se encuentra en un domicilio de resguardo en virtud del temor que le infunde la presencia del demandado de autos y la gravedad de los hechos padecidos, demuestran la necesidad de reforzar las medidas de protección oportunamente

(2) Ibidem.

(3) Juzg. Familia Nº 8 La Plata, 09/08/2019, “V. F. M. c. A. A. F. s/ protección contra la violencia familiar (ley 12.569)”.

dispuestas, adoptando unas nuevas para garantizar la integridad física de la Sra. V. y los niños de autos.

2) Que del Protocolo de Actuación para Dispositivos Electrónicos Duales de la Provincia de Buenos Aires se desprende la finalidad de tal medida, que tiene como objeto garantizar el cumplimiento de la medida cautelar dictada judicialmente, constituyendo los dispositivos tecnologías de verificación de presencia y localización dual diseñadas a fin de efectuar un seguimiento de cumplimiento de las medidas dispuestas cautelares judicialmente en casos de violencia de género. El sistema está compuesto por una “tobillera” y un “dispositivo rastreador” destinados al presunto agresor y un “dispositivo rastreador” destinado a la mujer en situación de violencia.

3) Que tales medidas encuentran asidero en un marco normativo y suficiente apoyatura en el informe desplegado por el Cuerpo Técnico Auxiliar del juzgado.

4) Sobre este escenario, habida cuenta el deber de protección reforzado que la debida diligencia impone para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la señora V., en el entendimiento que una situación como la expuesta en estos obrados requiere la adopción de medidas en forma rápida, ágil e integral, siendo suficiente para su dictado la sospecha de maltrato o la situación de riesgo la cual fue bastamente probada a la luz del informe efectuado por las peritos psicólogas del Cuerpo Técnico Auxiliar.

Se resuelve: 1) Ampliar las medidas de protección adoptadas y disponer que el perímetro de restricción otorgado en favor de la Sra. V. sea extendido en relación con los niños G. y S., y ampliado con relación a la distancia por 700 metros lineales a los fines de garantizar el cumplimiento de las restantes medidas que en la presente manda se ordenan. Notifíquese mediante oficio por intermedio de la autoridad policial que por jurisdicción corresponda, haciendo saber al demandado de autos que en caso de una eventual violación de lo aquí

dispuesto se comunicará dicha circunstancia de manera inmediata a la justicia penal por la posible comisión del delito de desobediencia.

2) Disponer el otorgamiento de dispositivos electrónicos de geoposicionamiento para ser colocados a la Sra. V. y al demandado, Sr. A. Oficiese a la Dirección de Políticas de Género, Jefatura Departamental de Policía y al Centro de Monitoreo a los fines de ejecutar la medida ordenada y supervisar el monitoreo de los dispositivos duales. 3) Disponer el reintegro del niño G. a su progenitora por intermedio de la autoridad policial, requiriendo al personal interviniente, arbitre los medios necesarios en pos de evitar exponer al joven a cualquier situación disvaliosa para su integridad física y espiritual. Con el objeto de proteger el interés superior de los niños S. y G., a fin de que los mismos sean escuchados, dispónese su inmediata comparecencia en sede de este juzgado en presencia de la Sra. asesora de incapaces. 4) Librar oficio a la justicia penal, requiriendo a sus autoridades informen a la mayor brevedad en torno al estado procesal de la investigación penal iniciada. 5) Poner en conocimiento de la Dirección de Asuntos Internos del Ministerio de Seguridad de la Provincia de Buenos Aires la presentación efectuada por la Sra. V., y el informe actuarial efectuado por Secretaría de este juzgado dando cuenta del accionar de la comisaría interviniente.

III. El riesgo latente como motivo de la adopción de una medida

Una de las tareas de los operadores en la temática es visibilizar el nivel de riesgo en el que se encuentra la persona en situación de violencia (mujeres, niños, niñas, adolescentes, personas mayores, personas que tienen algún padecimiento mental y/o adicción). Este es como una advertencia y/o llamado de atención y se conforma por las situaciones de violencia relatadas, los datos recogidos previamente y el contexto en el que se dan las situaciones referidas.

Una vez detectado el nivel de riesgo, los operadores deben actuar inmediatamente, realizando las derivaciones correspondientes,

ya sea judicial y/o administrativa, con la intención de evitar que algo suceda a futuro con base en lo informado.

Del fallo expuesto surgen ciertos indicadores de riesgo que validan la existencia de modificación y/o ampliación de las medidas decretadas inicialmente e implementación de medidas de seguridad que contemple ese nuevo escenario más riesgoso que el anterior. Ya cuando la actora interpone la denuncia manifiesta la existencia de agresiones físicas, así como amenazas de muerte con un arma de fuego, en donde el denunciado le dice: “te voy a matar”, apuntándole a su cabeza en presencia de su hija. Conforme a esto, podemos encontrar tres elementos que acentúan el nivel de riesgo, las agresiones físicas, las amenazas de muerte, la existencia de un arma de fuego y que esta haya sido utilizada en el cuerpo de la mujer, lo que permite dilucidar a primera vista que, si lo hizo, lo puede volver a hacer.

A su vez, del informe acompañado a la denuncia se evalúa la existencia de indicadores de violencia y riesgo de continuar la convivencia con el agresor y del informe desplegado por el Cuerpo Técnico Auxiliar del juzgado surge la presencia de factores de riesgo, como: amenazas de muerte, la presencia de niños y adolescentes en las situaciones relatadas, la existencia de denuncias anteriores, tenencia de armas de fuego, el demandado ha intentado suicidarse, la actora ha tenido ataques de pánico, signos de lesiones en el rostro, entre otros.

A pesar de que la autoridad judicial ha dictado inicialmente medidas frente la violencia denunciada, la actora denuncia que ellas han fracasado, ya que el denunciado se encuentra en el domicilio del cual fue excluido y/o prohibido el acercamiento.

Este incumplimiento de lo resuelto tiene que ser interpretado como un indicador de riesgo más, ya que el denunciado, a pesar de haber sido notificado de la existencia de una medida de protección que le prohíbe el acercamiento y/o contacto y lo excluye del hogar, hace caso

omiso a la resolución e igualmente se acerca, ingresando al domicilio.

Este incumplimiento debe ser uno de los elementos convincentes para la adopción de otro tipo de medidas, como la aplicación de los pertinentes dispositivos de geoposicionamiento.

Asimismo, en los considerandos del fallo se sostienen dos elementos contundentes que dan lugar a la toma de medidas de seguridad específicas que contemplen el contexto, las circunstancias expuestas (la denunciante se encuentra en un domicilio de resguardo por miedo al agresor) y la gravedad de los hechos padecidos.

Todo esto demuestra la necesidad de reforzar las medidas tomadas, adoptando unas nuevas para garantizar la integridad psicofísica de la actora y de los niños.

IV. Las medidas de seguridad mencionadas en las normas

IV.1. La importancia de su inclusión

Es importante que exista un marco normativo nacional e internacional dinámico que se vaya adaptando al contexto socio histórico actual que vivimos. Este se encuentra conformado por la puesta del tema en la agenda en los medios de comunicación, diversas campañas de lucha contra la violencia de género, la existencia de leyes especiales de protección y de capacitación obligatoria, la aparición de nuevos recursos institucionales que ofrecen diferentes servicios (información, orientación psicológica, tratamiento psicoterapéutico, asesoramiento y/o patrocinio jurídico), la recepción de aportes de otras disciplinas, el interés floreciente en otros temas como masculinidades, micromachismo, violencia simbólica, económica, digital, etcétera.

Específicamente en el tema de las medidas de seguridad, es importante la adaptación del contexto actual referido, ya que progresivamente se van generando diferentes recursos tecnológicos (tobillera, botón, pulsera), entre

otros, para poder frenar la violencia ejercida por el agresor. Por eso es importante que la concientización y capacitación en estos temas repercute directamente en los efectores y/u operadores para que puedan dimensionarla y actuar en consecuencia a esto.

IV.2. Marco normativo internacional

El marco normativo internacional específico nos brinda una apoyatura jurídica relevante de conceptos, interpretaciones y formas de actuar. Este debe ser aplicado de manera operativa con el sostén de los arts. 1º y 2º del Cód. Civ. y Com.

La sanción del Código viene a brindar, entre otras cosas, un refuerzo de argumentos normativos para aplicar las disposiciones mencionadas en el procedimiento de violencia familiar. Los argumentos ya existían desde que las convenciones mencionadas eran sancionadas (4).

Los arts. 1º y 2º mencionados plantean la importancia de los tratados internacionales y su incidencia en la resolución de los conflictos internos en forma armónica con las demás herramientas normativas, como leyes nacionales y provinciales, decretos reglamentarios, resoluciones, ordenanzas. Estos artículos son la llave normativa para que el operador del derecho pueda usar las convenciones en este procedimiento, ya sea en forma de petición y/o resolución. El art. 1º del Cód. Civ. y Com. plantea que los casos que el Código rige se resuelven según las leyes vigentes (como las normas que emanan de las leyes de protección contra la violencia familiar y de género), la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos como las disposiciones de las convenciones mencionadas. Por otra parte, el art. 2º del Cód. Civ. y Com. expresa cómo debe ser interpretada

la ley (como, p. ej., las leyes de protección contra la violencia familiar y de género) y seguidamente dice que, teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados de derechos humanos como las convenciones mencionadas, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento. De esta manera, la sola Ley de Protección contra la Violencia Familiar y de Género no es el techo del ordenamiento jurídico, sino una teja más dentro de este plexo normativo (5).

El primer instrumento que coloca a la mujer como protagonista de un acuerdo entre países es la Convención sobre Eliminación de Toda Forma de Discriminación contra la Mujer, comúnmente denominada CEDAW (por sus siglas en inglés).

El Comité de Expertos de dicha Convención elabora recomendaciones generales sobre temas específicos que surgen del articulado. La recomendación general 19 amplió la prohibición general de discriminación por motivo de sexo e incluye como una de sus expresiones a la violencia dirigida contra la mujer por ser mujer o que la afectan en forma desproporcionada, para garantizar que goce de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre. Esta discriminación no se limita a los actos cometidos por los gobiernos o en su nombre. Así, por ejemplo, en virtud del inc. e) del art. 2º de la Convención, los Estados partes se comprometen a tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualquier persona, organizaciones o empresas. Sobre esta base, el Comité considera que los Estados también pueden ser responsables de actos de personas privadas si no actúan con la diligencia debida para impedir la violación de los derechos o para investigar y castigar los actos de violencia e indemnizar a las víctimas (párrs. 6º y 7º).

El segundo instrumento que aparece en la agenda internacional es la Convención

(4) ORTIZ, Diego, "La llave normativa para usar los instrumentos internacionales en el procedimiento de violencia familiar", Diario DPI Diario Familia y Sucesiones, 164, 21/09/2018, consultado: www.dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2018/09/Ortiz-Familia-21.9.pdf.

(5) ORTIZ, Diego, "La llave normativa...", ob. cit.

Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, llamada comúnmente Convención Belém do Pará. Esta plantea que la violencia que sufre la mujer es una violación a los derechos humanos y una ofensa a la dignidad humana. A su vez, propone por primera vez el desarrollo de mecanismos de protección y defensa de los derechos de las mujeres como fundamentales para luchar contra el fenómeno de la violencia contra su integridad física, sexual y psicológica, tanto en el ámbito público como en el privado, y su reivindicación dentro de la sociedad.

El art. 7º plantea que los Estados que son parte de la Convención convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia.

Las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad hacen referencia a la discriminación y estado de vulnerabilidad que tiene la mujer en cuanto al acceso a la justicia, por lo que, en los casos de violencia a la mujer especialmente, se deberán establecer mecanismos eficaces destinados a la protección de sus bienes jurídicos, el acceso a los procesos judiciales y a su tratamiento ágil y oportuno (apart. 20).

Del fallo surge, además, que el contexto de violencia de género amerita un abordaje que debe ser realizado desde los contenidos del derecho de la mujer a una vida libre de violencia, en virtud del riesgo de la situación en la que se encuentran ella y sus hijos.

Además de lo referido anteriormente, agrega como marco normativo la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 8º y 25), las convenciones de la mujer mencionadas, la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 19.1) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14).

Sumado a ello, y en torno a la existencia de niños involucrados, cita la observación general 13 del Comité sobre los Derechos del Niño

(2011) —“Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia” —, se menciona comprendida en la expresión “perjuicio o abuso (...) mental” del art. 19, párr. 1º, de la Convención, al maltrato psicológico, abuso mental, agresión verbal y maltrato o descuido emocional y puede consistir en exponerlo a la violencia doméstica (punto 21, violencia mental).

IV.3. Marco normativo nacional

El marco normativo nacional se encuentra establecido por leyes especiales de protección contra la violencia familiar y de género. La diferencia entre unas de otras es que las primeras colocan a todas las partes en un mismo plano de igualdad procesal; sin embargo, la Ley de Violencia de Género reconoce previamente la violencia estructural simbólica que padece la mujer, conformada por prácticas, discursos, imágenes, signos que colocan al género femenino en una posición netamente inferior al masculino.

La ley 12.569 de Protección contra la Violencia Familiar del ámbito de provincia de Buenos Aires prevé el dictado de medidas de aseguramiento urgentes, a los fines de amparar a quienes *prima facie* aparecen como víctimas de violencia familiar (6).

El art. 7º, inc. n, establece, entre las medidas que tiene la autoridad judicial para adoptar, la posibilidad de dictar toda otra medida urgente que estime oportuna para asegurar la custodia y protección de la víctima. De esta manera, la medida relaciona el caso con la urgencia en decidir de manera inmediata y la finalidad de la medida.

El art. 4º de la ley 26.485 de protección integral, cuando define a la violencia contra la mujer, menciona que es cualquier conducta que afecta, entre otros bienes jurídicos, a la

(6) C. Civ. y Com. Morón, 13/12/2018, “P. S. L. c. P. C. M. s/ protección contra la violencia familiar (ley 12.569)”, MJ-JU-M-116873-AR | MJ116873.

seguridad personal. El art. 7º, inc. c, garantiza como deber del Estado el de la asistencia en forma integral y oportuna de las mujeres que padecen cualquier tipo de violencia, asegurándoles el acceso gratuito, rápido, transparente y eficaz de los servicios creados a tal fin, así como promover la sanción y reeducación de quienes ejercen violencia.

V. Protocolo

La existencia de un protocolo con respecto al tema es una manera de implementar las medidas de seguridad mencionadas con reglas específicas de carácter técnico y/o práctico.

Con respecto a esto, se ha dicho que el juzgado actuante deberá, como complemento de la restricción perimetral y entre otras medidas que puedan considerarse, evaluar, trabajando juntamente con las autoridades administrativas competentes, la posibilidad de la utilización de la tecnología de geolocalización y geoposicionamiento que permita un contralor constante de aproximación y ubicación del denunciante respecto de la denunciada (7).

Del Protocolo de Actuación para Dispositivos Electrónicos Duales de la Provincia de Buenos Aires se desprende la finalidad de tal medida, que tiene como objeto garantizar el cumplimiento de la medida cautelar dictada judicialmente, constituyendo los dispositivos tecnologías de verificación de presencia y localización dual diseñadas a fin de efectuar un seguimiento de cumplimiento de las medidas dispuestas cautelares judicialmente en casos de violencia de género. El sistema está compuesto por una "tobillera" y un "dispositivo rastreador", destinados al presunto agresor,

y un "dispositivo rastreador" destinado a la mujer en situación de violencia.

VI. La resolución

La resolución en este procedimiento debe marcar el conocimiento acabado del asunto, el contexto y lo que debe ser necesario para lograr la mentada protección (8). La resolución del fallo tiene algunos puntos a resaltar:

1) La ampliación de las medidas adoptadas inicialmente contempla lo descripto y tiende a garantizar el cumplimiento de ellas con la notificación al demandado de que, en caso de incumplirlas, se derivarán las actuaciones al fuero penal inmediatamente.

2) El otorgamiento de dispositivos electrónicos de geoposicionamiento, son colocados a ambas partes y deben ser monitoreados para garantizar la efectividad de su implementación.

3) Con respecto al niño involucrado en la situación de violencia, se dispone el reintegro a su progenitora por intermedio de la autoridad policial, requiriendo al personal interviniente que arbitre los medios necesarios en pos de no perjudicar el niño. Además, se cita al juzgado para efectivizar su derecho a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta. De esta forma, al plexo normativo aludido se agrega el específico sobre niñez y adolescencia dotado por la Convención de los Derechos del Niño, las observaciones generales del Comité de los Derechos del Niño, la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos del Niño, Niña y Adolescente y la ley 13.298 de provincia de Buenos Aires y sus modificaciones.

4) Como una manera de controlar el accionar policial, se pone en conocimiento de la Dirección de Asuntos Internos del Ministerio de Seguridad la presentación efectuada por la actora y el informe actuarial de la Secretaría del juzgado dando cuenta del accionar

(7) "Manual de legislación sobre la violencia contra la mujer", Departamento de Asuntos Económicos y Sociales, División para el Adelanto de la Mujer de la Organización de Naciones Unidas, cit. en VANINETTI, Hugo A., "El empleo de tecnologías de geoposicionamiento en medidas restrictivas para casos de violencia", LA LEY 2018-E-1236.

(8) ORTIZ, Diego, "Hacia la eficacia...", ob. cit.

de la comisaría interviniente. Con respecto a esto, cabe citar el art. 36 de la ley 26.485, que plantea que los/as funcionarios/as policiales y cualquier otro/a funcionario/a público/a a quien acudan las mujeres afectadas tienen la obligación de informar sobre: a) los derechos que la legislación le confiere a la mujer que padece violencia y sobre los servicios gubernamentales disponibles para su atención; b) cómo y dónde conducirse para ser asistida en el proceso.

VII. Conclusión

Como conclusión del fallo que he comentado, las resoluciones en los casos de violencia de género en su modalidad familiar deben garantizar la seguridad de las mujeres y niños involucrados, adaptándose a los nuevos escenarios que se presentan. En aras de lograr ese cometido, se debe adoptar todo tipo de medidas de seguridad adecuadas y conforme las circunstancias del caso.

INSCRIPCIÓN REGISTRAL

Pretensión destinada a ordenar al Registro de las Personas de la Provincia de Buenos Aires la inscripción de la defunción fetal del hijo de la peticionante – Expedición de la licencia de inhumación de los restos

Con nota de Soledad Deza

1. — Corresponde ordenar al Registro de las Personas de la Provincia de Buenos Aires que proceda a inscribir la defunción fetal del hijo de la peticionante y a expedir la licencia de inhumación correspondiente a fin de que la actora pueda dar sepultura a los restos de su hijo, pues se encuentran en juego bienes jurídicos inalienables tanto del nasciturus o “mortinato” como de la madre actora, cuya efectivización debe ser inmediatamente garantizada
2. — Conforme fuera consagrado por el art. 63 del Cód. Civil de Vélez y surge actualmente del art. 19 del nuevo Cód. Civil y Comercial, el feto es reconocido por el derecho argentino como persona, definido como “persona por nacer”.

JContencioso administrativo Nro. 1, Zárate-Campana, 07/10/2019 - Tornatori, Brenda Marisol / materia a categorizar

1ª Instancia.- Campana, octubre 7 de 2019.

Resulta:

I. A fs. 14/22 (17/04/2019) se presenta la Sra. B. M. T. por su propio derecho, con el patrocinio letrado del Dr. S. B. (Defensor Oficial) y solicita que se ordene judicialmente la inscripción registral de la defunción fetal de su hijo (acaecida el 06/01/2018 en el Hospital “San José” de Campana) y el otorgamiento de la correspondiente licencia de inhumación de dichos restos, para proceder a su sepultura.

Relata que el 06/01/2018 a las 12.30 hs. fue atendida en el Hospital “San José” de Campana y que en esa oportunidad expulsó un feto de sexo masculino de 26 semanas de gestación, quien

falleció a causa de asfixia intrauterina no traumática (hecho que acredita con la copia certificada de certificado de defunción fetal que acompaña).

Expresa que promueve la presente acción por haber vencido el plazo previsto en el art. 88 de la ley 14.078, como consecuencia de la realización de la autopsia correspondiente para conocer la causa de la muerte de su hijo.

Refiere que los restos fetales se encuentran conservados en el Hospital “San José” de Campana a la espera de la orden judicial que autorice su inhumación.

Agrega que oportunamente (24/09/2018) solicitó al Registro Provincial de las Personas de la Pcia. de Buenos Aires la inscripción de la defunción fetal por vía administrativa (expediente N° 2018-23970586-GDEBA-SDAMGGP) y que el referido organismo denegó tal pedido por encontrarse vencidos los plazos legales.

Manifiesta que en el caso de autos, la muerte fetal se clasifica legalmente como “M.F. Intermedia” (entre 20 semanas y menos de 28 semanas de gestación), por lo que resulta obligatoria la certificación de la defunción.

Agrega que el certificado de defunción solicitado es el documento médico legal idóneo que acredita la muerte de una persona o la defunción fetal, que es de confección obligatoria para los médicos, conforme lo dispuesto por la ley 17.132.

Refiere que la orden de inscripción de la defunción fetal deberá contemplar además la respectiva autorización para la empresa fúnebre, la indicación del destino final de los restos y la constancia de inhumación, en su caso.

Solicita además el dictado de una medida cautelar de prohibición de innovar, peticionando que se ordene al Hospital Municipal “San José” de Campana, que se abstenga de adoptar cualquier medida que pudiera modificar el estado de resguardo que dicho nosocomio viene otorgando a los restos de su hijo.

Funda en derecho y ofrece prueba.

II. A fs. 24 (23/04/2019) se ordena requerir informe previo a la Municipalidad de Campana sobre los hechos denunciados en la demanda

(en los términos del art. 23 inc. 1 del CCA) y se da intervención a la Sra. Asesora de Incapaces Departamental, quien (a fs. 26) asume la intervención correspondiente en los términos del art. 103 del Cód. Civ. y Comercial.

III. A fs. 29/33 (07/05/2019) luce sentencia interlocutoria por la que se hace lugar a la medida cautelar peticionada: se ordena a la Municipalidad de Campana que se abstenga de modificar la situación de hecho imperante en relación a la conservación del feto fallecido, asegurando las medidas de preservación del cadáver necesarias, a fin de que la actora pueda inhumar dichos restos una vez culminada la tramitación de la inscripción registral del fallecimiento fetal y obtenida la licencia de inhumación correspondiente.

A fs. 72 (06/09/2019) la actora solicita que se dicte sentencia. Encontrándose las actuaciones en este estado.

Considerando: I. En las presentes actuaciones, la Sra. B. M. T., con el patrocinio letrado del Dr. S. B. (Defensor Oficial), inició acción judicial con fundamento en el fallecimiento de su hijo ocurrido el 06/01/2018 a las 12.30 hs. en el Hospital Municipal "San José" de Campana (oportunidad en que la actora expulsó un feto de sexo masculino de 26 semanas de gestación).

La pretensión se halla enderezada a obtener una resolución judicial mediante la cual se ordene al Registro de las Personas de la Provincia de Buenos Aires (en adelante "Registro de las Personas") que proceda a:

- (i) inscribir la defunción fetal de su hijo;
- (ii) expedir la licencia de inhumación de dichos restos.

Conforme fuera denunciado en el escrito de inicio, tal petición obedece a la involuntaria demora producida en la inscripción registral de tales hechos jurídicos, en virtud de la práctica de una autopsia sobre los restos fetales que fuera efectuada en fecha 18/06/2018 (cfr. copia de informe de anatomía patológica de fs. 6/8).

En ese contexto, una vez efectuada por la Defensoría Oficial Departamental la presentación administrativa correspondiente ante el "Registro de las Personas" requiriendo dicha inscripción,

este emitió un acto administrativo determinando la imposibilidad de acceder a la misma por esa vía, por haber vencido el plazo legalmente admitido para su otorgamiento por parte del Director de dicho órgano (cfr. fs. 5).

Por ello, la actora se vio impulsada a iniciar la presente acción, en la cual (tal como ya se relatará) a pedido de la primera esta judicante dictó una medida cautelar (en fecha 07/05/2019, fs. 29/33) contra un tercero ajeno a la litis (Municipalidad de Campana) ordenándole que garantizara la preservación del feto hasta tanto se dicte la sentencia (cuyo abordaje se realiza por al presente) en torno a la cuestión fonal planteada.

Expuesto así el *thema decidendum* planteado, he de señalar en primer lugar que la acción intentada contempla una pretensión de reconocimiento de derecho contra la Provincia de Buenos Aires (Registro de las Personas) en los términos del art. 12 inc. 2 del CCA.

Asimismo, las particularidades de dicha acción y los propios términos de la legislación aplicable al caso, permiten concluir que ella ha de tramitar por los carriles de los "procesos voluntarios", en tanto constituyen el cauce jurídicamente idóneo para la sustanciación y resolución judicial prevista en la normativa para las órdenes judiciales de inscripciones de estado de las personas (Libro VII, Título I, art. 823 del Cód. Proc. Civ. y Comercial; por remisión del art. 77 del CCA).

Al respecto, ha señalado la Suprema Corte provincial: "En el proceso voluntario no hay parte en el sentido estricto, sino peticionarios, la sentencia dictada no es 'contra' o 'frente' a nadie, pues es la realización de un solo interés. Además, el pronunciamiento del juicio voluntario es eminentemente constitutivo de un estado jurídico nuevo, mientras que la sentencia, en el contencioso, tiene a la acabada concretización de relaciones jurídicas existentes" (SCBA, Ac. 81.531, "A.N.E. c. K., C.A. s/ Divorcio", sent. de 10/08/2005).

Así las cosas, la prueba rendida en las presentes permite proceder al dictado de la presente sentencia, en los términos que se exponen a continuación.

II. Normativa comprometida en la cuestión plantada:

II. 1.- Bienes jurídicos tutelados - Normativa de fondo:

En primer lugar (y tal como fuera anticipado en la sentencia interlocutoria dictada en estos actuados), la situación planteada debe ser analizada a la luz de los términos consagrados por el Cód. Civ. y Com. de la Nación en su Título I “Persona Humana”:

Art. 19: “Comienzo de la existencia de la persona: la existencia de la persona humana comienza con la concepción”.

Art. 21: “Nacimiento con vida. Los derechos y obligaciones del concebido o implantado en la mujer quedan irrevocablemente adquiridos si nace con vida. Si no nace con vida, se considera que la persona nunca existió”.

Art. 51: “Inviolabilidad de la persona humana: La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad”.

Art. 61: “Exequias. La persona plenamente capaz puede disponer, por cualquier forma, el modo y circunstancias de sus exequias e inhumación, así como la dación de todo o parte del cadáver con fines terapéuticos, científicos, pedagógicos o de índole similar. Si la voluntad del fallecido no ha sido expresada, o esta no es presumida, la decisión corresponde al cónyuge, al conviviente y en su defecto a los parientes según el orden sucesorio, quienes no pueden dar al cadáver un destino diferente al que habría dado el difunto de haber podido expresar su voluntad”.

Conforme fuera consagrado por el art. 63 del Cód. Civil de Vélez y surge actualmente del art. 19 del nuevo Cód. Civil y Comercial, el feto es reconocido por el derecho argentino como persona, definido como “persona por nacer”.

“Se reconoce al nasciturus o persona por nacer como sujeto de derecho, y por ende, protegido por la legislación civil siendo pasible de adquirir derechos y obligaciones colocándose el eje en la noción de la concepción” (Herrera, Marisa, Caramelo, Gustavo, Picasso, Sebastián, Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado, Título Preliminar y Libro Primero, Infojus, Bs. As., 2015, p. 50).

Ha sido señalado por parte de tal doctrina que la aludida dicha personalidad de “la persona por nacer” está supeditada a una condición resolutoria (el nacimiento con vida) por lo que si el niño nace muerto queda cumplida la condición y extinguida retroactivamente la personalidad en tanto que “se sienta como principio una condición resolutoria: los derechos y deberes que adquiere el concebido... o implantado en la persona...se consolidan o quedan irrevocablemente adquiridos con el nacimiento con vida” (cfr. Herrera, Caramelo, Picasso, ob. cit, p. 54, relativo a la segunda parte del art. 21 del Cód. Civ. y Comercial).

Sin embargo, lo cierto es que una interpretación armónica del plexo normativo fondal permite afirmar que la aludida condición resolutoria (especialmente relativa a derechos de contenido patrimonial) no sería aplicable a los “derechos personalísimos” del no nato (cfr. arts. 51 ss. del Cód. Civ. y Comercial, entre ellos: el derecho al nombre, así como al reconocimiento de su cuerpo como cadáver —lo que se halla estrechamente ligado al derecho a recibir adecuada sepultura—) tal como surge de varios artículos del Cód. Civ. y Comercial (vgr. arts. 22 y 24 inc. 1, que se refieren a la incapacidad de ejercicio de la persona por nacer; 101 inc. a: que reconoce a los padres como representantes de sus hijos como “personas por nacer”; 574: relativo a la posibilidad de reconocimiento de un hijo por nacer).

Al respecto, es dable destacar la importancia de la incorporación de la aludida normativa (sobre “exequias”) por parte del legislador y —precisamente— en el capítulo relativo a los “derechos y actos personalísimos” (Arts. 51/61 del Cód. Civ. y Comercial), habiendo expresado la doctrina que el artículo surge:

“... como una emanación del derecho a la integridad corporal, autonomía y dignidad, se reconoce expresamente la posibilidad de disponer, por un lado, la forma, modo o circunstancias de las exequias e inhumación y, por el otro, la posibilidad de disponer del cadáver con fines terapéuticos, científicos... la persona puede decidir el modo y circunstancias de sus exequias e inhumación, es decir, puede decidir las circunstancias de su sepelio, si quiere o no velatorio, si quiere

ser cremado, inhumado, enterrado, etc. [...] Si la voluntad no puede presumirse, entonces la decisión corresponde al cónyuge, al conviviente y, en su defecto, a los parientes según el orden sucesorio..." (Herrera, Caramelo, Picasso, ob. cit., p. 150).

Desde otra óptica, también es posible señalar la trascendencia que los seres humanos (en distintas tradiciones y culturas) han asignado a la preservación del cadáver para posibilitar su ulterior inhumación por parte de sus seres queridos, como derivación del respeto que históricamente han despertado los restos mortales con fundamentos tanto de orden filosófico como religioso.

Ello ha sido especialmente destacado por la doctrina del Superior Tribunal Provincial, el cual ha señalado que el derecho de sepultura de los restos de los seres queridos se vincula con los sentimientos de los allegados al momento de honrar su memoria, rendirles culto y elaborar su duelo (cfr. causa C 101.958, "L., B. E. c. Pcia. de Buenos Aires s/ Daños y Perjuicios", sent. de 22/12/2015, voto del Dr. De Lázari).

Así, ha señalado la SCBA:

"...si bien es opinión general que el cadáver no es comercializable... es indudable que los sobrevivientes tienen el poder de decidir qué destino se le dará y que el mantenimiento de la sacralidad, derivada de las costumbres y los afectos subsistentes, se transforma cuando, como en el caso, deja de tener identificación reconocida y reconocible... con lo cual nos encontramos frente a un derecho personalísimo que ha sido vulnerado..." (voto Dr. Genoud) y que "...el respeto a la memoria de los muertos constituye uno de los aspectos de la solidaridad humana. Hay un vínculo existente —paradójicamente a pesar de la muerte— entre los vivos y los que ya fallecieron. El respeto a los restos mortales también descansa en las creencias de los sobrevivientes en cuanto al destino post mortem del fallecido. No hay que negar que la muerte de un individuo afecta directamente la vida así como la situación jurídica de otros individuos, en especial sus familiares. Frente a la angustia generada por la muerte de un ser querido, los ritos fúnebres y su específica vinculación con el destino de los restos mortales, buscan traer un mínimo consuelo. De ahí la importancia del respeto a los restos mortales: su ocultamiento o

pérdida priva a los familiares también del ritual fúnebre, que atiende a necesidades del propio inconsciente y alimenta la esperanza en el prolongamiento o permanencia del ser, aunque solo sea en la memoria viva y en los lazos afectivos..." (causa B. 53.499, "L., R. P. y otra c. Municipalidad de Lanús s/ Demandada Contencioso Administrativa", sent. de 27/03/2008, voto del Dr. De Lázari).

También los tribunales inferiores provinciales se han pronunciado en favor del reconocimiento de la trascendencia del instituto jurídico relativo al derecho a la "exhumación de los cadáveres": "el culto a los muertos es un hecho jurídicamente tutelado y los parientes más próximos gozan del derecho subjetivo de custodiar sus restos y de perpetuar cuanto venerar su memoria" (CC01 QL "Mizu, Leonardo D. c. Mizu, Alberto A. s/ Daños y Perjuicios", sent. de 06/11/2008).

En tal sentido, se ha resuelto que "...existe sin duda una inveterada costumbre que encuentra sus raíces en un rito social y familiar de culto a los muertos por todos conocido del que han sido privados de por vida los progenitores, ya que la desaparición de los restos del feto [...] les ha privado definitivamente de expresar su dolor por tal pérdida, de saber que se encuentra en un sitio sagrado donde rendirle a través de ofrendas o el simple contacto periódico, el testimonio de su dolor: desahogo que sin duda hubiera atenuado su angustia" (CC01 SN, "Correa, Víctor O. y otro c. Munic. de San Pedro y otro s/ Daños y Perjuicios", sent de 05/05/2009).

II. 2.- En segundo término, corresponde analizar el marco normativo procesal que se encuentra comprometido en el caso de la inscripción registral requerida:

Ley Provincial 14.078 - Ley Orgánica del Registro de las Personas de la Provincia de Buenos Aires - BO 13/01/2010 (y sus modif., especialmente Ley 14.853)

Art. 1: "Se registrarán por la presente Ley el Registro de las Personas de la Provincia de Buenos Aires y los actos de registración de las circunstancias de nacimiento, matrimonio, defunción, estado civil, capacidad, identificación personal y estadística".

Art. 2: "El Registro de las Personas dependerá funcionalmente del Ministerio de Gobierno..."

Título V. Nacimiento. Capítulo V. Defunción Fetal:

Art. 49: "En el caso que el fallecimiento del feto ocurra con anterioridad a la expulsión completa o extracción del cuerpo de la madre, cualquiera que haya sido la duración del embarazo; constatado por el hecho de que, después de tal separación, el feto no respira ni muestra cualquier otro signo de vida, tal como el latido del corazón, la pulsación del cordón umbilical o el movimiento efectivo de músculos voluntarios, se dará el tratamiento previsto en el presente capítulo...".

Art. 50: "...Cuando la muerte fetal sea intermedia (desde veinte (20) a menos de veintiocho (28) semanas), tardía (desde veintiocho (28) semanas completas o más), o de peso superior a quinientos (500) gramos deberá procederse a labrar el acta de defunción fetal".

Art. 51: "En la inscripción de una defunción fetal, se consignará como nombre "N". Cuando se demuestre al tiempo de la inscripción el matrimonio de los padres, se consignará en el asiento sus nombres y apellidos. Cuando no se demuestre el matrimonio de los padres, se seguirán las siguientes reglas:

1) Deberá consignarse en la inscripción únicamente el nombre y apellido de la madre y/o padre que hubiere suscripto el formulario de denuncia de la defunción.

2) De no suscribirlo ninguno de ellos, se le consignará un apellido común".

Título VII. Defunciones. Capítulo único:

Art. 87: "Se inscribirán en los libros de defunciones:

a) Las que ocurran en el territorio de la Provincia de Buenos Aires;

b) aquellas cuyo registro sea ordenado por Juez Competente...".

Art. 88: "Dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la comprobación del fallecimiento deberá hacerse su inscripción ante el oficial público que corresponda al lugar en que ocurrió la defunción. Transcurrido este plazo y hasta el plazo máximo de sesenta (60) días, podrá por disposición del Director Provincial autorizarse su

inscripción cuando existiere motivo fundado. Vencido dicho plazo la inscripción deberá ser ordenada judicialmente".

Art. 90: "El hecho de la muerte se probará con el certificado de defunción extendido por el médico que hubiera asistido al fallecido en su última enfermedad y, a falta de él, por otro médico, que en forma personal hubiere constatado la defunción y sus causas...".

Art. 95: "La licencia de inhumación o cremación de un cadáver será expedida por el oficial público del Registro Civil, teniendo a la vista el acta de defunción...".

Art. 96: "Para autorizar la sepultura o cremación de un cadáver el encargado del cementerio o crematorio en su caso, exigirá la licencia de inhumación o cremación expedida por la autoridad del Registro Civil de la localidad donde se produjo el fallecimiento...".

Decreto del Gobernador de la Pcia. de Bs. As. 2047/2011 (del 14/11/2011): Reglamentación de la ley 14.078.

Anexo I

Art. 1: "El Registro de las Personas de la Provincia de Buenos Aires actuará en los Municipios en que se divide la Provincia a través de oficinas locales a cargo de un agente con funciones de Delegado".

Anexo II

Art. 2: "El Director Provincial del Registro de las Personas es el responsable a cargo del Registro de las Personas de la Provincia de Buenos Aires".

III. Así, los principios propios de los bienes jurídicos que se encuentran comprometidos en la cuestión analizada (derecho de fondo) y la consagración normativa prevista por el legislador para la inscripción registral reclamada, permiten concluir que la inscripción (tardía) en el Registro de las Personas constituye una cuestión estrechamente vinculada a la salvaguarda de derechos inalienables:

* del nasciturus (por un lado): a la identidad, así como a la recepción de una digna sepultura de su cuerpo;

* de los familiares (por el otro): a realizar una adecuada inhumación de sus restos para brindarles culto y venerar su memoria.

Cabe resaltar que la misma normativa detallada (Ley 14.078, orgánica del Registro de las Personas de la Provincia de Buenos Aires) tuvo como objetivo adecuarse en el ámbito provincial a algunas de las cuestiones que habían sido incorporadas por el legislador nacional tras la sanción de la Ley Nacional 26.413 (del 10/09/2008) en materia de inscripción de nacimientos (entre otras cosas).

De esta manera, el legislador provincial (como el nacional) propició la consagración de relevantes reformas tendientes a garantizar “el derecho a la identidad, íntimamente ligado a la efectiva inscripción de su persona en los registros respectivos...” (“Fundamentos de la Ley 14.078; <http://www.gob.gba.gov.ar/legislación>).

Al respecto, tampoco he de soslayar el reproche que ha despertado la actual legislación registral referida (tanto nacional como provincial), en tanto ella omite la cabal consagración del Derecho al Nombre que también asiste al nasciturus (o “mortinato”) al disponer que —si bien se dispone la inscripción del fallecimiento e inhumación de sus restos bajo ciertos parámetros— solo admite la primera como “NN” (cfr. proyecto de reforma de la Ley nacional 26.413 —cuyo art. 72 octies incorpora la obligatoriedad de inscripción del “nombre, apellido y sexo del nacido sin vida” https://www.diputados.gov.ar/proyectos.jsp?exp=0360_D-2018; proyecto redactado por la Fundación “Era en Abril”, sin que el mismo implique modificación alguna a los términos de los arts. 19 / 21 del Cód. Civ. y Comercial).

No obstante, ciñéndome a los estrictos términos de la pretensión tal y como ha sido planteada por la Defensoría patrocinante, he de circunscribir la presente al análisis de la procedencia de las dos peticiones objeto de la demanda (Considerando I).

A la luz de los lineamientos expuestos, corresponde ingresar en el análisis de la prueba acompañada a la demanda, valorada a la luz de los principios de la sana crítica (art. 384 Cód. Proc. Civ. y Comercial), a fin de determinar si resulta procedente la pretensión deducida:

Con el certificado de defunción fetal expedido por la Dra. F. R. en el Hospital “San José” de Campana (cuya copia certificada obra a fs. 9/10), tengo por acreditado que en fecha 6 de enero de 2018, aproximadamente a las 12.30 hs., la actora

expulsó un feto de sexo masculino, de 26 semanas de gestación, quien falleció como consecuencia de un cuadro de asfisia intrauterina no traumática (cfr. art. 90 ley 14.078).

Con el informe de anatomía patológica (cuya copia luce a fs. 6/8) surge probado que la autopsia del feto tuvo lugar en fecha 18/06/2018, habiendo transcurrido el plazo de sesenta (60) días previsto para que el Director Provincial pueda llevar a cabo la inscripción de la defunción fetal (cfr. art. 88 ley 14.078).

En este sentido, a fs. 5 obra copia de la contestación de oficio remitida por el Registro Provincial de las Personas (Delegación Campana) a la Defensoría Oficial Departamental en fecha 25/10/2018, en la que se consigna el rechazo de la posibilidad de inscripción de la defunción (administrativa), indicándose la necesidad de promover la acción judicial pertinente:

“...esta Dirección Técnica informa que se ve imposibilitada a cumplimentar dicha manda judicial, debido a que se encuentran vencidos los plazos legales para tal fin. Asimismo, deberá acompañarse el original del certificado de Defunción Fetal adunado al presente, como también la orden de inscripción debe ser emanada de la autoridad judicial competente al efecto...Finalmente, se solicita se haga referencia a las actuaciones administrativas N° Ex-2018-23970586-GDEBA-SDAMGGP, al momento de dar respuesta a la presente”.

IV. En razón de las consideraciones expuestas, encuentro reunidos los requisitos previstos en la citada ley provincial que tornan procedente la orden de inscripción solicitada, en los términos de los arts. 88 de la ley 14.078 y 823 del Cód. Proc. Civ. y Comercial.

Ello así, en tanto que en la cuestión sometida a análisis he de ponderar que se encuentran en juego bienes jurídicos inalienables tanto del nasciturus o “mortinato” como de la madre actora, cuya efectivización debe ser inmediatamente garantizada (conforme el desarrollo efectuado en los Considerandos II y III de la presente).

En tal contexto, las probanzas detalladas me conducen a tener por comprobado el fallecimiento del bebé dentro del lapso que va desde la semana veinte a la veintiocho en fecha 06/01/2018, merced

a la constancia médica suscrita por la Dra. F. R., fallecimiento que no ha sido oportunamente inscripto por causas ajenas a omisión reprochable a la actora.

Por ello, corresponde sin más trámite ordenar al Registro de las Personas de la Provincia de Buenos Aires que (en el marco del Exp. Adm. N° 2018-23970586-GDEBA-SDAMGGP) proceda a:

(i) inscribir la defunción fetal denunciada en autos conforme a los términos del certificado expedido por la Dra. F. R. (arts. 50 segundo párrafo, 51, 88 Ley 14.078);

(ii) expedir la licencia de inhumación correspondiente (art. 95 ley 14.078) a fin de que la actora pueda dar sepultura a los restos de su hijo.

V. Con relación a las costas del proceso, en atención a las particularidades propias de la presentación de solicitud de inscripción de defunción fetal que constituye el objeto de la pretensión de este proceso voluntario, corresponde abstenerme de imposición alguna.

Por los argumentos expresados, corresponde y así resuelvo: I. Ordenar al Registro de las Personas de la Provincia de Buenos Aires que

—en el marco del expediente administrativo N° Ex-2018-23970586-GDEBA-SDAMGGP— proceda a: (i) inscribir la defunción fetal denunciada en estos actuados que surge certificada por la Dra. F. R. en el instrumento correspondiente, que reza: “Certifico que a Doña T. B. Documento Tipo DNI N° ... el día 6 de enero del año 2018 a la hora 12.30... expulsó un feto del sexo masculino de 26 semanas de gestación, siendo la causa inmediata o final asfixia intrauterina no traumática...”, (ii) expedir la licencia de inhumación fetal correspondiente a fin de que la actora pueda dar sepultura a los restos de su hijo (cfr. arts. 50 segundo párrafo, 51, 88, 95 Ley 14.078). II. Abstenerme de imponer costas por no haber existido sustanciación alguna. Regístrese. Notifíquese por Secretaría. A tal fin, remítanse las actuaciones a la Defensoría Oficial, sirviendo la presente de atenta nota de envío. Devueltas las actuaciones, remítanse a la Asesoría de Incapaces a fin de notificar la sentencia dictada en estos actuados. Librese oficio por Secretaría de la sentencia para ser presentado ante la Delegación Campana del Registro de las Personas de la Provincia de Buenos Aires, conjuntamente con el certificado de defunción fetal expedido por la Dra. F. R. en el Hospital “San José” de Campana. — *Mónica E. Ayerbe*.

El “feto” y el activismo judicial conservador

Soledad Deza (*)

Sumario: I. Introducción.– II. Si hay defunción fetal, no hay persona.– III. Vida fetal, activismo judicial y laicidad del derecho.– IV. Para seguir pensando sin prisa, pero sin pausa.

I. Introducción

Como madre, puedo imaginar el inmenso dolor de perder un embarazo buscado,

máxime si la edad gestacional es avanzada y quien gesta ya ha inscripto en el imaginario propio y el de su entorno ese producto de la gestación como un “hijo”, “hija” o “hije”.

(*) Abogada feminista, egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Tucumán. Magister en Género y Políticas (FLACSO). Docente de la Cátedra Libre de Género y Diversidad, de Sociología Jurídica y de Taller III en la Facultad de Derecho de la

UNT. Docente de Medicina Legal y Deontología del Instituto de Salud y Calidad de Vida de la Universidad San Pablo de Tucumán. Coordinadora del Área Litigio de Católicas por el Derecho a Decidir Argentina y presidenta de la Fundación Mujeres x Mujeres en Tucumán.

Como persona empática, puedo comprender el deseo de dar sepultura a ese feto, en cualquier credo que esa disposición última se ubique. Como abogada, entiendo que el derecho es un sitio en construcción permanente, donde las normas no deben recoger las preferencias morales de cada sujeto, sino que deben tener la suficiente generosidad de permitir que quepan dentro del orden social que regulan “amigos y extraños morales” (1). Como activista por los derechos humanos de las mujeres, observo con sorpresa que, frente a cierto activismo judicial conservador, los feminismos —históricamente posicionados como rupturistas dentro del orden social y del derecho— encarnamos por momentos el reclamo de positivismo.

Y con esto último quiero significar que como sociedad debemos interrogarnos seriamente acerca del rol jurisdiccional para corregir desigualdades, asegurar libertades y volver las vidas de las personas más justas, si frente a cada avance político o legislativo que hace

(1) Según Engelhardt, los amigos morales comparten una misma visión moral, y los extraños morales poseen visiones morales diferentes entre sí, muchas veces incompatibles. El problema más complicado estará en intentar resolver problemas morales apelando a un contenido entre extraños morales y no tanto entre amigos morales. Este es el intento de las diversas propuestas o modelos actuales nacidos en el ámbito del derecho, la filosofía o la política, también en el de la bioética, que apelan a determinada concepción o modelo sin tener que acudir a algún contenido. Pero, según Engelhardt, tienen el problema de que parten ya de una visión moral particular que, por supuesto, no es compartida por todos, pues “toda elección moral concreta presupone un sentido moral particular”. Claro, porque para que exista ese “sentido moral particular” compartido por todos hace falta un lenguaje común, y este será posible en tanto cada cual tome distancia de la propia eticidad que solo le provee de un lenguaje privado. Todos estos lenguajes privados constituyen lo que Engelhardt llama pluralidad de visiones morales. ENGELHARDT, T., “Los fundamentos de la bioética”, Ed. Paidós, Barcelona, 1995, 1ª ed.

crujir la familia patriarcal, el orden de social heteronormativo y los roles de género, los feminismos se ven obligados a reclamar el cumplimiento de la ley. Sí: lo curioso es que por momentos renunciamos a interpretaciones más justas y soluciones más creativas, para terminar, simplemente exigiendo el respeto por la ley.

El Poder Judicial pudo en este caso haber atendido el reclamo de la mujer, pudo haber mitigado el dolor y autorizarle la inhumación de los restos fetales. Pero debió hacerlo sin desarticular el sistema jurídico filiatorio y de parentesco, sin arrasar las normas que rigen el estado civil y la identidad de las personas y, sobre todo, sin apelar a interpretaciones del derecho que resultan discordantes del propio Código Civil, la Constitución de la Nación y con los tratados internacionales que Argentina ha suscripto.

Pudo además haber administrado justicia con un discurso franco y sin pervertir instituciones del derecho a través de un discurso que se presume neutral, pero que, a poco de leer, descubre un activismo judicial propio del momento que fuerza interpretaciones para construir sentidos jurídicos que en un futuro cercano contribuyan a abonar una personalidad fetal que no existe para nuestra ley. El poder del discurso del derecho es de difícil dimensión. Para Alicia Ruiz: “El derecho ‘narra’ (dice) lo que se debe hacer y no se debe hacer, decir y pensar. Prescribe y ordena en una secuencia, en un relato. He aquí su intervención visible, desembozada, ‘a cara descubierta’. En tanto, orden impuesto habitada, en cierta medida, formas de resistencia. Paralelamente, juega sin que lo advirtamos, naturalizando relaciones y vínculos. Así quedan ‘marcados’ los modos en que calificamos nuestras conductas, y las conductas de los que nos rodean, sin que nos hayamos planteado opciones ni elegido unas ‘razones’ mejores que otras para adoptarlas. Esta es su ‘cara más temible’, su costado oscuro; porque resulta muy difícil oponerse a una presencia que casi no percibimos. El derecho instituye sujetos y define identidades. Interviene en nuestras vidas cuando nos promete, cuando nos otorga,

cuando nos reconoce, cuando nos niega, cuando nos crea expectativas, cuando nos provoca frustraciones. Y, en todo momento, contribuye a dibujar el horizonte del mundo que habitamos, a través de ese relato que 'crea' hechos jurídicamente relevantes en la relación con normas ordenadas sistémicamente" (2).

Usar al derecho para administrar justicia es lo correcto, forzar el derecho para lograr justicia es peligroso y dejar de lado el derecho, aun cuando la finalidad pueda apreciarse valiosa, es imperdonable.

II. Si hay defunción fetal, no hay persona

Recibe el nombre de defunción fetal la muerte del producto de la concepción, antes de la expulsión o la extracción completa del cuerpo de la mujer, independientemente de la duración del embarazo; la muerte está indicada por el hecho de que, después de la separación, el feto no respira ni da ninguna otra señal de vida, como latidos del corazón, pulsaciones del cordón umbilical o movimientos efectivos de los músculos de contracción voluntaria (3). Todo producto de la concepción que al ser separado de la madre no presenta signos de vida es una defunción fetal y debe ser certificado médicamente como tal, a los fines estadísticos.

En relación a este tema, la *Dirección de Estadísticas e Información en Salud del Ministerio de*

(2) RUIZ, Alicia, "El derecho como discurso y juego", *Revista Jurídica Universidad Interamericana de Puerto Rico*, septiembre-diciembre 2003, p. 177. Ponencia presentada el 15 de agosto de 2003 en el Quinto Coloquio Internacional de Derecho Internacional y Derecho Comparado: Construyendo Redes de Pensamiento Crítico, presentado por Latina and Latino Critical Legal Theory, Inc. (Latcrit), celebrado en la Facultad de Derecho de la UBA.

(3) Definición recomendada por la Organización Mundial de la Salud y tomada para la República Argentina por la Dirección de Estadísticas y Salud del Ministerio de Salud de la Nación, disponible en www.deis.msal.gov.ar/wp-content/uploads/2016/01/Norm_InstDefF.pdf.

Salud de la Nación menciona: "La Conferencia Internacional para la Décima Revisión de la Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE-10) estuvo de acuerdo en que era aconsejable conservar las definiciones de nacido vivo y muerte fetal tal como aparecen en la Novena Revisión" (4). El Informe Estadístico de Defunción Fetal tiene por objetivo principal generar información estadística utilizada para estudiar los problemas de salud prenatales y obstétricos. También se usa para identificar factores que pueden tener consecuencias en el feto, como la edad gestacional y el peso.

El certificado médico de defunción fetal no solamente es un documento legal de suma importancia, sino que constituye una fuente primaria de datos con los cuales se elaboran estadísticas de mortalidad. Estas representan un instrumento imprescindible en la planificación, desarrollo y evaluación de los programas de salud, donde las autoridades sanitarias competentes desarrollan su labor en el campo de la prevención y lucha contra las enfermedades. Para cumplir con estos objetivos, se necesita poseer información estadística completa, veraz y adecuada en lo que atañe a las causas de muerte (5).

Por su parte, la ley 26.413 establece la obligación médica de certificar este hecho médico y biológico, diferenciándolo de aquel evento obstétrico donde acontece un nacimiento con vida. En efecto, dispone el art. 40 que "[s]i del certificado médico surgiera que se trata de una

(4) DIRECCIÓN DE ESTADÍSTICAS E INFORMACIÓN EN SALUD, MINISTERIO DE SALUD, PRESIDENCIA DE LA NACIÓN ARGENTINA, "Definiciones y conceptos en estadísticas de salud", disponible en www.deis.gov.ar/definiciones.htm.

(5) CARAMÉS, Viviana, "Certificado Médico de Defunción fetal", artículo original en *Boletín de Responsabilidad Profesional y Ética. Suplemento del Diario del Mundo Hospitalario*, publicación de la Asociación de Médicos Municipales de la Ciudad de Buenos Aires, año 2, nro. 4, mayo de 2007, disponible en www.medicosmunicipales.org.ar/brpye0507.htm#1.

defunción fetal, se registrará la inscripción en el libro de defunciones; si del mismo surgiere que ha nacido con vida, aunque fallezca inmediatamente, se asentarán ambos hechos en los libros de nacimientos y de defunciones, respectivamente”.

Es decir que, más allá de la diferencia en la edad gestacional en que se produzca esta muerte fetal —distinción solo prevista en la ley 14.078 de Buenos Aires en exceso de competencias legislativas que fueron atribuidas al Congreso de la Nación en el art. 75, inc. 12, de la Constitución Nacional y, por ende, no delegadas a las provincias— surge claro que el dato clave para identificar médica y jurídicamente una defunción fetal como hecho jurídico es la inexistencia de un nacimiento con vida. Y ese hecho jurídico no es menor, puesto que es presupuesto de la existencia misma de una persona.

En efecto, al mismo tiempo que *el art. 19 del Cód. Civ. y Com.* expresa que la existencia de la persona humana comienza desde la concepción, aclara en *el art. 21* del mismo plexo que “los derechos y obligaciones del concebido o implantado en la mujer quedan irrevocablemente adquiridos si nace con vida. Si no nace con vida, se considera que la persona nunca existió. El nacimiento con vida se presume”. Y habiéndose certificado una defunción fetal se derivan dos actos jurídicos: por un lado, se desvirtúa la presunción del nacimiento con vida precisamente al constatarse la muerte intrauterina; y, por otro lado, esa muerte significa al mismo tiempo la constatación de la inexistencia de la persona humana, por el cumplimiento de la condición resolutoria que trae el mismo art. 21. Complementa la noción del nacimiento con vida como acto de inflexión en cuanto a la existencia jurídica de una persona lo normado por *el art. 96 del Cód. Civ. y Com.*, que indica que “El nacimiento ocurrido en la República, sus circunstancias de tiempo y lugar, el sexo, el nombre y la filiación de las personas nacidas se prueba con las partidas expedidas por el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas”. Cobra acá relevancia la distinción efectuada por el art. 40

de la ley 26.413, en tanto especifica que si hubo un nacimiento con vida, aun cuando este sea de unos minutos, el personal de la salud certificará primero el nacimiento con vida y luego la defunción, a diferencia de la defunción fetal, donde, al no existir el acto jurídico del nacimiento, la persona no es registrada y, por lo mismo, su existencia no será inscripta, sino solo la defunción y a los fines estadísticos en materia de salud.

Adviértase que el art. 33 de la ley 26.413 aclara que para inscribir un nacimiento debe existir un “Certificado médico de nacimiento en el que constará: a) De la madre: nombre; apellido, tipo y número de documento nacional de identidad, edad, nacionalidad, domicilio, la impresión dígito pulgar derecha; b) Del recién nacido: nombre con el que se lo inscribirá, sexo, edad gestacional, peso al nacer e impresión plantal derecha si el nacimiento ha sido con vida; c) Tipo de parto: simple, doble o múltiple; d) Nombre, apellido, firma, sello y matrícula del profesional médico u obstétrica o el agente sanitario habilitado que atendió el parto; e) Fecha, hora y lugar del nacimiento y de la confección del formulario; f) Datos del establecimiento médico asistencial: nombre y domicilio completos; g) Observaciones”.

Si no hay una persona, tampoco habrá derecho a la identidad. Fernández Sessarego distingue la identidad estática de la identidad dinámica y explica: “la identidad de la persona, en tanto inescindible unidad psicosomática, presupone un complejo de elementos, una multiplicidad de aspectos esencialmente vinculados entre sí de los cuales unos son de carácter predominantemente físico o somático, mientras que otros son de diversa índole, ya sea esta psicológica, espiritual, cultural, ideológica, religiosa o política. Estos múltiples elementos son los que, en conjunto, perfilan el ser ‘uno mismo’, diferente a los demás, no obstante que todos los seres humanos son iguales” (6). Nótese que un certificado de defunción fetal no contiene —a diferencia del

(6) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, “El derecho a la identidad personal”, LA LEY 1990-D-1248.

certificado de nacido vivo— nombre, ni ningún otro dato que construya personalidad. Solo la referencia a la causa de la muerte y el resto de los datos hacen a la identidad, si se quiere estática, de la parturienta. Pero al involucrar identidad en su faz dinámica las relaciones sociales que la persona va generando a lo largo de su vida, comprende su historia personal, su biografía existencial, su estructura social y cultural.

Y frente a una defunción fetal, al no existir jurídicamente una persona, tampoco existirá derecho a la identidad posible. Aun cuando la sentencia llame “bebé” al producto de una defunción fetal, ello no le otorga personalidad, continuará siendo un jurídicamente un feto.

Lo mismo ocurre con el vínculo de filiación, dado que, al carecer de existencia jurídica ese producto de la concepción que muere dentro del útero, se extingue junto con su existencia la potencialidad de ser hijo/a y de tener filiación. Por más que la sentencia llame “madre” a la parturienta y a pesar de que la documentación certificatoria enuncie en sus casilleros como “madre” a quien ha parido, resulta imposible soslayar que el *art. 565 del Cód. Civ. y Com.* establece que “En la filiación por naturaleza, la maternidad se establece con la prueba del nacimiento y la identidad del nacido”. Nótese que la propia defunción fetal es prueba contraria al nacimiento con vida y que al no haber un nacimiento con vida no habrá una persona, y por lo mismo tampoco habrá prueba de identidad.

Continuando con el mismo razonamiento, *el art. 62 del Cód. Civ. y Com.* dispone: “La persona humana tiene el derecho y el deber de usar el prenombre y el apellido que le corresponden” y aclara que llevar un nombre es, a la vez, un derecho y un deber que tiene cada persona humana en orden precisamente a que este es un atributo de la personalidad y quien lo porta tiene derecho a usarlo y protegerlo de injerencias de terceros. La doctrina es conteste en que el nombre es un derecho humano autónomo emparentado con el derecho a la identidad. Ello equivale a afirmar que, si para tener identidad se precisa ser

persona, para portar un nombre —atributo de la personalidad— también.

En cuanto a la inviolabilidad que invoca la jueza en su sentencia, corresponde reflexionar de la misma forma. Cuando *el art. 51 del Cód. Civ. y Com.* afirma que “[l]a persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad”, ello no impediría que esa inviolabilidad subsista mientras tanto no se produzca la condición resolutoria del *art. 21*, es decir, mientras no ocurra una muerte intrauterina. Es decir, sin entrar en la discusión remanida sobre la categoría civil “persona por nacer” y su falta de equiparación jurídica a la persona que ya nació, solo considero imprescindible invitar a pensar que, comprendiendo la definición de la categoría “persona por nacer” una condición resolutoria en su existencia, una vez cumplida ella, la categoría se extingue y con ella cualquier tipo de proyección que el *art. 51* hubiera tenido eficacia de proyectar en términos de protección a la dignidad, libertad y cualquier otro derecho personalísimo cuyo resguardo afianzara su inviolabilidad. Lamm señala que “[e]n este sentido, la inviolabilidad de la persona, consagrada en el *art. 51, Cód. Civ. y Com.*, se relaciona con el *art. 17, Cód. Civ. y Com.*, que establece el principio de no comercialidad del cuerpo humano y sus partes, negándoles todo valor económico, pudiendo tener solo un valor ‘afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social...’. Es coherente establecer que la propia persona es la que puede disponer del cuerpo y de sus partes integrantes para los fines mencionados, sobre la base del reconocimiento de la dignidad ínsita del *art. 51, Cód. Civ. y Com.*” (7).

Otro tanto ocurre con la posibilidad de darle sepultura y disponer de los restos fetales. Jurídicamente, al no haber ocurrido un nacimiento

(7) LAMM, Eleonora, “Comentarios a los arts. 51 a 61”, en CAMELO, Gustavo - PICASSO, Sebastián - HERRERA, Marisa (dirs.), Código Civil y Comercial de la Nación comentado, Ed. Infojus, Buenos Aires, 2015, ps. 124-149.

con vida, esa vida fetal y la “persona por nacer” deben considerarse como inexistentes. Por ello, yerra otra vez la jueza cuando argumenta su decisión de autorizar la inscripción y la sepultura de un feto basándose en el *art. 61 del Cód. Civ. y Com.*, que regula la posibilidad de la persona mayor de edad — con plena capacidad —, o de sus parientes en cierto orden de prioridad allí establecido, de disponer de sus restos corporales. Volviendo a lo mismo, y sin ánimos de resultar reiterativa, si no existe una persona, no existe nadie con capacidad de disponer de sus restos corporales. Por un lado, porque el producto de la gestación que sufre una muerte intrauterina, al no alcanzar jamás la condición jurídica de “persona”, no puede ejercer ningún derecho, tampoco el de disponer de sus exequias. Y por el mismo motivo, no existe legitimación basada en el parentesco para reclamar en base a este artículo la inhumación del cadáver.

Me detengo brevemente para resaltar el uso sesgado de la doctrina que puede inducir a error si se descontextualiza la cita. La sentencia que se comenta cita, de forma errónea a Herrera, Caramelo y Picasso para abonar la personalidad fetal vinculada al derecho a la sepultura, el siguiente extracto que en realidad le pertenece a Eleonora Lamm: “Así, en este art. 61, como una emanación del derecho a la integridad corporal, autonomía y dignidad, se reconoce expresamente la posibilidad de disponer, por un lado, la forma, modo o circunstancias de las exequias e inhumación y, por el otro, la posibilidad de disponer del cadáver con fines terapéuticos, científicos, pedagógicos o de índole similar”. Y recorta, convenientemente, el final del párrafo, que indica que “Solo la ‘persona plenamente capaz’ puede disponer de su cadáver”.

De hecho, adviértase que en la metodología de la ley 26.413, la licencia para inhumación de una persona fallecida está regulada en los arts. 67 y 68, la legitimación para solicitar la disposición de un cadáver está enumerada dentro del art. 61 y los requisitos legales para la inscripción registral de la muerte — actos previos a la concesión de licencia por inhumación — están enumerados en el art. 63, todo del mismo capítulo de “Defunciones”, de cuya lectura surge indudable que es una prerrogativa

que le corresponde a personas. Esto equivale a afirmar que solo quienes han nacido con vida pueden jurídicamente morir y ser inhumados.

¿Quiero decir con esto que la falta de existencia jurídica de una persona en el caso de la muerte del producto de la gestación intraútero inhabilita la posibilidad de inhumar esos restos fetales y darles sepultura por el rito que se elija, si ese es el deseo de quien ha parido? No, de ninguna manera. Lo que quiero poner en cuestión es que el Juzgado Contencioso Administrativo pudo haber llegado al mismo resultado por deferencia moral hacia la subjetividad de la peticionante, pero reconociendo que configura una excepción a la ley. Dicho de otra forma, podría haber satisfecho el deseo de dar sepultura a los restos fetales sin forzar interpretaciones inconstitucionales del sistema de identificación de personas del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, sin detonar el sistema filiatorio que regula el Código Civil y Comercial.

En cuanto a la validez de la ley provincial 14.078, que habilitaría esta posibilidad según la jueza, corresponde considerar dos cuestiones muy importantes. Por un lado, cabe destacar que el art. 75, inc. 12, de la CN torna esta regulación inválida por haberse dictado sin las competencias legislativas necesarias. Nótese que es materia de competencias reservadas al Congreso de la Nación todo lo atinente a la regulación de los Códigos de fondo. Y, por otra parte, ella enerva instituciones centrales del derecho diseñadas jurídicamente para el resguardar el estatus civil y el derecho a la identidad de las personas en nuestro país, con la vulneración del sistema jurídico de registración de personas, irradia directamente efectos también violatorios en el derecho de familia, el derecho de sucesiones y hasta en el mismo derecho procesal, reconociendo legitimaciones en base a parentescos inexistentes.

De un tiempo a esta parte, desde que se clausurara el debate parlamentario por la legalización del aborto en nuestro país, se dictaron algunos fallos que denotan un activismo judicial en la construcción jurídica de la personalidad fetal por fuera de los estándares nacionales e internacionales vigentes. Entiendo que

esta sentencia se ubica dentro de ese activismo judicial conservador que pervierte un sistema jurídico en base a interpretaciones del derecho que denotan un desprecio absoluto por *el art. 2º del Cód. Civ. y Com.*, que dispone: “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”.

Este fallo se inscribe, al igual que otros fallos que señalaré brevemente más adelante y al igual que algunos proyectos de ley (8), en una estrategia político-religiosa que busca crear sentidos sociales sobre la personalidad fetal, apelando indebidamente al lenguaje del derecho y al sistema jurídico. Lo que se oculta detrás de este tipo de actos jurisdiccionales es un activismo judicial conservador que no escatima en pervertir institutos del derecho para menoscabar el derecho a decidir. Entonces, bajo la apariencia de ampliación de protecciones jurídicas, lo que se oculta en realidad es la operación política conservadora de sectores que no acuerdan moralmente con el derecho a decidir de las personas con capacidad de gestar —v.gr., anticoncepción, interrupción legal de embarazo, interrupción voluntaria de embarazo, contracepción quirúrgica, etc.— y minan la soberanía sexual, dotando de una personalidad jurídica que no tiene al feto, al embrión, al cigoto, al blastocito y/o a cualquier entelequia que puede enfrentarse como un “otro” distinto de la persona que gesta, invocando derechos. Invito a pensar —para contextualizar— en una sentencia de Corrientes que autoriza una adopción prenatal (9), en una sentencia de

Comodoro Rivadavia que autoriza una prisión domiciliaria para una mujer embarazada, guardando silencio sobre el único argumento invocado por la Defensa Pública que es “el interés superior del por nacer” (10) o en una resolución de una fiscal tucumana que insta a que la defensora de menores se apersona cuando existe una defunción fetal certificada (11).

Uso la palabra “activismo judicial” en el sentido en que la usa Dukelsky cuando reflexiona acerca de la inexistencia de actividad jurisdiccional “pura” o sin ideología: “... la ‘corporación judicial’ se presentará como técnico-neutral e invocará en forma abstracta la ‘independencia judicial’ para oponerse a medidas ampliatorias de los derechos fundamentales en tiempos de gobiernos populares, olvidando que la independencia de los magistrados implica también independencia del poder económico y otros poderes privados. Y en los ámbitos académicos dominantes se

(10) TOFed. Crim. Comodoro Rivadavia, 05/07/2019, “R. F. S. - Infracción ley 23.737”, Micro-juris online: Cita: MJ-JU-M-120189-AR | MJJ120189 | MJJ120189. La sentencia omite valorar este argumento y en pocos renglones acoge la pretensión sin valorarlo, siendo que existen sobrados instrumentos nacionales e internacionales que justifican esta modalidad de ejecución de la pena que nada tienen que ver con el interés superior del feto.

(11) Expte. nro. 64.581, caratulado “A determinar s/ homicidio”, donde la Fiscalía de Instrucción en lo Penal de la II Nominación del centro judicial Capital de Tucumán, a cargo de Adriana Giannoni, además de violar el art. 103 del Cód. Civ. y Com. exigiendo representaciones de personas inexistentes, otorga un rol de querellante a quien invoca “ser padre” del producto de la gestación de una niña de 14 años cuya certificación de la defunción fetal existe. Ello, en violación también de la normativa procesal y de la de fondo, ya que, al no haber persona, no hay vínculo, ni parentesco que habilite la querrela como particular ofendido (arts. 7º y 91 del Cód. Proc. Penal de Tucumán). “Si esto no es activismo judicial conservador, ¿el activismo conservador dónde está?”, Providencia de fecha 22/11/2019 dictada en los autos referenciados. Inédita.

(8) Proyecto de ley obrante en expediente 0360-D-2018. Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, ley 26.413. Incorporación del capítulo XII bis titulado “Registro de defunciones fetales”. Fecha: 06/03/2018.

(9) HERRERA, M. - DEZA, S. - DE LA TORRE, N., “¿Un fallo ‘revolucionario’ o una contraofensiva frente a la consolidación de los derechos humanos en clave de género?”, LA LEY del 09/09/2019, cita online: AR/DOC/2716/2019.

seguirá presentando a la ciencia del derecho como totalmente divorciada de la realidad social, invocando una neutralidad y pureza teórica capaz de legitimar cualquier medida o decisión jurídico-política” (12).

No hay neutralidad en decisiones judiciales que interpretan el derecho del nasciturus más allá de la ley. De la misma forma que no hay neutralidad en la actividad jurisdiccional que al amparo de pretensiones de reconocimiento de excepciones al derecho otorga de refilón —indirecta pero efectivamente— argumentos para quienes impugnan la autonomía sexual de las mujeres apelando a la construcción del feto como un “otro” distinto de la persona que gesta y así dotar —discursivamente— a la vida intrauterina de una personalidad que no tiene para el derecho. Tamar Pitch señala con acierto que “la escisión entre mujer y embrión ha tenido como consecuencia la construcción de la célula fecundada como ‘víctima’, prelude de su reconocimiento como ‘persona’, incluso jurídica. El giro puerocéntrico, o sea, la tendencia a poner en el centro a los niños, sus necesidades, intereses y derechos, dibuja una escena antagónica en la que se enfrentan dos sujetos: las mujeres y los embriones, las primeras poderosas, los segundos a su merced, y por tanto víctimas potenciales de aquellas” (13).

III. Vida fetal, activismo judicial y laicidad del derecho

Los discursos para otorgar personalidad al feto tienen como eje vertebrador al concepto de “vida”. Jaris Mujica explica que no es estrictamente una vida biológica la que buscan conservar los conservadores, sino una vida mucho más compleja que mezcla juicios morales con un enfoque radicalizado de la ciencia, donde lo

que está en juego no es solo “la vida dada por Dios”, sino también “la vida como núcleo de la ciencia, la biología y la medicina”. Es así que un “triedro compuesto por Ciencia-Iglesia-Estado” compone un discurso de soporte donde se sacraliza la vida como forma de una biología y queda indisponible para la persona por razones divinas. Finalmente, dice el autor: “esta vida, que la ciencia determina y la Iglesia sostiene, es asegurada políticamente por el Estado que defiende y es el soporte de su estructura de derechos, sobre todo en democracias modernas” (14).

La posición católica frente a todo aquello que suponga una intervención en los procesos de la vida nace, para Marta Lamas (15), del dogma religioso que indica que ni la mujer ni el hombre dan vida, sino que son depositarios de la voluntad divina. De ahí que la religión católica considere que, desde el momento de la fecundación, el ser humano en formación tiene plena autonomía de la mujer, cuyo cuerpo es un “mero instrumento divino” y por eso cree también que, desde ese mismo momento, el producto en formación es alguien absolutamente equiparable al ser humano nacido, pues desde el primer instante tiene “alma”.

Existe una construcción cultural del feto como sujeto de derecho que cuenta con un entretreído de discursos conservadores donde el discurso del derecho y sus tribunales tiene muchas veces una participación activa. Como lo señala Morán Faúndes, frente a cada discusión que incluya la palabra aborto resulta inevitable “la subjetivación del feto —esto es, la acción de otorgarle el estatus de sujeto— es una acción de poder, un acto mediado por la cultura y construido socialmente” (16). Y con

(12) DUQUELSKY GÓMEZ, Diego, “La falsa dicotomía entre garantismo y activismo judicial”, DOI: 10.14198/DOXA2018.41.10, Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 41 (2018), ps. 193-209.

(13) PITCH, Tamara, “Sexo y género de y en el derecho: el feminismo jurídico”, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, 44, 2010, ps. 435-459.

(14) MUJICA, Jaris, “Economía política del cuerpo. La reestructuración de los grupos conservadores y el biopoder”, Ed. Promsex, Lima, 2007, p. 71.

(15) LAMAS, Marta, “Aborto, derecho y religión en el siglo XXI”, Debate Feminista, año 14, vol. 27, abril 2003, México DF, ps. 139-164.

(16) MORÁN FAÜNDES, José M., “La valoración de la vida, la subjetivación del embrión y el debate

ayuda del discurso jurídico, el feto termina por construirse a sí mismo con autonomía incluso de la persona gestante, como un sujeto moralmente valorable, susceptible de protección jurídica incluso desde el momento de la fecundación. La fecundación se ha transformado en un instante que pareciera marcar de manera aparentemente irrefutable la aparición de un sujeto, de una persona. En este sentido, la Corte IDH (Corte Interamericana de Derechos Humanos) en el caso "Artavia Murillo" resolvió, respecto de la controversia suscitada sobre cuándo empieza la vida humana, que no corresponde tomar como científicas aquellas posiciones que, sin tener consenso, reflejan una cosmovisión personal, puesto que ello "implicaría imponer una creencia específica a otras personas que no las comparten" (17). Sin embargo, no parece calar seriamente en los discursos comprometidos.

Los adelantos tecnológicos han colaborado sustancialmente en darle visibilidad a aquello que ocurre dentro de los cuerpos gestantes, cuando históricamente habían sido procesos privados y casi exclusivos de mujeres (18). Hace unas décadas era impensable conocer visualmente lo que ocurría durante la gestación en el útero, pero desde que el "misterio de la vida" ha sido mostrado por cámaras que transmiten imágenes del proceso de for-

sobre el aborto: aportes desde una perspectiva crítica", *Acta Bioeth*, internet, 2014, nov., citado 20/12/2019, ps. 151/157, disponible en www.scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1726-569X2014000200002&lng=es. <http://dx.doi.org/10.4067/S1726-569X2014000200002>.

(17) Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en caso "Artavia Murillo c. Costa Rica", del 28/11/2012, disponible en www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf.

(18) LAUDANO, Claudia, "Reflexiones en torno a las imágenes fetales en la esfera pública y la noción de 'vida' en los discursos contrarios a la legalización del aborto", *Revista Temas de Mujeres*, 2012 [8], ps. 57-68, Ed. Centro de Estudios Históricos Interdisciplinarios sobre las Mujeres, Facultad de Filosofía y Letras, Universidad Nacional de Tucumán.

mación de un ser humano, aunque no haya acuerdos sobre el estatuto legal de embrión, ni sobre el mismo inicio la vida, el desarrollo humano intrauterino se convirtió en un elemento público y político.

Con la secularización del poder, los sectores conservadores se han volcado hacia el activismo político en la esfera estatal con la misión de proyectar la moral de sus propias cosmovisiones —religiosas, éticas o morales— a través de mecanismos que se presentan como legitimados por la democracia, pero que no dejan de entretejer una moral restrictiva con el derecho. La laicidad de un Estado está estrechamente emparentada con el liberalismo, con la democracia, con la separación de esferas entre lo religioso y lo político, con la tolerancia religiosa, con el respeto por derechos humanos, con la libertad de creencias y con la modernidad política, sin asimilarse exclusivamente a ninguna de estas ideas. En términos funcionales, hablar de laicidad es hablar de un régimen de convivencia diseñado para el respeto de la libertad de conciencia, en el marco de una sociedad crecientemente plural o que reconoce una diversidad existente. Dicho elemento constituiría, entonces, un común denominador esencial en cualquier tipo de sistema sociopolítico al que se le denomina "laico" (19).

Es indispensable que el derecho, tanto en su faz normativa como en su faz jurisprudencial, se autoperciba laico. Para Vaggione, la laicidad constituye un primer umbral de significaciones sobre lo religioso por parte de los movimientos feministas y por la diversidad sexual. Aunque como marco de inteligibilidad no es novedosa, los movimientos la reinscriben como una dimensión constitutiva de la (nueva) política sexual. El impacto de estos movimientos se plasma, entre otras cuestiones, en la fuerte gravitación (académica y política) que la sexualidad ha adquirido en los debates

(19) BLANCARTE, Roberto, "Laicidad y laicismo en América Latina", *Estudios Sociológicos*, vol. XXVI, nro. 76, enero-abril, 2008, ps. 139-164, Ed. El Colegio de México, AC, Distrito Federal, México.

sobre la laicidad. No solo los estudios y políticas sobre la sexualidad han incorporado y enriquecido estos debates, sino que también los análisis y campañas políticas preocupados por la laicidad han priorizado a la sexualidad como dimensión y foco político. Los derechos sexuales y reproductivos se convierten, así, en un indicador relevante para evaluar (tanto analítica como políticamente) el grado de laicidad alcanzado en los distintos países de la región. Si bien los países de la región tienen distintos recorridos institucionales, una característica común señalada por este autor es la insuficiente autonomía y separación entre el Estado y la iglesia católica que se manifiesta en la existencia de privilegios institucionales, materiales y simbólicos (20).

Cuando se considera la vigencia de los derechos sexuales y reproductivos en Argentina, al igual que gran parte de los países de la región, se observa un momento paradójico respecto al tema de la laicidad. En los últimos años se dieron notorios avances en el reconocimiento de estos derechos, lo que significó —de formas más o menos directas— tributar la laicidad como horizonte normativo. La ampliación de derechos sexuales y reproductivos para las mujeres, para las parejas del mismo sexo, para las personas trans, para niñxs y adolescentes (entre otros sectores) lograda a través de la sanción de distintas leyes o de reconocimientos jurisprudenciales que continúan profundizando la misma línea de construcción de ciudadanía plena, implicó al mismo tiempo resistir el poder religioso de mantener un *statu quo* que no acuerda con esa ciudadanía plena por fuera de los dogmas religiosos y busca por ello imponer una moral sexual restrictiva como plan de vida obligatorio para toda la sociedad (21).

(20) VAGGIONE, Juan M., “La politización de la sexualidad y el sentido de lo religioso”, www.programadssrr.files.wordpress.com/2013/05/la-politizacic3b3n-de-la-sexualidad-y-los-sentidos-de-lo-religioso.pdf.

(21) La agenda de anticoncepción y aborto figuró —y continúa haciéndolo— dentro de los

Y al mismo tiempo, estos avances han ido acompañados por fuerte reactivaciones y rearticulaciones del poder religioso que tensionan permanentemente la laicidad y la separación entre religión y política, o religión y derecho, dado que, en reacción a la ampliación de derechos, diversos sectores religiosos se organizan políticamente para obstruir su implementación o bien para revertir abiertamente su vigencia. Una de esas estrategias de los conservadurismos religiosos incluye al activismo judicial, que contribuye de distintas formas a la construcción jurídica de la vida fetal, quizás sin poner en tensión la autonomía sexual de las mujeres —como ocurre en el debate de legalización del aborto—, pero sí de formas más veladas, como es el fallo que se comenta.

Con el advenimiento de las democracias en América Latina, estos mismos grupos religiosos —de adscripción al cristianismo en sus vertientes católicas y evangélicas, principalmente— se ven obligados a reciclar sus argumentos religiosos que se corresponden con dogmas de la profesión de fe y recurren al discurso de los derechos humanos. De esta forma, autoidentificándose como exclusivos defensores de la vida en referencia a la defensa de la vida fetal, logran apropiarse discursivamente del “derecho a la vida”. En esta operación

puntos neurálgicos de la política eclesial. Disputar sentidos en la definición de “vida” o en el “inicio de la vida” fue una táctica para resistir decisiones sexuales o reproductivas de vida asociándolas con decisiones de muerte. Pero también el campo de la educación ha sido un terreno yermo y fructífero donde disputar sentidos acerca de los valores vigentes en la sociedad y el tan conocido ahora “#ConMisHijosNoTeMetas”, que busca vaciar de contenido una política pública con más de una década de vigencia y que está basada en el respeto de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes, es una muestra de un activismo religioso donde el dogma se disfraza de discusión jurídica (v.gr., alcances de la responsabilidad parental) e intenta no ocluir un debate —como ocurrió décadas con la legalización del aborto— sino directamente derogar estándares legales vigentes.

política de polarizar indebidamente la discusión a favor o en contra de la legalización del aborto, quienes están en contra del reconocimiento legal del derecho a abortar por voluntad de la mujer se autoproclaman provida y por oposición, quienes están a favor quedarán del lado de la “cultura de la muerte” (22).

Este discurso se instala en la sociedad a partir del activismo de ONG autodenominadas “provida” que en nuestro país revisten, según José Manuel Morán Faúndes, un 86,4% de identificación católica en su ideario, un 10,2% de identificación evangélica en su ideario y el resto no aportan datos al respecto (23). Es útil a estas alturas correr el velo de este tipo de discursos para poder pensar que “El desplazamiento realizado por estos sectores, desde una agenda política históricamente abocada a la temática del aborto y los métodos anticonceptivos, a una agenda focalizada en la resistencia a las uniones civiles y el matrimonio igualitario, demuestra la plasticidad de la idea de vida que ampara sus cosmovisiones en materia de sexualidad. La vida se sitúa así en el corazón de la política sexual de la militancia autodenominada ‘Pro-Vida’, estableciendo ejes de intervención orientados a afianzar un modelo sexual específico a nivel social y político”. No es exacto que la “defensa de la vida” encarnada esta vez en el producto de la gestación sea el horizonte primario de estos sectores en orden a que si se profundizan sus diversos activismos se observa que su verdadero objetivo es conservar las bases de una “vida” acorde a una moral sexual restrictiva, diseñada desde los dogmas religiosos y excluyente de cualquiera que no adscriba sin interrogantes a estos mandatos (24).

(22) VAGGIONE, Juan M., “La ‘cultura de la vida’: desplazamientos estratégicos del activismo católico conservador frente a los derechos sexuales y reproductivos”, *Religião & Sociedade*, 32[2], 2012, ps. 57-80.

(23) MORÁN FAÚNDES, José M., “De vida o muerte. Patriarcado, heteronormatividad y el discurso de la vida del activismo pro vida en Argentina”, CEA. Colección Tesis, Ed. Universidad Nacional de Córdoba, 2018.

(24) Recientemente, y luego de obtener el proyecto media sanción en Diputados, el Papa Francisco

Córdoba es un ejemplo por antonomasia de este “activismo judicial” conservador. La Asociación Portal de Belén fue y continúa siendo protagonista de una serie de litigios para obstacultar la implementación de derechos humanos que buscan igualdad entre varones y mujeres a través de políticas sexuales. Desde 2012 —y hasta la fecha— esta ONG logró suspender el acceso a las interrupciones legales de embarazo en hospitales provinciales luego de plantear la inconstitucionalidad del Protocolo elaborado por el Ministerio de Salud local, en cumplimiento de la exhortativa de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS) resuelta en el fallo “F. A. L.” (25). Pero antes de obstacultar la realización de abortos legales, esta ONG se encargó de litigar en Córdoba y en otras provincias también, contra todo avance en políticas de salud sexual y reproductiva. Primero, desde Portal de Belén iniciaron una causa para

ha comparado la lucha feminista por la legalización del aborto con el nazismo “El aborto es lo mismo que hacían los nazis pero con guante blanco”, www.clarin.com/sociedad/francisco-aborto-mismo-hacian-nazis-guantes-blancos_0_SkrcQFzZQ.html. Anteriormente, en oportunidad de discutirse la ley de matrimonio igualitario, el Pontífice había declarado públicamente: “No seamos ingenuos: no se trata de una simple lucha política; es la pretensión destructiva al plan de Dios”. www.lanacion.com.ar/1282778-bergoglio-dice-que-la-boda-gay-es-la-pretension-destructiva-del-plan-de-dios. En ocasión de pronunciarse el Papa Francisco sobre la prohibición católica para el uso de anticonceptivos, indicó: “Algunos piensan, disculpen si uso la palabra, que para ser buenos católicos tenemos que reproducirnos como conejos, pero no”, dijo el Papa, añadiendo que la Iglesia promovía la “paternidad responsable”. www.lta.reuters.com/article/topNews/idLTAKBN0KS1ZV20150119.

(25) Afortunadamente, a mediados de este año, y luego de siete años de litigio judicial, Córdoba pudo cerrar este capítulo nefasto de judicialización conservadora que impidió la implementación de una política pública a consecuencia del dictado de una medida cautelar. “El aborto legal suspendido por una cautelar”, *Diario Judicial*, disponible en www.diariojudicial.com/nota/30950.

impedir la venta de la anticoncepción hormonal de emergencia, con el falso argumento de que es abortiva: esa demanda terminó en un fallo en 2002 de la Corte Suprema, conocido como “Portal de Belén – Asociación Civil sin Fines de Lucro v. Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo” (26). Jorge Scala, abogado de la organización Mujeres por la Vida y miembro de la junta directiva de Portal de Belén, fue pionero en América Latina en escribir contra la llamada “ideología de género” y se dedica a dar conferencias y seminarios en distintos países de la región y Europa difundiendo su libro *La ideología de género o el género como herramienta de poder* (27), donde, en términos comparativos, la valora en una escala más dañina que el nazismo (28).

En oportunidad de los debates legislativos de las leyes 26.618 de “Matrimonio Igualitario” y 26.743 de “Identidad de Género”, luego de que los diputados votaron el proyecto de

(26) CS, 05/03/2002, in re “Portal de Belén - Asociación Civil sin Fines de Lucro c. Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo”, deja en claro la cuestión litigiosa en el considerando 3: “la cuestión debatida en el sub examine consiste en determinar si el fármaco ‘Imediat’, denominado ‘anticoncepción de emergencia’, posee efectos abortivos, al impedir el anidamiento del embrión en su lugar propio de implantación, el endometrio. Ello determina que sea necesario precisar si la concepción se produce con la fecundación o si, por el contrario, se requiere la implantación o anidación del óvulo fecundado en el útero materno, aspecto este que la Cámara entendió que requería mayor amplitud de debate y prueba”. Fallo disponible en www.sjconsulta.csn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoById.html?idDocumento=5166011.

(27) SCALA, Jorge, “La ideología de Género o el género como herramienta de poder”, Ed. Sekotia, Madrid, 2010.

(28) Para profundizar, ver PEÑAS DEFAGO, María A. - VAGGIONE, Juan M. (comps.), “Actores y discursos conservadores en los debates sobre sexualidad y reproducción en Argentina”, *Católicas por el Derecho a Decidir*, Colección “Género, Religión y Sexualidad”, Ed. CEA, CONICET, Córdoba, 2011.

reforma de la ley de matrimonio, el cardenal Jorge Bergoglio —entonces presidente de la Conferencia Episcopal Argentina— envió una carta a las monjas Carmelitas donde afirmaba: “No seamos ingenuos: no se trata de una simple lucha política, es la pretensión destructiva al plan de Dios. No se trata de un mero proyecto legislativo (este es solo el instrumento) sino de una ‘movida’ del padre de la mentira que pretende confundir y engañar a los hijos de Dios. (El proyecto está destinado a destruir el plan de Dios). Aquí también está la envidia del Demonio, por la que entró el pecado en el mundo, que arteramente pretende destruir la imagen de Dios: hombre y mujer que reciben el mandato de crecer, multiplicarse y dominar la tierra” (29). Scala, por su parte sostuvo que “El matrimonio entre homosexuales es absurdo (...) En la ideología de género el presupuesto es que el sexo es lo biológico y que psicológicamente el género es el resultante de la construcción social o cultural, como si no hubiera ningún condicionamiento natural, como si cada uno pudiera concebir qué es ser varón y qué mujer y hacerlo con su propia vida, como si fuera una cosa intercambiable” (30). Si bien los argumentos religiosos en estos debates referidos a la diversidad sexual fueron más transparentes, algunos actores religiosos también apelaron a la “ideología de género” en aquella oportunidad refiriendo a un movimiento internacional encabezado por feministas que trata de imponer políticas poblacionales neomalthusianas y valores culturales ajenos que incluyen una “ideología de género” y la imposición de identidades LGBT “occidentales” (31).

(29) “La carta completa de Bergoglio”, nota periodística publicada en el portal digital TN el 22/06/2010, disponible en www.tn.com.ar/politica/la-carta-completa-de-bergoglio_038363.

(30) SCALA, Jorge, “Ideología de género y matrimonio homosexual en el centro del debate”, nota del 09/06/2010, disponible en www.bioeticas.org/bio.php?articulo1044.

(31) PETCHENY, Mario et al., “Sexualidad, política y actores religiosos en la Argentina post-neoliberal (2003-2015)”, en MORÁN FAÚNDES, José M. - SÁEZ, Macarena (ed.), *Sexo, delitos y pecados. Intersecciones entre religión, género, sexualidad y el derecho*

Ferrajoli es contundente: “Solamente la laicidad del derecho, en tanto técnica de garantía de los derechos y de las libertades de todos —de la ley del más débil en lugar de la ley del más fuerte que rige en su ausencia— es capaz de garantizar igual valor y dignidad a las diferencias, de excluir cualquier discriminación o privilegio y, por ello, la convivencia pacífica” (32).

IV. Para seguir pensando sin prisa, pero sin pausa

La película continúa y en días recientes —a propósito de la actualización ministerial(33) del Protocolo Integral para la Atención de Personas con Derecho a Interrumpir Legalmente un Embarazo conocido como

en América Latina, Ed. Center for Latin American & Latino Studies, American University, 2016, 1ª ed.

(32) El autor reflexionaba hace más de una década sobre algo que hoy tiene mucha vigencia en nuestra región y también a nivel mundial: los fundamentalismos religiosos y la permeabilidad del derecho a sus demandas, y lo hacía señalando que “Nunca como en estos tiempos —caracterizados, por un lado, por una creciente interdependencia y por la pluralidad de las culturas y, por el otro, por una explosión de los fundamentalismos religiosos—, la laicidad había tenido tanta importancia para el futuro de la democracia y de la convivencia pacífica. En las sociedades complejas actuales, caracterizadas por el pluralismo cultural, religioso, político e ideológico, la laicidad del derecho y de las instituciones es —incluso con mayor intensidad que en los albores de la modernidad jurídica— la única barrera posible; la única alternativa racional a tantos fundamentalismos y fanatismos y a las consecuentes guerras de religión y choques de civilizaciones”. FERRAJOLI, Luigi, “Laicidad del derecho y laicidad de la moral”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, vol. 57, nro. 248, ago. 2017, ps. 267-277, disponible en www.revistas.unam.mx/index.php/rfdm/article/view/61508. Fecha de acceso: 19/12/2019, doi: [www.dx.doi.org/10.22201/fder.24488933e.2007.248.61508](https://doi.org/10.22201/fder.24488933e.2007.248.61508).

(33) Res. 1/2019 del Ministerio de Salud de la Nación.

Protocolo ILE— tanto Portal de Belén, como la Asociación Más Vida —Presidida por Magnasco— judicializaron en el Poder Judicial federal su aplicación nacional. Se abre así otro capítulo de judicialización de la autonomía sexual. El argumento en ambos casos es la defensa de la vida intrauterina a quien consideran —por fuera de los estándares nacionales e internacionales vigentes en materia de derechos humanos— una “persona”.

Para la religión católica, los fetos tampoco son seres humanos o personas en nuestra categoría jurídica, por ello no se bautizan según el art. 871 del Código Canónico. Sin embargo, el problema no es religioso, el problema es político.

Y por esta razón es imperiosa la precisión en los términos y la honestidad en las interpretaciones del derecho. Poner en permanente rediscusión el concepto de “persona”, asimilándolo por fuera de los estándares de derecho vigentes con la vida biológica intrauterina, pervierte la categoría jurídica de la “persona” con avances indebidos de los conservadurismos religiosos sobre el derecho, que solo siendo laico será verdaderamente plural y permitirá un servicio de justicia ético útil tanto para amigos como para extraños morales.

¿Debe el feto de 26 semanas ir a una bolsa roja de residuos patológicos? (34). Lo correcto es pensar que sí, porque la ley así lo prevé para el caso. Sin embargo, también podríamos pensar que, si alguien con legitimación razonable(35) argumenta razones valiosas que justifiquen una excepción a la ley, como podría ocurrir en este caso, se le permita

(34) Ley 24.051 y dec. 831/1994 y sus modificaciones.

(35) No el sacerdote de la Parroquia, como ocurrió en el caso de Marcelo Diez. “La Iglesia se opone a la muerte digna de un hombre en estado vegetativo”, noticia disponible en www.infobae.com/2012/08/21/665899-la-iglesia-se-opone-la-muerte-digna-un-hombre-estado-vegetativo/.

inhumar y sepultar ese feto sin reconocerle personalidad jurídica, sino por una deferencia moral a la mujer.

Si el Poder Judicial no empieza a llamar a las cosas por su nombre, este tipo de fallos que crean excepciones se convertirán en regla. Lo

hemos visto funcionar así con la objeción de conciencia.

Si nuestros magistrados y magistradas no entienden la importancia de la laicidad del derecho, el entierro del "mortinato" será además el entierro de nuestro sistema jurídico.

LIMITACIÓN DE LA CAPACIDAD

Función del apoyo – Equipo provisorio propuesto como relevo – Aceptación

Con nota de Lorena Sarquis

1. — En los casos de limitación de la capacidad, la función de apoyo no se reduce a la administración del dinero de la causante, sino que se aspira a lograr un compromiso y vínculo con ella, que abarque aspectos afectivos y significativos en esta etapa de su vida; siendo numerosa su descendencia, es de esperarse que sea su familia directa la que, de manera conjunta y/o alternada asuma un rol activo en tales funciones.
2. — El equipo de apoyo propuesto como relevo por el hijo de la causante debe ser de recibo —de manera provisorio, por seis meses—, atendiendo a la accesibilidad, proximidad y experticia por sobre la designación de un profesional totalmente ajeno y desconocedor de la realidad en la que debe interactuar.

JCiv. y Com. 9a Nom., Córdoba, 11/09/2019 - Mariani, Emma Isabel s/ demanda de limitación a la capacidad

1ª Instancia.- Córdoba, septiembre 11 de 2019.

Resulta:

1.- Comparece el Sr. P. A. F. y en el marco de la demanda incoada solicita su designación como 'administrador provisorio' de los bienes de la Sra. E. I. M., entre los que individualiza un inmueble y jubilaciones varias que percibe la Sra. M. Expresa que el cargo deberá serlo por el plazo de tres meses, vencido el cual deberán los hijos de la causante, proponer un reemplazo. Que en caso de no haber acuerdo entre todos los hijos, dicha función deberá ser cumplida por un tercero.

A fs. 108, en el marco de la audiencia de contacto realizada ante SS, el Sr. P. A. F. justifica y solicita ser relevado de la administración que de hecho viene realizando.

Frente a ello, el tribunal emplaza a los familiares directos de la Sra. E. (sus hijos) para que

propongan curador provisorio, bajo apercibimiento de designar en última instancia a un abogado matriculado ajeno a la causa.

A fs. 152 el Sr. P. A. F. propone como metodología de relevo: 1) contratar a la Cdra. G. M. I. (denuncia su matrícula y datos de ubicación) para que lleve a cabo el manejo de los fondos de E., lleva la contabilidad y rinda cuentas. Propone incluir un cupón de pago para que los ocho hijos de la causante contribuyan con los déficits mensuales, conformando un fondo para las indemnizaciones de las empleadas y para cubrir demás contingencias previsibles (como gastos médicos, quirúrgicos, etc.). Propone que la profesional tenga acceso a las cuentas bancarias y fondos de la Sra. M., realice todos los pagos necesarios por las diversas prestaciones que reciba E., genere recibos, pague aportes. 2) Asimismo, propone complementar su labor con la Sra. R. B. quien deberá asumir el rol de encargada general, sirviendo de nexo entre las empleadas y familiares, siendo responsable de recibir el dinero que la contadora antes mencionada le facilite para afrontar el pago de comida, remedios, consultas médicas, ECCO, etc. Que la tarea de la contadora será remunerada con el 10% de los ingresos de la Sra. M. (porcentaje que puede ser negociado). Que la labor de la Sra. B. será reconocida con un pago adicional de 10 horas semanales. 3) Por último el Sr. F. expresa que continuará brindando todo su apoyo y contención efectiva a E. M., tal como lo viene haciendo, más allá del relevo en las tareas administrativas.

A fs. 163 la Dra. Isabel Lucía Alem en nombre y representación de M. C. F., M. d. I. M. F., R. T. F. y E. G. F. se notifican de lo actuado y evacuan la vista corrida. Luego de efectuar una serie de consideraciones que no hacen al objeto de análisis del presente, manifiestan que se oponen al nombramiento de la contadora G. y al de la Sra. B. como encargada y responsable de tareas propias de un apoyo y como nexo entre empleadas y familiares. Solicitan sea sorteado un abogado de la matrícula.

Por su parte las Sras. M. d. I. Á. F., M. E. F., L. I. F. y Dr. Javier Olmedo (asistente técnico de la Sra. M.) frente a la vista de la propuesta de relevo en el régimen de apoyo, nada expresan pese encontrarse debidamente notificados.

2. A fs. 183 comparece la Asesora letrada del Quinto Turno Dra. María Belén Carroll de López Amaya en su carácter de representante complementaria de la Sra. M. y luego de un análisis de las constancias de la causa, expresa que puede aceptarse la propuesta de relevo, en la forma en que el mismo ha sido especificado, atento ser provisoria y considerando especialmente que la Sra. B. es de las personas más próximas a su representada, por el tiempo que el suscripto considere prudente, debiendo el Sr. P. A. F. encargarse de la supervisión del equipo por él propuesto.

3. Dictado y firme el decreto de autos queda en condiciones de resolver.

Considerando: I- Que conforme surge de las constancias de la causa el Sr. P. A. F., hijo de la Sra. E. M., requiere ser relevado de las tareas administrativas que ejerce en relación a su madre y la consiguiente designación de un administrador provisorio (en rigor, apoyo provisorio) que atienda las necesidades de E. en lo inmediato, comprometiéndose a continuar con la contención de su madre. A tal efecto propone una dinámica de apoyo que involucra a una contadora y a la empleada de mayor antigüedad que hoy trabaja para la Sra. E. Especifica tareas, responsabilidades e incluso, propone parámetros para cuantificar los estipendios de dichas personas en las tareas a desarrollar. Todo de conformidad al sendo escrito obrante a fs. 149/152 al que me remito en honor a la brevedad.

Frente a la sustanciación de la propuesta elevada, los Sres. M. C. F., M. d. I. M. F., R. T. F. y E. G. F. se oponen (conforme escrito de fs. 165 vta. /166 pto. 3 c) a la designación de la contadora G. y de la Sra. B., sin dar razones o fundamentos que permitan al suscripto llegar a la convicción sobre la inconveniencia del nombramiento de las mencionadas. En tal línea proponen el sorteo de un abogado de la matrícula, ajeno a la causa.

El resto de los hijos de la Sra. M. nada dicen al respecto, guardando silencio tanto en relación al relevo referido, como a la sugerencia de otro distinto, que los involucre de manera personal o a terceras personas.

Por su parte el asistente técnico de la Sra. M., Dr. Javier Olmedo, dejó vencer el plazo para evacuar

la vista habiéndosele dado por decaído el derecho dejado de usar.

II. Que se ha dado la correspondiente intervención a la Sra. Asesora Letrada del quinto turno en su carácter de representante complementaria quien, luego del análisis de las actuaciones, considera que puede aceptarse la propuesta de relevo, de manera provisoria y por un tiempo prudencial, atendiendo fundamentalmente a que la Sra. B., es de las empleadas más próximas a su representada y dejando sentado que el Sr. P. A. F. debe supervisar el equipo propuesto.

III. Por su parte el Tribunal, por proveído de fecha 10/04/2019 ya se manifestó en el sentido de considerar que deben agotarse los esfuerzos para que sean los propios familiares quienes asuman la responsabilidad de asistencia, cuidado, administración y contención de E. que les corresponde en tal carácter. Reparo especialmente, como en el caso de marras, que la función de apoyo —que se pretende— no se reduce a la administración del dinero de la Sra. M., sino que se aspira a lograr un compromiso y vínculo con ella, que abarque aspectos afectivos y significativos en esta etapa de su vida. No puede ni debe perderse de vista que E. es una adulta mayor, que presenta el diagnóstico referido en el informe de fs. 62 y que necesita de personas responsables para su cuidado y disposición de sus bienes.

Que siendo numerosa su descendencia, es de esperarse que sea su familia directa la que, de manera conjunta y/o alternada asuma un rol activo en tales funciones, ya sea de manera personal o bien organizando y supervisando que otros asistan a E. Y, asimismo, es de esperarse que dicho compromiso hacia un padre o madre, se asuma de manera espontánea y desinteresada. Si no es así, debe procurarse en atención a los deberes de asistencia familiar que le caben a los hijos de la Sra. M., quienes legalmente se encuentran obligados a que dicha asistencia y contención no le falte nunca.

Dicho esto, y conforme lo apuntara la representante de la asesoría interviniente en ocasión a la audiencia de contacto tomada ante SS, la situación ameritaba que las diferencias familiares fueran dejadas de lado y, en un gesto de loable generosidad, los hijos de E. procuraran un

acuerdo sobre el punto, teniendo en miras exclusivamente el interés superior de su madre.

No fue menor la sorpresa al advertir que nada de ello ocurrió. Llegado el momento de evaluar un sistema de apoyo provisorio (y no solo un mero administrador) para que acompañe a E. en sus necesidades cotidianas, hasta tanto se resuelva en definitiva, encuentra el suscripto, como alternativas propuestas, exclusivamente a terceras personas ajenas al núcleo familiar (sin con ello desmerecer la labor que puedan efectuar) y solo ofrecido P. A. F. para continuar 'brindando todo el apoyo y contención afectiva a E. M., tal como lo viene haciendo, más allá del relevo solicitado...'

Frente a ello, me veo en la obligación de abrir paréntesis en lo que es motivo de resolución e instar decididamente a los hijos de E. M. a reflexionar sobre la importancia de asumir un rol activo y comprometido en la atención de E., albergando la expectativa de que sean sus hijos quienes acerquen al Tribunal un acuerdo o propuesta de conformar un equipo de apoyo y contención acorde a las necesidades de su señora madre. Resta aún desandar parte del trámite incoado por lo que, hasta tanto se resuelva el fondo de la cuestión, los Sres. M. C., M. d. I. M., R. T., E. G., M. d. I. Á., M. E., L. I. y P. A. F. tienen oportunidad de demostrar el apego al cometido anotado y acompañar un convenio que de manera expresa deje sentado cómo y con qué alcance cada hijo se comprometerá a brindarle a su madre el apoyo que necesita en esta etapa de su vida.

Así las cosas, tomado contacto con todos los interesados, la preocupación por el estado de salud y situación general de E. es sincero. Sin dudas, todos y cada uno, desde las posibilidades que su realidad les permite, tienen la intención de contribuir con el bienestar de su madre. Es por ello que, sin perder de vista que esta causa tiene como único norte proteger el interés exclusivo de E. M., considero que bien vale la pena, el esfuerzo de procurar un avenimiento que les permita resolver amigablemente y, reitero, en la medida de las posibilidades de cada uno, este punto crucial para el desenvolvimiento de la vida de E.

IV. A continuación, evaluados los escritos y solo las apreciaciones conducentes al tema que nos ocupa, entiendo que el equipo de apoyo

propuesto como relevo por el Sr. P. A. F., debe ser de recibo. Me inclino por resolver en tal sentido atendiendo a la accesibilidad, proximidad y experticia del equipo propuesto por sobre la designación de un profesional totalmente ajeno y desconocedor de la realidad en la que debe interactuar. Profundizo las razones:

Dejando a salvo lo ya expuesto, en relación a que de preferencia hubiese sido conveniente que el apoyo propuesto formara parte del círculo íntimo y familiar de E., considero que incorporar dentro de la dinámica a la empleada más antigua de E. Sra. R. P. B. no resulta un dato menor. Ello, por cuanto la cercanía y vínculo de confianza que seguramente se ha generado con el decurso del tiempo entre la nombrada y la Sra. E. resultan relevantes en orden a que la nombrada pueda manifestar sus inquietudes, necesidades, etc. Es claro que el 'apoyo' debe serle accesible. Así, se procura que tal apoyo o contención no le sea del todo ajeno o distante. Es fundamental, propender a la tranquilidad y serenidad de E., para que todas las herramientas que se ensayen para acompañarla en este estadio de su vida, le resulten amigables y no generen en su espíritu sensación alguna de ansiedad, intranquilidad o temor. Por otro lado, también evalúo, que la experiencia de la Sra. B. quien ya trabaja en el hogar de E., resulta un valor agregado que debe capitalizarse puesto que, seguramente, tiene conocimiento y no le es ajena la situación física y familiar de E.. Y con ello, cuáles son sus necesidades primarias y urgentes, a las que deberá atender prioritariamente.

En tal línea y entrando de lleno a las funciones y tareas que como 'apoyo provisorio' debe asumir la Sra. B., corresponderá hacer hincapié en la alimentación, hidratación e higiene de E., quien depende de sus cuidadoras en tales aspectos. A tal fin, impartirá las instrucciones necesarias al resto de las empleadas, ya sea de manera verbal o escrita, para que no existan falencias en la provisión de tales extremos.

Por otro lado y en lo que hace exclusivamente a la administración de fondos de E., la Sra. B. deberá solicitar a la contadora G. —sobre quien me referiré infra— el dinero que estime necesario para afrontar el pago de alimentos, remedios, consultas médicas, ECCO etc. y receptor el dinero, contra

recibo. Se sugiere en tal punto, facilitar los canales de comunicación y el diálogo fluido entre ambos 'apoyos' a fin de coordinar adecuadamente la disponibilidad de dinero y que no existan demoras, ni falta de fluidez en los fondos para cubrir tales necesidades primarias.

La Sra. B., a más de responsabilizarse por el pago y provisión de los alimentos, remedios etc., será el nexo entre el resto del personal doméstico que asiste a E. y sus familiares, debiendo dar inmediato aviso de cualquier novedad que pudiera afectar la normal provisión del servicio y atención de E.

Este rol de mayor responsabilidad y, sobre todo, compromiso, será retribuido con el pago adicional de 10 horas semanales —que estimo razonable— e impactará en su remuneración mensual. T. estará a cargo de E. M. y se realizará a través de la contadora designada infra.

Por otro lado, se pone en conocimiento que la designación de la nombrada lo es de forma provisoria y por el plazo de seis meses, con posibilidad de prórroga. En caso de verificarse el incumplimiento de cualquiera de las tareas indicadas o el deficiente cumplimiento de las mismas, podrá ser removida de su condición de apoyo provisorio.

Por otro lado, también formará parte en la dinámica de apoyo provisorio la Cr. G. I. G. quien manejará los fondos y llevará la contabilidad de la causante, clave de AFIP y realizará cuanto pago sea menester para el normal desenvolvimiento de la vida diaria de E. (por mencionar solo algunos: pago de impuestos, tarjetas, expensas, sueldos y aportes de las empleadas, servicios de enfermería, etc.). Generará recibos en debida forma y los entregará firmados. Archivará el total de la documentación que genere o recepte. Llevará las cuentas de manera detallada y documentada, debiendo efectuar una rendición contable semestral.

Deberá, en el plazo de diez días de asumido el cargo, presentar detalle de todas y cada una de las cuentas e ingresos que posea E. M., discriminando el origen de los fondos. Asimismo, expresará si existen ahorros de la causante. En este punto se hace saber a la profesional que el 100%

de los ingresos de E. deberán tener como fin último la atención, cuidado y contención de ella.

Luego de un plazo prudencial que le permita analizar los ingresos y egresos de la Sra. M., deberá informar al Tribunal en caso de insuficiencia de fondos para solventar los gastos de E., a cuánto asciende dicho déficit a efectos de imponer, sobre quienes pesa la carga legal de prestar alimentos (sus hijos), un mecanismo de contribución respecto de tales. En igual sentido, deberá expedirse sobre la necesidad y conveniencia de constituir un fondo para cubrir contingencias y, en su caso, de cuanto sería el monto aconsejable.

Por otro lado, y conforme se indica supra, trabajará de manera coordinada con la Sra. B. en lo que respecta al pago de los gastos corrientes, ordinarios y de 'caja chica' (por mencionar algunos: alimentos, recreación, consultas médicas, ECCO, etc.). El servicio profesional prestado por la contadora será retribuido con el pago del 10 % del ingreso mensual de la causante, debiendo extender formal recibo y entregar el mismo al Sr. F. P. A.

La designación de la nombrada lo es de modo provisorio y por el plazo de seis meses, con posibilidad de prórroga. En caso de verificarse el incumplimiento de cualquiera de las tareas indicadas o el deficiente cumplimiento de las mismas, podrá ser removida de su condición de apoyo provisorio.

Tanto la Sra. B. como la contadora G., deberán acompañar, previo a la aceptación del cargo, certificado de antecedentes penales, para acreditar solvencia moral.

Por su parte, el Sr. P. A. F. será el encargado de comunicar y explicar —si fuera necesario— el alcance y sentido del sistema de apoyo descrito, de supervisar y controlar la correcta puesta en marcha y continuación de la dinámica.

Deberá facilitar la información y totalidad de la documentación que le sea requerida por la contadora para efectuar su labor.

Deberá junto con la contadora, presupuestar y contratar un servicio de enfermería las 24 hrs. los 7 días de la semana, para que asista a E. Dicho servicio será abonado con los ingresos de

la nombrada y, en caso de resultar los mismos insuficientes, corresponderá a todos los hijos de la causante cubrir la diferencia a prorrata. Queda autorizado el Sr. F. a suscribir la documentación pertinente. Deberá gestionar los medios necesarios para que, exclusivamente personal de enfermería, sea el encargado de manipular la sonda vesical permanente que tiene E. como, asimismo, cualquier atención o práctica que requiera conocimiento específico. Evaluar junto al equipo de enfermería la necesidad de contratar servicio de fisioterapia, nutrición, etc. para complementar la atención que recibe E.

Por otro lado, atendiendo a las inquietudes volcadas en ocasión a la audiencia de contacto, impóngase al Sr. F. que instruya al personal doméstico y de enfermería de E. para que organice y mejore la hidratación de E., su alimentación y aseo. Asimismo, que se tome especial consideración del cuidado de su cuerpo, su rotación para evitar lesiones y ulceraciones. Se impone se lleve un registro por parte de las cuidadoras/empleadas para poder efectuar un seguimiento y control de tales aspectos.

Asimismo, deberá propender y facilitar el contacto entre el Dr. Javier Olmedo, —quien fuera designado asistente letrado de la Sra. M., aceptación a fs. 112—, con su representada, como vehículo para garantizar el derecho de defensa

de la Sra. M., escuchar sus opiniones, deseos y voluntad.

Finalmente doy por descontado que la totalidad de los hijos de E., quienes —reitero— no se han ofrecido en forma expresa para conformar el ‘equipo de apoyo provisorio’, igualmente seguirán colaborando no solo desde lo económico sino, fundamentalmente, en brindar el acompañamiento adecuado y asistencia necesaria a E., visitándola frecuentemente, contribuyendo a su bienestar y recreación.

V. Con lo expuesto queda constituido el ‘equipo de apoyo provisorio’, siendo de toda necesidad la inmediata puesta en marcha. Que a tal fin, deberán acompañarse como recaudo previo para la aceptación del cargo, los certificados de antecedentes indicados supra. Que la designación dispuesta precedentemente lo es por el término de 6 meses, con cargo de oportuna rendición de cuentas.

Por lo expuesto, y lo dispuesto por los arts. 31, 32, 34 y 43 del Cód. Civ. y Com. de la Nación y art. 832 del CPC resuelto: Designar en los términos, con el alcance y las condiciones indicadas en el considerando respectivo, como ‘equipo de apoyo provisorio’ de la Sra. E. I. M., a los Sres. R. P. B. CUIT/CUIL: ...; Cr. G. I. G. M. P. ... y P. A. F. DNI ..., por el término de seis meses con cargo de oportuna rendición de cuentas. Protocolícese, hágase saber y dese copia. — *Guillermo E. Falco*.

“Equipo de apoyo provisorio” para asistir a una mujer con discapacidad

Lectura crítica y reflexiva de una sentencia

Lorena Sarquis (*)

Sumario: I. Plataforma fáctica.– II. Sistemas de apoyo para personas con (dis)capacidad. Breve descripción.– III. La sentencia que se anota: las palabras silenciadas.– IV. Palabras de cierre.

I. Plataforma fáctica

La sentencia que se anota fue dictada con fecha 11 de septiembre del año 2019 por un juez de primera instancia en lo Civil y Comercial de la ciudad de Córdoba, en la causa “M., E. I s/ demanda de limitación a la capacidad”. La persona interesada en ese proceso judicial es Emilia (1), mujer, adulta mayor y presenta un diagnóstico “que amerita de personas responsables para su cuidado y disposición de los bienes”.

(*) Abogada, UBA. Especialista en Derecho de Familia, UNR. Docente de la Escuela de Ciencias Económicas y Jurídicas de la Universidad Nacional del Noroeste de la provincia de Buenos Aires (UNNOBA). Curadora Oficial del Departamento Judicial Junín.

(1) Para cumplir con las pautas de reserva de identidad, se ha decidido reemplazar el nombre y apellido real (E. I. M.) por el prenombre, en cambio, las restantes siglas que se utilizan se corresponden con los datos recabados en la sentencia. En este trabajo se utiliza cada tanto la “x” para visibilizar la diversidad que muestra el universo “persona humana” y, en otras oportunidades, se escribe (dis)capacidad como recurso que nos permita reflexionar antes de etiquetar.

Comparece al proceso su hijo, Sr. P. A. F., quien solicita su designación como “administrador provisorio” —en rigor, apoyo provisorio— de los bienes de su madre, cargo que solicita se le designe por el término de tres meses, vencido el cual los restantes hijos deberán proponer un reemplazo y en caso de desacuerdo, propone se conforme una red de apoyos a integrarse por la empleada de mayor antigüedad de su madre (R. P. B.) y por una contadora (M. I. G.). Especifica tareas, responsabilidades e incluso sugiere parámetros para cuantificar los estipendios de dichas personas en las tareas a realizar y, por último, expresa que él continuará brindando todo su apoyo y contención efectiva a su progenitora, tal como lo viene haciendo, más allá del relevo en las tareas administrativas.

Al sustanciarse su propuesta, se presentan cuatro hijxs que, sin dar razones ni fundamentos, manifiestan su oposición y solicitan la designación mediante sorteo de un abogadx de la matrícula ajeno a la causa. El resto de lxs hijxs guarda silencio, pese a su notificación. El asistente técnico de Emilia “dejó vencer el plazo para evacuar la vista habiéndosele dado por decaído el derecho dejado de usar”. Por su parte, la asesora letrada del quinto turno, en su carácter de representante

complementaria, considera que puede aceptarse la propuesta de relevo formulada por su hijo P. A. F.

Luego de expresar que hubiera sido conveniente que “el apoyo propuesto formara parte del círculo íntimo y familiar” y de convocar a que sus ocho hijxs dejaran las diferencias familiares de lado para procurar un acuerdo o propuesta de conformar un equipo de apoyo y contención acorde a las necesidades que en esta instancia de su vida presenta su madre, el juez resuelve designar el siguiente “equipo de apoyo provisorio”:

1) *A la empleada más antigua, R. P. B.* Respecto de las funciones y tareas que como “apoyo provisorio” debe asumir, establece le corresponde: “hacer hincapié en la alimentación, hidratación e higiene de E., quien depende de sus cuidadoras en tales aspectos. A tal fin, impartirá las instrucciones necesarias al resto de las empleadas, ya sea de manera verbal o escrita, para que no existan falencias en la provisión de tales extremos. Por otro lado, y en lo que hace exclusivamente a la administración de fondos de E. deberá solicitar a la contadora G. el dinero que estime necesario para afrontar el pago de alimentos, remedios, consultas médicas, ECCO, etc., y receiptar el dinero, contra recibo. Se sugiere en tal punto facilitar los canales de comunicación y el diálogo fluido entre ambos ‘apoyos’ a fin de coordinar adecuadamente la disponibilidad de dinero y que no existan demoras ni falta de fluidez en los fondos para cubrir tales necesidades primarias. La Sra. B., a más de responsabilizarse por el pago y provisión de los alimentos, remedios, etc., será el nexo entre el resto del personal doméstico que asiste a E. y sus familiares, debiendo dar inmediato aviso de cualquier novedad que pudiera afectar la normal provisión del servicio y atención de E.”. Dispone el pago adicional de diez horas semanales.

2) *A la contadora, G. I. G.*, respecto de quien específica: “... manejará los fondos y llevará la contabilidad de la E. A tal efecto, tendrá acceso a las cuentas de la causante, clave de AFIP y

realizará cuanto pago sea menester para el normal desenvolvimiento de la vida diaria de E. (por mencionar solo algunos: pago de impuestos, tarjetas, expensas, sueldos y aportes de las empleadas, servicios de enfermería, etc.). Generará recibos en debida forma y los entregará firmados. Archivará el total de la documentación que genere o recepte. Llevará las cuentas de manera detallada y documentada, debiendo efectuar una rendición contable semestral”.

3) *A su hijo, P. A. F.*, quien “será el encargado de comunicar y explicar —si fuera necesario— el alcance y sentido del sistema de apoyo descripto, de supervisar y controlar la correcta puesta en marcha y continuación de la dinámica. Deberá facilitar la información y totalidad de la documentación que le sea requerida por la contadora para efectuar su labor. Deberá junto con la contadora, presupuestar y contratar un servicio de enfermería las 24 horas los 7 días de la semana, para que asista a E. Dicho servicio será abonado con los ingresos de la nombrada y, en caso de resultar los mismos insuficientes, corresponderá a *todos* los hijos de la causante cubrir la diferencia a prorrata. Queda autorizado el Sr. F. a suscribir la documentación pertinente. Deberá gestionar los medios necesarios para que, exclusivamente personal de enfermería, sea el encargado de manipular la sonda vesical permanente que tiene E. como, asimismo, cualquier atención o práctica que requiera conocimiento específico. Evaluar junto al equipo de enfermería la necesidad de contratar servicio de fisioterapia, nutrición, etc. para complementar la atención que recibe E. Por otro lado, atendiendo a las inquietudes volcadas en ocasión a la audiencia de contacto, impóngase al Sr. F. que instruya al personal doméstico y de enfermería para que organice y mejore la hidratación de E., su alimentación y aseo. Asimismo, que se tome especial consideración del cuidado de su cuerpo, su rotación para evitar lesiones y ulceraciones. Se impone se lleve un registro por parte de las cuidadoras/empleadas para poder efectuar un seguimiento y control de tales aspectos. Asimismo, deberá propender y facilitar el contacto entre el Dr. J. O. —quien

fuera designado asistente letrado de la Sra. E, aceptación a fs. 112—, con su representada, como vehículo para garantizar el derecho de defensa de la Sra. M., escuchar sus opiniones, deseos y voluntad”.

Finalmente determina que la empleada más antigua y la contadora deberán acompañar, como recaudo previo a la aceptación del cargo, los certificados de antecedentes penales y, luego, especifica que la designación del “equipo de apoyo provisorio” lo es por el término de seis meses, con cargo de oportuna rendición de cuentas.

II. Sistemas de apoyo para personas con (dis)capacidad. Breve descripción

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) (2) menciona tanto en el preámbulo como en su articulado la palabra “apoyo” en varias oportunidades y más en concretamente alude a “dispositivos y tecnologías de apoyo”, “instalaciones de apoyo”, “asistencia y apoyo”, “servicios de apoyo de la comunidad”, “servicios y apoyos generales”, “apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica” y “medidas de apoyo generalizadas” (3). Conforme surge del citado texto convencional

(2) Aprobada mediante ley 26.378, sancionada el 21/05/2008 y publicada en el BO el 09/06/2008; se le otorga jerarquía constitucional mediante ley 27.044, sancionada el 19/11/2014 y publicada en el BO el 22/12/2014.

(3) Se hace referencia al suministro de formas específicas de apoyo en los arts. 9º (accesibilidad), 12 (igual reconocimiento como persona ante la ley), 13 (acceso a la justicia), 16 (protección contra la explotación, la violencia y el abuso), 19 (derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad), 20 (movilidad personal), 21 (libertad de expresión y de opinión y acceso a la información), 23 (respeto del hogar y de la familia), 24 (educación), 26 (habilitación y rehabilitación), 27 (trabajo y empleo), 28 (nivel de vida adecuado y protección social) y 30 (participación en la vida cultural, las actividades recreativas, el esparcimiento y el deporte).

a las personas con discapacidad (PCD) (4) se les debe garantizar el acceso a variadas formas de apoyo para que en distintos aspectos de sus vidas puedan ejercitar sus derechos. Así entonces los apoyos pueden ser necesarios para la comunicación (intérpretes de señas y los medios alternativos o aumentativos de comunicación); para la movilidad (tecnologías de apoyo o los animales de asistencia); para ejercer la capacidad jurídica (art. 12); para vivir en forma independiente y ser incluidas en la comunidad (art. 19); para facilitar su formación en el sistema general de educación (art. 24); para acceder al empleo (art. 27) (5), entre otros.

El Código Civil y Comercial de la Nación cobija entre sus principales reformas la incorporación de “sistemas de apoyo al ejercicio de la capacidad” (6), que se ubica metodológicamente

(4) El art. 1.2 de la CDPD textualmente dice: “Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

(5) Sobre el programa “Empleo con Apoyo” del Gobierno de la Nación se puede encontrar información en: www.argentina.gob.ar/modernizacion/empleadopublico/discapacidad/buenaspracticas/empleoconapoyo.

(6) Sobre el tema se pueden compulsar, entre otras, las siguientes publicaciones: “Principios de interpretación del modelo de capacidad jurídica y del sistema de apoyos del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, Ed. Red por los Derechos de las Personas con Discapacidad (REDI) y Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), con la colaboración de la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ) y por el Centro de Investigación y Docencia en Derechos Humanos “Alicia Moreau”, Facultad de Derecho Universidad Nacional de Mar del Plata (CIDDH); FERNÁNDEZ, Silvia, “Comentario a los artículos 22 a 50”, en HERRERA, Marisa - CAMELO, Gustavo - PICASSO, Sebastián (dirs.), Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Título preliminar y Libro primero, Ed. Infojus, Buenos Aires, 2015, t. I, ps. 90 y

en el Libro primero: “Parte general”; título primero: “Persona humana”; capítulo 2: “Capacidad”, y en la sección tercera: “Restricciones a la capacidad”. Al hacerlo recepta, acorde con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y más específicamente con el art. 12. 3, el modelo de *adopción de decisiones con apoyo y asistencia* para que las PCD puedan, de ese modo, ejercer su capacidad jurídica en condiciones de igualdad con las demás.

Sus aspectos centrales se sintetizan a continuación.

ss.; KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída - FERNÁNDEZ, Silvia - HERRERA, Marisa, “Bases para una relectura de la restricción a la capacidad civil en el nuevo Código”, LA LEY 2015-D-1073, cita online: AR/DOC/2518/2015, hasta 02/10/2017; ALDERETE, Claudio, “El sistema de apoyos en la toma de decisiones de las personas con discapacidad. Propuestas y comentarios”, Ed. Infojus, DACF150521; PALACIOS, Agustina, “El ‘derecho a tener derechos’. Algunas consideraciones sobre el ejercicio de la capacidad jurídica y la toma de decisiones con apoyo”, Cuadernillo Derechos de las Personas con Discapacidad, Ed. Defensoría General de la Nación, Ministerio Público de la Defensa, 2017, p. 24, disponible en: www.mpd.gov.ar; IGLESIAS, Graciela, “Capacidad jurídica. El modelo de ‘apoyo’ en la toma de decisiones”, en ZITO FONTÁN, Otilia (coord.), Hacia un nuevo concepto de capacidad jurídica, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2014, 1ª ed., p. 69; GIAVARINO, Magdalena - BALMACEDA, Mónica, “La consideración del sistema de ‘apoyos’ como recurso autónomo”, cita online: AR/DOC/2663/2017; MARTÍNEZ ALCORTA, Julio, “Cuando el sistema de apoyos oculta un régimen de sustitución”, cita online: AP/DOC/192/2018; MUÑIZ, Carlos, “Algunas precisiones sobre la noción de apoyo a las personas con discapacidad. Comentario acerca del informe de la Relatora Especial sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (A/HRC/34/58)”, cita online: AR/DOC/1343/2018, SARQUIS, Lorena, “Deconstruir para construir: personas con discapacidad mental o psicosocial y el ejercicio de la capacidad jurídica con apoyos a la luz del derecho internacional de los derechos humanos”, Revista Derecho y Ciencias Sociales, 18, dossier: “Las familias y el derecho de las familias a dos años de vigencia del Código Civil y Comercial”, disponible en: www.sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/67148.

— *Finalidad del sistema o red de apoyos*: Es facilitar “la toma de decisiones” y que esas decisiones “respondan a las preferencias de la persona”. La función de asistencia o apoyo debe estar orientada a “promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos”. Quienes desempeñan esa labor no pueden ejercer “influencia indebida” (arts. 32 y 43) (7). Surge en especial de las normas citadas que un aspecto central del cambio normativo está dado en que la persona con (dis)capacidad mental o psicosocial para el ejercicio de la capacidad jurídica será asistida por un tercerx, quien tiene vedado actuar bajo el modelo de *sustitución* (8). Por su parte, el Comité de expertos de la CDPD, en su primera observación general, ha brindado importantes pautas orientadoras con relación al art. 12, no obstante, en los siguientes seis comentarios generales continuó entregando instrucciones para su mejor implementación (9). En sín-

(7) Se considera que el proceso mediante el cual se asiste y acompaña a la PCD en la toma de decisiones requiere que, en forma previa, se le deba brindar información en forma accesible. El art. 31, inc. d, del Cód. Civ. y Com. establece: “la persona tiene derecho a recibir información a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión”.

(8) En la OG. 1 (2014), art. 12: “Igual reconocimiento como persona ante la ley”, se establece: “Los regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones... tienen ciertas características en común: pueden describirse como sistemas en los que i) se despoja a la persona de la capacidad jurídica, aunque sea con respecto a una única decisión; ii) puede nombrar al sustituto que tomará las decisiones alguien que no sea la persona concernida y ese nombramiento puede hacerse en contra de su voluntad; y iii) toda decisión adoptada por el sustituto en la adopción de decisiones se basa en lo que se considera el ‘interés superior’ objetivo de la persona concernida, en lugar de basarse en su propia voluntad y sus preferencias” (apart. 27).

(9) A la fecha de entrega de este trabajo, la última que fue publicada es la observación general

tesis, los sistemas de apoyo “se deben basar en la aplicación de los derechos, la voluntad y las preferencias de quienes reciben apoyos, en lugar de lo que se percibe como su interés superior” (10).

— *Quiénes pueden ser personas receptoras de apoyo* (11): Conforme el Cód. Civ. y Com., las

7 (2018) sobre la participación de las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas con discapacidad, a través de las organizaciones que las representan, en la aplicación y el seguimiento de la Convención. Información disponible en www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/GC.aspx.

(10) OG 6 (2018), “Sobre la igualdad y la no discriminación apart. 49.b”. A diferencia de la Convención sobre los Derechos del Niño, la CDPD, salvo cuando refiere a los NNA con discapacidad, no contiene mención alguna al interés superior de las personas con discapacidad y sobre esta omisión el Comité ha manifestado en distintos documentos que “el paradigma de ‘la voluntad y preferencias’ debe reemplazar el ‘interés superior’ para que las personas con discapacidad disfruten del derecho a la capacidad jurídica en condiciones de igualdad con los demás”. En otra oportunidad se expuso: “Consideramos que es un verdadero acierto la decisión de eliminar el concepto de interés superior de la PCD, en tanto, conforme lo hemos expuesto, ese principio —conforme se advierte en materia de infancia— reúne las características de ambigüedad y vaguedad, resultando ser una directriz indeterminada y sujeta a múltiples interpretaciones y facilitadora también de múltiples arbitrariedades que, escondidas bajo la fórmula convencional, no hacen más que colar modos de tratamiento que definitivamente se pretenden superar”. SARQUIS Lorena, “Ejercicio de la capacidad jurídica con apoyos. Un fallo que invita a reflexionar”, cita online: AP/DOC/482/2018.

(11) Se parte de considerar que el apoyo es una práctica que todas las personas necesitamos en algún momento de nuestras vidas y que se encuentra profundamente arraigada en todas las culturas y comunidades, que constituye la base de todas nuestras redes sociales. A/HRC/34/58. No obstante, cuando se trata de personas con (dis)capacidad mental o psicosocial, esta práctica social pretende ser formalmente reconocida en el ámbito judicial.

personas mayores de trece años que padecen “una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes” (art. 32). Por otra parte, el art. 43 del Cód. Civ. y Com. agrega que el apoyo se establece para aquella “persona que lo necesite”. En este punto debe recordarse que, en términos de la CDPD, la discapacidad es la resultante de la interacción entre la dimensión personal (deficiencia/diversidad) y la dimensión social en todas sus expresiones (barreras), así entonces —y en concordancia con el modelo social— es que debe considerarse que la *necesidad* de apoyos surge frente a la existencia de *barreras* y no por la mera existencia de un diagnóstico en el campo de la salud mental.

— *Participación de la persona interesada en el proceso judicial*: El digesto civil y comercial, en varias oportunidades, alude a “la persona en cuyo interés se lleva adelante el proceso” y acorde con esa visión les reconoce un lugar protagónico. A saber: i) al establecer que debe participar en calidad de parte y aportar pruebas que hacen a su defensa (art. 36); ii) cuando, con el fin de asegurar el cumplimiento de una de las garantías del debido proceso legal, dispone que debe intervenir con asistencia letrada obligatoria y a ello le agrega dos importantes previsiones. La primera es que, en caso de que no lo haga, se le “debe proporcionar uno para que la represente y le preste asistencia letrada en el juicio” (art. 36) y la segunda, que, ante la ausencia de medios económicos, la asistencia técnica “debe ser proporcionada por el Estado” (art. 31, inc. e); iii) al incorporar como regla general que tiene derecho a recibir información a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión (art. 31 inc. d); iv) al determinar que el juez “debe garantizar la inmediatez con el interesado durante el proceso y entrevistarlo personalmente antes de dictar resolución alguna” (arts. 35, 40 y 707) (12); v) al especificar que la persona intere-

(12) En el II Congreso Internacional sobre Discapacidad y Derechos Humanos, celebrado en la

sada puede solicitar “en cualquier momento” la revisión de la sentencia; vi) cuando prescribe que la sentencia debe ser revisada por el juez en un plazo no superior a los tres años, sobre la base de nuevos dictámenes interdisciplinarios y “mediando audiencia personal con el interesado” (art. 40) y, vii) al reconocer que pueden proponer una o más personas de su confianza para que sean designadas a efectos de que le presten apoyo (art. 43, *in fine*).

— *Quiénes pueden ser designados para conformar la red o sistema de apoyos:* La designación

ciudad de La Plata en el año 2017, se concluyó: “Es función del juez interviniente adaptar el proceso judicial en orden a garantizar que la persona con discapacidad reciba la información de un modo accesible y, así, asegurar la eficacia del proceso y la debida tutela del derecho de defensa y participación en igualdad de condiciones de las demás. El juez y el Ministerio Público deben asegurar la intervención en calidad de parte de la persona con discapacidad. Esa participación debe ser ejercida en el marco del derecho irrenunciable a ser asistido por un abogado defensor. A tal fin, una vez iniciadas las actuaciones, y como primera providencia se le debe hacer saber a la persona, en formato accesible o en lenguaje sencillo, que le asiste el derecho de participar en carácter de parte y que debe designar un abogado defensor de su elección, debiéndose fijar un plazo para su cumplimiento. Vencido ese plazo, si no obra en autos tal presentación, el juez de oficio o a instancia del Ministerio Público, deberá nombrarle uno. La entrevista personal no es una mera facultad del juez, sino que constituye un deber indelegable, debiendo estar asegurada en cada proceso”. Con relación al deber de mantener entrevista personal en sede judicial o en el lugar donde se encuentra residiendo la persona, se ha resuelto: “el magistrado debe mantener una entrevista personal con la causante en el domicilio de esta debiendo estar presente el asesor de incapaces interviniente, pues no se trata de una mera facultad sino de un deber indelegable del magistrado, donde se le asegura al presunto incapaz la inmediatez y accesibilidad, en los términos de los arts. 35 y 706 del Cód. Civ. y Com.”; C1°Civ. y Com. San Isidro, sala 1ª, 16/03/2017, “B. L. s/ determinación de la capacidad jurídica, cita online: AR/JUR/8474/2017.

puede recaer en una o más personas o instituciones, que pueden ejercer la función en forma conjunta, indistinta o con funciones específicas y diferenciadas (arts. 32, 34, 38, 43 y 101, inc. c) (13). La elección, en primer lugar y acorde a un modelo de derechos humanos, corre por cuenta de la persona interesada, quien puede proponer se designen aquellxs que inspiren su “confianza” (art. 32) (14). Con relación a este aspecto, la res. 65/2005 del Ministerio de Salud brinda una mayor especificación, al establecer que “el criterio para ser persona de apoyo no es otro más que la confianza y empatía. No se requiere de título profesional de ningún tipo. Puede ser una persona allegada. La persona de apoyo puede ser una persona con discapacidad. Lo esencial es la elección y aceptación por parte de la persona” (15). La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en un caso que tiene muchos aspectos análogos con el que se comenta en este trabajo, ha dicho que el Cód. Civ. y Com. “habilita la elección de apoyos por parte de la persona involucrada, salvo

(13) Surge de un informe de la Relatora Especial sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: “El apoyo suele ser prestado por una combinación de proveedores que comprende a organismos públicos, organizaciones privadas, organizaciones sin fines de lucro, entidades benéficas y las familias”. A/HRC/34/58.

(14) OG 1, apart. 17: “las personas con discapacidad pueden escoger a una o más personas de apoyo en las que confíen para que les ayuden a ejercer su capacidad jurídica respecto de determinados tipos de decisiones”.

(15) La resolución, si bien está dirigida a brindar reglas generales de interpretación normativa, en particular de los arts. 25 y 26 del Cód. Civ. y Com. y su relación con la salud sexual y salud reproductiva, lo cierto es que en orden al sistema de apoyos para la toma de decisiones brinda importantes y valiosas directrices que deberían ser integradas con el fin de realizar una interpretación armónica de todo el ordenamiento legal. Por otra parte, se agrega que, cuando la citada resolución alude a los apoyos que pueden prestar las personas con discapacidad, no hace más que receptor “el apoyo entre pares” a los que alude la CDPD en el art. 24, apart. 3º, a.

que se detecte la existencia de intereses contrapuestos o el riesgo de una manipulación de su voluntad” (16).

— *La sentencia se debe pronunciar —además de lo prescripto en el art. 37— sobre los siguientes aspectos:* i) determinar el sistema de apoyos en “función de las necesidades y circunstancias de la persona” (art. 32) y establecer “la extensión y alcance de la restricción y especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible” (art. 38); ii) incorporar salvaguardias tendientes a procurar la protección de la persona respecto de eventuales conflictos de intereses o influencia indebida (art. 43) (17); iii) ordenar su inscripción en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las

(16) CS, 22/03/2018, “D. L. V., A. M. s/ determinación de la capacidad”, cita online: AR/JUR/1466/2018.

(17) La CDPD incorpora las “salvaguardias” en el art. 12, párr. 4º, que textualmente dice: “Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas”. Conforme señala el Comité de la CDPD, el objetivo principal es garantizar el respeto de los derechos, voluntad y preferencias de la persona, “incluido el derecho de asumir riesgos y a cometer errores” y “proporcionar protección contra los abusos y la influencia indebida”. Asimismo, define qué considera influencia indebida al decir que es cuando la interacción presenta “señales de miedo, agresión, amenaza, engaño o manipulación” (OG 1, aparts. 20 a 22).

Personas” (art. 39); iv) el deber efectuar su revisión en un plazo no superior a tres años (art. 40).

III. La sentencia que se anota: las palabras silenciadas

III.1. Señor juez, ¿habla de mí?

Una primera y rápida lectura puede llevar a calificar en forma coloquial a la sentencia como de “avanzada”, dado que determina en forma muy minuciosa tanto la integración como el funcionamiento de la red de apoyos provisorios que deben asistir a Emilia. No obstante, a poco de profundizar en sus argumentos, salta a la vista que su persona es la “gran ausente” en el proceso judicial. Afirmación que no se modifica por el hecho de que en forma reiterada se la nombre, se aluda al estado de su salud física, a sus necesidades y que se aclare que “esta causa tiene como único norte proteger el interés exclusivo de E.”. Cuando el juez expresa que ha “tomado contacto con todos los interesados”, debe destacarse que en ese “todos” están comprendidos sus hijos, pero no se encuentra incluida precisamente ella. Este tipo de intervención judicial se enmarca en el modelo de sustitución en su estado más puro.

Es precisamente en este punto donde se efectúa con cierto ímpetu una de las principales críticas a la resolución que se analiza. La voz de Emilia está absolutamente ausente. ¿La razón? Que en ella se reconoce la intersección de varios factores opresivos como ser mujer, adulta mayor y con discapacidad (18).

(18) En el trabajo “Las mujeres y el cautiverio de la locura. Una relación a revisar desde un enfoque de derechos humanos” (en prensa), he analizado desde la perspectiva de la interseccionalidad —considerada uno de los principales aportes teóricos de la teoría feminista de los últimos tiempos— la situación de las mujeres en situación de discapacidad. En él se expone: “El concepto de discriminación interseccional —que surge de la reflexión crítica de mujeres que se encuentran a los márgenes del modelo que toma como referencia exclusiva a las

A partir de ahí se agregan otras observaciones críticas con el propósito de reflexionar cómo, muchísimas veces, aunque no siempre, bajo el modelo de apoyos se puede ocultar un régimen de sustitución (19). Veamos.

— La propuesta de quiénes conforman la red de apoyos la hace uno de sus hijos y, como dice el magistrado, ella es de recibo. Conforme fue expuesto, la elección y aceptación recaen en la persona interesada de allí que cuando terceras personas hacen la propuesta, con base en lo que ellxs presuponen más conveniente o aconsejable, la intervención no es respetuosa de los derechos humanos de la persona con (dis)capacidad.

— Relacionado con el punto anterior, el vínculo de confianza entre la persona receptora de apoyos y aquellxs que han de prestar apoyos no debe presumirse ni aun cuando existen vínculos familiares de parentesco.

— Se decreta que es la empleada quien debe “facilitar los canales de comunicación y el diálogo fluido entre ambos ‘apoyos’ a fin de coordinar adecuadamente...”. La comunicación y colaboración que se pueden prestar quienes integran la red de apoyos posiblemente contribuya a su mejor funcionamiento, empero el apoyo es una obligación vinculada a la persona con (dis)capacidad y debe estar centrada en ella. De allí que se debería haber instado a las personas de apoyo a mantener comunicación y diálogo fluido con el fin de conocer su voluntad, deseos y preferencias para recién a partir de ahí brindarle asistencia.

— Con relación a las funciones de “apoyo” que impone a la contadora, quien en esa calidad “tendrá acceso a las cuentas de la causante, clave de AFIP y realizará cuanto pago sea necesario”, debo decir que resulta verdaderamente alarmante —más allá de la imposición de la obligación de rendición de cuentas— cómo son avasallados los derechos patrimoniales de Emilia, en clara contravención con el art. 12, párrafo quinto, de la CDPD.

— En otro tramo se afirma: “Es claro que el ‘apoyo’ debe serle accesible. Así, se procura que tal apoyo o contención no le sea del todo ajeno o distante. Es fundamental, propender a la tranquilidad y serenidad de E.”. Lo dicho respecto a la accesibilidad es acertado (20). Se considera inapropiado utilizar el término *contención*, puesto que se confunde el propósito o finalidad del sistema de apoyos (21). Por otra parte, en lo que hace al cuidado y atención de la situación de salud de la Sra. Emilia, se destaca que este aspecto está más bien vinculado a los apoyos que las personas pueden necesitar para la vida independiente que se encuentra amparado en el art. 19 de la CDPD. Por su parte, y con relación a la figura del asistente personal (22), el Comité de expertos expone: “El concepto de asistencia personal en que la persona con discapacidad no ejerce plenamente la libre determinación y el control de sí misma no se considerará conforme con el art. 19. Las personas con necesidades de comunicación

(20) Art. 9º, CDPD, y OG 2 (2014), art. 9º: “Accesibilidad”.

(21) La palabra “contención” deriva del latín *continere* y tiene tres acepciones “1. tr. Dicho de una cosa: Llevar o encerrar dentro de sí a otra. 2. tr. Reprimir o sujetar el movimiento o impulso de un cuerpo. 3. tr. Reprimir o moderar una pasión”. Ver “Diccionario RAE”.

(22) Art. 19.b): “Las personas con discapacidad tengan acceso a una variedad de servicios de asistencia domiciliaria, residencial y otros servicios de apoyo de la comunidad, incluida la asistencia personal que sea necesaria para facilitar su existencia y su inclusión en la comunidad y para evitar su aislamiento o separación de esta”.

mujeres blancas, heterosexuales, capaces y de clase media— se ha constituido en un hallazgo fundamental para las mujeres con discapacidad en tanto ha permitido construir un edificio teórico y una nueva praxis al conectar distintos ejes de opresión que hasta la fecha habían permanecido totalmente invisibilizados por la corriente hegemónica, tanto en el ámbito de la academia como en el del activismo feminista y en el de la discapacidad. (Caballero Pérez, 2016:94; La Barbera, 2016:114)”.
(19) MARTÍNEZ ALCORTA, Julio, “Cuando el sistema...”, ob. cit.

complejas, incluidas las que utilizan medios de comunicación informales (es decir, la comunicación a través de medios no representativos, como la expresión facial, la posición corporal y la vocalización) deben recibir apoyos adecuados que les permitan formular y transmitir sus órdenes, decisiones, elecciones y/o preferencias, y con los que estas puedan ser reconocidas y respetadas” (23).

— Con relación a la intervención del abogado en su calidad de asistente técnico, se expresa que “dejó vencer el plazo para evacuar la vista habiéndosele dado por decaído el derecho dejado de usar”. Al así resolver, se deja en estado de indefensión a la persona con (dis)capacidad. Por otra parte, se destaca que la designación formal de un patrocinio letrado no es suficiente para asegurar el debido proceso y el derecho de defensa, “sino que es menester además que aquel haya recibido una efectiva y sustancial asistencia de parte de su defensor” (24). Conforme lo expuesto, el magistrado se encontraba obligado a proveer lo necesario para que Emilia no quedara en situación de indefensión y con ese objetivo luego resuelve que el hijo P. A. F. “deberá propender y facilitar el contacto entre el Dr. J. O. —quien fuera designado asistente letrado de la Sra. E., aceptación a fs. 112—, con su representada, como vehículo para garantizar el derecho de defensa de la Sra. M., escuchar sus opiniones, deseos y voluntad”.

(23) OG 5 (2017), sobre el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad.

(24) CS., Fallos: 304:1886. La Corte Interamericana sostiene que la obligación contenida en el art. 8.2.e) de la Convención no se satisface únicamente con proporcionar un defensor jurídico, sino que esta defensa debe ser adecuada (“Caso Tibi c. Ecuador”, 07/09/2004, párr. 194; “Caso Cabrera García y Montiel Flores c. México”, 26/11/2010, párr. 155; entre otros).

— La asesora letrada, en su carácter de representante complementaria, expresa que puede aceptarse la propuesta de relevo presentada por el hijo P. A. F. Precisamente ante el estado de indefensión que se señala y frente al incumplimiento del deber de entrevistar a la interesada antes de que se dictara la resolución que recepta en forma provisoria un “equipo apoyos provisorio” en los términos del art. 34 del Cód. Civ. y Com., conforme lo ha puesto de resalto Corte Interamericana —en el tantas veces citado caso “Furlán” — era precisamente esa funcionaria pública quien debía intervenir para garantizar la protección efectiva de sus derechos (art. 103) (25).

IV. Palabras de cierre

Finalmente, se debe recordar que un principio básico de la lucha de las personas con (dis) capacidad se sintetiza bajo el lema “nada de nosotros sin nosotros” (26). De allí que no es posible afirmar a esta altura de la evolución normativa nacional e internacional que la intervención judicial es respetuosa de derechos humanos de las personas que integran este colectivo cuando el poder de decidir sobre su propia vida les sigue siendo arrebatado.

(25) Caso “Furlán y familiares c. Argentina”, sentencia de 31/08/2013, párr. 242. La Corte Interamericana, al respecto, dice: “el tribunal considera que habrá casos, dependiendo del tipo de deficiencia de la persona, en que sea conveniente que la persona con discapacidad cuente con la asesoría o intervención de un funcionario público que pueda ayudar a garantizar que sus derechos sean efectivamente protegidos”.

(26) La CDPD, a diferencia de otros tratados de DD.HH., en el procedimiento de elaboración contó con la activa participación de organizaciones representativas de personas con discapacidad (ONG) que actuaron bajo ese lema.

CADUCIDAD DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA

Cómputo – Unión convivencial – Violencia de género

Con nota de Gonzalo E. Imas

El inicio del cómputo del plazo de caducidad es la finalización de la convivencia, y este punto en este caso concreto no resulta claro en este estadio procesal. En efecto, el demandado aduce que el cese de la unión se habría producido por conducta de la reclamante, invocando que medió un nuevo vínculo convivencial, mientras que la peticionante de la compensación alega su condición de víctima de violencia doméstica y su imposibilidad de accionar a consecuencia de su estado emocional. El planteo de caducidad no puede ser tratado en este momento, debiendo ser objeto de las medidas de prueba que en este acto se proveerán, y con independencia de que sí deba ser de prioritario abordaje al expedirme sobre el fondo.

JFamilia Nro. 1 Esquel, 24/06/2019 - S., E. Y. c. L., J. D. s/ determinación de compensación económica

1ª Instancia.- Esquel, junio 24 de 2019.

Considerando:

Que la actora, al momento de interponer la demanda por compensación económica aduce que el plazo de caducidad previsto en el art. 525 del Cód. Civ. y Comercial debe computarse considerando la especial situación de violencia de género que sufrió durante la vigencia de la convivencia. Puntualmente señala episodios de gravedad que dieron origen a una causa penal, adjuntando elementos que dan cuenta del dictado de una medida cautelar a su favor.

El demandado, a su turno, plantea la nulidad por falta de cumplimiento de la etapa procesal de avenimiento y esgrime la caducidad de la acción incoada, negando la existencia de los hechos que se le atribuyeron como configurativos de la violencia.

En forma previa a despachar la prueba ofrecida por las partes voy a expedirme sobre ambos tópicos.

Señalo, en lo que hace al planteo de caducidad de la pretensión de compensación económica, que no puede perderse de vista que tanto ella como la regulación de las uniones convivenciales en lo que hace a su configuración, efectos, disolución, fueron sistematizadas recién en el Cód. Civ. y Comercial de 2015, e incluso la compensación aparece como un instituto novedoso en el derecho argentino. La consecuencia de esas circunstancias es que la jurisprudencia argentina es incipiente en lo que hace a ambos institutos y los problemas derivados de esa novel regulación legal. Esta realidad no obsta a que puedan, en este estadio procesal, dejarse asentadas algunas cuestiones que deben necesariamente tener respuesta jurisdiccional.

a.- Por cuestiones metodológicas voy a considerar en primer lugar el planteo de nulidad.

Al respecto, es dable señalar que la jurisprudencia de la provincia de Chubut no es uniforme en lo que hace a la exigibilidad del tránsito de la etapa prejudicial de avenimiento en los supuestos de reclamos de compensación económica. En efecto, mientras que en la circunscripción judicial del Sur no se exige el agotamiento de esa vía con fundamento en que la cuestión no estaba prevista en el ordenamiento procesal local, en que las cuestiones patrimoniales derivadas de las sociedades de hecho tramitaban el fuero civil y comercial, en que la compensación económica está prevista tanto para las uniones convivenciales como para el divorcio, y en este último supuesto no se exige por lo cual importaría una desigualdad requerirlo para las uniones convivenciales, y en tercer lugar, porque no existiría un interés social en avenir a las partes en pos de la protección de menores de edad, sentido que le atribuyen a la norma alojada en el art. 88 de la Ley III N° 21 (1). Los juzgados de familia de Esquel, al contrario, se han enrolado en el otro criterio, postulando como condición de admisibilidad

(1) Cám. Apel. Com. Riv., Sala B, "R., C. J. c. D., A. M. s/ determinación de compensación económica", expte. 246/2016.

que la etapa se agote, y hasta el momento no fue cuestionado en instancias revisoras.

Esta regla general, sin embargo, tiene excepciones, y este supuesto es uno de ellos, en tanto y en cuanto la demanda se encuadró, además, en un marco de violencia de género, apareciendo en primer lugar un deber de protección mínimo que llevó a esta magistrada a soslayar esa exigencia. Esto así siguiendo la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en un interesante fallo del 08/03/2018 en el caso V.R.P., V.P.C. y otros contra Nicaragua (2), donde se dijo: “que, en casos de violencia contra la mujer, las obligaciones generales establecidas en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana se complementan y refuerzan para aquellos Estados que son Parte, con las obligaciones derivadas del tratado interamericano específico, la Convención de Belém do Pará. En su artículo 7.b), dicha Convención obliga de manera específica a los Estados Partes a utilizar la debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. De este modo, ante un acto de violencia contra una mujer, sea cometida por un agente estatal o por un particular, resulta especialmente importante que las autoridades a cargo de la investigación la lleven adelante con determinación y eficacia, teniendo en cuenta el deber de la sociedad de rechazar la violencia contra las mujeres y las obligaciones del Estado de erradicarla y de brindar confianza a las víctimas en las instituciones estatales para su protección” (3). Bajo esas pautas, que además se refuerzan con lo dispuesto en la Ley XV N° 26, en su art. 44, y los instrumentos obrantes al inicio de la demanda —en particular el incorporado en la p. 5— en este supuesto puntual la exigencia procesal constituiría una violación a las reglas de protección de los derechos humanos de la mujer, prohibida por el ordenamiento jurídico supranacional (CEDAW, art. 2.b, Belém do Pará, art. 7, 100 Reglas de Brasilia de Acceso a la Justicia de Personas en Condi-

ción de Vulnerabilidad (4) arts. 1, 3, 18, 19 y 20). Finalmente, resta señalar que la sanción pretendida —nulidad— no está prevista en el ordenamiento procesal, razón de fuste para desechar el planteo, pues es sabido que no procede la nulidad por la nulidad misma.

b.- Con relación al planteo de caducidad, conforme la legislación, el derecho para reclamar la compensación económica caduca a los seis meses. Respecto al matrimonio, ese período se computa desde la oportunidad “de haberse dictado la sentencia de divorcio” (art. 442, *in fine*, del Código); mientras que en las uniones convivenciales tal plazo comienza a correr desde el momento “de haberse producido cualquiera de las causas de finalización de la convivencia enumeradas en el art. 523” (art. 525, última parte).

Cabe señalar, en primer lugar, la diferente naturaleza entre la caducidad y la prescripción. La caducidad extingue el derecho (art. 2566 del Cód. Civ. y Comercial), mientras que la prescripción solo la acción. La prescripción no es de orden público, y por eso no puede aplicarse de oficio por el juez. La caducidad, en cambio, tiene una naturaleza bifronte en este punto: es de orden público lo que versa sobre asuntos indisponibles; como los casos en que está en juego los derechos de los niños, niñas y adolescentes (art. 2° de la ley 26.061) o atinentes a la impugnación de la filiación presumida por la ley (art. 590 del Cód. Civ. y Comercial). Pero no es de orden público cuando la caducidad se refiere a asuntos regidos por la autonomía de la voluntad; como la compensación económica (arts. 2571 y 2569, inc. b del Cód. Civ. y Comercial). Con estas afirmaciones me alinee en la postura que sostiene la improcedencia de la declaración oficiosa de la caducidad de la compensación económica (5), lo que no obsta a su tratamiento y

(4) Las Reglas centran el eje conceptual de la vulnerabilidad en el impedimento que implica para determinadas personas acceder y ejercitar con plenitud los derechos ante el sistema de justicia de un determinado Estado. Lo que implica ver a la vulnerabilidad desde un contexto relacional.

(5) Ver, entre otras AMIEVA NEFA, Sonia V., “La caducidad de derechos en el régimen de familia. El supuesto de compensación económica”, DFyP 2017

(2) Corte IDH, “V. R. P., V. P. C. y otros c. Nicaragua”, 08/03/2018 en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_350_esp.pdf, compulsado el 17/10/2018.

(3) *Ibidem*, Párrafo 152.

eventual admisión ante el planteo de la parte que la invoca que, adelanto, no es atendible en esta etapa preliminar del presente proceso pero sí lo será al resolver en definitiva.

En segundo lugar, recordemos que el comienzo del término de caducidad difiere para una u otra composición familiar, principiando para los matrimonios con un acto jurisdiccional firme —la sentencia que disuelve el vínculo— y debiendo atenderse a una situación de hecho en el caso de las uniones convivenciales. Repárese que el inicio del cómputo del plazo de caducidad es la finalización de la convivencia, y este punto en este caso concreto no resulta claro en este estadio procesal. En efecto, el propio demandado aduce que el cese de la unión se habría producido por conducta de la reclamante (art. 523, ap. c del Cód. Civ. y Comercial, invocando que medió un nuevo vínculo convivencial que sustituyó al primero), mientras que la peticionante de la compensación alega su condición de víctima de violencia doméstica, la reiteración de hechos y su imposibilidad de accionar a consecuencia de su estado emocional (art. 523 inc. g del Cód. Civ. y Comercial), con planteos constitucionales para el mantenimiento del derecho que invoca.

Así las cosas, y dado el evidente perjuicio que la caducidad del derecho irroga, en esta etapa inicial del debate acerca de cómo y cuándo ocurrieron los hechos impide contar con elementos suficientes para hacer lugar al planteo del demandado. La acreditación de todos los supuestos cuestionados será objeto de prueba por quienes los esgrimen, recordando que ha de aplicarse el principio que establece que la prueba recae, fundamentalmente, en quien está en mejores condiciones de probar (art. 710 del Cód. Civ. y Comercial).

Y en tercer lugar señalo que conforme lo dispone el art. 2567 del Cód. Civ. y Comercial, los plazos de caducidad no se suspenden ni se interrumpen, excepto disposición legal en contrario, debiendo interpretarse el sistema de derechos de manera

integral (arts. 1, 2, 3 del Cód. Civ. y Comercial), lo que permitirá que, una vez producida la prueba ofrecida por las partes, y aplicando las reglas jurídicas pertinentes, sea posible determinar fehacientemente si la postura de la Sra. S. es atendible o, por el contrario, debe prosperar la versión del Sr. L.

En otras palabras, estimo que el planteo de caducidad no puede ser tratado en este momento, debiendo ser objeto de las medidas de prueba que en este acto se proveerán, y con independencia de que sí deba ser de prioritario abordaje al expedirme sobre el fondo.

Consecuencia de lo dicho es que resuelvo: I. Rechazar el planteo de nulidad del demandado, y posponer el de caducidad del derecho para cuando se dicte la sentencia definitiva, y en consecuencia convocar a las partes a juicio oral a fin de llevar a cabo la audiencia de vista de causa, prescripta en el artículo 106 de la ley III N° 21, para el día 06 de agosto de 2019 a las 10 hs., a la que deberán comparecer personalmente y con sus abogados. II. Tener presente la prueba instrumental oportunamente acompañada con el escrito de inicio y su contestación. III. No hacer lugar a la prueba confesional, debiendo estarse a lo dispuesto en el artículo 115 de la Ley III N° 21, requiriendo la comparecencia personal de los ex convivientes a los fines de ser preguntados sobre los hechos. IV. Líbrense los oficios requeridos en el acápite B) Informativa de p. 16 vta. y 17 y, d) Informativa de p. 49 vta. y 50 Hacer saber a las entidades oficiales que deberán responder las solicitudes con antelación a la audiencia fijada en el punto I) bajo apercibimiento de imponer una multa diaria de \$500. V. Disponer que se produzca la prueba testimonial ofrecida, citando para el día y hora fijados a los Sres. N. K., D. R. I., D. I. G. y M. T. M., por la actora; M. J. M., K. D. L. S., G. F. P., V. M., H. L. S. y A. R. por la demandada, en los términos del art. 110 de la Ley III N° 21. VI. Dar intervención al Equipo Técnico Interdisciplinario a efectos de que realice un amplio informe socio ambiental en los domicilios de las personas litigantes: S. y L., conforme lo solicitado respectivamente en las págs. 17 y 39 vta., el que deberá ser presentado con diez días de anterioridad a la fecha señalada en el punto I) para la celebración de la audiencia en autos. Líbrense oficio cuya confección estará a cargo de las partes. Igualmente solicitar a una de las psicólogas del ETI se expidan indicando: a) rasgos de personalidad de

(octubre), 17/10/2017, 152, AR/DOC/2095/2017, ALEMAN, María del Carmen, "La caducidad en la compensación económica", RDF 2019-1, 21/02/2019, 102, AR/DOC/3791/2018.

las partes, b) pautas que permitan indicar los patrones socio culturales bajo los cuales se rigió la convivencia, c) indicadores de abuso emocional activo o pasivo en cada uno de ellos, d) consecuencias o elementos que permitan evidenciar victimización producto de la convivencia y su ruptura, e) todo otro dato de interés con relación a la postura de las partes en relación a los géneros y sus estereotipos. Notifíquese en la oficina, por Secretaría, haciendo constar cuál será la profesional actuante, y notificándole que la experticia deberá ser presentada indefectiblemente con una antelación de diez días de la audiencia fijada. Hágase saber a los ex convivientes que la falta de colaboración en la realización de la pericia será considerada al momento del fallo definitivo. Para las citaciones que deba realizar la profesional designada, las partes deberán poner a disposición un teléfono celular. VII. Designar perito tasador al contador P. A. H. quien luego de aceptar el cargo ante el Actuario deberá expedirse respecto de los puntos requeridos en el punto D.- Pericial de p. 17 vta. La experticia deberá ser presentada con diez días de antelación a la audiencia fijada en el punto I). VIII. No hacer lugar a la pericial requerida en el punto g) de fs. 50 (art. 368 *in fine* de la Ley XIII N° 5). IX. Las notificaciones de los puntos I y V deberán ser efectuadas por los interesados a fin de que las personas citadas concurren en forma personal, munidos de sus respectivos documentos de identidad, bajo apercibimiento de llevarse a cabo con quienes asistan y no admitir a quienes no acrediten identidad (arts. 107, inc. b y 110 de la ley III N° 21). X. Decretar que esta audiencia sea registrada en el sistema KENOS. XI. Notifíquese. — *Mariela A. González*.

COMPENSACIÓN ECONÓMICA

Cómputo del plazo de caducidad en relaciones con violencia de género – Inicio del cómputo al momento en que finaliza la medida de protección dispuesta – Inaplicabilidad del art. 525 del Cód. Civ. y Com. – Perspectiva de género

Con nota de Gonzalo E. Imas

1. — La unión convivencial puede cesar, entre otras causales, por voluntad unilateral de

alguna de las partes o por el cese de la convivencia mantenida (art. 523 inc. f y g del Cód. Civ. y Comercial). Ello no significa que la manifestación de uno de los convivientes respecto de la fecha en que se produjo ese cese baste a los efectos del cómputo del plazo de inicio de la caducidad de la compensación económica previsto en el art. 525, último párrafo, si aparecen razones como la comprobación de una relación sentimental contaminada por la violencia de género.

2. — Por aplicación de las normas internacionales que obligan al Estado a disponer medidas adecuadas para el efectiva protección de los derechos de las mujeres, en el caso concreto resulta inaplicable el art. 525 del Cód. Civ. y Comercial en cuanto dispone 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 artículo 523, debiendo el plazo computarse desde que cesó la medida restrictiva dictada en protección de la violencia familiar denunciada, no contemplada esa circunstancia específicamente en la norma, pero admisible dentro del esquema convencional-constitucional que rige en nuestro país.
3. — El vínculo desequilibrado de poder que unía a esta pareja tiene en la violencia económica desplegada por el miembro masculino, su faceta más sutil, pero no por ello menos pernicioso; modalidad que, si bien estuvo agazapada durante la convivencia, emergió con gran potencia luego del retiro de la mujer de la vivienda en común, y evidentemente se acrecentó cuando ella inició una nueva unión, por lo tanto, se reúnen los requisitos constitutivos de la pretensión de compensación económica -\$1.333.000-, ya que se acreditó desequilibrio manifiesto del conviviente respecto a la ex pareja; que tal desajuste implicó un empeoramiento en la situación de ella, que debió recurrir a la asistencia de su pareja para la provisión de la vivienda, no contando con ingresos más que para

un sostén mínimo; y esa situación se desencadenó con la ruptura de la unión convivencial; máxime cuando el ex conviviente mantuvo inalterada su situación económica.

4. — 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 un deber jurídico.

JFamilia Nro. 1 Esquel, 28/10/2019 - S., E. Y. c. L., J. D. s/ determinación de compensación económica

1ª Instancia.- Esquel, octubre 28 de 2019.

Resulta:

En fecha 28 de marzo del año en curso, la Sra. S. reclamó a su ex conviviente J. L. una prestación única en dinero en concepto de compensación económica, la que estimó en la suma de \$3.600.000, apoderando especialmente a la Abog. María Cristina Mombelli.

Fundó su pretensión en los siguientes hechos: ambos se conocieron en su adolescencia, comenzando el noviazgo a los 17 años de la mujer, quien al año siguiente quedó embarazada naciendo la hija en 1985 en la República de Chile, donde la actora se encontraba transitoriamente; la convivencia de pareja la iniciaron en 1986, naciendo en 1987 el segundo hijo.

Relata que vivieron en distintas casas que arrendaban a familiares, que el Sr. L. había recibido un acoplado del progenitor y que con el trabajo en común lograron adquirir una vivienda situada en... de Trevelin, que fue la sede del hogar y en la actualidad está ocupada por el ex conviviente. Reseña que se produjo el fallecimiento del segundo hijo, luego el ingreso del demandado a una empresa de transportes donde se desempeñó como chofer hasta 1987. En 1992 nace el último hijo de la pareja, y el padre del demandado le provee de un camión para trabajar con él, financiándole la adquisición, no obstante lo cual continúa como chofer en distintas empresas

de transporte. Agrega la reclamante que fueron adquiriendo distintos automotores y que ella administró siempre la economía familiar, encargándose de pagos, compras, ahorros, mientras los bienes adquiridos lo eran todos a nombre del varón.

Señala que si bien se dedicó la mayor parte del tiempo a la crianza de los hijos y las tareas del hogar, lo que permitía a su pareja trabajar con tranquilidad e incrementar el patrimonio, también realizó sus propios aportes cuando los hijos crecieron trabajando en una farmacia y como peluquera. Lograron ampliar la vivienda, construir un departamento para alquiler temporario, y proveer de estudio universitario a la hija mayor.

Relata que por diversas situaciones de violencia provocadas por la ex pareja, debió dejar una relación laboral que inició luego de la separación de L. Afirma que soportó situaciones de hostigamiento y agresiones del nombrado que la llevaron a retirarse del hogar en el mes de julio, incluso debió alejarse transitoriamente de la zona, y al regresar realizó reiteradas denuncias penales, continuando los episodios de violencia dirigidos hacia ella y su pareja, que motivaron el dictado de una medida de protección hacia ambos. Ofrece prueba de esas circunstancias.

Asevera que el estrés de las vivencias maltratantes sufridas le impidieron iniciar la demanda tendiente a obtener una reparación por el desequilibrio económico provocado por el cese de la convivencia. Funda su posición con relación a la inoperancia de la caducidad de la acción, para lo cual reitera: que se retiró del hogar el 31 de julio de 2018 con solo sus pertenencias personales, inmersa en vaivenes motivados por las actuaciones judiciales penales, habiendo puesto sus recursos personales en la recuperación psicológica, denunciando calidad de víctima de violencia de género. Pide no se compute el mes de enero —dada la feria judicial— y se admita su reclamo para lo cual acerca doctrina y jurisprudencia relacionada. Subsidiariamente plantea la inconstitucionalidad del plazo dispuesto por el art. 524 del Cód. Civ. y Comercial, catalogando de contraria al principio de igualdad la situación de las mujeres casadas de las que apostaron a una unión convivencial, por tener las unas y no las

otras un plazo cierto desde cuándo computar el término de seis meses previsto en las normas que regulan la compensación económica.

Sostiene que el derecho nace a partir del cese de la comunidad de vida, que el desarrollo de los hechos la colocó en situación de víctima de violencia económica, no solo porque el ex conviviente determinó que la titularidad de todos los bienes estuviesen a su nombre, sino porque ante el cese de la convivencia no permitió que accediese a ninguno de ellos, ni siquiera percibir ingresos por el inmueble arrendado. Abona su visión de los hechos mencionando que el Sr. L. amedrentó mediante el uso de armas a ella y al local donde trabajaba, lo que la llevó a abandonar el empleo. Además de referirse al desequilibrio patrimonial palpable que la afectó por el desapoderamiento en los hechos de todos los bienes que considera ingresaron al patrimonio del demandado con el esfuerzo de ambos, hace referencia a que por su edad y sus pocas expectativas laborales, a lo que suma la afectación a su salud, su situación es en extremo difícil e injusta.

En otra porción del escrito enumera los bienes que resultan de propiedad del accionado y los valora estimativamente: una vivienda, un camión modelo 2007, una pick up modelo 2008, un acoplado, todo el equipamiento del hogar común y un quincho aledaño a la vivienda. Ofrece medidas de prueba y solicita, en definitiva, que se la recompense como lo requiere.

Dispuesto el traslado de la acción, la contesta el Sr. L. en las págs. 32/40 apoderando especialmente a las abogadas Graciela Tarquini y Paula Daher Scaglioni. Interpone como de tratamiento previo la nulidad y la caducidad, y en subsidio contesta la demanda.

Acusa falta de tránsito por la etapa prejudicial de avenimiento y, denuncia caducidad, temas ambos resueltos por interlocutoria que luce en las págs. 56/58, mediante la cual se rechazó la nulidad pretendida y se pospuso el planteo de caducidad para ser tratado como cuestión previa en esta sentencia.

Negó la fecha de inicio de la unión convivencial, los hechos de violencia acusados, el aporte en dinero para adquirir bienes, que la reclamante

se encuentre en tratamiento psiquiátrico, las tasaciones a los bienes denunciados, que le haya impedido a la ex conviviente acceder a los muebles del hogar. Negó tener una empresa de camiones, que los bienes de su propiedad se hayan adquirido por el esfuerzo compartido, y que le corresponda a la demandante compensación alguna. Pidió el rechazo de la acción con costas.

Al brindar su versión de los hechos adujo: que trabaja desde los 14 años, que a los 17 su progenitor le regaló un terreno —que no pudo escriturar—, se conocieron con Y. en 1982, nace la hija y comienzan a convivir cuando ella estaba embarazada del segundo hijo, y luego coincide en lo narrado por su contraria. Agrega que entre 1984 y 1985 adquiere una camioneta Ford F 100, que luego vende —adquiriendo un vehículo de menor valor— para comprar la vivienda sita en calle ... de Trevelin. Señala que la mayor proporción del monto de la operación se solventó con el dinero aportado por su progenitor. Luego se refiere al fallecimiento del hijo ocurrido en 1989, y su desempeño como chofer en sendas empresas de transporte de pasajeros.

En otro apartado explica la evolución patrimonial del parque automotor: el vehículo de menor valor que adquirió cuando se desprendió de la camioneta —un Dodge 1500— lo canjeó por un Renault 11, que en el año 1984 entrega junto con un aporte dinerario adquiriendo en reemplazo un Ford Escort que sufre una destrucción total en 2007, y con lo abonado por el seguro más una suma que aporta, adquiere la camioneta Nissan Frontier modelo 2008.

Agrega que en 1998 retoma el trabajo con su progenitor, quien le entrega un camión Mercedes Benz 1114 modelo 1980; en el año 2000 con ese rodado, la venta del terreno que el progenitor le obsequiara a los 17 años y una suma en moneda extranjera que también le facilitó el padre, adquiere otro camión marca Mercedes Benz 1938, modelo 1992; finalmente en 2007 lo vende y compra un camión Volkswagen 17310 0km.

Explica que la ampliación del departamento se realizó canjeando la mano de obra por un relleno del terreno del albañil, mientras que la terminación estuvo a cargo de otra persona (el

ex cuñado). Concluye afirmando que la vivienda que fuera el hogar conyugal fue adquirida con fondos y bienes donados, y la cataloga de bien propio, al igual que a los rodados sobre los que historizó la evolución.

En lo que hace al plano jurídico, citan el art. 518 y el 528 del Cód. Civ. y Comercial, y en lo que respecta al reclamo aducen: que no corresponde tomar en cuenta el valor de la vivienda que es un bien propio del ex conviviente, y no ofreció prueba alguna para acreditar que introdujo mejoras a su cargo en ese inmueble; rechaza el sometimiento al varón en el plano económico fundado en que era ella la que administraba el dinero familiar, y también realizó cursos —peluquería— e incluso trabajó fuera del hogar. Afirma que el verdadero motivo de la ruptura es la relación de pareja que la actora inició estando aún vigente la unión convivencial. Adjunta fotografías y refiere que realizó una denuncia penal con motivo del faltante de dinero que eran ahorros de la pareja.

También se refiere al aspecto psicológico de la madre de sus hijos, señalando que nunca hizo tratamiento, que se auto medicaba, y que apelar a la violencia de género es una estrategia para sortear la caducidad de la pretensión.

Aduce que la demandante se encuentra en iguales condiciones que él para acceder a un empleo, incluso lo ha hecho, afirmando que, además, tiene la posibilidad económica de realizar viajes de alto costo al exterior. Agrega que convive con su pareja actual que tiene altos ingresos.

Respecto de su condición, refiere dedicarse al transporte de materiales, inscripto como mono-tributista categoría "C", aporta económicamente sosteniendo a la hija mayor que está desempleada y vive en Bs. As. y asumió la crianza del tercer hijo de la pareja, convive con él. Agrega que por una cuestión de salud, deberá someterse a una intervención quirúrgica que lo mantendrá inactivo por un período prolongado de tiempo.

Se defiende de las manifestaciones vertidas alegando haber sufrido daño moral y psicológico por las denuncias penales que concluyeron con su sobreseimiento, lo que se manifiesta con estados de angustia, ansiedad y pánico. Ofrece se lleve a cabo una pericia sobre su persona.

Finaliza afirmando que el quiebre de la relación de pareja no provocó desequilibrio alguno, ambos quedaron en igualdad de condiciones, rehicieron sus vidas, pueden trabajar y generar ingresos, la misma edad y una de las hijas es mayor de edad —no obstante lo cual el progenitor la asiste económicamente— y el otro hijo está bajo la responsabilidad patrimonial del Sr. L. Entiende que es de aplicación analógica lo establecido en el art. 434 del Cód. Civ. y Comercial, como si se tratase de un supuesto de alimentos posteriores al divorcio, alegando que mantiene una nueva convivencia.

Impugna el monto requerido, en particular porque supera el cincuenta por ciento de la valuación realizada —que también ataca— y luego reiterando confusamente algunos conceptos relacionados al régimen patrimonial derivado del matrimonio, concluye sosteniendo que una compensación no es un instrumento de igualación de patrimonios, por lo que mal puede pretenderse una suma que equivalga a la mitad de la estimación de los bienes. Adjunta prueba documental y ofrece la restante y definitivamente solicita el rechazo de la acción, con costas.

Mas adelante la actora apodera a su letrada, se abre la causa a prueba, ofrecen cada parte la que estiman necesaria y en las págs. 56/59 se resuelven las cuestiones preliminares y despachan las medidas probatorias fijando audiencia de vista de causa.

En las págs. 77/79 luce respuesta al oficio N° 995/19 y la AFIP informa que el demandado se encuentra inscripto en la categoría denunciada, con monto tope anual de facturación de \$276.255,98 y la actividad descripta es servicio de transporte automotor de cargas; en hojas 94/98 se recabó información del registro de la propiedad automotor dando cuenta de la titularidad de J. L. del camión marca Volkswagen año 2007 y la pick up marca Nissan Frontier; en págs. 109/112 obra la denuncia del Sr. L. fechada el 4 de septiembre de 2018 donde expone que el 01/08/2018 la Sra. S. se retiró del domicilio que compartían llevándose la suma de \$40.000.

En las págs. 173/179 vta. se incorporó el informe socio ambiental, en págs. 188/189 el de la psicóloga Roa, que luego de ser intimada completa la pericia encomendada (págs. 200 a 202).

Celebrada la audiencia de vista de causa, se fija otra para alegar y en el intertanto se incorpora la estimación del valor del camión y la pericia a cargo del contador H., posteriormente la respuesta de Migraciones (ps. 219/221).

En las págs. 225/227 vta. luce el dictamen del funcionario del Ministerio Público Fiscal que se inclina por la declaración de inconstitucionalidad del plazo previsto en el art. 525 del Cód. Civ. y Comercial., llamándose los autos a despacho para sentencia.

Considerando:

I. En primer lugar, y conforme el resumen de lo acontecido en el trámite, corresponde abordar la cuestión vinculada con el planteo de caducidad del derecho a requerir la compensación económica, aunque para analizar ese tópico, es necesario primero realizar una serie de aclaraciones respecto de la acción intentada, siendo ella novel en nuestro derecho privado.

Con fundamento en la obligada perspectiva de género, el principio de solidaridad familiar y que el matrimonio o la unión convivencial no sean causa fuente de enriquecimiento o empobrecimiento económico de un cónyuge o conviviente a costa del otro/a, la legislación civil y comercial vigente prevé la posibilidad de que los cónyuges o convivientes acuerden o el juez establezca una compensación económica.

Frente a la pregunta ¿qué es la compensación económica? se sostuvo que se trataba de una obligación alimentaria, que era una respuesta ante el enriquecimiento sin causa de uno de los cónyuges o convivientes, o una indemnización por daños ocasionados por la ruptura del vínculo. Lo cierto es que, participando de características de todas ellas, finalmente la mayoría de los estudios coinciden en que se trata de una figura sui generis, que tiene por finalidad restablecer el desequilibrio patrimonial que la ruptura del vínculo (matrimonial o convivencial) genera en las parejas cuando cesa el proyecto de vida en común (1).

Los artículos 524 y 525 Cód. Civ. y Comercial se ocupan de la compensación económica en las uniones convivenciales. El primero de ellos expresa: "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." El siguiente enuncia una serie de elementos para la determinación de su procedencia y monto.

La figura se reguló considerando —por un lado— el proceso de reflexión para las decisiones relacionadas con la ruptura, casi siempre teñida de connotaciones emocionales que pueden afectar el ejercicio de los derechos y —por otro— manteniendo el principio de concentración de los efectos del divorcio, a fin de que la compensación económica se peticione en un plazo cercano a la sentencia que disuelve el vínculo (2).

Esas mismas razones deben ser tenidas en cuenta cuando la pretensión se deriva de la ruptura de una unión convivencial, y, en ambos casos, señalo que la aplicación práctica no es unánime. Esto da lugar a la segunda pregunta ¿cuándo comienza el plazo de caducidad?

Con relación al divorcio, por ejemplo, existen tres posiciones —derivadas de interpreta-

cita de SOLARI, Néstor E., "Derecho de las Familias", Ed. LA LEY, p. 95, citado por BORDA, Guillermo J., en CURÁ, José M., Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado, Ed. LA LEY, T. III, p. 183; JNCiv., Nº 92, 06/03/2018, "K. M., L. E. c. V. L., G. s/ fijación de compensación arts. 524, 525 Cód. Civ. y Com.", <http://www.diariojudicial.com/public.documentos/000/077/626/000077626.pdf>.

(2) MEDINA, Graciela, "Comentario al art. 442", en KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída - HERRERA, Marisa y LLOVERAS, Nora - directoras, Tratado de Derecho de Familia, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2014, Tomo I, p. 480.

(1) Conf. BECCAR VARELA, Andrés - BUSTAMANTE, Eduardo, "La caducidad del derecho a la compensación económica", LA LEY 12/06/2018, 12/06/2018, Cita Online: AR/DOC/1137/2018 con

ciones judiciales— que se condensan en: 1) el plazo se computa desde la fecha de la sentencia (3), 2) el término comienza a correr desde la notificación de la sentencia al interesado (4)

y 3) el plazo se inicia cuando la sentencia queda firme (5).

(3) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala I, 17/04/2018, “V. L., M. F. c. B., G. M. s/ acción compensación económica”, LA LEY, AR/JUR/23936/2018, enrolándose en una interpretación literal no finalista de la norma, confirma la caducidad decretada en primera instancia. “El art. 442 del Cód. Civ. y Com. de la Nación es claro en cuanto a que el plazo en cuestión debe computarse desde el dictado de la sentencia de divorcio, y no así desde su notificación a los eventuales interesados y tampoco desde que aquella adquiera firmeza siendo aplicable el principio general en materia de interpretación jurídica que, donde la ley no distingue, nosotros no debemos distinguir y en el caso la disposición en estudio es contundente en cuanto al momento en que debe comenzar a computarse el término en cuestión: desde el dictado de la sentencia de divorcio”. Agregando: “De manera que si la intención de alguno de los esposos es la de iniciar un reclamo de compensación económica y la ley señala que el plazo de caducidad es breve y que comenzará a correr desde el dictado de la sentencia que decreta el divorcio vincular por aplicación del art. 442 *in fine* del Cód. Civ. y Com. de la Nación, el interesado deberá estar atento al trámite y ejercer su derecho en la oportunidad procesal que establece el art. 442 del Cód. Civ. y Com. de la Nación. Para tal afirmación considero, asimismo, que el art. 2 del Título Preliminar del mismo cuerpo legal nos da la pauta para interpretar la ley y dice que debo tener en cuenta sus palabras y sus finalidades, la que en este caso es la de resolver todos los conflictos que genera el divorcio en un tiempo cercano al dictado de la sentencia y, además, otro principio rector dice que los derechos deben ser ejercidos de buena fe”.

(4) Juzgado Nacional Civil N° 4 en fecha 26/02/2018, “B., D. M. c. O., C. P. s/ fijación de compensación económica - arts. 441 y 442 Cód. Civ. y Com. de la Nación”, LA LEY, AR/JUR/37171/2018 rechazó el planteo del demandado tendiente a que se declare la caducidad de la acción por compensación económica, por entender que ya habían transcurrido más de seis meses desde el dictado de la sentencia de divorcio. Para así resolver, sostuvo: “En primer lugar,

debo destacar que al señalar la norma que la acción “caduca” a los seis meses, no caben dudas de que se trata de un plazo de caducidad regido en principio por lo que disponen los artículos 2566 a 2572 del Cód. Civ. y Com. de la Nación. En segundo lugar, también corresponde señalar que, si bien de una interpretación literal de la norma se desprendería que el comienzo del cómputo del plazo de caducidad coincide con la fecha de la sentencia de divorcio, entiendo que una interpretación sistemática y armónica de dicho precepto, tal como manda realizar el artículo 2 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, en concordancia con principios elementales del derecho procesal, impone una solución diversa, pues todo acto procesal (tal la sentencia) se integra necesariamente con su notificación (conf. PALACIO, Lino E. - ALVARADO VELLOSO, Adolfo, “Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación Comentado”, Rubinzal-Culzoni, 1989, T. 4, p. 191) por lo que, a mi modo de ver, dicha norma sustancial, debe necesariamente integrarse con los principios y efectos propios de los actos procesales, entendiéndose que el comienzo del cómputo del plazo opera desde su notificación al interesado”.

(5) Juzgado Nacional en lo Civil N° 56, el 12/07/2018, que fuera confirmado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala C, el 20/09/2018 (V. M. M. c. M., G. E. s/ fijación de compensación económica - arts. 441 y 442 Cód. Civ. y Com. de la Nación, inédito y Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala C, 20/09/2018, V. M. M. c. M., G. E. s/ fijación de compensación económica - arts. 441 y 442 Cód. Civ. y Com. de la Nación, inédito). La jueza de primera instancia rechaza el planteo de caducidad sosteniendo que: “Más allá de la literalidad de la norma que remite al dictado de la sentencia, desde un primer momento parte de la doctrina entendió que el plazo debe computarse desde la fecha en que la sentencia queda firme (Conf. VELOSO, Sandra F., en RIVERA, Julio C.- MEDINA, Graciela, “Cód. Civ. y Com. de la Nación. Comentado”, Ed. LA LEY, T. II, p. 89; SOLARI, Néstor E., “Sobre el carácter renunciabile de la prestación compensatoria”, DFyP, julio de 2014, Ed. LA LEY, p. 10; MORANO, Estela - EISEN, Lucía S.- RATO, María Clara, “La compensación económica: presupuestos de procedencia”, La

En el caso de las uniones convivenciales, el artículo 525 del Cód. Civ. y Comercial establece que la acción para reclamar la compensación económica caduca a los seis meses de haberse producido cualquiera de las causales de cese (art. 523 Cód. Civ. y Comercial **(6)**). Algunas de ellas son claramente determinables, como por ejemplo el fallecimiento de uno/a de los convivientes, pero otras resultan más imprecisas pero identificables **(7)**, debiendo advertirse que lo relevante es el mantenimiento o subsistencia de la voluntad de sostener el proyecto de vida en común.

El finiquito de este modelo familiar se produce, en la generalidad de los casos, de manera informal, y también generalmente sin asesoramiento jurídico **(8)**, pues recién con el Cód. Civ. y Comercial se reguló de manera orgánica la unión convivencial como tipo familiar, sin perjuicio de algunos reconocimientos de efectos establecidos en leyes dispersas. Y aún así, al momento la sociedad carece de información suficiente acerca

Ley Online: AP/DOC/245/2017)". Agregando: "Es así que se concluye, que, si no hay una sentencia firme, no puede haber divorcio; y si no se ha decretado el divorcio, ningún derecho a compensación puede exigirse. De allí, que el plazo para reclamar la compensación económica no podría haber comenzado a correr con anterioridad a que la decisión judicial adquiriera firmeza".

(6) Art. 523.- Causas del cese de la unión convivencial. La unión convivencial cesa: a) por la muerte de uno de los convivientes; b) por la sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento de uno de los convivientes; c) por matrimonio o nueva unión convivencial de uno de sus miembros; d) por el matrimonio de los convivientes; e) por mutuo acuerdo; f) por voluntad unilateral de alguno de los convivientes notificada fehacientemente al otro; g) por el cese de la convivencia mantenida. La interrupción de la convivencia no implica su cese si obedece a motivos laborales u otros similares, siempre que permanezca la voluntad de vida en común.

(7) ROLLERI, Gabriel, "Compensación económica entre convivientes", Cita Online: AR/DOC/19536/2017.

(8) MOLINA de JUAN, Mariel, "Compensación Económica", Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2018, p. 100

de los derechos reconocidos y los negados por el ordenamiento jurídico a las y los convivientes. Eso no ocurre con la misma intensidad en el caso del divorcio y sus efectos, que requieren patrocinio jurídico y por ende asesoramiento, a la par del momento exacto en que comienza a computarse el término legal durante el cual se mantiene vivo el derecho a reclamar compensación económica.

Además de esa diferencia no menor en cuanto al momento en que se inicia el cómputo del plazo, es necesario ponderar que existen normas de peso superior a las leyes que obligan al intérprete a aplicar las reglas jurídicas con un "desbalanceo equilibrante", de modo tal de colocar a las partes en un verdadero pie de igualdad de armas para la discusión de sus derechos.

En ese sentido, 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 de este país, 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?.

II. Antes de responder esas preguntas en el caso concreto, dejo sentado que he reflexionado a partir de dos casos paradigmáticos sobre el asunto de la compensación económica y que a mi ver, dan cuenta de la obligación de aplicar el ordenamiento jurídico de manera sistémica, de interpretar las leyes —en especial cuando estamos ante institutos novedosos— al amparo del principio pro homine, de modo tal que lo razonado y juzgado acerque la brecha entre Derecho y Realidad.

En uno de ellos aseveró, en postura que se comparte: "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, en tanto establece en su Sección 2ª 1., que 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.” En suma, “haciendo una interpretación armónica de la normativa protectoria referida y el régimen aplicable a las compensaciones económicas por finalización de la convivencia, corresponde hacer lugar al recurso de apelación deducido por la actora, en tanto, en el caso y frente a las circunstancias que rodearon la separación, la interpretación efectuada en la instancia de origen, conduce a un resultado que se desentiende de la protección a una mujer en situación de violencia, con separación de los postulados protectorios supralegales” (9).

El restante, vinculado con una unión convivencial de 18 años y un hijo en común donde el conviviente tenía —al momento del fallecimiento— impedimento de ligamen, motivo por el cual sus herederos entendían que no correspondía a la compañera de vida de sus últimos años, la compensación económica que reclamaba, consistente en el uso de la vivienda para el hijo en común. A la luz del principio de realidad se hace lugar al reclamo argumentando: “En el caso concreto, el excluir de la clasificación como unión convivencial con sus respectivas consecuencias jurídicas a la presente, no solo desconoce la verdad real, es decir, la situación de hecho realmente producida; sino que entiendo se realiza una valoración discriminatoria, que castiga la decisión de las partes por el modelo de familia elegido, ya que como se manifestara precedentemente, desproteger a la parte, desconocerle la decisión de elección de tal o cual forma de familia es ir en contra no solo de la intención de la normativa, sino además de la propia Constitución Nacional” (10).

III. La procedencia de la caducidad como modo de operar la desaparición del derecho está

(9) Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y Minería de Neuquén Sala I, 06/07/2018, “M. F. C. c. C. J. L. s/ compensación económica”, RCCyC 2018 (octubre), 91, cita online: AR/JUR/39399/2018.

(10) Juzgado Civil y Comercial N° 1 - Oberá, Misiones, 10/08/2017 (6/10 aclaratoria), “Expte. N° 11570/2016 bis 1/16, D. S., R. C. c. sucesores de P., H. N. s/ incidente”.

condicionada por la falta de ejercicio, por la actitud omisiva del titular, y el derecho se extingue si —en un determinado período— no se realiza ningún acto que lo impida.

El art. 522 del Cód. Civ. y Comercial, por ejemplo, otorga al conviviente un plazo de seis meses para demandar la nulidad del acto de disposición de la vivienda familiar. Este plazo comienza a correr desde que el conviviente conoció el acto, o bien desde el fin de la convivencia. Del mismo modo, en el supuesto del derecho a la compensación económica, dispone el art. 525 del Cód. Civ. y Comercial que el plazo comienza a correr a partir del cese de la convivencia. Es decir, las normas indican un plazo y un momento en que ese plazo debería comenzar a computarse.

En el caso, encuentro suficiente respaldo probatorio para sostener que la vida en común de la pareja S./L. tuvo su final definitivo el 01/8/2018, fecha en que se produjo el retiro de la señora de la vivienda.

De ello da cuenta su propio relato de los hechos —menciona que fue a fines de julio— pero puede verificarse con las exposiciones policiales del señor, de veracidad para el análisis por su cercanía temporal con los hechos acontecidos, y en tanto instrumento suficiente de prueba a este efecto, que su retiro definitivo sucedió en la fecha referida. Arribo a la convicción si confronto los dichos de la demanda con lo narrado a la trabajadora social en el informe socio ambiental que luce en las págs. 45/49 del Expte. N° 192/2019 caratulado: “S., E. Y. s/ beneficio de litigar sin gastos”, y sin perjuicio de advertir que el inicio de la convivencia con la actual pareja —según sus propios dichos— se dio inmediatamente del retiro del hogar, ya que lo relevante aquí es la fecha a partir de la cual se debe tomar el cómputo del plazo de caducidad. La posibilidad de subsumir los hechos en el inc. c del art. 525 no deja de estar relacionada con la voluntad de haber cesado la unión anterior, y ello aconteció entre la noche del 31/07/2018 y las primeras horas del 01/08/2018.

De ese modo, y dentro de las causales legales, tengo por cierto que el cese de la unión convivencial que motiva este pleito se produjo por la decisión de la Sra. S., quedando subsumida en el inc. g) del art. 525 del Cód. Civ. y Comercial.

IV. Es de toda evidencia que la actora realizó un esfuerzo argumental para justificar el vencimiento del plazo de seis meses —operado, en principio, el último día del mes de febrero de 2019— a poco que se repare en que hizo referencia al estado emocional que la embargó, las denuncias penales que debió realizar luego de su determinación de dar por finalizada una convivencia de más de treinta años, su condición de sometimiento respecto de su partenaire, e incluso planteando la inconstitucionalidad del término legal.

Procederé a analizar esos argumentos para determinar si en el caso concreto el plazo de seis meses debe correr desde el cese de la convivencia.

IV. a) No resultó controvertido que la conviviente realizó diversas denuncias contra su ex pareja, lo que se corrobora con el instrumento que luce en la pág. 5 y no fue contrariado por el demandado, que se limitó a señalar que no se obtuvo condena en su contra.

Lo que interesa ahora es señalar que con el informe del S.A.V.D. reforzado por la pericia efectuada (hojas 188/189 y 200/202), y analizados dichos dictámenes de modo integral y conforme las reglas de la sana crítica, puede afirmarse que resultan unívocos en cuanto avalan la versión de la Sra. S. en lo referido al estado emocional previo que detonó en la determinación final del retiro de la vivienda. Por otra parte, no se objetaron las afirmaciones del dictamen.

Es de poner de resalto que la acumulación de frustraciones, tensión, malestar emocional propiciadas por una modalidad vincular signada por patrones estereotipados de supremacía masculina fueron las motivaciones para esa determinación. No soslayo el inicio de una nueva unión convivencial temprana, pero digo que —al margen que no corresponde a la judicatura incursionar en las acciones privadas que no perjudiquen jurídicamente a otras personas— esa determinación fue ulterior a que la conducta desplegada por el Sr. L. y soportada por la Sra. S. a lo largo de más de 30 años de convivencia minara la posibilidad de la continuidad del vínculo.

Aquel primer informe elaborado por el Servicio de Asistencia a la Víctima del Delito determinó, en lo que aquí interesa, la aparición de

indicadores de violencia crónica sufrida de larga data; dictamen que se corroboró en este proceso. La Sra. S. describió conductas celotípicas, controladoras, que derivaban en maltrato verbal y descalificaciones privadas o públicas. Conforme también las apreciaciones de reclamante, y corroborado con el material probatorio que acreditó la propiedad de los bienes denunciados, existía una exclusividad en la titularización de los que se fueron adquiriendo durante la vida en común, que la colocó en franco desequilibrio para poder tomar distancia de la relación.

La modalidad vincular signada por los roles estereotipados fue la característica de esta pareja (ver dictamen de págs. 200/202). Sumado al despliegue cotidiano en ese sentido, en el que la mujer desempeña tareas domésticas y de crianza, mientras que el varón es el proveedor económico, la retención absoluta de todos los bienes por parte de L. una vez finalizada la unión convivencial.

El miembro masculino se negó sistemáticamente a conceder que el aporte femenino durante toda la convivencia fue una contribución al bienestar de la familia, incluyendo el progreso económico, y eso lo manifestó en la demanda —haciendo especial hincapié en que los bienes eran propios, relatando que los obtuvo con su trabajo y el aporte de su padre— y a las profesionales que realizaron la pericia psicológica y socio ambiental.

Se sostuvo en pág. 179 que la cuestión de los bienes materiales resultó una de las variables de ejercicio de poder hacia el interior de la pareja, que se incrementó luego de producido el cese. Por otra parte, el demandado L. se apaña en su particular mirada acerca de que el “abandono” y la convivencia de la madre de sus hijos con otra persona le produjeron dolor y enojo, lo que no es más que una muestra de su herida narcisista. Afirmando esto pues al ser confrontado acerca de una paternidad de dos hijos nacidos durante la vigencia de la unión convivencial con Y. —que reconoce a partir de la pregunta de la profesional— lo justifica y adopta un criterio diferente respecto de un hecho similar: el encuentro sexual con otra persona. Herida que se manifiesta a partir de continuar desplegando conductas que

importan un posicionamiento jerárquico respecto de su ex pareja convivencial, como negar el reclamo económico y el acceso a todos los bienes que constituyen el patrimonio.

Bajo esa realidad, es bastante evidente a los ojos de cualquier operador jurídico, que esa modalidad de ejercicio de poder por parte del miembro varón durante la extensa convivencia mantenida, no puede ser fácilmente superada.

IV. b) Se condice con el curso ordinario de la ruptura de las parejas que se suceda un período de acomodamiento, cambios de hábitos, duelos internos y externos, signados por temores, dudas, arrepentimientos, culpas, rencores, donde todos los integrantes de la familia se ven afectados. Esos espacios temporales son más o menos extensos dependiendo de la historia de la pareja y de la forma en que el vínculo se finiquita. Por esa razón, si bien es sumamente atinado que la legislación contemple los plazos de caducidad, también es cuestionable que su extensión o el modo de computarlos si son muy exiguos o no contemplan situaciones de vulnerabilidad estructural, puedan afectar derechos fundamentales.

Esta tesis fue seguida por el fallo de Neuquén citado en la demanda y por el Ministerio Fiscal en su dictamen (11), coincidiendo que el conteo de los plazos legales no puede ser estricto ante situaciones de violencia familiar o de género, y resulta razonable la postergación del inicio del cómputo. El desequilibrio estructural presumido en una mujer que denuncia situaciones de violencia familiar, por tal condición catalogada constitucionalmente como desaventajada (art. 75 inc. 23 de la CN) necesariamente habrá de contar con herramientas que coloquen a la víctima en un plano de igualdad de armas para, recién después, analizar si el derecho está o no perimido (12).

(11) Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería, sala 01, Provincia de Neuquén, del 06/07/2018, en autos "M. F. C. c. C. J. L. s/ compensación económica".

(12) Las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, establecen en su Sección 2ª 1., que se consideran en condición de vulnerabilidad, aquellas personas

El principio de igualdad que surge del art. 16 de la Constitución Nacional, interpretado como principio de no discriminación en el sentido de que todas las personas deben ser tratadas de igual manera cuando estén en las mismas circunstancias, exige una renovada mirada convencional/constitucional en base a las diversas disposiciones contenidas en los tratados con jerarquía constitucional (13) que, al incorporar mecanismos de acciones positivas para favorecer a determinados grupos y delinear categorías sospechosas de discriminación (14), buscan garantizar la igualdad real de los habitantes. Al respecto, la Corte Suprema ha puesto de resalto que la igualdad debe ser entendida no solo desde el punto de vista del principio de no discriminación, sino también desde una perspectiva estructural que tiene en cuenta al individuo en tanto

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, y si bien no tienen el mismo rango que los tratados multiestatales, se trata de un instrumento de orientación y acatamiento por parte de los tribunales chubutenses, en tanto se adhirió a las directivas por acto administrativo.

(13) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 11; Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 7º; Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 24; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 2.1 Y 26; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, arts. 2.2 y 3º; Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, arts. 2º a 7º; Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, arts. 2º, 3º y 5º a 16 y Convención sobre los Derechos del Niño, art. 2º.

(14) El art. 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos humanos prohíbe discriminación alguna por motivos de raza; color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social." En idéntico sentido lo hace el art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

integrante de un grupo. El análisis propuesto considera el contexto social en el que se aplican las disposiciones, las políticas públicas y las prácticas que de ellas se derivan, y de qué modo impactan en los grupos desventajados, si es que efectivamente lo hacen (15).

El “diálogo de fuentes” que indican los arts. 1, 2 y 3 del Cód. Civ. y Comercial obliga a aplicar el art. 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia de Género, en cuanto determina el instrumentos que “los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente... f. establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos; g. establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces, y h. adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva esta Convención...”.

Y tan es así que ingresó a la Cámara de Diputados un proyecto de ley para la modificación de los arts. 442 y 525 del Cód. Civ. y Comercial (16),

(15) CSJN, Fallos: 340:1795. La Corte Interamericana de Derechos Humanos afirmó que los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias. (Corte IDH, caso “Atala Riffo y Niñas c. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas”, sentencia de 24 de febrero de 2012, párrafo 86).

(16) Proyecto ingresado ante la Cámara de Diputados con N° 1493-D-2019, publicado en: Trámite Parlamentario N° 30 Fecha: 04/04/2019.

entre cuyos fundamentos están muchas de las razones analizadas en esta sentencia, y por el cual, además de extenderse a un año el plazo de caducidad del derecho a reclamar la compensación económica para el divorcio o la unión convivencial, se establece que si el cese de la unión se produce en un contexto de violencia de género, la acción caduca al año del vencimiento de las medidas preventivas urgentes dispuestas por el juez de conformidad con la ley 26.485, la ley 24.417 y las normas provinciales aplicables. Para el supuesto de no haberse adoptado medidas, se computará el mismo plazo a partir de la fecha en que se formuló la denuncia.

Está suficientemente comprobado, a mi criterio, que la Sra. S. no se hallaba en condiciones emocionales apropiadas para defender sus derechos en el plazo de seis meses, computado desde que abandonó el hogar convivencial. El resultado del planteo defensivo podría ser diferente si a esa decisión no le hubiesen seguido una serie de episodios de violencia y amedrentamiento que originaron 3 denuncias penales, y que deben ser valorados en conjunto con lo historizado y la modalidad de sometimiento al poder masculino que caracterizó la relación.

Existieron circunstancias que dieron lugar, con fecha 14 de agosto de 2018 (ver p. 4) al dictado de la medida de protección por parte del sistema penal, y por la cual se dispuso la prohibición de contacto y acercamiento del Sr. L. a la Sra. S. con una duración de 30 días. No se acercó a este proceso constancia alguna que permita considerar que se trató de una falsa imputación, ni mucho menos una falsa denuncia; y sin perjuicio de dejar sentado que esta afirmación solo lo es con relación a la verosimilitud del derecho y para resolver como lo haré respecto del inicio del momento del cómputo del término legal de perención del derecho, lo cierto es que a la luz de las reglas internacionales que vengo citando, es recién vencido ese plazo —es decir, el 14 de septiembre de 2018— en que debe comenzar a correr el término de seis meses establecido en el art. 525 del Cód. Civ. y Comercial.

En definitiva, la unión convivencial puede cesar, entre otras causales, por voluntad unilateral de alguna de las partes o por el cese de la

convivencia mantenida (art. 523 inc. f y g del Cód. Civ. y Comercial). Ello no significa que la manifestación de uno de los convivientes respecto de la fecha en que se produjo ese cese baste a los efectos del cómputo del plazo de inicio de la caducidad de la compensación económica previsto en el art. 525, último párrafo, si aparecen razones como la comprobación de una relación sentimental contaminada por la violencia de género.

En esas circunstancias, por aplicación de las normas internacionales que obligan al Estado a disponer medidas adecuadas para el efectiva protección de los derechos de las mujeres, en este caso concreto resulta inaplicable el art. 525 del Cód. Civ. y Comercial en cuanto dispone 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 artículo 523", debiendo el plazo computarse desde que cesó la medida restrictiva dictada en protección de la violencia familiar denunciada, no contemplada esa circunstancia específicamente en la norma, pero admisible dentro del esquema convencional-constitucional que rige en nuestro país.

Razonado de ese modo, el derecho no caducó, y así será declarado.

V. Sentado lo antes dicho, y superado el planteo que debió encabezar esta sentencia, incursionaré en el fondo de la cuestión.

Para ello, recordaré la disposición del art. 528 del Cód. Civ. y Comercial, según la cual: "A falta de pacto, los bienes adquiridos durante la convivencia se mantienen en el patrimonio al que ingresaron, sin perjuicio de la aplicación de los principios relativos al enriquecimiento sin causa, la interposición de personas y otros que puedan corresponder", de la que se desprende que no se aplican las reglas previstas para la disolución del régimen patrimonial matrimonial, ni siquiera por analogía, como parece pretenderlo la parte demandada.

La razón de esta decisión de política legislativa de regular distinguiendo el aspecto patrimonial —más allá del "piso mínimo" de algunos rubros consignados en los arts. 519 a 522— responde a la necesidad de diferenciar en los efectos jurídicos dos formas de organización familiar, como

lo son los matrimonios y las uniones convivenciales, con reconocimiento a ambas de efectos fundados en los derechos humanos. En este marco, ni el régimen de bienes, ni el hereditario, constituyen secuelas jurídicas que comprometen directamente derechos fundamentales, por ello su expresa exclusión al tratarse de uniones convivenciales" (17).

En otras palabras, la legislación actual esta diagramada de modo tal que si bien al cese de la convivencia cada miembro de la unión conserva en su patrimonio lo que ingresó durante su existencia, esta regla no es absoluta, admitiendo la misma norma del art. 528 del Cód. Civ. y Comercial, la posibilidad de recurrir a diferentes acciones del derecho común para que la realidad económica de esa unión y de los bienes no sea ignorada, alegándose y probándose, por ejemplo, "que esas adquisiciones se hicieron con dinero aportado por ambos, por el otro, o que es el fruto del esfuerzo mancomunado de los dos" (18).

Pero ello no significa en modo alguno que la unión convivencial produzca un régimen de bienes, y así, con acierto se sostuvo que: "...al cese de la unión convivencial los bienes se mantienen en el patrimonio al que ingresaron durante su existencia. La unión convivencial no produce un régimen de bienes entre los convivientes. Por ese motivo, al cese de la unión convivencial no hay afectación del patrimonio personal de cada uno de los convivientes. Si nada acordaron al respecto, "la convivencia carece de relevancia porque no puede haber distribución de los que no es compartido y por ello la propiedad de los bienes quedará en cabeza del conviviente que los ha adquirido. Es decir, conservará dentro de su patrimonio los bienes que figuren inscriptos a

(17) FERNÁNDEZ, Silvia E., en Código Civil y Comercial de la Nación comentado, dir. por Ricardo L. Lorenzetti, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, T. III, p. 365.

(18) LAMM, Eleonora - MOLINA de JUAN, Mariel F., "Efectos patrimoniales del cese de las uniones convivenciales", en Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2014-3, Uniones convivenciales, Rubinzal Culzoni, p. 299.

su nombre o que se encuentren bajo su poder si se trata de muebles no registrables” (19).

Amalgamando ambas premisas, en un fallo reciente donde se postuló la división de bienes de una unión convivencial y un reclamo de compensación económica se juzgó: “Resulta objetivamente improponible una demanda que promueva la liquidación por partes iguales de bienes adquiridos por cada uno de los convivientes durante la existencia de la unión convivencial, con sustento en la mera existencia y cese de esa unión convivencial. Pero aunque así se la presente formalmente, no es improponible aquella demanda que se sustente en la realización (hechos) de aportes comunes para las adquisiciones de bienes cuya división se pretende y en aportes en trabajo en una explotación comercial común” (20).

En definitiva, el monto al que asciende el reclamo de la compensación económica determinado a partir de la estimación del patrimonio del conviviente, y el relato de los hechos que la sustentan, fundado en la contribución permanente al desarrollo de los miembros de la familia, son elementos válidos para requerir la procedencia o no de la compensación económica, pero no constituyen por sí mismos, el instituto.

VI. El art. 525 enuncia: “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. 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 artículo 523”.

La compensación tiene como objetivo subsanar el desequilibrio económico en el que pudo quedar uno de los cónyuges o convivientes respecto del otro u otra, teniendo por causa eficiente el vínculo matrimonial y su ruptura o la unión convivencial o su cese. Se procura así evitar, o morigerar, que el divorcio o la conclusión de la vida en común, produzcan un enriquecimiento de uno de los cónyuges o convivientes a costa del empobrecimiento del otro u otra.

Constituye una herramienta valiosa para lograr una mayor igualdad real y no solo formal, con base en la protección del miembro de la pareja más vulnerable, para que pueda lograr su independencia económica hacia el futuro y no se vea obligado a recurrir al pedido de alimentos, o no quede desprotegido por una situación desequilibrada y oculta durante la vida en común, que se patentiza con toda su descarnada evidencia una vez concluido el esfuerzo compartido.

Tres son las condiciones que justifican su procedencia: a. que se produzca un desequilibrio manifiesto de un cónyuge o conviviente respecto al otro; b. que tal desajuste implique un empeoramiento en la situación del cónyuge o conviviente que reclama; y c. que tenga por causa adecuada el matrimonio o la unión convivencial y su ruptura, a través de su finalización.

En sus enseñanzas sobre el instituto —aunque refiriéndose al divorcio— señaló Duprat: “Por ejemplo, si al momento de contraer nupcias se optó por llevar adelante una familia en la cual uno solo de los cónyuges era el proveedor económico y el otro cumplía sus funciones en el seno del hogar y en apoyo a la profesión del otro, no sería justo que al quiebre de esa elección se deje desamparado a aquel de los cónyuges que invirtió su tiempo en tareas que no se traducen en réditos económicos; en este caso, se le fijará

(19) AZPIRI, Jorge O., en Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, dir. por Alberto J. Bueres, Hammurabi, Bs. As., T. 2, p. 343.

(20) Expte. N° 15.327-17 - “M. S. B. c. G. M. R. s/ división de bienes de la unión convivencial” - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral de Curuzú Cuatiá (Corrientes) - 19/06/2019 eDial.com - AAB489.

una compensación económica que puede asumir distintas modalidades de pago: pensión, cuotas, etc. Nada impide que los cónyuges convengan su monto y forma de pago, pero, como se trata de un caso de protección legal con fundamento en la solidaridad familiar, ante la falta de acuerdo el juez puede determinar su procedencia y fijar su monto si correspondiere. Al tratarse de una herramienta destinada a lograr un equilibrio patrimonial, es necesario realizar un análisis comparativo de la situación patrimonial de cada uno de los cónyuges al inicio del matrimonio y al momento de producirse el divorcio, esto es, obtener una 'fotografía' del estado patrimonial de cada uno de ellos, y ante un eventual desequilibrio, proceder a su recomposición. Esta "fotografía" del estado patrimonial de cada uno de los cónyuges no se limita a aquellos bienes que integraron sus patrimonios al inicio y los que lo integran al final, ya que no se trata solo de un análisis cuantitativo. Lo importante es cómo incidió el matrimonio y el posterior divorcio en la potencialidad de cada uno de los cónyuges para su desarrollo económico. Por ejemplo, si durante el matrimonio solo uno de los cónyuges fue quien se capacitó profesionalmente, y el otro fue el encargado de la atención de los hijos y del hogar, posibilitando con esta función el desarrollo económico del otro, podrá solicitar una compensación económica en su favor, ya que el rol desempeñado durante el matrimonio y el posterior divorcio implicaron un desequilibrio económico en su perjuicio. Este desequilibrio pudo haberse mantenido oculto o compensado durante el matrimonio, pero aflora con el divorcio y no se soluciona con la liquidación de los bienes, independientemente del régimen patrimonial matrimonial que hayan elegido. La comprobación de las circunstancias fácticas será la base tanto para determinar si procede la compensación como para establecer el monto" (21).

Frente a ese panorama legal, y no existiendo pacto entre los ex convivientes S./L., procedo a analizar la realidad descrita y las pruebas aportadas por las partes del litigio, considerando muy especialmente que no se controvertió la

existencia misma de la unión convivencial ni su extinción, tampoco la titularidad de los bienes adquiridos por el conviviente. Lo que aquí se discute es la procedencia misma de la compensación, alegando el ciudadano L. que todos los bienes fueron adquiridos únicamente con su esfuerzo laboral, y sosteniendo que la actora se capacitó y por esa circunstancia, ningún desequilibrio patrimonial le produjo la ruptura de la unión convivencial y nada debe.

VII. Es de presumir que al momento de formalizar su unión, cada pareja lleva en mente un panorama de felicidad y de esperanza en un futuro venturoso. Cada quien deposita en el otro un voto de plena confianza en la consecución del objetivo de conformar un grupo familiar, que en la mayoría de los casos y como en las presentes circunstancias, incluye la llegada de los hijos.

Ahora bien, resulta decisión de los integrantes de la pareja la modalidad de abordaje del cuidado de los niños. Así, deben decidir si ello será resorte exclusivo de uno/a mientras el otro/a se encarga de proveer lo necesario para el sustento familiar, o si ambos continuarán con sus respectivas obligaciones laborales y delegarán su atención en terceras personas. Si, como en el caso bajo análisis, las partes optaron por la primera modalidad, quebradas las expectativas de perpetuar la unión, un mínimo criterio solidario y de respeto debería prevalecer en el miembro de la pareja que continuó ocupándose de su actividad sensiblemente más lucrativa, al momento de reconocer la importancia del apoyo recibido de quien dedicó su mayor esfuerzo a la atención del hogar y los hijos. Dicha función consumió gran parte de su empeño y minó sus posibilidades de acceder a una formación adecuada a fin de obtener un puesto laboral de relieve, en el caso concreto, al menos hasta que los hijos fueron mayores.

La situación en que se encuentra la reclamante no fue conmovida por las negativas vertidas por el demandado, las que merced a la orfandad probatoria de la que da cuenta el trámite, resultaron inmoladas en el altar de la irrelevancia, y no lograron empañar la actitud meritoria de quien se inclinó por una forma de vida familiar, con apoyo al padre de los hijos y dedicación a la crianza, las tareas domésticas, la gestión y administración de la economía hogareña, sin perjuicio

(21) DUPRAT, Carolina, "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado", Tomo II, Infojus.

del escaso valor de renta que ello representa en el seno de una sociedad que prefiere resaltar los logros materiales antes que reconocer una conducta de contención y afecto, pero que no produce beneficios monetarios.

La actitud procesal asumida por el Sr. L. es muy demostrativa. No hizo más que reflejar una particular concepción de lo que significa una pareja en términos tradicionales y patriarcales, y ello se corroboró en las pericias, que dieron cuenta de una estructura familiar donde la mujer se dedica a la atención del hogar y los hijos, y el varón es el proveedor económico.

Es necesario recordar que si bien las mujeres disminuyen su carga de trabajo no remunerado al obtener ingresos propios, principalmente por la posibilidad de compra en el mercado de algunos servicios (generalmente encomendados a otras mujeres como ser niñeras, empleadas domésticas, cuidadoras, etc.) y productos, no disminuye la brecha de género por la cual ellos mantienen mejores remuneraciones y —en general— no se ocupan de la administración doméstica, las labores del hogar ni la crianza de los hijos, que queda mayormente relegada a la mujer. Si bien esta realidad está en crisis y todo parece anunciar que se modificará, a la época en que esta pareja se constituyó y desarrolló, esos fueron los patrones culturales que la conformaron. Hoy, la diferencia en horas destinadas al trabajo no remunerado entre hombres y mujeres sigue siendo muy amplia y solamente explicada por razones del orden de género dominante, pues persisten las asimetrías en cuanto a las funciones de cuidado hacia adentro de las familias.

En el caso de esta pareja, incluso, ninguno ha mencionado que la Sra. S. contara con colaboración en las tareas domésticas; es más, la testigo M. se ocupó de relatar que la nombrada se encargaba de todas ellas, y de otras como el mantenimiento de la vivienda, a fin de ahorrar aquel dinero posible para una mejoría patrimonial, que fue la que —evidentemente— permitió el ascenso social de la familia, y el educativo de los hijos. Nótese que la hija mayor pudo encarar una carrera de alto costo, en una ciudad alejada de la de origen, y obtener el título de arquitecta. El testimonio de G. corrobora esa distribución de roles.

La disparidad económica, si bien podía no coartar la administración doméstica y permitirle a Y. cierto margen de maniobra, evidentemente era desequilibrada, y traduce una preponderancia del varón en cuanto a la propiedad de los bienes, pues todos ellos ingresaron al patrimonio del Sr. L., invisibilizando toda colaboración al logro económico familiar proveniente de la labor que entendía como un “deber” de la mujer. Es notable cómo, al describir los hechos, se hizo especial hincapié en que los rodados se fueron adquiriendo con aporte “propios”, sin reconocerse nunca la actividad silenciada de la mujer ni por su trabajo doméstico, ni por los ingresos que tenía luego de que los hijos dejaron el hogar.

Según la Organización de Naciones Unidas, las mujeres son quienes poseen más probabilidades que los varones de tener trabajos mal remunerados, de bajo nivel y más vulnerables, con protección social o derechos básicos limitados o nulos (22). En todo el mundo, el salario de las mujeres es 17 % menor que el de los hombres (23) y este caso que hoy nos convoca patentiza estos datos. Además, en América Latina el 78,1% de las mujeres que están ocupadas lo hacen en sectores definidos por la CEPAL (24) como de baja productividad, lo que implica peores remuneraciones, baja cobertura de la seguridad social y menor contacto con las tecnologías y la innovación. A esos datos regionales, se pueden anexar los internos de nuestro país, signados por una profunda crisis económica financiera, con una dolorosa emergencia de más cantidad de pobres (25). Sabemos que la pobreza produce exclusión y marginación, sufrimiento, hambre, desnutrición y enfermedades, limita las libertades y las oportunidades sociales, impide o limita el acceso a la educación y a la cultura, condena a vivir en hábitats inadecuados, en condiciones insalubres de vida e inseguridad por el entorno,

(22) ONU Mujeres, Datos y Cifras Mundiales sobre las Mujeres, 2010.

(23) Ibid.

(24) www.cepal.org/tasa-participacion-laboral-femenina.

(25) En América Latina y el Caribe en setiembre del 2017 la CEPAL reportó 175 millones de pobres.

ocasiona o profundiza discapacidades, provoca violencia y conflictos armados, excluye de la participación democrática y ciudadana, y aumenta gravemente la vulnerabilidad (26). Y debe advertirse que, de no revertirse la condición económica que presenta la actora, su estado patrimonial la hará pasible de estar incluida en el grupo de mujeres “nuevas pobres”.

A mayor fundamento, traigo a esta resolución la Regla 18 de las 100 Reglas de Brasilia, que señala que: “Se entiende por discriminación contra la mujer toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”. Como también las recomendaciones del Comité CEDAW (27) en cuanto dijo que: “...d) La buena calidad de los sistemas de justicia requiere que todos los componentes del sistema se ajusten a las normas internacionales de competencia, eficiencia, independencia e imparcialidad y provean, de manera oportuna, recursos apropiados y efectivos que se ejecuten y den lugar a una resolución sostenible de la controversia que tengan en cuenta las cuestiones de género para todas las mujeres. Requiere también que los sistemas de justicia se enmarquen en un contexto, sean dinámicos, de participación, abiertos a las medidas innovadoras prácticas, sensibles a las cuestiones de género y tengan en cuenta las crecientes demandas de justicia que plantean las mujeres”.

He señalado antes y reitero aquí, que el vínculo desequilibrado de poder que unía a esta pareja tiene en la violencia económica desplegada por

el miembro masculino, su faceta más sutil, pero no por ello menos perniciosa. Modalidad que, si bien estuvo agazapada durante la convivencia, emergió con gran potencia luego del retiro de la mujer de la vivienda en común, y evidentemente se acrecentó cuando ella inició una nueva unión.

A tal punto es el posicionamiento patriarcal y desajustado frente a la igualdad y no discriminación por parte del demandado, que llegó a negar el aporte dinerario de la conviviente —producto de su oficio de peluquera o como empleada de comercio— en la compra de materiales, pero lo consideró a los fines de sostener que, al finalizar la unión, quedaron en igualdad de condiciones.

A esta altura del análisis resulta bastante evidente que se reúnen los requisitos constitutivos de la pretensión, ya que se acreditó desequilibrio manifiesto del conviviente respecto a la ex pareja; que tal desajuste implicó un empeoramiento en la situación de ella, que debió recurrir a la asistencia de su pareja para la provisión de la vivienda, no contando con ingresos más que para un sostén mínimo; y esa situación se desencadenó con la ruptura de la unión convivencial con L.

Es de hacer notar que, por su parte, el ex conviviente mantuvo inalterada su situación económica y —conforme lo dijo a la trabajadora social que realizó los informes referidos— incluso sostiene económicamente a los dos hijos, ambos mayores de edad y una de ellos viviendo en forma independiente.

Refuerza mi convicción de que la pretensión es admisible la circunstancia no negada de que la Sra. S. recién se capacitó en peluquería una vez finalizada con holgura la etapa de crianza, pues al menos desde los 18 años su vida estuvo dedicada a los hijos, a administrar el hogar convivencial y probablemente también las finanzas de L., puesto que la tarea de chofer de colectivos de larga distancia —que ambos reconocieron— les permitió adquirir bienes de envergadura, y ello no es posible sin una economía doméstica ordenada y bien llevada. No existe ni una sola medida de prueba que acredite en estas actuaciones que el incremento del patrimonio en lo relativo a los rodados fue producto de la “ayuda” proveniente del progenitor del Sr. L. Entonces, frente a ese indicio grave, y los testimonios que dieron cuenta

(26) MEDINA, Graciela, “Acceso a justicia de personas en condición de vulnerabilidad. Las 100 Reglas de Brasilia. En género, discapacidad y pobreza”, LA LEY 14/11/2017, 14/11/2017, 1 - LA LEY 2017-F, 663, Cita Online: AR/DOC/2970/2017.

(27) ONU. Comité CEDAW. Recomendación General 33 sobre el Acceso de las Mujeres a la Justicia. CEDAW/C/GC/33, 3 de agosto de 2015.

de la abnegación y mesura en el manejo de la economía por parte de S., los adquiridos durante la convivencia sin dudas fueron producto del trabajo de ambos.

En lo que hoy resulta relevante, de los testimonios recibidos y los informes periciales, emerge la magra remuneración que la mujer percibía como consecuencia de la actividad laboral a la que pudo acceder, lo que no se condice con la situación económica que presidía las condiciones del grupo familiar previo a la ruptura. Más bien se asemeja a la que ambos poseían al inicio de la convivencia, debiendo recordarse que en los “Fundamentos del Cód. Civ. y Comercial” se explica que es necesario realizar un análisis comparativo de la situación patrimonial de uno y otro, al inicio y al final, de modo de determinar si existe un desequilibrio y, en tal caso, proceder a su recomposición. Es importante puntualizar que “estado patrimonial” no es un concepto estático, ya que no se refiere solo a los activos y pasivos que tenían y tienen, sino, fundamentalmente, a la determinación de la capacidad o potencialidad de generar recursos económicos o, incluso, de conservar los que pudieran existir.

Producida la separación, y conforme las pericias recibidas —confeccionadas por la trabajadora social y psicólogas— ese desequilibrio estructural dado por el varón proveedor y la mujer a cargo exclusivo de la atención del hogar, quedó en evidencia, pues la actora sufrió la pérdida de la vivienda, el ingreso que llegaba del arrendamiento de un departamento, un lugar físico donde desplegar su oficio de peluquera, y no contó con ningún bien a su nombre de todos los que se adquirieron durante más de 30 años de convivencia.

Aprecio como suficientemente acreditado que la esposa asumió el rol de la organización del hogar y crianza de los hijos en común, actualmente mayores de edad, pero en el contexto de una realidad social en la que aún sigue siendo alto el porcentaje de mujeres que dejan sus trabajos o relegan su formación profesional y/o académica por dedicarse al cuidado de los hijos concebidos en el matrimonio, coincidiendo con lo expresado con acierto y con la perspectiva de género necesaria para abordar este tipo de reclamos, que “la compensación económica es una herramienta

hábil para proteger al cónyuge o conviviente más débil, que aún siguen siendo las mujeres” (28).

VIII. En lo que hace al monto de procedencia, la doctrina clasifica los métodos utilizados hasta el momento distinguiéndose de la siguiente forma: a) método objetivo que es aquel que se basa en cálculos mediante la utilización de fórmulas matemáticas, tablas o baremos, para deducir el monto correspondiente, b) método subjetivo o de ponderación de circunstancias subjetivas, que prescinde de los cálculos matemáticos y en cambio se efectúa un cálculo global fijado de conformidad con las circunstancias subjetivas que arroja el caso concreto, y c) método mixto que conjuga los dos anteriores.

Desde ya adelante que a los fines de establecer el monto correspondiente me inclinaré por utilizar este último, toda vez que considero que resulta el más adecuado, no pudiendo prescindirse completamente de alguna forma de cálculo para llegar a una solución justa, considerando además las circunstancias fácticas necesarias y principios generales de interpretación conforme establece el Código Civil y Comercial en su art. 2 que adopta en materia de interpretación reglas, principios y valores, siendo todos ellos hábiles para arribar a una resolución coherente con todo el ordenamiento jurídico —que debe estar en consonancia siempre con los tratados de derechos humanos—. En este sentido, se afirma: “Se trata de una interpretación ‘adecuadora’ que ‘constituye uno de los tipos más importante de interpretación sistemática’. Tiene lugar siempre que se adapta el significado de una disposición al significado (previamente establecido) de otras disposiciones de rango superior (...) Este modo interpretativo se basa en la asunción tácita de que el legislador respeta los principios generales del derecho y las disposiciones constitucionales y no pretende derogarlos” (29).

(28) MOLINA de JUAN, Mariel F. “Compensaciones económicas en el divorcio. Una herramienta jurídica con perspectiva de género”. Revista de Derecho de Familia N° 57. Abeledo-Perrot. Bs. As. 2012, ps. 187 ss.

(29) PERRACHIONE, Mario C., op. cit., p. 97. Código Civil y Comercial de la Nación Comentado.

Se reunieron algunos parámetros fijos como la valuación de algunos de los bienes, hay datos acerca de la edad de los litigantes, de los hijos y la innecesariedad del cuidado a su respecto, respecto del estado de salud, solo se cuenta con la alegación de cada uno, sin respaldo probatorio de las dolencias que acusan, no está controvertida la atribución de la vivienda, y ya señalé algunas apreciaciones en relación al acceso al empleo. Del mismo modo, recordaré que: “En la medida en que las disposiciones legales otorgan márgenes de libertad al juez para adoptar un pronunciamiento, estamos frente a un poder discrecional del magistrado; la discrecionalidad está dada por la capacidad de discernir la solución justa entre diferentes parámetros. En definitiva, es el poder de decidir libre y prudencialmente en el marco de la ley” (30).

Cuento, como pautas objetivas, la valuación del camión que luce en la pág. 194, la de la vivienda de la pág. 219, y a título de indicio los valores acercados con la demanda (págs. 8 a 10), todos ellos por cierto muy escasos como elementos para formar una convicción suficiente. Y tratándose de una cuestión patrimonial, tampoco podrá apelarse a medida de mejor proveer, pues las reglas de la oficiosidad no se aplican para este tipo de situaciones en que impera el principio dispositivo, sin perjuicio de las que regulan las cargas probatorias dinámicas.

Estando reconocido que la Sra. S. cuenta con un oficio que, dependiendo de varias circunstancias, le puede permitir un ingreso económico; que está bien conceptuada y accedió a un trabajo como empleada de comercio —que no queda claro si mantiene o no en la actualidad— y que al menos en la adquisición del camión y en las mejoras de la vivienda familiar su participación resultó imprescindible para soporte de la actividad económica del conviviente, voy a apelar a los montos que surgen de las págs. 194, 219/221, y con relación a la camioneta Nissan Frontier, a la

estimación formulada al demandar, que tuvo respaldo indiciario con el instrumento de la pág. 9, y que si bien no se me escapa que el demandado la objetó genéricamente, resulta insuficiente esa cómoda postura, puesto que aunque lábil, la parte reclamante se ocupó de acercar un elemento de valoración. El mismo análisis hago respecto del acoplado y lo incorporado en la pág. 10. El patrimonio aproximado generado durante la unión convivencial asciende a cuatro millones de pesos; varios de esos bienes —la vivienda cuanto menos y el camión que dio origen a la adquisición del actual— fueron producto de liberalidades del progenitor del Sr. L., conforme lo reconoció la misma S. Aprecio como razonable y ajustado a lo acreditado en este proceso que la compensación económica debida a la ex conviviente sea equivalente a la tercera parte de ese patrimonio, utilizando las pautas analizadas y considerando que no se trata ni de una equiparación patrimonial ni de una división de bienes en condominio, sino de la reparación de un desequilibrio.

De ese modo, la procedencia de la acción es fijada en la suma de \$1.333.000 (un millón trescientos treinta y tres mil pesos), la que deberá ser abonada en el término de diez días de que adquiera firmeza la presente sentencia; adicionándose en caso de mora intereses a la tasa activa que abone en el Banco del Chubut SA en sus operaciones ordinarias de descuento a treinta días.

IX. En cuanto a las costas, las mismas se imponen a la parte demandada en su carácter de vencida, y se regulan los honorarios de los letrados intervinientes. Para la regulación de los honorarios de las letradas de las partes, tendré en consideración la calidad y eficacia de los trabajos realizados, el monto del proceso, el modo en que fueron recogidas sus respectivas posiciones y las etapas cumplidas, incluyendo en la regulación lo correspondiente a la actuación resuelta en las ps. 56/58, todo de conformidad con lo dispuesto por los artículos 5, 6, 7, 29, 37 y ccs. de la ley XIII-Nº 4, modificada por ley XIII-Nº 15 DJP.

Consecuentemente, por las consideraciones vertidas, normas, jurisprudencia y doctrina invocadas resuelvo: 1) Hacer lugar a la demanda promovida por la Sra. E. Y. S. contra el Sr. J. D. L., por inaplicabilidad al caso de lo dispuesto en el art. 525 último párrafo del Cód. Civ. y Comercial,

Marisa Herrera - Gustavo Caramelo - Sebastián Picasso Ed. Infojus.

(30) MASCOTRA, Mario, “Poderes-deberes del juez en el proceso civil”, primera edición, editorial Astrea, Buenos Aires 2014, p. 386 y ss.

condenando a este último a abonar a favor de la actora la suma de pesos un millón trescientos treinta y tres mil pesos (\$1.333.000), en concepto de compensación económica, debiendo ser satisfecha en el término de diez días de que adquiera firmeza la presente sentencia; adicionándose en caso de mora intereses equivalentes a la tasa activa con la que opera el Banco del Chubut SA en sus operaciones ordinarias de descuento a treinta días. 2) Atento como ha quedado resuelta la cuestión, las costas del proceso se imponen al vencido (art. 68 del Cód. Proc. Civ. y Comercial). Se regulan los honorarios de las letradas intervinientes por la actora Abog. María Cristina Mombelli

en el equivalente al ... % del monto de condena, ascendiendo la suma de \$... y a las Abog. Graciela Noemí Tarquini y Paula Daher Scaglioni, en forma conjunta en las suma de ... equivalente al ..., y al perito interviniente Cdr. Pablo J. Horizny en el equivalente al ... %, es decir, ..., sumas a las que deberán adicionarse los aportes de ley (arts. 5, 6, 6 bis, 7, 9, 18, 36, 37, 46 y ccs. de la Ley XIII N° 4). 3) regístrese. Notifíquese y firme o consentida por Secretaría, practíquese liquidación de gastos causídicos, debiendo el condenado abonar la tasa de justicia equivalente al 3% del monto del proceso, es decir, la suma de \$... (Ley XXIV N° 13). — *Mariela A. González.*

La caducidad de oficio y el exiguo plazo de caducidad de la compensación económica en el cese de la unión convivencial

Gonzalo E. Imas (*)

Sumario: I. Consideraciones preliminares.– II. El instituto de la compensación económica.– III. Fallo: “M., F. C. c. C., J. L. s/ compensación económica”.– IV. Fallo “S., E. Y. c. L., J. D. s /determinación de compensación económica”.– V. Proyecto de ley sobre “Modificaciones de los arts. 442 y 525 sobre caducidad de la compensación económica en el divorcio y en la unión convivencial, respectivamente”.– VI. Declaración de oficio de la caducidad.– VII. Conclusión.

I. Consideraciones preliminares

Producido el cese de la unión convivencial por alguna de las causales previstas en el

(*) Abogado (UBA), cursando la Carrera de Especialización y Maestría en Derecho de Familia (UBA). Jefe de despacho (int.) del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 83. Ayudante de segunda en la materia Familia y Sucesiones, Cátedra

art. 523 (1) del Libro segundo del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, “Cód.

Arianna-Herrera, UBA. Ayudante en la materia Familia y Sucesiones, Marisa Herrera (titular), Natalia de la Torre y Federico Notrica (adjuntos), UNDAV.

(1) “Art. 523.— Causas del cese de la unión convivencial. La unión convivencial cesa: a) por la muerte de uno de los convivientes; b) por la sentencia firme

Civ. y Com.”), emergen los efectos jurídicos regulados en los arts. 524 al 528 del Cód. Civ. y Com. Uno de los presupuestos formales para poder reclamar la compensación económica es que no se haya cumplido el plazo de caducidad que se establece en la última parte del art. 525 del Cód. Civ. y Com.: “(...) 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” (2). A continuación, concentraré el análisis del presente trabajo en el plazo de caducidad introducido para la petición de la compensación económica, basándome en las diferentes posiciones doctrinarias, así como en la evolución de la jurisprudencia, un proyecto de ley presentado en la Cámara de Diputados de la Nación que propone modificar el plazo de caducidad y si ella puede ser declarada de oficio por los tribunales.

II. El instituto de la compensación económica

La compensación económica es el derecho/deber reconocido al ex conviviente a compensar el desequilibrio económico manifiesto que existe entre ellos, representando un empeoramiento de su situación, cuya constatación se produce al cese de la vida en común, causado por la convivencia y su ruptura. Su finalidad

de ausencia con presunción de fallecimiento de uno de los convivientes; c) por matrimonio o nueva unión convivencial de uno de sus miembros; d) por el matrimonio de los convivientes; e) por mutuo acuerdo; f) por voluntad unilateral de alguno de los convivientes notificada fehacientemente al otro; g) por el cese de la convivencia mantenida. La interrupción de la convivencia no implica su cese si obedece a motivos laborales u otros similares, siempre que permanezca la voluntad de vida en común”.

(2) PELLEGRINI, María Victoria, “Las uniones convivenciales”, Ed. Erreius, Buenos Aires, 2017, 1ª ed., ps. 206-207; MOLINA de JUAN, Mariel, “Compensación económica: teoría y práctica”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2019, 1ª ed. revisada, 1ª reimp., ps. 98 y ss.

no es igualar el patrimonio de los convivientes, sino que su función es corregir el desequilibrio patrimonial que se podría presentar frente a un conviviente que se favoreció durante la vida en común, a costa de los esfuerzos realizados por el otro y que, además, no tiene asegurada ninguna participación económica sobre lo generado (3).

Es dable señalar que el mencionado instituto es un instrumento legal con fuerte perspectiva de género, ya que, como surge de la realidad, la sociedad sigue organizada en torno a la división en la que las tareas laborales corresponden, en su mayoría, a los hombres y las tareas domésticas se asignan a las mujeres.

Hechas estas observaciones, y a falta de pacto, la compensación económica debe ser reclamada judicialmente dentro del plazo de seis meses de producido el cese de la unión convivencial. El mismo plazo de caducidad se encuentra previsto como efecto del divorcio en el art. 442 (4) del Cód. Civ. y Com., pero

(3) PELLEGRINI, María Victoria, en LORENZETTI, Ricardo L. (dir. gral.) - HERRERA, Marisa (dir.), Código Civil y Comercial explicado. Doctrina - jurisprudencia. Derecho de Familia. Arts. 401/593, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2019, t. I, ps. 352-354; PELLEGRINI, María Victoria, “Las uniones convivenciales”, ob. cit., ps. 190 y ss.; MOLINA DE JUAN, Mariel, “Compensación económica...”, ob. cit., ps. 22 y ss.

(4) “Art. 442.— Fijación judicial de la compensación económica. Caducidad. 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 a las actividades mercantiles, industriales o profesionales del

en este caso se computa desde que se dicta la sentencia. La diferencia entre el divorcio y el cese de la unión convivencial es fundamental. El divorcio requiere de asistencia letrada y la tramitación de un proceso judicial. Dictada la sentencia, comienza el cómputo del plazo de caducidad para el reclamo de compensación económica. Sin embargo, producido el cese de la unión convivencial, comienzan a correr los seis meses.

Ahora bien, qué sucede si el cese la unión convivencial se produce a raíz de violencia de género, desde cuándo empieza a computarse dicho plazo. La jurisprudencia se encargó de resolver la cuestión.

III. Fallo: “M., F. C. c. C., J. L. s/ compensación económica” (5)

De las actuaciones conexas sobre violencia familiar se desprende que la Sra. M. se retiró de la vivienda familiar junto a su hija el 6 de febrero del 2017 en un estado de confusión y vulnerabilidad y a fin de proteger su propia integridad psico-física y la de su hija. El 20 de septiembre del mismo año inicia la correspondiente acción de compensación económica. Al contestar la respectiva demanda, el Sr. C. opone falta de legitimación por haber operado el plazo de caducidad de la procedencia de la pretensión de compensación económica, en los términos del art. 525 del Cód. Civ. y Com., refiriendo que el plazo de caducidad operó el 6 de agosto del 2017 y que la presente acción fue iniciada el 20 de septiembre del 2017. En primera instancia se hace lugar a la defensa opuesta y se rechaza la demanda, declarando

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 meses de haberse dictado la sentencia de divorcio”.

(5) C. Civ. Com. Lab. y Minería Neuquén, I Circunscripción Judicial, sala 1ª, 06/07/2018, “M., F. C. c. C., J. L. s/ compensación económica”, cita online: AR/JUR/39399/2018.

la caducidad de la acción para reclamar la compensación económica. La actora apela, señalando, entre otros fundamentos, que “... el plazo de seis meses es tan exiguo que viola en forma expresa derechos constitucionales como el de propiedad, el derecho a la intimidad, el de peticionar cuando la persona se encuentra apta para ello, máxime cuando en situaciones de violencia la persona no está preparada psicológicamente para decidir y actuar en tan poco plazo”.

La sala 1ª resalta: “Es que las disposiciones del Cód. Civ. y Com., 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, en tanto establece en su Sección 2ª.1, que 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 (...). Asimismo, con la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y, en especial, con la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer ‘Convención de Belém do Pará’, en cuanto en su art. 7º determina que ‘los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente... f. establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos; g. establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces, y; h. adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole

que sean necesarias para hacer efectiva esta Convención...”.

“... En este caso, si bien la actora se presentó en el expediente sobre violencia familiar con el patrocinio letrado de la defensora pública, se observa que tal intervención se limitó al marco de la denuncia allí efectuada, a peticionar ante la apremiante necesidad económica de obtener un ingreso para su hija y a recuperar sus efectos personales (hojas 17 y 34). Ello, también da cuenta de la situación que atravesaba y de su aludido estado de vulnerabilidad. En consecuencia, haciendo una interpretación armónica de la normativa protectoria referida y el régimen aplicable a las compensaciones económicas por finalización de la convivencia, corresponde hacer lugar al recurso de apelación deducido por la actora, en tanto, en el caso y frente a las circunstancias que rodearon la separación, la interpretación efectuada en la instancia de origen, conduce a un resultado que se desentiende de la protección a una mujer en situación de violencia, con separación de los postulados protectorios supra-legales (...). Por ello, resuelve hacer lugar al recurso de apelación deducido por la Sra. M.

IV. Fallo “S., E. Y. c. L., J. D. s /determinación de compensación económica” (6)

De las actuaciones se desprende que la Sra. S. y el Sr. L. comienzan una relación de noviazgo durante la adolescencia; la Sra. S. a los 18 años queda embarazada, naciendo la primera hija de la pareja en el año 1985. En 1986 la pareja inicia la convivencia, al año siguiente nace el segundo hijo, que fallece, y en 1992 nace el último hijo en común.

La actora manifiesta: “... que, si bien se dedicó la mayor parte del tiempo a la crianza de los hijos y las tareas del hogar, lo que permitía a su pareja trabajar con tranquilidad e

incrementar el patrimonio, también realizó sus propios aportes cuando los hijos crecieron trabajando en una farmacia y como peluquera. Lograron ampliar la vivienda, construir un departamento para alquiler temporario, y proveer de estudio universitario a la hija mayor... Asevera que el estrés de las vivencias maltratantes sufridas, le impidieron iniciar la demanda tendiente a obtener una reparación por el desequilibrio económico provocado por el cese de la convivencia. Funda su posición con relación a la inoperancia de la caducidad de la acción, para lo cual reitera: que se retiró del hogar el 31/07/2018 con solo sus pertenencias personales, inmersa en vaivenes motivados por las actuaciones judiciales penales, habiendo puesto sus recursos personales en la recuperación psicológica, denunciando calidad de víctima de violencia de género”.

En el momento de contestar el traslado, el Sr. L. acusa falta de etapa prejudicial de avenimiento, denuncia caducidad y solicita el rechazo de la acción con costas.

La jueza, en los considerandos, analiza: “... En ese sentido, 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 de este país, 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 Com.?”.

Luego de analizar dos casos jurisprudenciales, uno el de Neuquén antes analizado y el otro de Misiones del año 2017, y analizar doctrinariamente el plazo de caducidad, sostiene: “... En el caso, encuentro suficiente respaldo probatorio para sostener que la vida en común de la pareja S.-L. tuvo su final definitivo el 01/08/2018, fecha en que se produjo el retiro de la señora de la vivienda. De ello da cuenta su propio relato de los hechos —menciona que fue a fines de julio— pero puede

(6) Juzg. Familia Esquel, “S., E. Y. c. L., J. D. s/ determinación de compensación económica”, expte. 191/2019, cita online: www.juschubut.gov.ar, compulsada el 30/01/2020.

verificarse con las exposiciones policiales del señor, de veracidad para el análisis por su cercanía temporal con los hechos acontecidos, y en tanto instrumento suficiente de prueba a este efecto, que su retiro definitivo sucedió en la fecha referida...”.

Para luego sostener de manera acertada: “... El desequilibrio estructural presumido en una mujer que denuncia situaciones de violencia familiar, por tal condición catalogada constitucionalmente como desaventajada (art. 75, inc. 23, de la CN) necesariamente habrá de contar con herramientas que coloquen a la víctima en un plano de igualdad de armas para, recién después, analizar si el derecho está o no perimido... El ‘diálogo de fuentes’ que indican los arts. 1º, 2º y 3º del Cód. Civ. y Com. obliga a aplicar el art. 7º de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia de Género, en cuanto determina el instrumentos que ‘los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente... f. establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos; g. establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces, y h. adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva esta Convención...”.

“... En definitiva, la unión convivencial puede cesar, entre otras causales, por voluntad unilateral de alguna de las partes o por el cese de la convivencia mantenida (art. 523, incs. f y g, del Cód. Civ. y Com.). Ello no significa que la manifestación de uno de los convivientes respecto de la fecha en que se produjo ese cese baste a los efectos del cómputo del plazo de inicio de la caducidad de la compensación

económica previsto en el art. 525, último párrafo, si aparecen razones como la comprobación de una relación sentimental contaminada por la violencia de género. En esas circunstancias, por aplicación de las normas internacionales que obligan al Estado a disponer medidas adecuadas para la efectiva protección de los derechos de las mujeres, en este caso concreto resulta inaplicable el art. 525 del Cód. Civ. y Com. en cuanto dispone 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’, debiendo el plazo computarse desde que cesó la medida restrictiva dictada en protección de la violencia familiar denunciada, no contemplada esa circunstancia específicamente en la norma, pero admisible dentro del esquema convencional-constitucional que rige en nuestro país. Razonado de ese modo, el derecho no caducó, y así será declarado...”.

Por ello resuelve hacer lugar a la demanda promovida por la Sra. E. Y. S. contra el Sr. J. D. L., por inaplicabilidad al caso de lo dispuesto en el art. 525, último párrafo, del Cód. Civ. y Com.

V. Proyecto de ley sobre “Modificaciones de los arts. 442 y 525 sobre caducidad de la compensación económica en el divorcio y en la unión convivencial, respectivamente” (7)

Con fecha 4 de abril de 2019 se presentó el proyecto de ley 1493-D-2019, que, en lo que respecta al análisis en cuestión, en su art. 2º realiza la siguiente modificación: “Modifíquese el art. 525 del Cód. Civ. y Com. (texto aprobado por ley 26.994) que quedará redactado del siguiente modo: ‘Art. 525. Fijación judicial de la compensación económica. Caducidad. 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

(7) Fuente: www.hcdn.gob.ar/proyectos/proyecto.jsp?exp=1493-D-2019, compulsado el 28/12/2019.

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. La acción para reclamar la compensación económica caduca si transcurre un [1] año de haberse producido cualquiera de las causas de cese de la unión convivencial enumeradas en el art. 523. Si el cese de la unión convivencial se produce en un contexto de violencia de género, la acción caduca al año del vencimiento de las medidas preventivas urgentes dispuestas por el juez de conformidad con la ley 26.485, la ley 24.417 y las normas provinciales aplicables. En los casos en los que no se hayan dictado medidas preventivas urgentes, la acción caduca al año de la denuncia de violencia de género. Se debe aplicar siempre el plazo más favorable a la persona víctima de violencia”.

Como bien se señala en sus fundamentos, el proyecto propone extender el plazo de caducidad de seis meses a un año, ampliando la legitimación activa para peticionar la compensación ante el juez, siempre aplicándose el plazo más favorable a la persona víctima de violencia.

VI. Declaración de oficio de la caducidad

Con respecto a este tema, encontramos dos posiciones doctrinarias y jurisprudenciales en el carácter asignado a la compensación económica.

Doctrinariamente, la primera postura concibe que, como se trata de una consecuencia patrimonial, es materia disponible para las partes y, por ello, excluida de la imposición oficiosa (8),

(8) MOLINA de JUAN, Mariel F., “Compensación económica...”, ob. cit., p. 108; PELLEGRINI, María Victoria, “Las uniones convivenciales”, ob. cit., p. 208.

conforme lo establece el art. 2572 del Cód. Civ. y Com. (9).

La segunda postura se basa en la figura en la solidaridad familiar y, por tanto, indisponible para las partes, susceptible de la declaración de oficio (10).

Jurisprudencialmente se pueden distinguir estas dos mismas posturas. En el fallo “F., G. M. c. P., F. F. s/ fijación de compensación arts. 524, 525, Cód. Civ. y Com.” (11), la sala J de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil confirma la sentencia de primera instancia que rechazó *in limine* el planteo efectuado por la parte actora de que debía fijarse una compensación económica, al considerar la jueza de primera instancia que la acción se encontraba perimida. Por ello sostiene que “... Ahora bien, en lo que hace a la particularidad del caso que nos ocupa, en lo relativo a la realización de la mediación y sus efectos, cabe destacar lo dispuesto por el art. 2542 del Cód. Civ. y Com., en tanto expresa que interrumpe el curso de la prescripción, mas no hace referencia alguna en tal sentido a los plazos de caducidad. Por el contrario, la nueva legislación de fondo zanja con claridad la diferencia entre ambos institutos. Así, de la letra del art. 2566 surge que la caducidad extingue el derecho no ejercido, el art. 2567 que los plazos de caducidad no se suspenden ni se interrumpen, excepto disposición legal en contrario y el art. 2570 que los actos que impiden la caducidad no obstan a la aplicación de las disposiciones que rigen la prescripción. No cabe duda de que esta última norma pone de relieve las

(9) “Art. 2572.— Facultades judiciales. La caducidad solo debe ser declarada de oficio por el juez cuando está establecida por la ley y es materia sustraída a la disponibilidad de las partes”.

(10) BECCAR VARELA, Andrés - BUSTAMANTE, Eduardo, “La caducidad del derecho a la compensación económica”, LA LEY del 12/06/2018, cita online: AR/DOC/1137/2018.

(11) CNCiv., sala J, 16/02/2017, “F., G. M. c. P., F. F. s/ fijación de compensación arts. 524, 525, Cód. Civ. y Com.”, cita online: AR/JUR/120/2017.

diferencias entre prescripción y caducidad. En efecto, se puede definir a la caducidad como la extinción de un derecho positivo por la expiración de un término estipulado por la ley, la convención o la autoridad judicial, durante el cual debía de ejercerse el citado derecho. Reconoce su fundamento en razones de política legislativa y orden público que anidan en la idea de una sanción ante la negligencia del acreedor o propietario que no ha procurado hacer efectivo su derecho en el plazo legal. La caducidad es una institución especial y separada de la prescripción, y, justamente, se diferencia de esta última debido a que la prescripción extintiva enerva la acción del acreedor para reclamar el cumplimiento de la obligación, pero deja subsistente el derecho del acreedor al impedir la repetición de lo pagado por el beneficiario de la prescripción. La caducidad pone fin al derecho positivo, y, obviamente, a la acción para reclamar tal derecho. Su plazo es el lapso de tiempo legal que corre desde que el derecho se puede ejercer hasta el momento en que se ha expirado el plazo que tenía la persona para ejercer tal derecho. Precisamente, una de las diferencias entre la prescripción y la caducidad está dada porque el cómputo del tiempo, en la primera, es susceptible de interrumpirse y de suspenderse. Ello obedece a que los plazos de caducidad tienden a ser más cortos, pues procuran urgir con mayor intensidad al titular del derecho a ejercerlo. Se veda toda posibilidad a que convencionalmente se estipulen causales suspensivas o interruptivas de los plazos de la caducidad, ello debido a que la caducidad es, también, de orden público, y a que el legislador no ha querido habilitar a los particulares para que, mediante convenciones, formulen estipulaciones al respecto (conf. CURÁ, José M. [dir.], 'Código Civil y Comercial de la Nación comentado', t. VI, ps. 648, 649, 650, 651 y 652)...".

En sentido opuesto, en el fallo "C., F. A. c. T., A. S. s/ materia a categorizar" (12), la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comer-

cial de Junín dejó sin efecto la caducidad de oficio decretada en primera instancia y remitió las actuaciones para que sea sorteado un nuevo juzgado. Para ello el Dr. Volta sostiene: "... En cuanto a la posibilidad de declarar oficiosamente la caducidad de la pretensión encaminada a la compensación económica, no debe perderse de vista que conforme a lo normado por el art. 2572 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, la caducidad solo debe ser declarada de oficio por el juez cuando está establecida por la ley y es materia sustraída a la disponibilidad de las partes (...). Conforme a ello, se entiende que: '... En principio, y al igual que la prescripción, la caducidad debe ser alegada por parte interesada y la misma puede ser opuesta por vía de excepción y no se encuentran obstáculos para que sea reclamada por vía de acción. Luego, el presente artículo declara que la caducidad puede ser declarada de oficio por el juez siempre que reúna estos dos requisitos: 1) que sea de fuente legal; y 2) que se trate de materia indisponible o fuera del alcance regulatorio de la autonomía de la voluntad de las partes (orden público). Ya se argumentaba en favor de esta postura, cuando está comprometido el orden público —p. ej., acción de nulidad de matrimonio— no puede depender de la voluntad de la parte en hacerla o no valer. La moral y las buenas costumbres obligan al juez a pronunciarse de oficio, es decir, aun sin mediar petición de parte (conf. arg. arts. 386 y 387, Cód. Civ. y Com.) a fin de que se extinga el derecho no ejercido en el plazo perentorio legal...' (ALTERINI, Jorge, 'Código Civil y Comercial comentado', t. XI, ps. 924-5). Llegado a este punto, y tomando en consideración la naturaleza exclusivamente patrimonial del pedido de compensación económica, no encuentro razón de orden público alguna, que justifique considerar a la misma como una materia indisponible, que autorice a la declaración oficiosa de la caducidad (doctr. arts. 12, 525, 2572, y ccs. del Cód. Civ. y Com. de la Nación) (...). En esta misma dirección se ha sostenido que la compensación económica: '... Es un derecho-deber derivado de las relaciones familiares que faculta a un excónyuge o exconviviente a ejercer una acción personal con el objeto de exigir al otro el cumplimiento

(12) C. Civ. y Com. Junín, 07/06/2018, "C., F. A. c. T., A. S. s/ materia a categorizar", cita online: AR/JUR/26605/2018.

de una determinada prestación, destinada a corregir el desequilibrio económico manifiesto que existe entre ellos, y a remediar sus injustas consecuencias. Todo ello en razón de una doble 'causa' o 'fuente' de la que nació dicha obligación: la vida en común y su ruptura. Se trata de un derecho esencialmente disponible. Ello significa al menos tres cosas: la primera, que puede ser decidida por acuerdo entre las partes; la segunda, que el interesado puede reclamarla o decidir no hacerlo; la última, que el juez no debe fijarla si aquel a quien podría corresponderle no la solicitó...' (MOLINA DE JUAN, Mariel F., 'Cuestiones prácticas: el reclamo judicial de la compensación económica'; publicado en el Dial DC23F4, el: 26/09/2017); y que: 'la compensación económica, es un derecho inherente al patrimonio y, por ende, disponible. Por lo tanto, es posible su renuncia, transacción y conciliación...' (BEDROSSIAN, 'El instituto de la compensación económica en el Código Civil y Comercial', MJ-DOC-10639-AR / MJD10639). Es por ello, habré de propiciar dejar sin efecto la caducidad oficiosamente declarada en primera instancia (doctr. arts. 12, 525, 2572, y ccs. del Cód. Civ. y Com. de la Nación)..."

El Dr. Guardiola adhiere al voto preopinante y agrega: "... José Fernando Márquez - Maximiliano Rafael Calderón ('Prescripción y caducidad en el Código Civil y Comercial', LA LEY, 2015-C-743), señalan que ahora el principio general en materia de caducidad es que debe ser opuesta por parte interesada, al igual que acontece con la prescripción y que solo excepcionalmente podrá ser declarada de oficio, haciendo depender las facultades del juez de las particularidades del caso atendiendo a la naturaleza de los intereses involucrados, tal como propugnaba Spota. En lo referido específicamente a la caducidad establecida por el art. 525 para la compensación económica del artículo que lo precede, explica Jorge L. Kielmanovich ('¿Caducidad de oficio de la acción de compensación económica?', LA LEY 2017-B-1068): 'Si bien ninguna duda que

en el supuesto del derecho a la compensación económica nos hallamos en presencia de una caducidad de origen legal por oposición a una convencional, en cualquiera de los regímenes antes vistos el derecho a la compensación en nuestro ordenamiento no es materia sustraída a la disponibilidad de las partes, como, sobre similares bases se ha reconocido por el Tribunal Supremo español y por diversas Audiencias Provinciales, por cuanto, como se ha expresado "está basada en un interés privado, y por ello es renunciable, transaccionable y convencionalmente condicionable y limitable en el tiempo", como expresa la sentencia del STS del 21 de noviembre de 2008 que reproduce la doctrina del mismo tribunal sentada el 02/12/1987, en exquisita sintonía con el sistema bajo el cual se la regula en nuestro ordenamiento sustancial, razón por la cual consideramos que el juez no puede rechazar *in limine litis* o *ex officio* una pretensión de compensación sobre la base de la caducidad de una reclamación de tal naturaleza, como sin embargo se ha decidido contrariamente por algunos tribunales..."

VII. Conclusión

A casi cinco años de entrada en vigor del Código Civil y Comercial de la Nación, la regulación jurídica de las uniones convivenciales y sus efectos patrimoniales posibilitó que aquellas personas que optan por esta modalidad de vivir en familia hallaran algunas respuestas que antes se encontraban silenciadas. Con el paso del tiempo se advierten ciertas dificultades o insuficiencias de la regulación vigente, como es el caso de no haber previsto la interrupción del plazo de caducidad de seis meses cuando media violencia de género. Por ello, el proyecto de reforma antes analizado se impone para reajustar la normativa vigente, adecuándose a las exigencias actuales.

Con relación a la caducidad de oficio, adhiero a la postura que sostiene que se encuentra excluida la imposición oficiosa, conforme lo establece el art. 2572 del Cód. Civ. y Com.

LÍMITE TEMPORAL A LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA

Obligación a cargo de la abuela materna – Revocación de la sentencia que establece un límite temporal y una limitación cuantitativa

Con nota de María Alejandra Guillot

Corresponde admitir el recurso de inaplicabilidad de ley interpuesto y casar el fallo impugnado en cuanto establece un límite temporal y una disminución cuantitativa a la obligación alimentaria fijada a cargo de la abuela materna demandada, acudiendo a pautas fácticas y procesales, como la posibilidad de obtener un trabajo por parte de la progenitora, la obtención de una pensión a futuro o renta de los bienes que conforman el acervo hereditario en el sucesorio del padre fallecido, cuya efectiva concreción en la realidad no puede establecerse temporalmente de un modo fatal, en el plazo fijado en el acto sentencial cuestionado.

ST Entre Ríos, sala II civil y com., 13/08/2019 - R., R. c. V., A. C. s/ alimentos

Paraná, agosto 13 de 2019.

¿Qué corresponde resolver respecto del recurso de inaplicabilidad de ley inaplicabilidad de ley interpuesto?

A la cuestión propuesta el doctor *Carbonell* dijo:

I. Contra la sentencia dictada por la Sala Civil y Comercial de la Cámara de Apelaciones de Gualeguaychú obrante a fs. 199/203 vta. que —por mayoría— revocó parcialmente la sentencia de primera instancia, manteniendo la prestación alimentaria impuesta a la demandada A. C. V. —abuela paterna de los menores involucrados en autos— aunque limitándola en su cuantía y en el tiempo conforme sus considerandos, interpone dicha parte —fs. 207/224 vta.— recurso de inaplicabilidad de ley, cuya concesión motiva la intervención de esta Sala.

II. Para así resolver, la Cámara luego de destacar la base legal de los alimentos reconocidos —arts. 668 y 537 del Cód. Civ. y Comercial— y la postura intermedia recogida por el nuevo Código Civil y Comercial en la materia, puntualiza el carácter subsidiario de la obligación alimentaria derivada del parentesco establecida en el art. 537 del citado código que establece un orden de prelación entre los obligados, lo que impacta —juzga— en la autonomía de la cuota que corresponde a los abuelos en cuanto a su extensión e impone a la parte que reclama los alimentos la carga de probar no solo el incumplimiento del otro progenitor obligado sino la insuficiencia de sus propios recursos o la imposibilidad de procurárselos ya que ambos progenitores tienen la obligación y el deber de prestar alimentos a sus hijos —art. 658 del Cód. Civ. y Comercial—.

En dicho marco y luego de destacar la circunstancias procesales relevantes del expediente sucesorio del progenitor fallecido y su padre premuerto, pone en valor que el primero dejó bienes en herencia a sus hijos de carácter productivo, con rentabilidad actual que debería redundar en directo provecho de los alimentados, pesando sobre la progenitora reclamante la responsabilidad de velar por una administración beneficiosa para aquellos, ya que prevé el proceso sucesorio expresos mecanismos a ese fin.

Señaló asimismo que la progenitora percibió fondos de depósitos bancarios pertenecientes al causante y se encuentran por adjudicar los disponibles en la cuenta judicial del juicio sucesorio, valorando que la pensión del Sr. M. Á. E. no ha sido impulsada por los interesados sin que existan obstáculos conocidos para su pronta obtención, para finalmente referir al hogar donde residen los menores y las manifestaciones de la accionante que califica como poco claras respecto de la presentación de la reclamada.

En base a dichas circunstancias, concluyó que si bien el interés superior del niño es el que debe primar en este tipo de decisiones debe ello compatibilizarse con el de la abuela reclamada que es otra persona acreedora de especial tutela conforme la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, en cuanto cuenta con 88 años

de edad y su condición generará mayores gastos relacionados con la salud y asistencia.

En base a ello y teniendo en cuenta que la necesidad habitacional de los niños pareciera encontrarse satisfecha; que en la especie la reclamante es también deudora alimentaria frente a sus hijos y por su edad en mejores condiciones para prestarlos —art. 537 último párrafo del Cód. Civ. y Comercial—, como que el progenitor fallecido dejó bienes y recursos que deberían destinarse a las necesidades de los mismos, siendo la obligación de la abuela reclamada de tipo subsidiario, reduce la cuota alimentaria al 12% de los haberes líquidos percibidos en concepto de pensión a la demandada por el fallecimiento de su esposo por un plazo de seis (6) meses desde la firmeza del fallo, lapso en el cual, es razonable esperar que la actora logre insertarse en el mercado laboral, se regularice la administración del sucesorio o liquide el acervo hereditario y defina el haber previsional que percibirán.

Por su parte el voto minoritario, destaca que en el caso no se verifican los presupuestos fácticos de procedencia para reclamar a la abuela lo necesario para la subsistencia de los menores hijos de la actora, al no haber demostrado su imposibilidad de obtener lo necesario para la subsistencia de sus hijos y la existencia de bienes suficientes de acuerdo al expediente sucesorio que se tuvo a la vista, para cubrir sus necesidades alimentarias.

III. La parte actora recurrente denuncia violación de los arts. 16, 19, 28 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, arts. 3º inc. 1) y 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño, 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 10 inc. 3º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, arts. 530, 537, 660 y 668 del Cód. Civ. y Comercial y arbitrariedad.

En lo esencial, alega la recurrente que la sentencia al limitar la obligación alimentaria de la demandada, omitió considerar el esfuerzo económico que realiza dada la corta edad de los menores en cuanto requieren dedicación personal. Critica la valoración que la Cámara formula, planteando que arriba a una solución dogmática, que lesiona el derecho a una tutela judicial efectiva, citando jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Considera que al limitar en el tiempo la obligación alimentaria de la demandada por suponer su capacidad laborativa se abstrae de la realidad social y económica del país que debió tener en cuenta, lo que así hizo para establecer el monto de la cuota alimentaria, violando el derecho a la igualdad procesal.

Plantea que el ad quem debió otorgar prevalencia al interés superior del niño, aun frente al reconocimiento de la alta vulnerabilidad de los sujetos involucrados.

Enfatiza que el fallo es arbitrario en cuanto se acreditaron los requisitos de admisibilidad de la acción y pretende dejarla como única responsable de prestar alimentos, sin valorar que el cuidado personal lo ejerce en forma unilateral y que realiza toda la tarea cotidiana, que tiene un valor económico y constituye un aporte a la manutención. Cita jurisprudencia y petición.

IV. A fs. 228/234 vta. la parte demandada recurrida, contesta el traslado oportunamente ordenado, solicitando, por las razones que expone en su memorial, el rechazo del recurso interpuesto.

V. A fs. 247/252 dictamina el señor Defensor General de la Provincia, Dr. Maximiliano Francisco Benítez, quien advierte que en la alzada no se dio oportuna y debida intervención al Ministerio Público obstando el ejercicio de su función en el marco del art. 103 del Cód. Civ. y Comercial, lo que afecta la regularidad del acto sentencial y el debido proceso legal, propiciando la nulidad de lo actuado.

Sin perjuicio de ello, y analizando el recurso interpuesto y los fundamentos de la sentencia recurrida, propicia se admita el recurso interpuesto, concluyendo que el fallo si bien dejó aclarado acertadamente que el Código Civil y Comercial ha adoptado una postura intermedia, basándose en la Convención sobre los Derechos del Niño y sin descuidar la subsidiariedad, a lo largo de su desarrollo e interpretación colocó a dicha subsidiariedad como nota central descuidando el interés superior de los niños involucrados al fijar un límite temporal a la obligación alimentaria de la abuela demandada en autos.

VI. Sintetizados los antecedentes del *sub examine*, cabe ingresar al tratamiento y definición de la cuestión propuesta a juzgamiento.

En cuanto a la omisión señalada por el señor Defensor en su dictamen, de dar intervención a dicho Ministerio Público en la alzada, considero que si bien le asiste razón, en cuanto debió requerirse dictamen previo en orden a lo establecido en el art. 103 del Cód. Civ. y Comercial, su intervención en esta instancia ha subsanado la irregularidad procesal apuntada, al ejercerse la función asignada en la normativa aplicable.

Dicho ello y en cumplimiento del cometido inicialmente propuesto, liminarmente cabe puntualizar que la sentencia recurrida, al decidir de modo conclusivo sobre el derecho de fondo involucrado en autos, tanto de los menores a percibir alimentos por parte de su abuela materna, conforme fuera peticionado por su progenitora en autos, como asimismo de la demandada, al definir su obligación alimentaria, reviste la nota de definitividad exigida por la normativa ritual como condición de impugnabilidad por esta vía (cfr. esta Sala Civil y Comercial *in re*: “P. M. en Nombre y Represent. Hijo Menor ... c. M., M. F. s/ alimentos” Expte. N° 5795, sentencia del 25/08/2010; entre otros).

Establecido ello, advierto que, dando razón a la parte recurrente, la querella logra demostrar el desacierto legal que sustenta la impugnación. Y ello así, por cuanto si bien la Cámara acertadamente y aplicando la doctrina de esta Sala, que comparto, estableció el carácter subsidiario de la obligación alimentaria de la abuela demandada en autos en favor de los menores involucrados, aplicando la normativa interna e internacional que resguarda el interés superior de los niños, al limitar temporalmente y cuantitativamente —en el caso— esa asistencia material y por tanto la obligación alimentaria definida a cargo de la demandada, que se basa además en la solidaridad que fortalece los lazos familiares, a un plazo de seis meses, desvirtúa —en la práctica— la plena efectivización de los principios protectorios que surgen de la correcta armonización e integración entre los preceptos de nuestro derecho interno —arts. 537 y 668 del Cód. Civ. y Comercial— con aquellos provenientes de la Carta Magna junto a los tratados y convenciones internacionales —art. 75 inc. 22 de la CN—.

En ese marco, la directiva establecida en la Convención sobre los Derechos del Niño, de actual status constitucional —arts. 31 y 75 inc. 22

de la CN— en cuanto a que deben adoptarse “... todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan responsabilidad financiera por el niño...”, cuyo interés superior es preciso preservar incólume —art. 27, ap. 4°— ha quedado inaplicada en el caso, mediante una equivocada centralización que la Cámara formula del sistema de subsidiariedad previsto en nuestro derecho interno, estableciendo improcedentemente un límite temporal y una disminución de la cuota fija en la primera instancia a la obligación legal prevista en resguardo de los menores, acudiendo a pautas fácticas y procesales, como la posibilidad de obtener un trabajo por parte de la progenitora, la obtención de una pensión a futuro o renta de los bienes que conforman el acervo hereditario en el sucesorio del padre fallecido, cuya efectiva concreción en la realidad no puede establecerse temporalmente de un modo fatal, en el plazo fijado en el acto sentencial cuestionado.

Siendo así, y si bien dichas circunstancias valoradas por la Cámara pueden dar fundamento, de concretarse, a una puntual petición por parte de la alimentante por la vía correspondiente de reducción o eventual cese de la cuota alimentaria establecida, no pueden en esta instancia, poner un límite temporal a la prestación alimentaria fijada en resguardo del interés superior de los niños involucrados, cuyas necesidades ciertamente son actuales y se proyectan a futuro, a riesgo de convalidar una desprotección material de los niños si esas circunstancias no suceden con posterioridad al plazo fijado, teniendo en cuenta que las pautas establecidas en la normativa interna e internacional en resguardo a sus derechos, deben orientar y condicionan la decisión de los tribunales en el juzgamiento de casos como el *sub examine* (CSJ Fallos: 322:2701; 324:122 y F969 XXXIX.- Recurso de Hecho “ F. L. c. L. V.” sentencia del 15/11/2005).

Finalmente, no resulta ocioso señalar la similitud del presente caso con la postura asumida por esta Sala en los autos “Z. M. A. S. en nombre y representación de su hija menor de edad c. R. A. E. s/ alimentos”, Expte. N° 7928, sentencia del 01/08/2019; mediante la cual quedó establecido que: a) ante el fallecimiento del padre los

menores se encuentran en una peor situación que aquellos hijos que se hallan frente a un progenitor incumplidor; b) la obligación alimentaria recae sobre las personas mayores de edad, resultando altamente injusto y contrario a su interés superior que los niños que tienen bienes tengan que invertirlos a los fines de procurar brindarse su propia manutención; c) el cuidado personal de los hijos tiene un valor económico concreto y constituye un aporte a su manutención (art. 660 del Cód. Civ. y Comercial); d) el carácter subsidiario de la obligación alimentaria de los abuelos no desplaza al interés superior del niño y el examen concreto de sus reales necesidades alimentarias; e) el obligado subsidiario siempre podrá solicitar el cese o disminución de la cuota alimentaria (art. 159 y ss. de la Ley Procesal de Familia) si prueba que el obligado principal adquirió mayores posibilidades económicas para asumir su deber parental en forma plena.

En virtud de lo expuesto y en concordancia con lo opinado por el Ministerio Público Fiscal, propongo al acuerdo admitir el recurso de inaplicabilidad de ley interpuesto y casar el fallo impugnado en cuanto establece un límite temporal y una disminución cuantitativa a la obligación alimentaria fijada a cargo de la ascendiente demandada quedando como pronunciamiento definitivo el de primera instancia, costas a la vencida (art. 65 del Cód. Proc. Civ. y Comercial). Así voto.

El doctor *Smaldone* dijo:

Adhiero al voto emitido por el Sr. Vocal preopinante. Así voto.

Que por último el doctor *Castrillon* hace uso de la facultad de abstención que le otorga el art. 33 de la LOPJ, texto según ley 10.051.

Por los fundamentos del acuerdo que antecede se resuelve: Declarar procedente el recurso de inaplicabilidad de ley deducido a fs. 207/224 vta., en consecuencia, casar la resolución de la Sala Civil y Comercial de la Cámara de Apelaciones de Gualeguaychú obrante a fs. 199/203 vta. y dejar la sentencia de primera instancia. Costas a la vencida (art. 65 del Cód. Proc. Civ. y Comercial). Honorarios oportunamente. Tener presente la reserva del caso federal. Notifíquese conforme

arts. 1º y 4º Ac. Gral. 15/18 SNE y oportunamente bajen. — *Martín F. Carbonell*. — *Juan R. Smaldone*. — *Emilio A. E. Castrillon*.

ALIMENTOS A CARGO DE LOS ABUELOS

Determinación de la cuantía – Aumento – Modificación de la petición – Retención directa de los haberes previsionales – Afiliación compulsiva a una obra social – Derecho a la salud integral

Con nota de María Alejandra Guillot

1. — Valorando la edad del niño —diez años— sus condiciones de vida reflejadas en el informe socio ambiental —padece una enfermedad cerebral— y la restante prueba colectada, llevan a concluir que el agravio relativo al aumento de la cuota puede admitirse.
2. — Si bien es cierto que al demandar la representante del niño solicitó la fijación de una suma mensual, su actual pretensión de que la cuota se establezca en un porcentaje resulta atendible sin afectación al principio de congruencia; por otro lado, no se advierte que acoger tal petición signifique un detrimento para ambas partes, sino que tal modo de cálculo resulta beneficioso para ellas e incluso para el sistema de justicia, pues evita volver a judicializar las cuestiones relativas a los alimentos con motivo en la desactualización del monto fijado.
3. — En cuanto al modo de percepción de la cuota alimentaria, puede también admitirse la petición de hacerla efectiva mediante retención directa de los haberes previsionales en el porcentaje fijado, pues ello en nada agravia a los alimentantes y significa un modo más sencillo y expedito de cobro.
4. — La afiliación compulsiva a una obra social debe admitirse, pues si bien ha quedado

demostrado que el alimentado convive con su madre y que no tendría trato con los alimentantes —sus abuelos paternos— esa falta de convivencia no anula el lazo familiar y, paralelamente, la dependencia económica que contempla el art. 9 de la ley 26.660 viene siendo reconocida en ambas instancias judiciales.

CCiv. y Com., Necochea, 05/09/2019 - G. A. c. P. R. A. y otra s/ alimentos

2ª Instancia.- Necochea, septiembre 5 de 2019.

1ª ¿Es justa la sentencia de fs. 127/130 vta.? 2ª ¿Qué pronunciamiento corresponde?

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

I. El Sr. Juez de grado Dr. Aguillón dictó sentencia “Haciendo lugar a la demanda de alimentos interpuesta por la Sra. A... G... en representación de su hijo menor M.... J.... P... G..., contra sus abuelos paternos Sres. R.... A... P.... y M..... E.... R.... 2).- Condenando a los accionados Sres. R.... A.... P.... y M.... E.... R.... a abonar en concepto de Alimentos en favor de su nieto M.... J.... P.... G.... la suma de Pesos Mil Ocho-cientos (\$1.800) mensuales, debiendo ser depositados del 1 al 5 de cada mes, efectuando depósitos en la cuenta judicial que se abierta al efecto (...) La presente cuota rige desde el momento de notificación de la demanda (28/08/2018), fijándose por ello una cuota suplementaria provisoria de Pesos Trescientos (\$300) mensuales en concepto de deuda que se ha generado desde esa fecha hasta la actualidad, hasta tanto las partes practiquen la liquidación que estimen corresponder, la misma quede firme, pudiendo, por ello, dicha cuota provisoria ser modificada. (...)”

Para resolver de ese modo refirió la prueba reunida y el marco legal aplicable para concluir en las sumas consignadas.

Asimismo resolvió “No hacer lugar al reclamo referente a que los demandados afilien a su nieto a una Obra Social, atento ser afiliados a PAMI, siendo requisito que el menor esté a cargo de los mismos para poder incorporarlo a la cobertura que brinda.”

Procedió luego a imponer las costas a los demandados y finalmente reguló honorarios.

II.- La decisión agravia a la parte actora quien apela mediante escrito electrónico. También el letrado patrocinante apela la regulación de sus honorarios por estimarlos bajos.

Refiere la recurrente que la cuota fijada es exigua pues el niño no recibe aportes de su padre y padece una discapacidad crónica, lo que estaría acreditado con el informe socio ambiental.

Solicita que la cuota sea fijada en un porcentaje (35%) de las jubilaciones de los abuelos del niño y que se la haga efectiva por medio de retención directa sobre las percepciones previsionales de los demandados, valorando para ello que los demandados nunca se presentaron al proceso.

En su siguiente agravio cuestiona el rechazo de la afiliación del niño a la Obra Social PAMI persiguiendo la inconstitucionalidad del art. 9 inc. “a” de la ley 26.660

Señala que esta es la primera oportunidad en la que la cuestión se plantea por lo que la puesta en crisis de dicha norma resulta oportuna.

Refiere que el art. 541 impone a los alimentantes la asistencia médica por lo que la condición que impone la citada norma (guarda o tutela de los menores) resulta irrazonable, abusiva y contraria al plexo constitucional.

Cita las normas constitucionales y convencionales aplicables, la doctrina especializada, la jurisprudencia interamericana en juego y concluye que la norma en cuestión no supera el test de convencionalidad y está en pugna con los mandatos constitucionales.

III.1.- La primera cuestión a tratar resulta ser el cuestionamiento al monto de la cuota fijada en el grado.

La prueba es escasa y el magistrado de grado no ha dado mayores razones para justificar el valor decidido. Tampoco los demandados se han presentado al proceso por lo que los elementos de apreciación se limitan a lo aportado por la actora.

De las constancias surge que el niño tiene a la fecha 10 años convive con su madre en condiciones humildes y padece “hipotonía muscular del tronco (enfermedad cerebral). No tiene

masa muscular, no tiene fuerzas se cae constantemente, tiene calambres. Sufre de problemas coronarios en la aorta” (v. informe socio ambiental fs. 117 vta.). Esto último se ve refrendado con la copia de historia clínica obrante a fs. 40/47 donde se reseña la situación del niño, los tratamientos que habitualmente debe realizar así como los viajes por motivos de salud a la ciudad de Mar del Plata.

A su turno los ingresos de los abuelos que obran acreditados son exiguos (\$6.501,44.- para el señor P.... y \$6.263,87.- para la señora R.... ambos a septiembre de 2018).

En consideración a tales elementos, valorando la edad del niño sus condiciones de vida reflejadas en el informe socio ambiental y la restante prueba colectada entiendo que el agravio relativo al aumento de la cuota puede admitirse (arts. 357; 541; 542 Cód. Civ. y Com. de la Nación; 165; 384 y 641 Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Y si bien es cierto que al demandar la representante del niño solicitó la fijación de una suma mensual (fs. 23, apartado “I.- Objeto”) su actual petición de que la cuota se establezca en un porcentaje resulta atendible sin afectación al principio de congruencia.

Como se ha dicho tal principio “no es un esquema rígido de conceptos o postulados, con límites infranqueables que, cuando corresponda, impidan su necesaria flexibilización y adaptación cuando requiera compatibilizarse en una armonización funcional frente a valores superiores, según predica la Corte Suprema de la Nación. No puede extrañar, pues, que ante determinadas situaciones excepcionales el respeto irrestricto a la congruencia deba ceder ante la influencia de otros principios procesales cuya observancia resulta más valiosa en el caso.” (De los Santos, Mabel, “Los valores en el proceso civil actual y la consecuente necesidad de reformular los principios procesales”, en JA, 2001-757; cit. por Jorge Peyrano, “La flexibilización de la congruencia en sede civil. Cuando se concede judicialmente algo distinto de lo requerido por el justiciable”, en Revista de Derecho Procesal, 2007-2, Sentencia -I, p.100/101)

Asimismo “Una de las excepciones a la aplicación estricta del principio de congruencia, la representan varias de las cuestiones que

componen la materia de familia, en la que se relativiza dicho principio. Además, se encuentra aceptado por la doctrina especializada en materia de familia que, en este ámbito, el principio de congruencia se relativiza en pos de los delicados intereses en juego, y el juez, realizada la denuncia, tiene amplias facultades para adoptar las medidas de protección que considere pertinentes a tal fin, sin perjuicio de lo solicitado por la parte afectada (cf. Kielmanovich, J. “Procesos de Familia”, Ed. Abeledo-Perrot, 1998, p.16; Kemelmajer, A.; “La Medida Autosatisfactiva: Instrumento eficaz para mitigar los efectos de la violencia intrafamiliar”, en “Medidas Autosatisfactivas”, Dir. Peyrano, J., p.448)” (cfr. Cámara de Apelaciones de Familia de Mendoza, Expdte. N° 193/10, “Molina A. y su hija menor M. A. c. Tercero J. M. p/Med. Tut.”, 17/11/2011, LA 3-198).

También se ha sostenido, más específicamente, que “La cuota por alimentos puede fijarse en una suma fija o en un porcentaje de los ingresos del obligado; el juez acudirá a esta última forma cuando el alimentante es un trabajador en relación de dependencia que obtiene ingresos fijos; ello es factible aún cuando la interesada solicitara una suma fija, toda vez que en la especie el porcentaje establecido no excede la suma pedida por la actora al promover el incidente de aumento de cuota alimentaria. (art. 647 Cód. Proc. Civ. y Comercial). CC0101 LP 249991 RSI-58-8 I 08/08/2008; “N.L. M.N. c. U.A.L.C. s/ Incidente de aumento de cuota alimentaria”) tal y como sucede en autos según se refleja en la parte de la demanda ya citada.

Por otro lado no se advierte que acoger tal petición signifique un detrimento para ambas partes sino que tal modo de cálculo resulta beneficioso para ellas e incluso para el sistema de justicia pues evita volver a judicializar las cuestiones relativas a los alimentos con motivo en la desactualización del monto fijado.

En tal sentido se ha entendido, y se comparte, que establecer como cuota un porcentaje de los ingresos del alimentante resulta un modo equitativo de corregir la cuota para ambas partes (CNCiv sala F, “S.F., M.J. y otro c. B., J. s/ Alimentos” del 25/02/2019 sumario publicado en <http://jurisprudencia.pjn.gov.ar/documentos/juris/index.jsp>).

En síntesis, propicio establecer como cuota alimentaria en favor de M.... J.... P.... G.... el 18% de los ingresos jubilatorios mensuales de los demandados R.... A.... P.... y M.... E.... R...., luego de efectuados los descuentos de ley (conf. legislación, doctrina y jurisprudencia citada hasta aquí).

III.2.- En cuanto al modo de percepción entiendo que puede también admitirse la petición de hacerla efectiva mediante retención directa de los haberes previsionales en el porcentaje fijado pues ello en nada agravia a los alimentantes y significa un modo más sencillo y expedito de cobro.

La jurisprudencia ha sostenido, y comparto, “La retención directa de los haberes de un empleado, consistente en un {porcentaje} mensual del salario neto, no debe considerársela como una medida cautelar, sino como una modalidad que tiende a hacer más regular y segura la percepción de los alimentos, pudiendo disponerse, aun sin mediar incumplimientos por parte del alimentante (...), de manera que no afecta su honor y ante la queja por el efecto negativo que ante la patronal puede producir esta medida judicial cabe hacer constar en el mismo oficio donde se dispone la retención que representa, simplemente, una forma de cobro y no un embargo.”

Añadiéndose que “esta modalidad no hace más gravosa la obligación que pesa sobre el alimentante, sino que tiende a la agilización del pago, de manera que, a la ausencia de un perjuicio concreto para el obligado, se suma el indudable beneficio para el alimentado que se deriva de la más puntual y exacta percepción de la pensión alimentaria.” (Sumario N° 26970 de la Base de Datos de la Secretaría de Documentación y Jurisprudencia de la Cámara Civil; “P., S.N. c. D.B., SA s/ Divorcio. 26/10/2018; CNCiv Sala G; en análogo sentido 2V., A. y otro c. R., J.J. s/ Alimentos” 23/02/2016; CNCiv. Sala L; “R., M.M. c. G.D.L., M.D. s/ Incidente de Familia”; 19/04/2016, CNCiv Sala D)

A esos razonables argumentos cabe sumar que tal modalidad libera, en gran medida, a los habitualmente atestados Juzgados de primera instancia de intervenir en cuestiones relativas a la percepción pues esta queda resuelta de una manera más clara y definitiva.

Propicio entonces que se efectivice la cuota alimentaria mediante retención directa de los

haberes previsionales mensuales de los alimentantes R.... A.... P.... y M.... E.... R.... en la proporción ya referida (18%), con expresa notificación del art. 551 del Cód. Civ. y Comercial (art. 706 Cód. Civ. y Comercial).

III.3.- Resta por considerar el último agravio de la recurrente donde cuestiona la constitucionalidad del art. 9 inc. “a” de la ley 26.660. Esa norma refiere que “Quedan también incluidos en calidad de beneficiarios [de la Obra Social]: a) Los grupos familiares primarios de las categorías indicadas en el artículo anterior. Se entiende por grupo familiar primario el integrado por el cónyuge del afiliado titular, los hijos solteros hasta los veintiún años, no emancipados por habilitación de edad o ejercicio de actividad profesional, comercial o laboral, los hijos solteros mayores de veintiún años y hasta los veinticinco años inclusive, que estén a exclusivo cargo del afiliado titular que cursen estudios regulares oficialmente reconocidos por la autoridad pertinente, los hijos incapacitados y a cargo del afiliado titular, mayores de veintiún años; los hijos del cónyuge; los menores cuya guarda y tutela haya sido acordada por autoridad judicial o administrativa, que reúnan los requisitos establecidos en este inciso;”

Coincido con la recurrente en que esa regla legal —que el Juez de grado no cita para fundar su decisión— resultaría ser la razón para negar la afiliación compulsiva perseguida.

Es evidente que la finalidad de dicha norma (interpretada conf. arts. 1, 2 y 3 del Cód. Civ. y Com. de la Nación) resulta ser que el grupo familiar del beneficiario de la obra social sea también protegido, condicionando esa ampliación subjetiva a que tales personas convivan o, en cierto modo, dependan —económicamente o de otro modo— del beneficiario principal, sin ampliarla respecto de quien no cumpla esos recaudos.

Entiendo que en el caso esa finalidad se encuentra abastecida y que no es necesario recurrir a la declaración de inconstitucionalidad perseguida por la recurrente como medio para obtener la protección de la salud del niño M.

En autos ha quedado demostrado que el alimentado convive con su madre y que no tendría trato con los alimentantes (ni su padre ni

sus abuelos paternos aquí demandados). Sin embargo esa falta de convivencia no anula el lazo familiar y, paralelamente, el otro aspecto que contempla la norma (la dependencia, económica en el caso) viene siendo reconocida en ambas instancias judiciales.

Recordemos que esa ley es muy anterior al proceso de constitucionalización de los derechos (fue promulgada en el año 1989) por lo que no puede ser analizada sin correlacionarla con su contexto histórico y la necesaria evolución que debe presidir el análisis de textos que ponen en juego derechos fundamentales (arg. arts. 1 y 2 Cód. Civ. y Com. de la Nación y art. 2 CADDHH).

Es decir que, si leemos la norma en clave de derechos humanos, efectuando una interpretación que contemple su finalidad sin distorsionarla, atendiendo de la mejor manera posible al sujeto más vulnerable —quien en el caso y conforme la prueba rendida y el silencio de los demandados, resulta ser el niño que padece problemas de salud— la conclusión no puede ser sino que se encuentra bajo el cuidado que puedan otorgarle sus familiares, sea voluntaria o compulsivamente.(art. 3, 23 y 24 CIDN).

Vale recordar que el derecho a la salud integral ha sido reconocido por los tratados internacionales con rango constitucional (CN, art. 75, inc. 22); entre ellos, la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25) el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12) y la Convención sobre Derechos Humanos —Pacto de San José de Costa Rica— (arts. 4º y 5º), art. 24 Convención sobre los Derechos del Niño y su efectiva realización es obligación del Estado conforme la regla convencional del art. 2 de CADDHH citada.

Puntualmente la Corte Interamericana ha sido clara al recordar que “la Convención sobre los Derechos del Niño obliga a los Estados a la adopción de medidas especiales de protección en materia de salud y seguridad social, que incluso deben ser mayores en casos de niños con discapacidad. Respecto de los niños con discapacidad, el Comité sobre los Derechos del Niño señaló que: “[e]l logro del mejor posible estado de salud, así como el acceso y la asequibilidad de la atención de la salud de calidad es un derecho

inherente para todos los niños. Los niños con discapacidad muchas veces se quedan al margen de todo ello debido a múltiples problemas, en particular la discriminación, la falta de acceso y la ausencia de información y/o recursos financieros, el transporte, la distribución geográfica y el acceso físico a los servicios de atención de salud.” (Corte IDH “Furlán c. Argentina” sentencia del 31/08/2012, considerando 138º)

En ese marco y “cuando se trata de resguardar el interés superior del niño “atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia que conlleva este tipo de pretensiones, para lo cual deben encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con tutela de orden constitucional, lo cual se produciría si los actores tuviesen que aguardar al inicio de un nuevo proceso, y en ese lapso quedarán desprotegidos los intereses cuya satisfacción se requiere (v. Fallos: 324:122 y sus citas)” (Fallos: 327:5210; 327:2413).”

Asimismo sostuvo la CSJN que “Los menores, máxime en circunstancias en que se encuentra comprometida su salud y su normal desarrollo, a más de la especial atención que requieren de quienes están directamente obligados a su cuidado, requieren también la de los jueces y de la sociedad toda, más aún si se tiene en cuenta la consideración primordial del interés del niño que la Convención sobre los Derechos del Niño impone a toda autoridad nacional en los asuntos concernientes a ellos.” (“Q. C. S. Y. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y Otro s/ Amparo” Q. 64. XLVI. RHE; 24/04/2012; Fallos: 335:452).

Por lo que en aras de hacer efectiva esa protección primordial cabe estar a la petición del recurrente y ordenar al “Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (PAMI)” inscriba al alimentado —cuyos datos obran en autos— como grupo familiar de sus abuelos aquí demandados, a cuyo fin deberá oficiarse por la instancia de origen.

Ello con una limitación. Siendo que dicho Instituto podría sentirse patrimonialmente afectado, sin integrar el presente proceso y en función de la limitación subjetiva que porta toda sentencia respecto de quien no ha sido parte formal del

proceso, tal inscripción se ordena en forma preventiva y cautelar por el lapso de seis (6) meses a contar desde el día de la efectiva alta del niño en dicha Obra Social.

Durante tal período eventualmente los propios interesados podrán instar la inscripción definitiva del niño M.... por la vía que consideren más idónea y que garantice a la prestadora su derecho a ser oída (arts. 3º Convención Derecho del Niño; 3 Ley. 26061; 639 inc. 1º; 537; 541; 706; 1710 inc. "b" del Cód. Civ. y Com. de la Nación; 195 y ccdtes. Cód. Proc. Civ. y Comercial; art. 27 Ley 19865 y los Tratados de DDHH citados; art. 75 inc. 22 CN y 15 Const. Prov.).

En consecuencia propicio revocar la sentencia de grado en lo que ha sido materia de agravios y con la extensión referida en los párrafos precedentes.

En cuanto a los honorarios regulados cabe dejarlos sin efecto pues la decisión que vengo proponiendo impone una nueva base regulatoria sobre la cual habrá de calculárselos oportunamente (art. 31 LH).

Por las consideraciones expuestas, a la cuestión planteada voto por la Negativa.

La doctora *Issin* votó en igual sentido y por análogos fundamentos.

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

Corresponde revocar parcialmente la sentencia de grado y en consecuencia: I) se fija la cuota alimentaria en favor de M.... J.... P.... G.... el 18% de los ingresos jubilatorios mensuales de los demandados R.... A.... P.... y M... E... R..., luego de efectuados los descuentos de ley (conf. legislación, doctrina y jurisprudencia citada hasta aquí) desde la fecha de interposición de la demanda (arts. 548 Cód. Civ. y Com. de la Nación y 641 Cód. Proc. Civ. y Comercial) sumas que se percibirán mediante retención directa; con expresa notificación del art. 551 Cód. Civ. y Comercial. II) se ordena al "Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (PAMI)" inscriba al alimentado

—cuyos datos obran en autos— como grupo familiar de sus abuelos aquí demandados, en forma preventiva y cautelar por el lapso de seis (6) meses a contar desde el día de la efectiva alta del niño en dicha Obra Social, a cuyo fin deberá oficiarse por la instancia de origen.

Asimismo corresponde dejar sin efecto los honorarios regulados en función de la modificación resuelta por lo que habrá de calculárselos oportunamente (art. 31 LH).

Costas de Alzada los demandados vencidos (art. 68 Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Así lo voto.

La doctora *Issin* votó en igual sentido por los mismos fundamentos.

Por los fundamentos expuestos en el precedente acuerdo, se revoca parcialmente la sentencia de grado y en consecuencia. I) se fija la cuota alimentaria en favor de M... J.... P... G.... el 18% de los ingresos jubilatorios mensuales de los demandados R... A... P... y M... E... R..., luego de efectuados los descuentos de ley (conf. legislación, doctrina y jurisprudencia citada) desde la fecha de interposición de la demanda (arts. 548 Cód. Civ. y Com. de la Nación y 641 Cód. Proc. Civ. y Comercial) sumas que se percibirán mediante retención directa; con expresa notificación del art. 551 Cód. Civ. y Comercial. II) se ordena al "Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (PAMI)" inscriba al alimentado —cuyos datos obran en autos— como grupo familiar de sus abuelos aquí demandados, en forma preventiva y cautelar por el lapso de seis (6) meses a contar desde el día de la efectiva alta del niño en dicha Obra Social, a cuyo fin deberá oficiarse por la instancia de origen. III) Dejar sin efecto los honorarios regulados los que se regularán cuando exista base firme (art. 31 LH). Costas de Alzada los demandados vencidos (art. 68 Cód. Proc. Civ. y Comercial). Notifíquese al Aseor de Incapaces. Notifíquese personalmente o por cédula (art. 135 Cód. Proc. Civ. y Comercial). (arts. 47/8 ley 5827). Devuélvase. — *Ana C. Issin*. — *Fabián M. Loiza*.

Derecho del nieto a la afiliación a la obra social: Una mirada inclusiva desde la seguridad social

María Alejandra Guillot (*)

Sumario: I. Introducción.– II. La obligación alimentaria de los abuelos.– III. Seguridad social y cobertura de salud: Normativa y jurisprudencia.– IV. Análisis del caso.– V. Colofón.

I. Introducción

En el caso a comentar se plantea una cuestión interesante desde el punto de vista de la seguridad social, que se relaciona también con el derecho de familia, esto es la afiliación del nieto discapacitado de diez años a la obra social de sus abuelos paternos —Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados— también conocida como PAMI (Programa de Asistencia Médica Integral), aun cuando no tiene trato con aquellos ni tampoco con su progenitor.

La situación del niño —quien convive con su madre, tal vez en un hogar monoparental— es acuciante, ya que, conforme las constancias de la causa, padece hipotonía muscular del tronco (enfermedad cerebral), no tiene masa muscular, ni fuerzas, se cae constantemente y sufre problemas coronarios en la aorta. A ello

se suman la falta de contacto con su padre y abuelos y las condiciones de pobreza en las que se encuentra, que determinan su estado de vulnerabilidad social, circunstancias que resultan relevantes para la cobertura de la seguridad social, cuya esencia es tuitiva y protectora.

El enfoque desde el sistema de derechos humano, por parte de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Necochea posibilitó una interpretación amplia e inclusiva de los preceptos que informan el régimen de obras sociales en el país —ley 23.660— para dar una respuesta positiva, aunque temporalmente limitada, al pedido formulado por la madre respecto de su afiliación en el juicio de alimentos contra los abuelos.

Es dable señalar que el fallo trata dos temas, uno es el aumento de la cuota alimentaria, que había sido establecida en la anterior instancia en una suma fija, y el otro es el reclamo respecto de la obra social, que fue denegado en la sentencia de grado, por entender que el nieto no cumplía con el requisito para su afiliación: estar a cargo de sus abuelos.

Como el eje de análisis es desde el punto de vista de la seguridad social, solo se profundizará el segundo de los puntos, es decir, el referido a la procedencia de la afiliación del nieto al PAMI.

(*) Investigadora formada (UBACyT). Especialista en Abogacía del Estado (ECAE-PTN). Secretaria adjunta de la Fiscalía General n. 2 ante la Cámara Federal de la Seguridad Social. Exdocente de posgrado de la UBA y exdocente de grado de la UBA, PUCA y El Salvador. Conferencista internacional y nacional. Autora de numerosas publicaciones especializadas en seguridad social.

No obstante ello, cabe mencionar que, en atención a la edad del niño, sus condiciones de vida reflejadas en el informe socioambiental y demás pruebas agregadas al expediente, se hizo lugar al aumento de la cuota. También se atendió a la solicitud efectuada posteriormente respecto a que la cuota fuera un porcentual (18%) de los haberes previsionales de los abuelos —que resulta un modo equitativo de corrección de la cuota para ambas partes, especialmente, como en el caso, cuando se tienen ingresos fijos—, cuya percepción se dispuso que se efectivice mediante retención directa de las prestaciones (1).

Se hizo hincapié, además, en que la circunstancia de la petición tardía respecto de la modalidad de pago, esto es, porcentual sobre los haberes en vez de monto fijo, no afecta el principio de congruencia, porque este no es un sistema rígido, con límites infranqueables, menos en una materia como el derecho de familia, donde el juez puede, en función de los intereses en juego, relativizarlo y adaptarlo a la realidad de los hechos para adoptar las medidas de protección que considere pertinentes.

A fin de facilitar el análisis de la sentencia en el aspecto puntualizado, previamente se harán menciones referidas a la obligación alimentaria de los abuelos, a la seguridad social, la normativa aplicable al caso y algunos antecedentes jurisprudenciales respecto a la afiliación de los nietos a la obra social.

II. La obligación alimentaria de los abuelos

Herrera (2) explica, con sólidos fundamentos, que existen tres distintas posturas respecto

(1) Conforme el art. 14, inc. c), de la ley 24.241 —Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA)—, las prestaciones previsionales son inembargables, excepto cuando se trata de cuotas por alimentos y litisexpensas.

(2) Conf. HERRERA, Marisa, “El lugar y no lugar de los abuelos en el derecho de familia”, en GROSMAN, Cecilia P., Los adultos mayores y la efectividad de sus

del deber alimentario de los abuelos —parientes en segundo grado en línea ascendente, en tanto los padres están en primer grado— y en el debate están involucrados derechos de personas menores de edad y la obligación como elemento central, de acuerdo con el art. 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño (3). En este sentido, plantea un interrogante clave, que consiste en indagar cuál sería el sistema legal más acorde con la urgencia y efectivo cumplimiento de un débito que satisface un derecho humano fundamental, como es el alimento, en plena etapa de desarrollo, que involucra la subsistencia, dignidad e integridad de personas que tienen un “plus” de protección. Desde una primera postura se defiende que la obligación alimentaria de los abuelos es subsidiaria a la de los padres, tanto en su contenido como en el aspecto procedimental; se prioriza así a los abuelos y el deber de afrontar los alimentos a favor del nieto es excepcional. Una segunda postura intermedia admite que la obligación alimentaria de los abuelos es subsidiaria, pero esto no significa que, si la capacidad del alimentante lo permite, el contenido de la obligación restrictiva por ser parientes deba ceder; también es más flexible en cuanto a la carga probatoria. La tercera postura, opuesta por completo a la primera, defiende los derechos de los nietos, con apoyo en el art. 27 de la Convención de los Derechos del Niño.

Esta autora reflexiona que el Código Civil y Comercial —Libro II, referido a las “Relaciones

derechos. Nuevas realidades en el derecho de familia, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, ps. 147 y ss.

(3) El art. 27 de la Convención reconoce el derecho de todo niño a un nivel adecuado de vida para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social y dice que a los padres u otras personas encargadas les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar estas condiciones dentro de sus posibilidades económicas. Los Estados Partes tomarán las medidas adecuadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño.

de familia”, título IV, “Parentesco”— sigue el principio general en materia de alimentos entre parientes por el cual el primero en orden excluye a los demás o más remotos (art. 537). La normativa central se encuentra en el título VII relativo a la responsabilidad parental: “Los alimentos a los ascendientes pueden ser reclamados en el mismo proceso en que se demanda a los progenitores o en proceso diverso; además de lo previsto en el título del parentesco, deben acreditarse verosímilmente las dificultades del actor para percibir los alimentos del progenitor obligado” (art. 668). El Código adoptó la postura intermedia o de subsidiariedad relativa, por la que la obligación alimentaria de los abuelos opera ante el incumplimiento del obligado principal y la efectiva satisfacción de la cuota alimentaria no se efectúa en un nuevo proceso, ya que la retrasaría innecesariamente.

El contenido de la obligación alimentaria está estipulado en el art. 541 del Cód. Civ. y Com.: “La prestación de alimentos comprende lo necesario para la subsistencia, habitación, vestuario y *asistencia médica*, correspondientes a la condición del que la recibe, en la medida de sus necesidades y de las posibilidades económicas del alimentante. Si el alimentado es una persona menor de edad, comprende, además, lo necesario para la educación”.

En un caso reciente, resuelto por el Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos, con fecha 13 de agosto de 2019, autos: “R. R. c. V. A. C. s/ alimentos” (4), se hizo lugar al recurso de inaplicabilidad de ley interpuesto por una madre, en representación de sus hijos menores de edad —huérfanos de padre—, contra la sentencia dictada por la sala Civil y Comercial de la Cámara de Apelaciones de Gualeguaychú que había establecido que el pago de la cuota alimentaria por parte de la abuela paterna lo sería por el término de seis meses, disminuyendo, además, su monto respecto al regulado en la primera instancia.

La Cámara, desde una postura de subsidiariedad estricta de la obligación alimentaria y con base en circunstancias particulares del caso —el padre había dejado bienes en herencia a sus hijos de carácter productivo, la progenitora había percibido fondos de depósitos bancarios pertenecientes al causante y la pensión aún no había sido peticionada— estimó que el interés superior del niño, que debe primar en estas circunstancias, se debía compatibilizar con el de la abuela, que tiene 88 años de edad y está amparada por la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores. Fundamentó también que la reclamante es deudora alimentaria frente a sus hijos y que, por su edad, estaba en mejores condiciones para prestarlos.

El Máximo Tribunal superior provincial resolvió en sentido contrario, dando prevalencia al derecho de los nietos frente al de la abuela de avanzada edad, y expresó, adecuadamente, que resultaba improcedente, en el marco de los preceptos del derecho interno —arts. 537 y 668 del Cód. Civ. y Com.— y de los provenientes de la Constitución Nacional, junto a los tratados y convenciones internacionales —art. 75, inc. 22—, la limitación temporal y cuantitativa de la obligación alimentaria, que se basa en la solidaridad que fortalece los lazos familiares. Asimismo, señaló, respecto de las pautas fácticas y procesales (tales como la posibilidad de obtener un trabajo por parte de la madre o la prestación de pensión a futuro o la renta de los bienes del acervo hereditario del padre fallecido), que no pueden establecerse de un modo fatal, en el plazo fijado en la sentencia cuestionada porque se corre el riesgo de convalidar una desprotección material de los niños, si esas circunstancias no ocurren con posterioridad.

Se citó, debido a su similitud con esta postura, otro fallo del mismo Superior Tribunal, “Z. M. S. en nombre y representación de su hija menor de edad c. R. A. E. s/ alimentos”, del 1 de agosto de 2019 (5), que diseñó pautas

(4) STJ Entre Ríos, 13/08/2019, “R. R. c. V. A. C. s/ alimentos”, RC J 11967/19.

(5) STJ Entre Ríos, 01/08/2019, “Z. M. S. en nombre y representación de su hija menor de edad c. R. A. E. s/ alimentos”, RC J 12238/19.

destacadas respecto al deber alimentario de los abuelos cuando los nietos tienen bienes y también, con perspectiva de género, reconoce valor económico a las tareas de cuidado de los hijos:

— Los hijos cuyo padre ha fallecido se encuentran en una peor situación que aquellos que están frente a un progenitor incumplidor.

— La obligación alimentaria recae sobre las personas mayores de edad y resulta injusto y contrario al interés superior del niño que tiene bienes, que deba invertirlos para procurarse su propia manutención.

— El *cuidado personal de los hijos tiene un concreto valor económico y constituye un aporte a su manutención (art. 660 del Cód. Civ. y Com.)*.

— El *carácter subsidiario de la obligación alimentaria de los abuelos no desplaza al interés superior del niño y al examen de sus reales necesidades alimentarias*.

— El obligado subsidiario puede solicitar el cese o disminución de la cuota alimentaria, si prueba que el obligado principal adquirió mayores posibilidades económicas a fin de asumir su deber parental de modo pleno.

Ya efectuada esta reseña, se definirán los alcances de la seguridad social respecto de la protección de la salud desde la normativa y jurisprudencia, teniendo presente, a los efectos del caso a estudio, que la afiliación de los nietos a la obra social se encuentra dentro de la obligación alimentaria del art. 541 del Cód. Civ. y Com.

III. Seguridad social y cobertura de salud: Normativa y jurisprudencia

La seguridad social tutela a la familia y se apoya en diferentes principios que otorgan una cobertura universal (ampara a todas y todos por igual), integral, solidaria (las cargas económicas se distribuyen entre el mayor número de personas), inmediata e igualitaria, frente al estado de necesidad de una

persona, derivado de distintas contingencias o acontecimientos, entre ellos la enfermedad. Este último concepto, al decir de Moldes (6), ha evolucionado hacia una integralidad que comprenda no solo la atención de la enfermedad, sino la promoción y defensa de la salud y la organización de un sistema de asistencia médica integral, que, dentro de la unicidad de la medicina social, abarque los aspectos curativos, preventivos y de rehabilitación.

En el país, la protección que se efectúa a través de las obras sociales —agentes de la seguridad social que otorgan, a sus afiliados, prestaciones médico-asistenciales— se encuentra, de modo combinado, en la ley 23.660 —Régimen de Obras Sociales— y su complementaria, ley 23.661 —Sistema Nacional del Seguro de Salud—. Este último comprende a las obras sociales nacionales y otros agentes, encontrándose regulado por un organismo descentralizado de la Administración Pública nacional, en jurisdicción del Ministerio de Salud de la Nación: la Superintendencia de Servicios de Salud (7).

Entre las obras sociales que son controladas por la Superintendencia están las constituidas por las asociaciones gremiales de trabajadores —“sindicales”—, las creadas por una ley estatal —como el Instituto de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados o PAMI, mediante ley 19.032—, las organizadas por asociaciones de empresarios, por personal de

(6) Conf. MOLDES, Ricardo R., “El nuevo marco conceptual de la seguridad social”, Revista Estudios de la Seguridad Social, 89, ISSA-AISS-IVSS, Ed. Oficina Regional para las Américas, Buenos Aires, 2001, ps. 31 y ss.

(7) Conforme el Manual del beneficiario, la misión de la Superintendencia de Servicios de Salud es supervisar, fiscalizar y controlar a las obras sociales y a otros agentes del sistema, con el objeto de asegurar el cumplimiento de las políticas del área para la promoción, preservación y recuperación de la salud de la población y la efectiva realización del derecho a gozar de las prestaciones de salud establecidas en las legislaciones.

dirección, las establecidas por convenio con empresas privadas o públicas, etc. Estos entes se constituyen para hacer efectivo el derecho a la salud, entendido en una concepción amplia (8).

La obra social debe brindar las prestaciones del Programa Médico Obligatorio (PMO) y otras coberturas, sin carencias, preexistencias o exámenes de admisión, a sus beneficiarios, que tienen la posibilidad de ejercer la opción de cambio entre las obras sociales y agentes del sistema que están disponibles en el sitio web del Sistema Nacional del Seguro de Salud.

Existen dos tipos de beneficiarios, los obligatorios, en los que se incluyen a los jubilados y pensionados del régimen nacional, y los voluntarios o adherentes. El beneficiario tiene derecho, de acuerdo con el art. 9º de la ley 23.660, a afiliarse a su grupo familiar primario y al grupo familiar extendido, es decir, los ascendientes y descendientes por consanguinidad que se encuentren a cargo del beneficiario titular, debiéndose aportar un adicional del 1,5% por cada persona.

Ahora bien, como se verá, una herramienta normativa imprescindible para el caso objeto de análisis es la Convención sobre los Derechos del Niño, incorporada a la CN en el art. 75, inc. 22, que contiene diversos artículos de protección en su salud física o mental (arts. 23, 24 y 25), entre los que cabe destacar el art. 26, que declara el derecho de todo niño a beneficiarse de la seguridad social; esto implica que “Las prestaciones deberían concederse cuando corresponda, teniendo en cuenta *los recursos y la situación del niño y de las personas que sean responsables del mantenimiento del niño*, así como cualquier otra consideración pertinente a una solicitud de prestaciones hecha por el niño o en su nombre”.

El art. 23 se refiere especialmente a los niños que padecen una discapacidad y dice que

(8) Conf. GROSAN, Cecilia P. - GUILLOT, María A., “Derecho del conviviente a la afiliación de su pareja estable a una obra social”, LA LEY del 24/02/2005.

“Los Estados Parte reconocen el derecho del niño impedido a recibir cuidados especiales y alentarán y asegurarán, con sujeción a los recursos disponibles, la prestación al niño que reúna las condiciones requeridas y a los responsables de su cuidado de la asistencia que se solicite y que sea adecuada al estado del niño y a las circunstancias de sus padres o de otras personas que cuiden de él”.

A su vez, el art. 24 dispone que los niños tienen derecho “al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios”.

En el orden nacional, la ley 26.061 —Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes—, en su art. 1º, garantiza el ejercicio y disfrute pleno, permanente y efectivo de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte. En el art. 2º se establece la *aplicación obligatoria* de la Convención sobre los Derechos del Niño respecto de decisiones o medidas administrativas o judiciales que se adopten respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad. Por el art. 26 se consagra el derecho de los niños, niñas y adolescentes a obtener los beneficios de la seguridad social y el deber de los organismos del Estado de “establecer políticas y programas de inclusión para niñas, niños y adolescentes que consideren los recursos y la situación de los mismos y de las personas que sean responsables de su mantenimiento”.

En este conjunto normativo se ha dejado de lado una conceptualización jurídica denominada “doctrina de la situación irregular de las niñas, niños y adolescentes”, fundada en valores y creencias que tienden a crearlos sujetos vulnerables, débiles, “menores”, no son reconocidos como sujetos de derechos, sino como incapaces que requieren un tratamiento especial. Se sigue la “doctrina de la protección integral” que ve a las niñas, niños y adolescentes como sujetos de derechos frente al Estado y la

sociedad, personas a las que se les reconoce el derecho a ser protegidas integralmente en su desarrollo y frente a las que hay obligaciones concretas y exigibles (9).

Otra norma internacional fundamental es la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006), que fue ratificada en la Argentina por la ley 26.378 e incorporada al plexo constitucional por la ley 27.044, y en su art. 1º propone “proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente”.

La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible (10) —aprobada en el mes de septiembre del año 2015 por más de ciento cincuenta jefes de Estado y de Gobierno, y que contiene diecisiete objetivos de aplicación universal a partir del crecimiento económico, la inclusión social y la protección del medio ambiente— tiene como meta 1: “Poner fin a la pobreza en todas sus formas en todo el mundo” y como meta 3: “Garantizar una vida sana y promover el bienestar para todos en todas las edades”. En consonancia con estos objetivos para 2030, la Asociación Internacional de la Seguridad Social (AISS) se comprometió a continuar ampliando la protección a lo largo de los ciclos de la vida, y para ello elaboró un informe mundial denominado “10 desafíos mundiales para la seguridad social. Evolución e innovación” (11). El desafío 1 se refiere a

“Los cuidados de salud y de larga duración”, el 2 a “Colmar las brechas de cobertura” y el 8 a “Las desigualdades a lo largo de la vida”, priorizando la tutela respecto de las personas más vulnerables, entre ellas las niñas, niños y adolescentes, las mujeres y también quienes padezcan una discapacidad o estén en situación de pobreza.

En un caso reciente, que se relaciona con el objeto de estas metas y desafíos y que fue resuelto por la CFed. Córdoba, sala A, 01/11/2019, “M., N. E. y otro c. Estado Nacional - Ministerio de Salud de la Nación y otro s/ amparo ley 16.986” (12) se dijo que “La provincia y el Estado nacional deben otorgar cautelarmente y de forma inmediata la cobertura integral del tratamiento quirúrgico y reparación biventricular a realizarse en un hospital de Boston, Estados Unidos, a favor de un niño con discapacidad, teniendo en cuenta que se trata de *un menor de corta edad que se encuentra en un estado de máxima vulnerabilidad y de inestabilidad física...* El Estado nacional, en su calidad de garante de los derechos de raigambre constitucional, entre los que encontramos el derecho a la vida, que incluye el derecho a la salud, y en su carácter de máxima autoridad pública en el país en materia sanitaria, no puede desatenderse de su obligación, subsidiaria de los obligados principales, de proveer las prestaciones necesarias para garantizar la preservación de esos derechos —en el caso, la cobertura de la reparación biventricular en el extranjero a favor de un niño con discapacidad—”.

Finalmente, entre los antecedentes jurisprudenciales, en los que se plantearon situaciones referidas al derecho de los nietos y nietas a la afiliación a la obra social, cabe mencionar:

a) “L., S. B. y otros c. Obra Social de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (OSBA) s/ amparo - salud”, resuelto, con fundamento, por la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala 1ª, en el

(9) Conf. GUILLOT, María A., “Ley 26.390. Prohibición del trabajo infantil y protección del trabajo adolescente”, DJ 36, Ed. La Ley, Buenos Aires, año XXIV, 2008, ps. 1281 y ss.

(10) La ONU dictó la res. 70/1 del 25 de septiembre de 2015, “Transformar nuestro mundo: la agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible”. El desarrollo sostenible es aquel que satisface las necesidades actuales sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para satisfacer las propias.

(11) Ver www.issa.int/10.

(12) LA LEY del 25/11/2019.

mes de julio de 2019, por el que se confirmó el fallo de la anterior instancia que había ordenado la afiliación de la hija menor de edad —madre soltera que padeció reiterados episodios de violencia doméstica que requieren tratamiento psicológico— y de la nieta también menor de edad —que se encuentra afectada por episodios respiratorios desde su nacimiento, apnea de sueño y otitis a repetición— a la obra social de la abuela [agente permanente del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (13)]. Para resolver en ese sentido, se tuvo en cuenta el deber de las autoridades públicas de proteger a la familia como núcleo de convivencia, más si se encuentra en situación de *extrema vulnerabilidad*: la abuela, que alquila una vivienda en la provincia de Buenos Aires costeadada con su ingreso, es el único sostén del hogar que se integra con su esposo —desocupado—, su hija —que no posee un trabajo formal, solamente efectúa changas de “volanteo” en la vía pública, recibe la Asignación Universal por Hijo (AUH) y carece de cobertura social— y su nieta —cuyo padre está detenido cumpliendo una condena y nunca se responsabilizó por ella—. En este decisorio se puntualizó, para contrarrestar el argumento de la obra social referido al desmedro económico debido a la incorporación de la hija y la nieta, que su inclusión no es gratuita para la afiliada titular, en tanto su propio reglamento establece que se debe efectuar un aporte adicional por cada adherente.

b) “Recurso de inconstitucionalidad interpuesto en expte. nro. C-007200/13 (sala 2ª, Tribunal de Familia) Guarda: M., S., por el menor M., L. E.”, en el que el Superior Tribunal de

Justicia de Jujuy, con fecha 21 de octubre de 2014, dictó sentencia por la que confirmó la sentencia que había hecho lugar a la acción de guarda con fines asistenciales, a fin de incorporar a la nieta menor de edad del actor al beneficio de la obra social, con expresa conformidad de la madre de la niña, quien está desocupada, ya que en la causa principal se encontraba acreditado que ella vive en la casa de su abuelo materno y está a su cargo económicamente (provee sus necesidades de alimentación y vivienda). Se afirmó, con toda lógica, que resulta irrazonable imponer al abuelo actor que deba promover una información sumaria para acreditar que la niña convive con él y está económicamente a su cargo, en tanto esta situación fáctica ya había sido demostrada, más que intentó este reconocimiento durante un año en la acción principal, y “entretanto se encuentra pendiente la posibilidad que una niña obtenga una mejora en la atención y cuidado de su salud”.

Este marco normativo, jurisprudencial y doctrinario reseñado ha de servir como fondo de estudio del fallo principal, que a continuación se realizará de manera breve, en la faceta de la afiliación del nieto a la obra social.

IV. Análisis del caso

En la expresión de agravios, la recurrente —madre del menor discapacitado que reclama la afiliación del nieto a la obra social PAMI— cuestionó la constitucionalidad del art. 9º de la ley 23.660, en su inc. a), referido a los beneficiarios —grupo familiar primario— que, para la norma, es “el integrado por el cónyuge del afiliado titular, los hijos solteros hasta los veintiún años, no emancipados por habilitación de edad o ejercicio de actividad profesional, comercial o laboral, los hijos solteros mayores de veintiún años y hasta los veinticinco años inclusive, que estén a exclusivo cargo del afiliado titular que cursen estudios regulares oficialmente reconocidos por la autoridad pertinente, los hijos incapacitados y a cargo del afiliado titular, mayores de veintiún años; los hijos del cónyuge; los menores cuya guarda y tutela haya sido acordada por

(13) En el orden local, la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, en su art. 20, garantiza el derecho a la salud, admite que todas las personas son idénticas en dignidad e iguales ante la ley (art. 11) y además reconoce a las niñas, niños y adolescentes como sujetos activos de sus derechos, les garantiza su protección integral y la prioridad en las políticas públicas a fin de que promuevan la contención de las personas menores edad en el núcleo familiar (art. 39).

autoridad judicial o administrativa, que reúnan los requisitos establecidos en este inciso”.

El art. 9º, en su parte final, dispone que se podrá autorizar “la inclusión como beneficiarios de otros ascendientes o descendientes por consanguinidad del beneficiario titular *y que se encuentren a su cargo*, en cuyo caso se fija un aporte adicional del uno y medio por ciento (1,5%) por cada una de las personas que se incluyan”.

El tribunal examinó la finalidad de la norma, según las prescripciones de los arts. 1º, 2º y 3º del Cód. Civ. y Com. —fuentes de aplicación del derecho (leyes conforme la Constitución Nacional y tratados de derechos humanos en los que el país sea parte); interpretación de la norma y deber de resolver mediante una decisión razonablemente fundada—.

En primer lugar, *el propósito resulta ser la protección del grupo familiar* primario, bajo condiciones: la convivencia entendida también como la dependencia económica o de otro modo de la persona beneficiaria principal.

Se dice en el fallo, con agudeza, que “si leemos la norma *en clave de derechos humanos*, efectuando una interpretación que contemple su finalidad sin distorsionarla, atendiendo de la mejor manera posible al sujeto más vulnerable —quien en el caso y conforme la prueba rendida y el silencio de los demandados, resulta ser el niño que padece problemas de salud— la conclusión no puede ser sino que se encuentra bajo el cuidado que puedan otorgarles sus familiares, sea voluntaria o compulsivamente (arts. 3º, 23 y 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño)”.

Cabe subrayar respecto de los requisitos de convivencia y dependencia económica que, como se expuso en la sentencia en estudio, si bien el alimentado vive con su madre y no tiene trato ni con su padre ni con sus abuelos, *la falta de convivencia no anula el lazo familiar*; asimismo, la subordinación económica ya había sido reconocida en las dos instancias, atento a las condiciones de vulnerabilidad constatadas.

En segundo lugar, otro elemento importante que fue tenido en cuenta es la época de promulgación de la ley 23.660, enero de 1989, que es anterior al proceso de constitucionalización de los derechos; en consecuencia, no puede ser analizada sin contemplar la necesaria evolución que debe anteponerse en los textos relacionados con derechos fundamentales.

En razón de ello, se recuerda el reconocimiento del derecho a la salud integral por los tratados internacionales con rango constitucional: Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12); la Convención Americana sobre Derechos Humanos —Pacto de San José de Costa Rica— (arts. 4º y 5º) y el art. 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Es dable tener presente que el Pacto de San José de Costa Rica estableció el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y cualquier habitante de la región puede acudir, frente a la violación de sus derechos por parte del Estado, a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) o ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En el fallo se cita la doctrina del caso “Furlán y familiares c. Argentina”, sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 31 de agosto de 2012, en la que se recordó que la Convención de los Derechos del Niño obliga a los Estados a que se adopten medidas adecuadas de protección en materia de salud y seguridad social, que deben incrementarse en los casos de niños y niñas con discapacidad. Y se resaltó, consid. 138, que los niños con discapacidad muchas veces se quedan al margen de esta tutela debido a múltiples problemas, “en particular la discriminación, la falta de acceso y la falta de información y/o recursos financieros, el transporte, la distribución geográfica y el acceso físico a los servicios de atención de salud”.

También se aclaró, en el precedente “Furlán”, que “Toda persona que se encuentra en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte

del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos”.

Cuando se trata de resguardar el interés superior del niño, la Cámara expuso que la justicia debe ser expeditiva y evitar que el rigor de las formas conduzca a frustrar derechos que cuentan con tutela de orden constitucional.

Si bien se ordenó a la obra social de los abuelos —PAMI— que afiliase al niño como grupo familiar, se introdujo un término de duración —seis meses a contar desde el día de su alta— en función de que aquella no había sido integrada al proceso; por ello la inscripción se ordenó “en forma preventiva y cautelar”. Y se sostuvo que “durante tal período eventualmente los propios interesados podrán instar la inscripción definitiva del niño... por la vía que consideren más idónea y que garantice a la prestadora su derecho a ser oída...”.

Más allá de lo discutible que pueda resultar este último límite, por cuanto obliga a

la madre de un niño con discapacidad que está en condiciones de pobreza a efectuar un nuevo trámite, con la demora e incertidumbre que esto suscita, ante una obra social que se encuentra alcanzada por la normativa de derechos humanos que especialmente protege a la persona vulnerable, es importante que se haya dispuesto su afiliación, a partir de argumentos interpretativos sólidos, respecto de la normativa aplicable.

V. Colofón

Cuando está en juego un derecho que involucra a un niño que carece de protección social —doblemente vulnerable por encontrarse discapacitado y en situación de pobreza— y a sus abuelos, que son afiliados titulares de una obra social que otorga cobertura al grupo familiar primario, debe prevalecer, desde una mirada inclusiva, el derecho de aquel, porque resulta el más desamparado y, además, su tutela está asegurada a través de diversos instrumentos de derechos humanos que tienen rango constitucional.

CUSTODIA POLICIAL EN CASO DE VIOLENCIA DE GÉNERO

Modificación de la medida – Custodia sobre el victimario y no sobre la víctima – Libertad de movilidad

Con nota de Maite Pons

Corresponde disponer que la custodia policial sea sobre el victimario y no sobre la víctima de violencia de género, pues no es justo que sea la víctima quien deba atravesar estas circunstancias que en estos momentos le están provocando una mayor revictimización y que el victimario continúe gozando plenamente de sus derechos, siendo él quien pone en riesgo cierto a aquella.

JFlia., Nro. 11, General Roca, 09/10/2019 - V. G. s/ custodia personal permanente

1ª Instancia.- General Roca, octubre 9 de 2019.

Atento las constancias obrantes en autos que refieren el perjuicio que le está causando a la Sra. V.G. la medida que se dispuso de custodia personal permanente a su persona, y entendiendo que aún es preciso continuar brindándole protección por cuanto no están dadas las condiciones para se maneje con autonomía debido al riesgo que continúa siendo actual de establecer contacto personal con el Sr. B., es menester disponer el cambio de esta medida por otra que le provea a ella esta misma seguridad pero que le permita libertad de movilidad, situación que en estos momentos no está ocurriendo con la medida vigente.

Ante las diversas posibilidades de medidas tendientes a dar esta protección, entiendo que no están dadas las condiciones para que sea portadora de un botón antipánico, por cuanto aún es vulnerable ante el encuentro con el Sr. B. y persiste en su idea que esta persona es buena, siendo su deseo estar nuevamente a su lado. Esta apreciación se condice con los informes elaborados por el Consejo de la Mujer y la Asociación Quillagua, organismos que le están brindando acompañamiento desde el momento en que

realizó su primera denuncia. Debo recordar que al momento de mantener audiencias personales con la Sra. V. G. me ha manifestado su deseo de levantar esta denuncia, indicando que los hechos que ella misma denunció no eran ciertos, que estaba movilizada por razones de celos. Por lo cual, es claro que el botón antipánico no es una herramienta útil a los fines de su protección porque su accionar depende de su voluntad, y está demostrado que no tiene deseos que informar el acercamiento del denunciado; por el contrario, su deseo sería estar en contacto con el agresor.

Otra de las alternativas posibles sería el uso del dispositivo dual de control de movilidad, del cual existen dos dificultades para disponer en estos momentos su implementación. Por un lado, no está previsto su uso para las causas del fuero de familia, por lo cual el pedido excepcional demoraría un tiempo mayor al habitual. Por otro, no puedo desconocer las falencias que se han denunciado públicamente sobre el funcionamiento de este dispositivo, por lo que no me genera seguridad en estos momentos peticionar su implementación en este caso, sin perjuicio de poder hacerlo en el futuro.

En consideración a toda esta problemática y teniendo como principal objetivo dar protección a la integridad física de la Sra. V. G. y permitirle el goce de los derechos del modo más amplio posible y con pleno convencimiento que para ella es absolutamente perjudicial establecer contacto personal con el Sr. R. B. por cuanto es una persona que ha ejercido hacia ella y hacia otras mujeres actos de violencia graves, las ha obligado a ejercer la prostitución en contra de su voluntad y maneja armas de fuego (las que incluso utiliza para amenazar y someter a sus víctimas), entiendo que la única forma posible para dar protección a la Sra. V. G. es modificar la custodia policial permanente que ha sido dispuesta para su acompañamiento y ordenar que esta custodia acompañe de manera permanente al Sr. B. para garantizar que no se acerque a la Sra. V. G.. Es decir, en lugar que el control policial sea sobre la víctima de violencia de género, que sea sobre el victimario.

Entiendo que la Sra. V. G. se siente molesta por este hecho de tener coartada su libertad y considero que no es justo ni procedente desde la perspectiva de protección de derechos de la víctima

de violencia de género que sea la víctima quien deba atravesar estas circunstancias que en estos momentos le están provocando una mayor revictimización y que el victimario continúe gozando plenamente de sus derechos, siendo él quien pone en riesgo cierto a la Sra. V.G.

Consecuentemente, dispóngase la custodia policial permanente al Sr. R. B. (alias O. B.) y cese la custodia otorgada a la Sra. V. R. V. G. lo que así resuelva. Regístrese y notifíquese a las partes, a las comisarías intervinientes, al Consejo de la Mujer y a la Asociación Quillagua. — *Maira Revsin.*

La mirada puesta en la protección

Maite Pons (*)

Sumario: I. Hechos.– II. Procedimientos jurídicos.– III. Problemática jurídica.– IV. Conclusión.

I. Hechos

La justicia de la provincia de Río Negro ha puesto su creatividad al servicio de la violencia de género. En fecha 9 de octubre de 2019, en la ciudad de General Roca, se ha presentado como desafío encontrar la solución más conveniente a la problemática planteada por una víctima de la violencia machista. Para ello se ha buscado entre los escasos recursos existentes cuáles serían los mecanismos de protección más efectivos, teniendo en consideración la situación que atravesaba la víctima.

En el presente caso, la señora V. G. ha efectuado varias denuncias por violencia de género contra el Sr. R. B. A raíz de la última denuncia realizada, obtiene como medida de protección una consigna policial personal y permanente sobre su persona.

Dicha medida ha generado un perjuicio sobre la denunciante, toda vez que la vida cotidiana de la Sra. V. G. se ha visto afectada.

La consigna policial, de algún modo, alteraba su intimidad y libertad de acción.

A su vez, y más allá del perjuicio sufrido por la consigna, la denunciante ha puesto en conocimiento de V. S. su voluntad de levantar la denuncia. Expresó que los hechos denunciados no eran ciertos y que denunció a su pareja por celos.

En tal sentido, la justicia ha tenido que replantearse cuáles serían las medidas de protección indicadas para el caso concreto, teniendo en cuenta tanto el perjuicio que se le ha generado a la denunciante con la protección dispuesta, como así también su voluntad de darle otra oportunidad al denunciado.

Previo a resolver la cuestión planteada, se han evaluado los distintos dispositivos de seguridad existentes. Dicho procedimiento se ha realizado contextualizando la situación de riesgo actual de la Sra. V. G., evitando que las consecuencias de la denuncia recaigan sobre la víctima y sin perder de vista el deber que tienen el o la operador/a de la justicia de brindar la protección adecuada cuando se denuncia una situación de violencia de género. En tal sentido, y luego de haber realizado el mencionado camino jurídico, se resuelve *cesar la consigna policial dispuesta a favor de la Sra. V. G. y asignar la consigna policial personal y permanente al denunciado, Sr. R. B.*

(*) Abogada, egresada de la Universidad de Buenos Aires. Especializada en violencia de género. Integrante de la Comisión sobre Temática de Género de la Defensoría General de la Nación. Coordinadora de la Oficina de Demanda Espontánea. Ayudante docente en "Derecho de Familia y Sucesiones" de la Facultad de Derecho de la UBA.

Los fundamentos de dicha decisión se sustentan en que la Sra. V. G. había visto coartada su libertad de movilidad y que no era justo que sea la víctima la que deba soportar que se cercenen sus derechos, mientras que el victimario —quien pone en riesgo a la señora V. G.— seguía gozando plenamente de sus derechos.

II. Procedimientos jurídicos

En primer lugar, hay que destacar que se ha cumplido con lo dispuesto por la ley 26.485 de “Protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que se desarrollen sus relaciones interpersonales”, toda vez que, en el transcurso de las actuaciones, V. S. ha tomado contacto personal con la denunciante.

El art. 34 de la citada ley dispone: “Durante el trámite de la causa, por el tiempo que se juzgue adecuado, el/la juez/a deberá controlar la eficacia de las medidas y decisiones adoptadas, ya sea a través de la comparecencia de las partes al tribunal, con la frecuencia que se ordene, y/o mediante la intervención del equipo interdisciplinario, quienes elaborarán informes periódicos acerca de la situación”.

Este seguimiento es importantísimo y fundamental en las denuncias sobre violencia de género, más aún en el ámbito familiar, toda vez que facilita a quien dirige este tipo de procesos a tener un conocimiento íntegro y actualizado de la situación que atraviesa la víctima.

Si V. S. no hubiera oído ni tenido contacto personal con la denunciante y si no hubiera contado con los informes provenientes del equipo interdisciplinario que ha acompañado a la señora V. G., le hubiera sido aún más dificultoso encontrar una solución ajustada a las necesidades de la víctima. De ese modo, se pudo advertir que la situación de vulnerabilidad que continuaba sobre la denunciante justificaba mantener las medidas de protección, pero bajo otra modalidad. Es así como se ha decidido modificar la medida de protección otorgada oportunamente, dejando sin efecto la consigna

policial respecto de la señora V. G. y disponiendo una consigna policial en forma personal y permanente en cabeza del señor R. B.

III. Problemática jurídica

Ahora bien, en este caso se plantean como mínimo dos problemas jurídicos que, a su vez, se encuentran íntimamente vinculados entre sí.

La primera dificultad que se plantea consiste en darle la protección adecuada a la Sra. V. G., considerando su situación de riesgo y vulnerabilidad y evitando que, con la medida de protección otorgada, se revictimice a la denunciante.

Y vinculado con el deber de protección se presenta el segundo problema, que radica en la dicotomía que existe entre el respeto de la autonomía de la voluntad y la intervención del Estado en el fuero íntimo de la familia.

En cuanto al primer problema que se presenta, tiene que ver con el perjuicio que le ha generado a la señora V. G. la asignación de una consigna policial personal y permanente. Dicha medida de protección no ha sido apropiada al caso, toda vez que la denunciante se ha sentido invadida en su vida cotidiana por un tercero desconocido. Con dicha intervención se han cercenado sus derechos fundamentales, generando una revictimización en la mujer, que, lejos de sentirse debidamente protegida, se ha sentido privada de actuar libremente y se ha visto totalmente invadida en su fuero íntimo, recayendo sobre ella las consecuencias de la denuncia y no sobre quien ha cometido el ilícito.

Por lo que, para evitar generar en la mujer esta doble victimización, es indispensable tratar de reducir al mínimo posible las molestias derivadas de las intervenciones que efectúen lxs diferentes profesionales e instituciones del Estado.

Con esta primera problemática, y a los fines de evitar la revictimización de la mujer por

una inadecuada intervención de Estado, se ha planteado —en primer lugar— la posibilidad de otorgarle un Dispositivo de Alerta para Mujeres Agredidas (DAMA) o también llamado “botón antipánico”. Pero considerándose que la señora V. G. se encontraría vulnerable ante el encuentro con el señor R. B., siendo que “persiste en su idea que esta persona es buena, siendo su deseo estar nuevamente a su lado”, es que se advierte que este dispositivo no sería el adecuado.

Justamente, en virtud de esa manifestación que efectúa la señora V. G. es que se valora que la mujer no cuenta con los recursos necesarios de alerta y de defensa para accionar el botón antipánico cada vez que el señor R. B. incumpla con la medida de prohibición de acercamiento dispuesta oportunamente. Para llegar a esa conclusión se han tenido en cuenta los informes provenientes del Consejo de la Mujer y la Asociación Quillagua —organismos que le han brindado acompañamiento a la señora V. G. desde el momento en que realizó su primera denuncia—, como así también la manifestación de “levantar la denuncia” que ha efectuado la señora V. G. al momento de mantener entrevista personal con V. S.

Es así que para accionar el botón antipánico se necesita la voluntad de la portadora y, siendo que la señora V. G. reveló su voluntad de reanudar la relación con el denunciado, se considera que dicho dispositivo no se aprovecharía adecuadamente para proteger la integridad de la víctima, toda vez que ella no lo accionaría cuando el señor R. B. vaya a su encuentro.

Una vez desestimado el botón antipánico por los motivos expuestos precedentemente, se procede a evaluar la posibilidad de un dispositivo dual de movilidad. Este dispositivo, también llamado tobillera o pulsera electrónica, es un mecanismo de protección que se compone de un dispositivo de geolocalización y comunicación para la víctima y una pulsera o tobillera electrónica con una unidad de rastreo para el agresor. De ese modo, se puede monitorear en tiempo real al denunciado y

tener la localización respecto de la víctima. Así se verifica que se cumplieren las restricciones perimetrales que haya ordenado la justicia, enviando alertas a una unidad de monitoreo.

Pero esta opción también se ha descartado, toda vez que, al momento de resolver la cuestión, no estaba previsto su uso para las causas del fuero de familia. Dicho dispositivo se otorgaba solamente para el fuero penal, por lo que solicitarlo en forma excepcional llevaría un tiempo mayor que el habitual, alterándose —de ese modo— la protección judicial urgente y efectiva que deben recibir las mujeres cuando su derecho a una vida libre de violencia se ve amenazado. Sin perjuicio de ello, también se ha desestimado esta posibilidad, en virtud de las falencias denunciadas sobre el funcionamiento del mencionado dispositivo dual.

Es así como, para que no recaigan sobre la señora V. G. las consecuencias de la denuncia y que las medidas de protección que se dispongan no entorpezcan el desarrollo de la vida cotidiana de la mujer víctima de violencia, V. S. ha decidido “disponer la custodia policial permanente al señor R. B. y cesar la custodia otorgada a la señora V. G.”.

El segundo problema que se plantea, y más complejo aún, es esa tensión existente entre el límite de lo privado y lo público. Y la pregunta obligada es: ¿hasta dónde el Estado puede o debe intervenir en los asuntos de familia?

En el presente caso, al momento de mantener audiencias personales con V. S., la señora V. G. ha manifestado “su deseo de levantar la denuncia, indicando que los hechos que ella misma denunció no eran ciertos y que estaba movilizadora por razones de celos”.

Entonces, ¿cómo debería proceder V. S. ante la manifestación de una persona adulta y capaz de permanecer inactiva ante el maltrato recibido? Y, más aún, cuando de los antecedentes de autos se desprende que el señor R. B. “es una persona que ha ejercido hacia ella

y hacia otras mujeres actos de violencia graves, las ha obligado a ejercer la prostitución en contra de su voluntad y maneja armas de fuego (las que incluso utiliza para amedrentar y someter a sus víctimas)”.¹

Entonces, si bien pareciera que se estaría vulnerando el debido respeto a la autonomía de la voluntad y a la privacidad de la persona y que su opinión no se ha tenido en cuenta al momento de arribar a una decisión (1), es importante destacar, también, la obligación que tiene el Estado de proveer los recursos necesarios para garantizar la protección judicial urgente y preventiva de aquella persona que se encuentra en riesgo (2).

La respuesta que deben dar el o la operador/a de la justicia debe ser inmediata y efectiva a los fines de prevenir que se reiteren hechos de violencia. Para ello, deben tener en cuenta las características de cada denuncia. Y considerar las peculiaridades del caso implica contextualizar toda la situación que atraviesa esa relación. Implica identificar el rol que cada una de las partes cumple y las características personales de cada integrante.

Sería deficiente el accionar del o de la operador/a judicial si, con fundamento en la autonomía de la voluntad, procede al archivo de la denuncia sin tener en cuenta que esa voluntad podría encontrarse viciada por otros factores objetivos (p. ej.: dependencia económica) y/o subjetivos (p. ej.: represalia del agresor) que impiden el sostenimiento de la denuncia por la propia víctima.

Es sabido que el Estado ostenta un rol meramente subsidiario, debiendo intervenir cuando las partes en litigio no llegan a una resolución pacífica del problema. Pero aquí nos encontramos en una relación notablemente asimétrica de poder y con un peligro cierto sobre la integridad psicofísica de la señora V. G.

No es lo mismo la actuación de los operadores judiciales en un convenio regulador del divorcio, donde se debe garantizar la autonomía de la voluntad de las partes y el reconocimiento de la esfera privada de la familia, que en aquellos casos donde existe un riesgo inminente para la integridad física y psíquica de alguna de las partes de la relación.

En el caso que se comenta, hubo un análisis integral de la situación y se tuvieron en cuenta los indicadores de riesgo de la denunciante, priorizando la responsabilidad que tiene el Estado para la prevención por sobre la manifestación de la mujer que se encuentra sometida en una relación desigual y violenta. Por ello, de haberse priorizado la vida familiar o privada de la señora V. G., no se hubiera brindado una adecuada intervención del Estado para evitar a futuro que se reiteren posibles actos de violencia.

IV. Conclusión

Frecuentemente, en las denuncias por violencia de género se tiende a responsabilizar a un individuo o a la dinámica del grupo familiar, pero no suele ponerse el eje en la responsabilidad que le cabe al Estado para la prevención del riesgo. En este tipo de denuncias, la responsabilidad de la esfera privada y de la pública es compartida.

Es importante reflexionar sobre las políticas públicas que se diseñan para abordar la violencia de género. Muchas veces se suele colocar la mirada sobre la actuación de las víctimas, cuestionándoles su poca capacidad de reacción, sermoneándolas por haber perdonado al agresor, reprimiéndolas por la cantidad de denuncias que efectúan y luego no las continúan, supeditando —muchas veces— el otorgamiento de nuevas medidas de protección al inicio de un espacio terapéutico. Todo ello desconociendo totalmente que dichas conductas están íntimamente relacionadas con el tipo de relación asimétrica existente entre las partes, donde el sometimiento constante y prologando de la víctima a lo largo de la vida la lleva justamente a la pérdida absoluta de

(1) Cfr. ley 26.485, art. 16, incs. c) y d).

(2) Cfr. ley 26.486, art. 16, inc. e).

sus mecanismos de defensa. Y es ahí donde el Estado debe estar y debe asumir que, más allá del respeto que se debe garantizar a la vida privada de cada una de las familias, tiene el deber y la responsabilidad de actuar diligentemente para evitar un mal mayor. De lo contrario, estaría exponiendo a la víctima a un nuevo riesgo sobre su integridad.

En tal sentido, la motivación jurídica de mantener la protección de la señora V. G. y adecuarla bajo otra modalidad se enfoca específicamente en la situación de vulnerabilidad de la mujer y en la posibilidad de garantizarle el pleno goce de sus derechos, evitando prácticas que naturalizan o perpetúan la victimización secundaria e institucional de la mujer. Y el hecho de asignarle la custodia al señor R. B. tiene un efecto simbólico y disuasivo, demostrando que el Estado está presente y que interviene a los fines de evitar que continúe con su conducta violenta.

A esta instancia, es importante destacar una de las recomendaciones generales(3) efectuadas por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, cuando se refiere específicamente a la responsabilidad que tiene el Estado cuando no interviene con las medidas apropiadas para eliminar las prácticas discriminatorias contra la mujer. En tal sentido, responsabiliza a los Estados por ciertos actos de violencia ocurridos en la vida privada por no haber actuado con la debida diligencia para impedir la violación de los derechos a las víctimas.

Es por ello que los funcionarixs encargadxs de hacer cumplir la ley deben responder a la

(3) Recomendación general 19, apartado 9º del Comité de la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: "(...) En virtud del derecho internacional y de pactos específicos de derechos humanos, los Estados también pueden ser responsables de actos privados si no adoptan medidas con la diligencia debida para impedir la violación de los derechos o para investigar y castigar los actos de violencia e indemnizar a las víctimas".

violencia de género con el fin de prevenirla, juzgarla y castigarla. Esto implica necesariamente contar con una capacidad de respuesta que sea adecuada y eficaz según las particularidades de cada caso, identificando y atendiendo los hechos que puedan obstaculizar la correcta aplicación de las órdenes de protección.

El Estado debe aplicar los mecanismos jurídicos efectivos y disuasivos cuando existe el incumplimiento medidas de protección dispuestas y debe acompañar a la víctima para brindarle los recursos necesarios que la ayuden a salir del círculo de la violencia (4).

La Ley de Protección Integral a la Mujeres (5) enumera una lista de medidas preventivas y urgentes para la protección a las víctimas de violencia de género, que de ningún modo son taxativas. Es decir, el o la operador/a de justicia tiene la facultad de adoptar otras medidas no especificadas en la norma y que puedan adecuarse al caso concreto, a los fines de hacer cesar y evitar la reiteración de actos violentos.

Es así como, en el presente fallo en comentario, se ha tenido en cuenta la prevención de un riesgo inminente, advirtiéndose la existencia de probabilidades de nuevos actos de violencia, evaluando los mecanismos de protección eficaces en virtud de la vulnerabilidad de la denunciante y creando, a su vez, nuevas medidas que la ley no ha especificado, pero que se adecúan a las circunstancias del caso.

Sin perjuicio de ello, es importante tener en cuenta que estas medidas de protección no solucionan el fondo de la cuestión. Son medidas cautelares, por ende, son provisorias y, mientras duren dichas medidas, el Estado debe fortalecer a la víctima, poniendo a disposición las herramientas necesarias para ello. Por eso

(4) WALKER, Leonor, "La teoría del ciclo de la violencia", www.enfemenino.com/feminismo-derechos-igualdad/ciclo-de-la-violencia-fisica-leonor-walker-s1999982.html.

(5) Cfr. ley 26.485, art. 26.

es tan importante la articulación y la cooperación de los diferentes organismos del Estado para profundizar sobre la temática y lograr el cambio de la cultura patriarcal que ha venido dominando a lo largo de nuestra historia.

Las decisiones judiciales necesariamente deben articularse con otras áreas del Estado (área social, educación, salud y empleo) a los fines de reforzar las estrategias de atención, como así también de identificar las causas que dan origen y continuidad a la violencia de género.

A su vez, es importante que lxs encargadxs de brindarle atención a las víctimas de violencia intrafamiliar tengan un pleno conocimiento del ciclo de la violencia a los fines de identificar la etapa (6) en que se encuentra esa relación y así brindarle una mejor respuesta a la situación que atraviesa la mujer. Téngase en cuenta que, de las tres etapas de la teoría del ciclo de la violencia (I. acumulación de la tensión; II. estallido de la tensión y III. luna de miel), es en la fase de "luna de miel" (7) cuando generalmente se pretende levantar la denuncia.

No puedo dejar de destacar que se ha avanzado mucho últimamente en el tratamiento de esta temática con la sanción de la Ley Micaela (8), que establece la capacitación obligatoria en los temas de género y violencia

(6) WALKER, Leonor, "La teoría..."; ob. cit.

(7) Tercera fase "luna de miel" es un periodo caracterizado por una relativa calma, en la que el agresor se muestra cariñoso, amable, incluso arrepentido, llegando a pedir perdón y prometiendo que no volverá a suceder. La víctima cree en el arrepentimiento y puede incluso querer retirar la denuncia que había puesto en la etapa anterior, llamada "estallido de la tensión" (segunda fase).

(8) Cf. ley 27.499, art. 1º: "Establécese la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra las mujeres para todas las personas que se desempeñen en la función pública en todos sus niveles y jerarquías en los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial de la Nación".

contra las mujeres para todas las personas que trabajan en la función pública.

Entonces, ante la manifestación de la mujer de levantar la denuncia se debe tomar en cuenta el contexto y los motivos reales que llevan a solicitar dejarla sin efecto, toda vez que generalmente existen circunstancias objetivas y subjetivas que obstaculizan el sostenimiento de la denuncia. En tal sentido, se debe considerar la dependencia económica, la falta de oportunidad laboral, la marginalidad, como así también la represalia del agresor, los mandatos sociales, familiares y religiosos que llevan a querer desistir del proceso judicial.

Por ello no siempre debe priorizarse la vida familiar o privada, ya que, en ciertas situaciones de riesgo, es necesaria una adecuada intervención del Estado que evite, a futuro, posibles actos de violencia intrafamiliar.

Para lograr esa adecuada intervención es importante efectuar un arduo trabajo interdisciplinario con la víctima para que obtenga los recursos materiales y simbólicos necesarios para sostener la denuncia y lograr salir de esa relación violenta.

Para ello es necesario contar con personal capacitado en la temática de género y violencia contra las mujeres, a los fines de evitar la revictimización de la mujer y encontrar los mecanismos adecuados para acompañarlas en dicho proceso.

Y por eso es tan importante contar con operadores del Estado que pongan al máximo su creatividad a disposición de esta temática, a los fines de hacer cesar, evitar y/o erradicar las prácticas patriarcales que fomentan la continuidad de los actos de violencia y/o discriminación hacia las mujeres.

Concluyendo con este comentario al fallo proveniente de la justicia de General Roca, entiendo que el hecho de haber llegado a la decisión de disponer la consigna policial personal y permanente sobre la persona agresora, luego de haber realizado un seguimiento del caso que ha definido la situación de vulnerabilidad

que atravesaba la víctima y de haber evaluado los diferentes mecanismos de protección posibles para la problemática, ha sido una innovadora manera de correr la mirada sancionadora, que muchas veces recae sobre la víctima. Y esa misma mirada redireccionada hacia el victimario ha sido un paso más hacia una justicia que asume la responsabilidad que tiene de

eliminar las malas prácticas que perpetúan la desigualdad de poder basada en razones de género y que dejan a la mujer en desventaja respecto del hombre.

Una vez más la justicia hizo. Se podrá decir que actuó más allá de la voluntad de la víctima, pero no que la desprotegió.

ADOPCIÓN

Medidas de protección – Cuidados de alimentación e higiene – Guarda con fines adoptivos – Interés superior del niño

Con nota de María Constanza Martínez Pizarro

La guarda con fines adoptivos respecto de un niño con HIV que los peticionantes cuidan desde sus primeros años de vida debe admitirse, y en titularidad de ambos actores, aun cuando uno de ellos haya fallecido durante el proceso, atento haberse consolidado el vínculo entre el niño y su guardador, en vida de este último, y debido a la interpretación de las normas legales y principios que regulan la adopción (art. 595 y cccts. Cód. Civ. y Com. de la Nación), a la luz de lo dispuesto por los arts. 1º y 2º del Cód. Civ. y Com. de la Nación, y en función del interés superior del niño.

TColeg. Familia Nro. 7, Rosario, 01/06/2018 - M., M. y otros s/ guarda

Rosario, junio 1 de 2018.

Vistos:

De los que resulta que, a fs. 5/7, en fecha 04/11/2016, comparecen los otrora cónyuges M. L. M. y E. O. V., con patrocinio letrado, y promueven demanda de guarda preadoptiva en relación con el niño S. C., nacido el 27 de diciembre de 2008 (fs. 28).

Exponen que el niño ya hace cuatro años que está bajo su cuidado (fecha de presentación de la demanda 07/11/2016) como consecuencia de la medida excepcional adoptada por la Dirección Provincial de Niñez, dado encontrarse ellos inscriptos como familia solidaria. Realizan un relato del historial del niño y su hermano B., de los hechos que derivaron en la adopción de la medida de protección excepcional, por los cuales S. permaneció bajo su cuidado y B bajo el cuidado de otra familia solidaria. Explican la situación del niño, que padece HIV, diagnosticado en fecha 10 de mayo de 2011, antes de adoptarse la medida de protección, y que luego en abril de 2012 fue atendido

por el G.A.M.I: dependiente del Hospital de Niños, por abuso sexual y lesiones. Que S. se encontraba sumamente descuidado por su progenitora, bajo peso, elevados valores de linfocitos y de carga viral. No recibía ni los cuidados básicos ni los requeridos por su enfermedad, como tampoco su hermano B. Que no existían familiares capaces de garantizar los cuidados de salud acordes, cuando la ausencia de tratamiento para HIV lo expone a ser un paciente inmunodeprimido, estando demostrado que con un tratamiento adecuado la efectividad del mismo le posibilitaría tener el control de la enfermedad y una mejor calidad de vida. Razón por la cual se adoptó la medida de protección excepcional y el niño necesitó de extremos cuidados y tratamientos médicos que fueron proporcionados por los actores. Refieren al informe del profesional infectólogo del Hospital de Niños, por el que da a conocer sobre el tratamiento anti-retroviral diario que recibe S. por parte de M. y E., con excelente cumplimiento por ellos, así como de los cuidados de alimentación e higiene que requiere (fs. 331 autos "C. S. y ot. s/ Medida excepcional - Ley 12.967 - Exp. N° xxx). Hacen referencia también al informe de la psicóloga tratante del niño a fs. 322 de los referidos autos, por el que se expone respecto del cuidado recibido por el niño por parte de los actores, el rol fundamental que cumplen en la vida del niño, siendo su mami, papi, para él como Y. T. los hijos de la familia solidaria; que el padre del Sr. V. es su abuelo, y que todo ello le genera felicidad y seguridad; que es muy apegado a ellos, que son su familia y no menciona a otros como núcleo familiar; que en relación a su madre biológica poco la nombra y al hacerlo manifiesta síntomas de tartamudeo, terquedad, miedos, baja la mirada, se tensa, se inhibe y tiende a romper juguetes y crayones.

Describen que cuando supieron que el niño sería declarado en situación de adoptabilidad, tuvieron miedo y sufrían pensando quién lo iba a cuidar, si le iban a dar los medicamentos, hasta pensaron que podrían dárselos ellos mismos porque S. solo los dejaba a ellos, como acompañarlo al baño. Que S. tiene cuidados especiales y les hacen diferentes juegos para toda la medicación. Que, gracias al cuidado brindado al niño, hoy él está mucho mejor. Que todo esto lo refirieron en audiencia con la suscripta en fecha 14 de octubre de 2016 en los citados autos.

Informan que cuando fueron a inscribirse al R.U.A.G.A. Les dijeron que no necesitaban hacerlo porque ya estaban haciendo todo lo necesario, visitas al psicólogo, seguimiento de Santi, visitas de trabajadoras sociales, y se quedaron con esa respuesta y con los papeles que habían juntado.

Afirman no haber sido informados adecuadamente, por lo que recurrieron a la consulta profesional de sus abogadas ante la citación del tribunal a audiencia.

Que van a insistir con la inscripción al Registro. Se fundan en derecho. Ofrecen prueba. Adjuntan partida de matrimonio a fs. 3.

En fecha 21 de marzo de 2017 se presenta la Sra. M. e informa el fallecimiento de su cónyuge, y adjunta partida de defunción (fs. 9).

A fs. 12 adjunta certificado de buena conducta; a fs. 13 certificado de antecedentes penales; a fs. 14 fotocopia certificada documento de identidad; a fs. 15 certificado negativo del Registro de Deudores alimentarios morosos.

En fecha 12 de setiembre de 2017, y atento el extenso lapso de tiempo transcurrido la suscripta impulsa el proceso ordenando se practique informe ambiental en el domicilio de los actores; señalando además fecha de audiencia (fs. 18). Obrán cédulas diligenciadas a fs. 19, 21 y 22, y oficio remitido al juzgado de San Lorenzo a fs. 20.

A fs. 23/25 obra acta de audiencia celebrada en fecha 27 de setiembre de 2017 ante la suscripta y la Sra. M. debidamente patrocinada, de la que surge detalladamente el relato de la actora explicando los sucesos acontecidos desde que comenzó la guarda del niño, la enfermedad de su esposo, su fallecimiento, cómo se adaptó el niño a la familia, cómo significó el Sr. V. un padre para el niño, que así S. lo reconoce, lo ama y lo extraña como padre; los cuidados y afecto recibidos por S. tanto por ella, como por su fallecido esposo y toda la familia; la evolución de S. en estos largos años; relato de distintos episodios de la vida de S. junto al grupo familiar. En dicho acto solicitó se les otorgue la guarda preadoptiva del niño a pesar de no encontrarse inscrita en el registro de aspirantes a guarda con fines adoptivos, y a pesar del fallecimiento de su esposo, porque así lo solicitaron conjuntamente y porque son la

familia de S. desde el 18 de mayo de 2012, y es injusto pretender que otra familia lo sea. Manifestó M. conocer los derechos y atribuciones legales aceptándolos en todos sus términos, y cumplir con los requisitos legales exigidos para la guarda pretendida. A fs. 26 obra acta de escucha del niño S. realizada en fecha 11 de octubre de 2017 por la suscripta ante la Defensora General actuante N° 3, Dra. Graciela Fournier, de la que surge el pedido del propio niño de ser adoptado por su mamá y su papá que está en el cielo y tener el apellido V. como sus hermanos. Que sabe que su hermano B. ya fue adoptado, entre otras cosas.

A fs. 31 se presenta la actora y solicita se otorgue la guarda a ambos solicitantes teniendo en cuenta la guarda preexistente. Alega que el niño ha creado vínculos estrechos con la dicente y su esposo durante la convivencia de años, ha sido la familia V. un sostén para S., ha sido su contención, ha sido incluido en su estructura familiar y se ha constituido el progreso en la salud del niño con recuperación de su inmunidad y negativización del virus en sangre. Que el niño manifiesta ser V., el apellido de su papá como él lo llama, apellido igual al de sus hermanos, por la inclusión de parentesco definitiva en la familia, sostén subjetivo fundamental y estabilidad emocional sumamente necesaria para el niño. Que no solo lo han contenido afectivamente sino también desde lo asistencial. Se funda en el derecho humano del niño a vivir en y con una familia; principios generales de la adopción del art. 595 Cód. Civ. y Com. de la Nación, resalta interés superior del niño y derecho y respeto por el derecho a la identidad; el derecho del niño a ser oído y su opinión tenida en cuenta. Explica respecto del interés superior del niño en la adopción, la identidad como concepto dinámico y la participación del niño en el proceso de adopción. Cita art. 12 CDN; art. 24 y 27 Ley 26.061; art. 595 inc. f Cód. Civ. y Com. de la Nación. Solicitó en función de ello, teniendo en cuenta el interés superior de S., su deseo de llevar el apellido de su papá V. y la inclusión en su familia, se otorgue la guarda con fines de adopción a ambos otrora solicitantes. Adjuntó informe del Psicólogo tratante del niño, quien dictaminó sobre la importancia de la identidad de S. respecto de su padre, siendo favorable tener su apellido en cuanto a reforzar esa identificación que le ha permitido elaborar muchas de

sus problemáticas (fs. 29). A fs. 30 se adjuntó un dibujo realizado por el niño de todos los miembros de su familia.

A fs. 37/42 obra informe ambiental realizado por la Trabajadora Social del Juzgado de Familia de San Lorenzo.

Corrida vista a la Defensoría General actuante, dictamina primeramente el Dr. Santiago López a cargo de la Defensoría Civil N° 3 a fs. 44, solicitando se acredite notificación al R.U.A.G.A. De la resolución N° 452 de los autos conexos sobre medida excepcional. Lo que se acredita a fs. 45/46, dictaminando finalmente el Defensor General a fs. 48, en sentido favorable al otorgamiento de la guarda pre adoptiva a la Sra. M. y a su fallecido esposo Sr. E. V., en razón de lo petitionado por el niño, el prolongado tiempo que el niño se encuentra viviendo con la familia desde el 18/05/2012, y por ser lo más conveniente a su interés superior.

Por consiguiente, se encuentran estos obrados en estado de resolver.

Considerando:

Que la guarda con fines de adopción fue ideada como una “etapa de vinculación necesaria” en cuyo lapso se evalúa el desarrollo y evolución de la relación entre guardadores y el niño, con la finalidad de construirse lazos genuinos que motiven luego la decisión de adopción definitiva; se propone así ampliar la posibilidad de integración familiar [TFIa. N° 2, Mar del Plata, “P., F.B.M.”, 26/06/2008; Herrera, Marisa - Molina de Juan, Mariel; “El derecho humano a tener una familia y el lugar de la adopción cuando el fondo y forma se encuentran”; en Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, Dir. Silvia Fernández; 1a. Edición, CABA; Abeledo Perrot, 2015; p. 1177].

Siguiendo a Fernández, en la nueva regulación, el proceso de guarda con fines de adopción ya no constituye un proceso autónomo, tal como se explica su razón de ser, función y finalidad en los fundamentos del Proyecto de Cód. Civil y Comercial; donde se la describe como un proceso más sencillo, tendiente a seleccionar al o los pretendientes adoptantes y así lograr la vinculación con el niño. De manera tal que en la actualidad ya no se trata de un segundo proceso judicial, sino de una

etapa de elección de los pretendientes adoptantes y el otorgamiento de un plazo a fin de verificar si el vínculo afectivo entre el niño y sus guardadores se ha logrado [Fernández, Silvia, en Tratado de Derecho de Familia según el código civil y comercial de 2014; Dir. Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera y Nora Lloveras; 1ª edición; Sta. Fe; Rubinzal-Culzoni, 2014, T. III, p. 350]. Así el código ha suprimido el proceso de guarda pre adoptiva, priorizándose el factor tiempo y la promoción del juicio de adopción, en cumplimiento de la garantía del plazo razonable. Precisamente se prevé en los fundamentos del proyecto citados precedentemente, que el plazo de guarda podrá ser menor, evaluado ello por el juez o jueza, en razón del interés superior del niño, por ejemplo, cuando se ha encontrado el niño en un largo período de guarda de hecho [Fernández, op. Cit.].

Por ello, cumplidas las medidas que dispone la norma del art. 613 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, con el objeto de seleccionar los pretendientes adoptantes en atención a su idoneidad, a fin de asegurar de un modo permanente y satisfactorio el desarrollo pleno del niño, niña o adolescente, el juez o jueza dicta la sentencia de guarda con fines de adopción, no pudiendo exceder su plazo el de seis meses (art. 614 Cód. Civ. y Com. de la Nación).

Ahora bien, el caso que nos ocupa reviste matices particulares que merecen detenido análisis adelantando desde ya que, la guarda con fines adoptivos petitionada ha de prosperar y en titularidad de ambos actores, aún el deceso producido del Sr. E. V., atento haberse consolidado el vínculo entre el niño y sus guardadores en vida de este último, y en razón de la interpretación de las normas legales y principios que regulan la adopción (art. 595 y ccdds. Cód. Civ. y Com. de la Nación), a la luz de lo dispuesto por el art. 1 y 2 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, y en función del interés superior de S. (art. 3 CDN; art. 3 Ley 26.061; art. 4 Ley 12.967; art. 595 inc. a) y art. 706 inc. c) Cód. Civ. y Com. de la Nación) conforme se expone seguidamente.

En efecto, dada la especial situación del niño, y lo dispuesto por la normativa vigente en la materia (arts. 607 y s.s. Cód. Civ. y Com. de la Nación), corresponde analizar el presente caso en función

de dicha normativa regulatoria del proceso adoptivo, y principalmente en atención al principio rector del interés superior del niño (art. 3 CDN; art. 4 Ley 12.967; art. 595 inc. a) y art. 706 inc. c) Cód. Civ. y Com. de la Nación), entendido como garantía de la satisfacción máxima, integral y simultánea de sus derechos (art. 3 Ley 26.061).

Sentado ello se advierte que, mediante sentencia N° 452 de fecha 27 de febrero de 2015 dictada dentro de los autos caratulados “C. S. y ot. s/ Medida excepcional —Ley 12.967—”, Exp. N° xxx (fs. 313/316), se declaró en situación de adoptabilidad al niño S. L. C., otorgándose la guarda del mismo a la Sra. M. y al Sr. V. en los términos de la excepción dispuesta por el art. 8 ley 13.093, y así se dispuso hacer saber al Registro único de aspirantes a guardas con fines adoptivos de la provincia. Con posterioridad a ello, los nombrados solicitaron formalmente a través de los presentes, la guarda con fines de adopción del niño S., conforme las nuevas normas del código civil y comercial, que entró en vigencia el 1 de agosto de 2015, después del otorgamiento de la referida guarda, y atento no haber podido concretar la inscripción en el Registro de adoptantes por la negativa del mismo (véase copia dictamen en tales supuestos a fs. 45/46 de autos). Adviértase que, conforme explicó la Sra. M. en audiencia ante la suscripta (fs. 23/25) la enfermedad fatal del Sr. V. motivó distraer su atención de este proceso y dedicarse a su cuidado y tratamiento, por ello el transcurso del tiempo ocurrido en los presentes.

Ahora bien, la norma convencional y constitucional (art. 3 CDN; art. 75 inc. 22 CN; art. 1 y 2 Cód. Civ. y Com. de la Nación), impone a esta magistrada el deber de considerar de manera prioritaria la efectiva concreción de los derechos y garantías del niño S., por sobre cualquier otro derecho, en razón de su mejor interés. En tal sentido, así se evalúa el otorgamiento de la guarda con fines de adopción solicitado por quienes detentaron su exclusivo cuidado desde hace más de cinco años, desde los tres años de vida de S.. Guarda conferida primeramente por el propio Estado, a través de la autoridad administrativa de aplicación, esto es, Dirección Provincial de Promoción de los Derechos de la Niñez, Adolescencia y Familia, en cumplimiento de lo dispuesto por las normas de protección integral de niñas,

niños y adolescentes Ley N° 12.967, ante la grave vulneración de derechos en la que se encontraba el niño con serio riesgo de vida, conforme consta en los autos conexos referidos y la respectiva sentencia de declaración en situación de adoptabilidad (acta de acogimiento de fecha 18/05/2012 a fs. 166 de autos conexos cit.).

Razón por la cual, de ningún modo puede considerarse el otorgamiento de una guarda por parte del Estado como una guarda de hecho que proscribe la norma del art. 611 del Cód. Civ. y Com. de la Nación. Por su parte, la referencia que se realiza en la misma norma, respecto de la no consideración de las guardas de hecho y judiciales a los fines de la adopción, requiere de una interpretación integral, coherente y en diálogo de fuentes tanto internas, como constitucionales y convencionales, como indica la propia norma vigente (art. 1 y 2 Cód. Civ. y Com. de la Nación). Y tal como ya he sostenido en precedentes jurisprudenciales en casos análogos [“T., H. R. y otros s/ Guarda” Exp. N° 21-11027577-0; “T., H. R. y otro s/ adopción” Exp. N° 21-11306755-9; “D., G. F. y otros s/ Adopción” Exp. N° 21-11308404-6; “D., G. F. y otros s/ Guarda pre adoptiva” Exp. N° 21-11029517-8; “L. S., V. J. s/ Guarda con fines de adopción” Exp. N° 21-11029405-8; “L. S., V. J. s/ Adopción” Exp. N° 21-11308184-5; “G.; P. s/ Guarda pre adoptiva” Exp. N° 21-11029138-5 (2129/2016); entre otros].

Efectivamente he sostenido en dichos precedentes que, “el Estado coloca a los niños, cuyo deber es proteger, en situaciones de guardas prolongadas, sin resolver su situación legal, intentando por años revincularlos infructuosamente con su familia de origen, incumpliendo los plazos legales previstos en miras a garantizar los derechos de los niños. Y al mismo tiempo es el propio Estado, a través de otro organismo de su esfera, quien le niega al niño el reconocimiento de los vínculos que creó a partir de la vida que le tocó vivir por decisión de ese mismo Estado. Evidentemente ello es injusto y contrario al interés superior del niño, pues vulnera aún más los derechos del niño que se deben proteger, en primer lugar, vulnera su integridad psicofísica, como así también entre otros, su derecho a vivir en familia.” Entiéndase, una familia que, desde sus primeros años de vida, albergó a S., asumió

su cuidado y contención. Con mayor consideración aun, respecto de la particular situación del niño y los cuidados de salud que ha requerido para sobrevivir luego de la grave vulneración de derechos sufrida. Cuidados y amor que sí fueron proporcionados por los hoy peticionantes, y que han dado como resultado, un grado óptimo de su bienestar.

Por tanto, cabe confrontar lo dispuesto por el art. 611 Cód. Civ. y Com. de la Nación, último párrafo, con lo normado por los artículos 1 y 2 del código civil y comercial de la Nación. Y en razón de la interpretación normativa que exigen las mismas, concluyo que la norma del artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de jerarquía constitucional, replicada en las normas del artículo 3 ley nacional N° 26.061 y artículo 4 ley provincial N° 12.967, y la propia norma del artículo 595 inc. a) y 706 inc. c) del Cód. Civ. y Com. de la Nación, se imponen por sobre cualquier otra disposición legal de este cuerpo normativo (código civil y comercial), que contraría los fines que la ley ha tenido en miras al reconocer los derechos de los niños, especialmente a ser criados en su caso, por una familia adoptiva. Concretamente, este arsenal normativo convencional y constitucional prevalece sobre toda norma del código civil y comercial que regula el proceso adoptivo, como es la norma del artículo 611 y del artículo 634 inc. h) que devienen de este modo no aplicables en este caso concreto.

Sabido es que el nuevo código civil y comercial plantea un diálogo de fuentes, incorporando al sistema normativo interno, las normas convencionales que otrora se le otorgara jerarquía constitucional. En esta línea se encuentra el citado principio rector del interés superior del niño, que obliga priorizar el mejor de sus derechos frente a cualquier otro.

Por consiguiente tengo para mí que, en el presente caso, dada la particular situación de S., donde a todas luces se han fortalecido vínculos familiares y de afecto con quienes ejercieron su cuidado y guarda desde sus primeros años de vida, desde hace más de cinco años, y en razón de su delicado cuadro de salud, el que debido a los especiales cuidados y asistencia de su familia guardadora pudo revertirse y mejorar

notablemente, superando el riesgo de vida en la actualidad, corresponde sin lugar a dudas considerarla, interpretando la disposición infra constitucional del art. 611 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, conforme ordena el art. 1 y 2 del mismo cuerpo legal, y en función de las normas legales de protección integral de los derechos del niño, provinciales, nacionales, constitucionales y convencionales (Ley 12.967; Ley 26.061; art. 75 inc. 22 CN; Convención sobre los Derechos del Niño) y a la luz del principio rector del interés superior del niño (art. 3 CDN; art. 3 Ley 26.061; art. 4 ley 12.967, art. 595 inc. a) y art. 706 inc. c) Cód. Civ. y Com. de la Nación).

Ergo, no resultará de aplicación lo dispuesto por el art. 611 último párrafo, en razón de encontrarse reñido con la garantía de tutela de los derechos humanos fundamentales de S., tales como el derecho a la vida, a la salud y a crecer y ser criado por su familia (art. 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos, art. 16.3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y arts. 23 y 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; deber del Estado de garantizar la efectividad de los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes (art. 75, incs. 22 y 23, CN).

Por otra parte, dado los fuertes vínculos aludidos, forjados entre el niño, la solicitante y el fallecido E. V., puestos de manifiesto en los informes obrantes en autos a través del psicólogo tratante (fs. 29), trabajadora social actuante (fs. 37/42), y fundamentalmente, de los propios dichos del niño y su deseo expresado en audiencia ante la suscripta y la Defensora General actuante otrora (fs. 26), corresponde otorgar la presente guarda a quienes en los hechos se han desempeñado como madre y padre del niño, a quienes el mismo S. así reconoce en tales roles, y por quienes el propio niño ha pedido ser adoptado y llevar el apellido de su padre, V., tal como sus hermanos.

Sin lugar a dudas la vinculación adoptiva entre el niño y sus guardadores se ha consolidado en vida del Sr. V.

En efecto, la guarda judicial fue otorgada en vida de los solicitantes mediante resolución N° 452 de fecha 27 de febrero de 2015, bajo la vigencia de las derogadas normas del código civil que así lo habilitaban (arts. 315; 316 y 317). Dicha

guarda fue concedida ya con miras al futuro proceso adoptivo razón por la cual se fundó en la excepción dispuesta por la norma del art. 8 ley 13.093 y así se comunicó al registro respectivo. En aquella oportunidad la suscripta evaluó la especial situación de S., su delicado estado de salud, los intensos cuidados y tratamientos que el niño requería, los cuales ya eran brindados por sus guardadores reflejándose la favorable evolución de su salud por tal atención y dedicación. Así se comunicó al Registro respectivo al otorgarse la guarda.

Adviértase que, tal como consta en cada una de las actuaciones de los conexos “C. S. y otro s/ Medida excepcional ley 12.967” N° 1596/2012, la situación de S. reviste características particulares. En efecto, el niño fue diagnosticado de HIV cuando aún vivía con su madre biológica. Ciertamente el niño no recibió por parte de esta los cuidados necesarios poniendo en riesgo su vida, amén de los fatales hechos de abuso sexual que sufrió bajo su responsabilidad. Sucesos todos que derivaron en la adopción de la medida excepcional. Surge claramente de aquellos actuados, que la salud del niño mejoró notablemente a partir del cuidado y asistencia brindados por sus guardadores, M. M. y E. V. Quienes asumieron su acogimiento como familia solidaria el 18 de mayo de 2012, bajo el imperio del código civil hoy derogado. No existía persona alguna, ni familiar ni de la comunidad que pudiera asumir el cuidado intensivo que requería S. Resuelta en forma definitiva su situación, se decidió el otorgamiento de la guarda a quienes efectivamente podían asumir el cuidado del niño por su delicado estado de salud y riesgo de vida. En aquellos términos y vigencia legal, se otorgó la guarda judicial del niño a los pretensos adoptantes, y así fue cuidado y protegido S. en el marco de esta familia constituida por los guardadores y sus hijos biológicos, a quienes S. reconoce como madre, padre y hermanos. Ante tales circunstancias, y estando en juego el derecho humano a la vida y a vivir en familiar, se ponderó primordialmente el interés superior de S. por sobre las normas que regulaban la situación de las denominadas familias solidarias, entendiéndose ya, bajo la vigencia de las hoy derogadas normas del código civil, que solo esta familia constituida por M., V. y sus hijos, podían asegurarle a S. su derecho a vivir, y así se ordenó

hacer saber al Registro respectivo a los fines de su inscripción como aspirantes a la adopción. Mas tal como se expusiera en el punto anterior, el Registro no concretó lo peticionado, en razón de haber entrado en vigencia a la época de su respuesta, la norma del art. 611 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, dictaminando en consecuencia no acompañar este tipo de guardas (fs. 45/6 de autos).

Sin embargo, bajo una interpretación constitucional y convencional de la normativa vigente, la suscripta otorgó la guarda pre adoptiva del hermano biológico de S., B, a sus guardadores en idéntica situación que la presente, mediante resolución N° 4705 de fecha 30/11/2016 autos: “Tello, Horacio R. y otros s/ guarda” Exp. N° 568/2016, y posteriormente la adopción de B mediante resolución N° 2703 de fecha 01/09/2017 autos: “Tello, Horacio R. y otros s/ adopción” Exp. N° 21-11306755-9, bajo los fundamentos señalados en anteriores párrafos.

Decididamente en razón de ello, priorizaré el derecho de S. a vivir en familia, en “su” familia, pues no cabe duda alguna que este niño ya ha encontrado su propia familia, ya está creciendo en una familia que lo ama y él ama, y por un padre que, si bien falleció, es el padre a quien S. identifica como tal, ama y extraña; su papá que está en el cielo como él mismo refiere.

El principio rector, garantista y de interpretación que es el interés superior del niño [Cillero Bruñol, Miguel. “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del niño”. “Justicia y derechos del niño” n. 9 p. 125 UNICEF Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, www.unicef.cl], obliga a seleccionar de todo el ordenamiento normativo, convencional, constitucional e interno, la norma más favorable a la efectividad de sus derechos, y solo así se da cumplimiento a su tutela judicial efectiva [Brunetti, Andrea Mariel. “El Interés Superior del Niño y el Proceso”, en Proceso Civil nas Tradicoes Brasileira e Iberoamericana. Coord. Alexandre Freire, Lúcio Delfino, Pedro Miranda de Oliveira, Sergio Luiz de Almeida Ribeiro, Florianópolis, Conceito Editorial, 2014, p.37; “El Interés Superior del Niño como garantía del debido proceso”; en Revista del Colegio de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la Pcia. De Sta.

Fe, Rosario, 2014. p. 514]. Así enseña Grosman, para quien el concepto de interés superior se vincula con el ejercicio de un derecho; la calificación de "superior", entiende que, "fundamentalmente se ha querido poner de manifiesto que al niño le asiste un verdadero y auténtico poder para reclamar la satisfacción de sus necesidades esenciales, la idea de que ocupa un lugar importante en la familia y en la sociedad y ese lugar debe ser respetado..." [Grosman Cecilia P., "El interés superior del niño", en *Los derechos del niño en la familia. Discurso y realidad*, Dir. Cecilia Grosman, Universidad, Buenos Aires, 1998, p. 40]. En tal sentido, surge de las constancias de autos, y de los conexos referidos, que en el caso se han demostrado los extremos que hacen procedente la demanda incoada, siendo que el interés superior de S. implica crecer y desarrollarse en la familia más idónea que el sistema pueda seleccionar, de entre aquellos que cumplen con los recaudos legales, constitucionales y convencionales, por encima de cualquier disposición infra constitucional. Precisamente en los presentes, surge con total claridad que la familia que formaron los solicitantes, es ciertamente la familia de S. Familia que ya el mismo niño ha elegido y en la que ha desarrollado los vínculos afectivos necesarios para su pleno crecimiento y en resguardo y protección de sus derechos fundamentales. El progreso en la salud tanto física como psíquica de S., los avances en su desarrollo intelectual y emocionales, superándose día a día con el amor de quienes han sido sus padres y hermanos, no amerita mayor análisis. Sumado a ello, la denodada dedicación e interés de los solicitantes y su grupo familiar por preservar el vínculo afectivo del niño con su hermano biológico. Resulta evidente que esta es "su" familia, más allá de haber sido en los hechos la familia de acogimiento según las normas del sistema de protección integral. Una interpretación contraria afectaría seriamente los derechos humanos fundamentales de S.

Y una vez más vuelvo a preguntar de qué manera se garantizan los derechos de este niño si a sus nueve años de vida debiera ser arrancado del seno de la familia que lo acogió desde sus primeros añitos, brindándole amor, protección, contención, educación y cuidados de salud durante estos cinco largos años, excediendo un plazo legal que debió ser transitorio y no lo fue

por responsabilidad. ¿Acaso debe pagar el sufrimiento de S. el incumplimiento de la norma legal por parte del propio Estado que lo colocó bajo el cuidado de esta misma familia? ¿Debe sufrir S. las consecuencias de la falta de cumplimiento de los plazos legales? ¿Debe sufrir S. las consecuencias de aplicar sin razón la prohibición establecida por la norma en el art. 611 del Cód. Civ. y Com. de la Nación? Aún más cuando se han acreditado todos los extremos legales que habilitan el otorgamiento de la guarda pre adoptiva a esta familia (art. 612 y s.s. Cód. Civ. y Com. de la Nación), más allá de lo dispuesto por la referida norma cuestionada.

Al respecto señala Basset, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), entiende primordialmente que la vida privada familiar es la que se conforma entre los hijos y su familia biológica o de "origen". El principio biologicista lleva a la protección preferente de la vida privada familiar fundada en vínculos de naturaleza biológicos, en los que, sin embargo, aún no se ha problematizado o confrontado la diferenciación entre vínculo biológico y vínculo genético. En cambio, implícitamente hay una protección de la vida familiar del niño, incluso con origen ilícito, si esa vida tiene características de estabilidad e integración que hagan pensar que, desarticlarla, podría ser contrario al interés del niño. Así reseña casos donde la CIDH ha sentado jurisprudencia respecto a cómo impacta el transcurso del tiempo en la vida de niñas, niños y adolescentes, a tal efecto se ha sostenido que, "... el mero transcurso del tiempo puede constituir un factor que favorece la creación de lazos con la familia tenedora o acogedora que, en una eventual decisión sobre los derechos del niño, podrían a su vez erigirse en el fundamento principal para no cambiar la situación actual del niño, principalmente debido a que se incrementa el riesgo de afectar seriamente el balance emocional y psicológico del mismo. En otros términos, el paso del tiempo se constituiría inevitablemente en un elemento definitorio de vínculos afectivos que serían difíciles de revertir sin causar un daño al niño o niña. Esa situación comporta un riesgo que no solo resulta inminente, sino que ya podría estar materializándose" [Basset, Úrsula, "El derecho del niño a su vida privada y familiar en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos";

JA, 2017-III, 1108, Asunto L. M. respecto Paraguay. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 01 de julio de 2011, párr. 18, respecto de la Argentina en el caso "Fornerón e hija vs. Argentina", 27/04/2012, párr. 52].

Concluyo entonces que, tal disposición no resulta aplicable al caso, conforme lo dispuesto por las normas de los arts. 3, 7 y 8 Convención de sobre los Derechos del Niño; art. 3 y 11 Ley 26.061; art. 4 y 11 Ley 12.967 y arts. 1, 2; 613 2do. Párr.; 706 inc. c) Cód. Civ. y Com. de la Nación; según se ha expuesto precedentemente.

Razones por las cuales corresponde, y es deber de la suscripta, a fin de tutelar los derechos humanos fundamentales de S., hacer lugar a la guarda con fines de adopción solicitada por quienes han ejercido efectivamente el cuidado del niño desde sus primeros tiempos de vida, siendo los solicitantes, "su familia", las personas idóneas para ejercer tal función.

Sin perjuicio de no concretarse la inscripción respectiva, la guarda judicial se otorgó y los actores peticionaron formalmente la guarda con fines adoptivos dando inicio a las presentes actuaciones.

Desafortunadamente el Sr. V. falleció en el transcurso del proceso judicial. Ahora bien, su petición de ser padre adoptivo de S. fue formulada en debida forma. No solo manifestada en el escrito de demanda de los presentes, sino también de las actas de audiencia obrantes a fs. 369/370 de autos conexos citados, de donde surge lo declarado por el Sr. V.: "cuando llegó S. lloraba, estaba muy descuidado, enfermo, con una bolsita con un pañal, usaba pañales con 3 años y lleno de piojos, teñido el pelo con agua oxigenada. No sabía hablar, comía en el piso, y dormía en el piso. Ellos le enseñaron que allí tenía una cama, pero no se acostumbraba a dormir, la única manera que encontraron para que pueda dormir fue dejar un cartón en el comedor para que pudiera conciliar el sueño y cuando se dormía lo llevaban a la cama, así fueron dos o tres días y por supuesto se acostumbró. Que primero les dijeron que lo iban a tener seis meses, y luego les dijeron seis meses más, y así pasaron muchos años. Que a los tres meses que él estaba con ellos, les comenzó a decir mami y papi. Que

intentaron corregirlo le explicaron que eran M. y C., sus mejores amigos, pero él lloraba, así que consultaron con la psicóloga y les recomendó dejarlo así, para que pueda relajarse. Luego al año y medio que estaba con ellos les dijeron que iba a ser declarado en adoptabilidad ya allí comenzó su sufrimiento, porque pensaban quién lo iba a cuidar, si le iban a dar los medicamentos, hasta pensaron que podían seguir ocupándose ellos de dárselos porque S. solo se dejaba cuidar por ellos, llevarlo al baño, solo tomaba los medicamentos con ellos, tuvieron que hacer muchos juegos para que aprendiera a tomar las pastillas. Tiene cuidados especiales, en comida también, porque una de las medicaciones le aumenta el colesterol, lo tiene alto, por eso su alimentación debe ser cuidada. Es decir, requiere muchos cuidados que ellos se los han dado y hoy está más sano [...] Que fueron al RUAGA hace dos años más o menos y les dijeron que ellos no necesitaban inscribirse, porque todo lo que ellos hacen como institución ya lo habían hecho con Niñez, visitas a psicólogo, seguimiento de S., visitas de las trabajadoras sociales, y se quedaron con eso, y con todos los papeles que llevaron. Que insistirán con esta inscripción, pero no fueron informados adecuadamente [...] comunican que es su deseo adoptar a S. como ya lo habían manifestado en la Dirección y en el RUAGA, por lo que iniciarán a la mayor brevedad los trámites respectivos [...] Recalcan su fuerte deseo de querer plasmar en la legalidad lo que sucede en los hechos, ser la mamá y el papá legal de S., porque es el deseo de él principalmente y de ellos".

Adviértase que en aquellos obrados citados, consta acta de escucha del niño S. a fs. 371, donde ya había manifestado su deseo y de donde surge a través de su relato la clara inserción del niño en esta familia, con la cual se identifica como hijo y hermano. Allí se expresó: "que vive con su mamá, su papá y sus hermanos. Preguntado de cómo se llaman responde, mi mamá M., mi papá C. y mis hermanos C. y T., que también tiene un hermanito B. que vive en otro lado, que vive con otra familia. Que los dos nacieron juntos, pero él vive con una familia y B. con otra. Que va a primer grado, que está muy feliz, que le gusta jugar a la compu, le gusta el fútbol, que ya no va al médico que está muy bien. Que sabe que nació junto a B. en otra familia, pero que él tiene su familia con M. y C.,

desde que era muy chiquitito. Que hace mucho no ve a B., y todavía no tiene ganas de verlo”.

Consecuentemente, el hecho del fallecimiento del Sr. V., no borra la identidad construida por S., a quien él llama papá y a quien él hoy extraña como su padre que se fue al cielo; de quien él desea tener su apellido tal como sus hermanos, V. Derecho humano a la identidad (art. 7 y 8 CDN) que la norma especial manda a respetar en la decisión del proceso adoptivo (art. 595 inc. b) Cód. Civ. y Com. de la Nación).

Resulta de total convicción el dibujo realizado por el niño, obrante a fs. 30 de autos, donde él mismo ha expresado su grupo familiar, “Mi familia el mejor equipo todos nos amamos y respetamos” como allí describe, “Familia V.” lo ha titulado, y en el que claramente aparecen todos tomados de la mano: él, su mamá M., su papá E., sus hermanos Y. y T. y su abuelo. Más arriba, aunque separado del resto unido por la misma línea, su hermano biológico B.

Al respecto enseña Krasnow que, el fin de la adopción reside en garantizar a todo niño el derecho a vivir y desarrollarse en una familia, tal la definición que brinda el art. 594 del Cód. Civ. y Com. de la Nación y, para fortalecer tales propósitos, el mismo código enuncia en la norma del art. 595 principios propios que conforman “el medio que posibilita la elaboración de respuestas cuando se presenta una carencia histórica de norma, o la aplicación de lo dispuesto en el Cód. Civ. y Com. de la Nación resulta disvaliosa para el mejor interés de la niña, el niño o el adolescente en concreto”. Para mayor comprensión de este derecho, explica la destacada jurista rosarina que, “la identidad es un proceso que se integra con un aspecto estático y un aspecto dinámico. El primero se vincula con el origen de la persona, mientras que el segundo refiere a la proyección social en el transcurso de su vida. Tener en claro el despliegue de este derecho en el tiempo permite distinguir el lugar que ocupan la familia de origen y la familia adoptiva en el proceso de construcción de la personalidad. Mientras que la familia de origen se vincula con la identificación —puesto que, con ella, se logra la individualización de la persona que, al mismo tiempo, la hace única e irrepetible—, la determinación de quiénes conformarán la familia adoptiva se definirá

considerando que, a través de su creación, quedará salvaguardado el aspecto dinámico en lo que refiere a la proyección familiar y social de la niña, el niño o el adolescente adoptado” [Krasnow, Adriana N.; “La adopción en función de cada realidad vital”; RDF 83, 19/03/2018, 31]. Pues bien, en el presente caso, la identidad dinámica de S. se fue construyendo desde su primer día de guarda, bajo el cuidado de la familia M. V., esto es, 18 de mayo de 2012 (acta de acogimiento obrante a fs. 166 autos conexos citados Expte. N° xxx) como niño al cuidado de una familia solidaria, y a partir del 27 de febrero de 2015, como hijo de su madre M. M. y de su padre E. V., y como hermano de C. y T. tal como surge de las actas de escucha del niño (fs. 26 de autos; fs. 371 autos conexos citados), informe ambiental (fs. 37/42 de autos y fs. 350 autos conexos citados) y actas de audiencias con los peticionantes (fs. 23/25 de autos y fs. 369/370 de autos conexos citados).

Como bien enseña Kemelmajer de Carlucci, “las relaciones familiares deberían moverse más en el ámbito de la afectividad que en el de los lazos biológicos o genéticos, o en el de la regulación legal única; de allí que un concepto que parecía pertenecer solo al derecho brasileño (la afectividad), se ha trasladado a otros ordenamientos en los que ya se comienza a hablar del “parentesco social afectivo”, para reflejar la relación que surge entre personas que, sin ser parientes, se comportan entre ellos a modo y semejanza...” [Kemelmajer de Carlucci, Aída, Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014, LA LEY 08/10/2014]. Y en la adopción, ese vínculo afectivo constituye la razón central para su otorgamiento. Al decir de Basset, “un vínculo que se forja y crece con un sujeto vulnerable que está en su centro [...] primero está el bienestar del niño, después las ideas preconcebidas que se ordenan a él” [Basset, Úrsula C., La adopción como reconocimiento de una filiación preexistente, DFyP 2017 (marzo), 07/03/2017].

Precisamente, Basset nos habla de la adopción como reconocimiento de una “filiación preexistente” que el juez ve a través del “test de la convivencia”, y así declara. En tal sentido advierte sobre el carácter constitutivo y declarativo de la adopción. Refiere que, para el emplazamiento adoptivo es necesario que concurren

varios elementos, primeramente, que se “testee la idoneidad de los pretensos adoptantes”, pero advierte que la idoneidad opera además por otros mecanismos, considerando el más importante de todos, “el test de la convivencia”. Afirma que “la convivencia demuestra mejor que ninguna otra prueba si esos padres pueden o no ejercer ese rol en concreto, respecto de ese o esos niños”. Concluye que, lo determinante en la voluntad del juez es que, se geste “una relación paterno-filial en los hechos, que el hijo sea hijo de esos padres adoptivos. Que en los hechos exista la filiación, es el resultado de la convivencia que padres e hijos tienen entre sí durante la guarda de hecho o de derecho, y por ello existe la guarda pre adoptiva”, por ello la sentencia de adopción retrotrae sus efectos al comienzo de la guarda. Así lo expresa, “el juez dice la filiación porque la ve fraguada, inscrita en la identidad dinámica de niños y pretensos padres. La reconozco y la dice [...] En la filiación biológica los efectos de la sentencia se remontan a la concepción (de ahí los alimentos a la embarazada). En la filiación adoptiva en el origen mismo en que comenzó a gestarse ese niño en esa familia: en el vientre social de la guarda previa a la adopción.”

En forma coincidente, la construcción jurisprudencial, anterior al código civil y comercial como la posterior, recoge estas nociones, haciendo hincapié en la finalidad de la adopción y los vínculos afectivos consolidados en el tiempo, todo en función del interés superior del niño (art. 3.1 CDN; art. 3 Ley 26.061; art. 4 Ley 12.967; art. 595 inc. a); art. 706 inc. c) Cód. Civ. y Com. de la Nación).

Así es doctrina de la Corte Suprema que, “la identidad filiatoria también puede gestarse a través de vínculos consolidados en los primeros años de vida, configurándose allí un dato con contenido axiológico relevante a la hora de evaluar el interés superior del interesado [Fallos: 308:1978; 321:865; 328:2870; 330:642; 331:147; y S.C. G. N° 617, L. XLIII, “G., M.G. s/ protección de persona —causa N° 73.154/05—”, del 16 de septiembre de 2008].

Pues bien, en el presente caso esos vínculos afectivos se han construido a lo largo de estos ya seis años, por lo que la relación de S. y sus padres como él los llama, tiene su base en este concepto de socio afectividad que resume lo antes dicho.

Vínculo que se ha creado, desarrollado y fortalecido en vida del Sr. V., por ende, no puede ser soslayado.

No existe norma legal alguna que prohíba la procedencia del reconocimiento de dicha guarda la que, por otra parte, ya fue otorgada en vida del Sr. E. V. (Resolución N° 452 de fecha 27 de febrero de 2015 autos conexos citados) y se reitera, peticionada formalmente en los presentes por el mismo (fs. 5). Asimismo, ha tenido ya acogida jurisprudencial por el máximo Tribunal la figura de la adopción *pos mortem*, fundado su reconocimiento en los vínculos afectivos y el interés superior del niño [CSJN; 26/09/2012; “M. d. S., R. y otra s/ ordinario s/ nulidad de sentencia e impugnación declaratoria de herederos”; LA LEY 16/10/2012]. Por lo que entiendo que no existe razón alguna que impida su otorgamiento, reconociendo la guarda con fines de adopción desempeñada por el fallecido E. V. y la Sra. M. M., y así se declarará.

Sentado ello, tengo para mí que se han acreditado en los presentes los extremos legales exigidos por la normativa vigente, conforme surge de las constancias de autos citadas (art. 594 y s.s.; y art. 613 Cód. Civ. y Com. de la Nación), todo lo cual habilita su consideración a los fines de la procedencia de la guarda con fines de adopción solicitada.

Refuerzan lo concluido, lo expuesto por la trabajadora social del Juzgado de Familia de San Lorenzo, Lic. L. C., en Informe psico-socioambiental realizado en el domicilio de los actores, en fecha 11 de diciembre de 2017 (fs. 37/42), donde relata aspectos referidos al grupo familiar de los pretensos adoptantes, habitacionales, educacionales, ingresos económicos, dinámica familiar y proyecto adoptivo. En el mismo acto el niño expuso ser S. V. “como mi papá y mis hermanos”, expresó. Por su parte, la Sra. M. relató los sucesos que llevaron al fallecimiento de V. y ante el diagnóstico de su fatal enfermedad cómo el fallecido decidió hacer un último viaje con su hijo S., y se fueron los dos a Córdoba. Expresó encontrarse toda la familia atravesando el duelo, acompañados por su congregación de la iglesia evangélica, religión que todo el grupo familiar profesa. Se informa que S. concurre a la escuela N° 113, que pasó a 3er. grado y enseñó sus cuadernos. Que es cuidado por una niñera y su hermano Yago. Que

continúa con tratamiento médico con el infectólogo, cuenta con obra social y médica de cabecera. También concurre a terapia y se encuentra muy bien. Concluye que el niño está alojado con M. pero también lo estaba con E., ya que pudo hacer lazos afectivos que lo llevan a identificarse como uno de la familia y por ello desea tener el mismo apellido que sus hermanos y que su padre.

Por su parte, la idoneidad de los peticionantes surge de los informes y demás constancias obrantes en autos y los conexos citados, de los que se evidencian los cuidados que en la salud integral y escolarización del niño promovieron los actores, como así también su interés y dedicación a conservar su vínculo familiar con su hermanito biológico.

En igual sentido, dictaminó el Defensor General actuante quien expresó, fundado en las constancias de autos, y en especial la escucha del niño, de cuya acta se desprende que quiere ser adoptado por sus padres y le gustaría llamarse V., aclarando que su papá se fue al cielo, y el informe psicológico que refiere que S. tiene una importante identificación en relación a su padre E. V., hoy fallecido, siendo favorable reforzar esa identificación que le ha permitido elaborar muchas de sus problemáticas pudiendo tener el apellido, el informe de la TS donde el niño expresa llamarse S. V. como su papá y sus hermanos, pudiendo formar lazos afectivos que lo llevan a identificarse como uno más de la familia y por eso desea tener el mismo apellido que ellos, y el prolongado tiempo que el niño se encuentra viviendo con ellos desde el 18/05/2012, entiende que nada tiene que observar a la procedencia del otorgamiento de la guarda con fines de adopción a la Sra. M. M. y al Sr. E. V., hoy fallecidos, con los cuales siempre se sintió identificados el niño, y resultando lo más conveniente a su mejor interés.

Por su parte, a pesar de la falta de inscripción de los pretensos adoptantes al registro respectivo, y el fallecimiento del Sr. E. V. en fecha 9 de enero de 2017 (fs. 9), ciertamente el plazo legal de guarda preadoptiva se cumplimentó durante la vigencia del código civil derogado y en vida del Sr. V. Por lo que tengo para mí que, el recaudo legal del plazo se encuentra ampliamente cumplido tanto en razón de las normas del código civil derogado (art. 317 Cód. Civil) como en virtud de

lo dispuesto por la actual contenida en el art. 614 del Cód. Civ. y Com. de la Nación. En consecuencia, en razón de las normas hoy vigentes (art. 614 Cód. Civ. y Com. de la Nación) debe darse reconocimiento de guarda en tales fines a la que en exceso se ha cumplimentado, y en cabeza tanto de la Sra. M. como del Sr. V. Por ende, deberá iniciarse inmediatamente el proceso de adopción y conforme lo dispuesto por la norma del art. 616 del Cód. Civ. y Com. de la Nación.

Por consiguiente, en mérito a los fundamentos fácticos y jurídicos expuestos, y art. 67 LOPJ, resuelvo: 1. Reconocer como guarda con fines de adopción del niño S. L. C. D.N.I. N° xxx, nacido el 27 de diciembre de 2008, la guarda judicial otorgada mediante resolución N° 452 de fecha 27 de febrero de 2015, a M. L. M. D.N.I. N° xxx y E. O. V. D.N.I. N° xxx, fallecido en fecha 9 de febrero de 2017, con los efectos, alcances y obligaciones contenidas en los artículos 594, siguientes y concordantes del Cód. Civ. y Com. de la Nación. 2. Tener por cumplimentado el plazo total de dicha guarda, a efectos de lo dispuesto por los artículos 614 y 616 del Cód. Civ. y Com. de la Nación. 3. Ordenar que deberá iniciarse el respectivo proceso de adopción en el plazo de tres (3) días, caso contrario se iniciará el respectivo proceso conforme art. 616 y siguientes del Cód. Civ. y Com. de la Nación. 4. Oficiarse al R.U.A.G.A. a los fines de comunicar la presente. Insértese y hágase saber. — *Andrea M. Brunetti.*

ADOPCIÓN

Post mortem – Superación del test de convivencia – Identificación del menor en relación a su guardador – Falta de inscripción en el Registro de Adoptantes – Evaluación de la idoneidad de los pretensos adoptantes – Derecho del niño a crecer en el seno de una familia – Lazos socioafectivos preexistentes – Procedencia

Con nota de María Constanza Martínez Pizarro

1. — Se ha superado el test de convivencia, evidenciado en la filiación que así se ve constituida por el niño, la presentante y su

por el guardador fallecido, quien desempeñara en vida el rol paterno respecto del menor y así el niño se identifica; esta situación encuentra marco legal en la norma del art. 605 del Código Civil y Comercial que prevé la adopción conjunta con uno de los adoptantes fallecidos.

2. — De acuerdo a los informes psicológico, el niño tiene una decidida identificación en relación a su padre —fallecido— con lo cual, si existe la posibilidad de que pueda tener su apellido le sería favorable en cuanto a reforzar esta identificación, que le ha permitido elaborar muchas de sus problemáticas.
3. — La particular circunstancia por la cual los actores asumieron el cuidado del niño hace siete años por decisión del propio Estado a través de su poder ejecutivo, motivó la negativa del Registro respectivo —órgano también perteneciente al Poder Ejecutivo— a cumplimentar con la manda judicial de inscripción al mismo por parte de los referidos.
4. — En el entendimiento de que, lo trascendental a los fines de considerar la pretensión adoptiva y conforme la normativa vigente, es evaluar la idoneidad de los aspirantes a guarda a efectos de dar efectividad al derecho del niño a vivir en familia, esto más allá de la formalidad de encontrarse inscritos los actores en un Registro.
5. — De ningún modo podría anteponerse a la efectiva realización del derecho humano del niño a vivir en una familia, el cumplimiento de un requisito formal, como es la inscripción al Registro de adoptantes, toda vez que la razón de ser de las normas regulatorias del instituto de la adopción, radican precisamente en dotar de efectividad a este derecho humano fundamental.
6. — Se da por sentado que, las personas inscriptas en el Registro de Adoptantes, evaluadas por el mismo y cuyos legajos son remitidos a los juzgados ante los casos de otorgamiento de las guardas pre adoptivas, acreditan la idoneidad requerida; sin

embargo, esto último no constituye una circunstancia eximida del análisis del juez competente.

7. — Los lazos socioafectivos preexistentes contruidos por el niño con su entorno durante siete años frustran cualquier intento de aplicar sanciones por demás de excedidas cuando en definitiva de lo que estamos hablando en el caso es de adopción, en otras palabras, de brindar la posibilidad al niño de vivir y crecer en familia, satisfaciendo sus necesidades afectivas y materiales, priorizando su interés superior.

TColeg. Familia Nro. 7, Rosario, 25/09/2019 - M. L. L. s/ adopción

Rosario, septiembre 25 de 2019.

Resulta:

A fs. 15/17 comparece la Sra. M. L. M. con patrocinio letrado, y promueve demanda de adopción plena del niño S. L. C., nacido el día 27 de Diciembre de 2008 en la ciudad de Rosario, cuya guarda con fines de adopción fuera otorgada a ella y a su esposo fallecido en fecha 9 de Febrero de 2017, mediante resolución N° ... de fecha 1 de Junio de 2018, en autos "M., M. y otros s/ guarda" Expte. N° ..., que obran por cuerda, solicitando sea inscripto como hijo de los nombrados y como S. L. V.

Expone que mediante resolución N° ... de fecha 1 de Junio de 2018, en autos "M., M. y otros s/ guarda" Expte. N° ... por cuerda, se les otorgó a ella y a su marido fallecido el 9 de Febrero de 2017, la guarda con fines de adopción del niño, y encontrándose cumplimentado el plazo total de la misma, solicita la adopción. Alega que S. se encuentra bajo el cuidado de ella y su fallecido esposo desde 18 de mayo de 2012, junto a sus hijos biológicos; que S. ha creado vínculos estrechos en todos ellos; que la familia ha constituido un sostén para el niño, ha recibido contención, ha sido incluido en una estructura familiar, y se ha constatado el progreso en su salud con recuperación de su inmunidad y negativización del virus en sangre. Relata la historia de S. expuesta en autos y sus conexos; señala que es deseo de S. pasar a ser definitivamente parte de su familia, expresado por él a la suscripta y Defensora

General actuante en ocasión de ser oído, manifestando querer ser adoptado por su mamá y su papá que está en el cielo y querer tener el apellido V. como sus hermanos. Por ello y conociendo los alcances de la ley, es su intención de adoptarlo jurando brindarle todo lo que esté a su alcance, educándolo, alimentándolo y asistiéndolo tanto material como espiritualmente. Que es propietaria del inmueble en donde se asienta el hogar familiar, de un automóvil y posee Obra Social OSPECON, considerando que se encuentra en condiciones óptimas para que se le conceda la adopción. Solicita además que el niño lleve el nombre de S. L. V. Se funda en derecho y ofrece prueba. Adjunta copia de partida de defunción del Sr. V. a fs. 14; copia de la libreta de matrimonio a fs. 13 y copia de partida de nacimiento del niño a fs. 19. Se funda en derecho y ofrece prueba.

Impreso el trámite de ley, se celebra audiencia para oír a la pretensa adoptante y al niño por ante la suscripta y Defensora General actuante. En dicha ocasión la Defensora General Nº ... Dra. R. B. en suplencia del Defensor General Nº ... actuante, petición se inscriba al niño como hijo de la compareciente y de su esposo fallecido, con el nombre deseado por el niño, manteniendo el vínculo con su hermano biológico B. (fs. 22).

A fs. 29 obra informe ambiental realizado por la Trabajadora Social, L. C. C., del Juzgado de Familia de San Lorenzo, practicado en el domicilio de la peticionante.

Corrida vista al Defensor General actuante Nº ..., Dr. S. L., dictamina en sentido favorable a la pretensión esgrimida (fs. 24 y 34) solicitando que el niño sea inscripto como hijo de la compareciente y su esposo fallecido, y con el apellido deseado por el niño, retrotrayéndose los efectos de la sentencia a la fecha de otorgamiento de la guarda con fines de adopción conforme artículos 618, 624 y 626 Cód. Civ. y Comercial, con expreso compromiso de hacer conocer al adoptado su realidad biológica plasmado en la sentencia respectiva.

Corrido traslado a la actora de lo peticionado por el Defensor General (fs. 35) contesta la misma a fs. 36, manifestando que el niño S. L. C. ha creado vínculos estrechos con ella y con el Sr. E. O. V., que la familia ha constituido un sostén para

S., que ha recibido contención, ha sido incluido en una estructura familiar y se ha constatado el progreso en la salud de S. con recuperación de su inmunidad y negativización del virus en sangre. Expone que S. expresa en sus conversaciones con el psicólogo y también en sus dibujos su deseo de ser un "V.", tener el apellido de su "papá E.", como él lo llama, igual que sus otros hermanos. Solicitando se otorgue la adopción plena y se ordene la inscripción del niño como su hijo y de su esposo fallecido, tal como fue solicitado por el niño en audiencia.

A fs. 38 consta acta de audiencia donde fueron oídos los descendientes de los adoptantes, L. N. V. y Y. E. V., ambos mayores de edad.

Quedando los presentes en estado de resolver.

Considerando:

En primer término, este Tribunal resulta competente para entender en el presente proceso, a tenor de lo normado por el artículo 615 del Cód. Civ. y Com. de la Nación. Por su parte, se ha cumplimentado con el plazo legal de guarda para la procedencia de la presente acción de adopción, según lo dispuesto por el art. 614 Cód. Civ. y Com. de la Nación.

En tal sentido, estos obrados han sido iniciados en razón de la guarda con fines de adopción otorgada por auto Nº ... de fecha 1 de Junio de 201, en autos "M. M. y otros s/ guarda" Expte. Nº ... que obran por cuerda, donde asimismo se ordenó computar el plazo de la guarda con fines adoptivos. A su turno, originados como consecuencia de la declaración de situación de adoptabilidad.

Sin embargo, la historia de S. junto a esta familia, que da sustento a la decisión que aquí se toma, comienza años atrás, cuando la actora y su esposo inscriptos como familia de acogimiento, quedaron a cargo del cuidado de S., a consecuencia de la medida excepcional adoptada por la Dirección Provincial de Niñez, en fecha 18 de mayo de 2012.

Efectivamente, traídos los presentes a resolver la particular pretensión de adopción formulada, cabe asentar primeramente que se realizará el razonamiento del caso desde los hechos fácticos que constituyen ni más ni menos que la historia

personal de S., su identidad “dinámica” (Fernández Sessarego, Carlos, *Derecho a la identidad personal*, Bs. As., Ed. Astrea, 1992, p. 113), para luego encuadrar el caso en la norma legal respectiva que de este modo, en función de su finalidad, a la luz de los principios que la inspiran (art. 595 Cód. Civ. y Com. de la Nación) y de las fuentes constitucionales y convencionales de derecho (arts. 1 y 2 Cód. Civ. y Com. de la Nación), se interpretará.

Sentado ello, cabe determinar ante todo de qué hablamos cuando hablamos de adopción?; su significado y razón de ser, para luego referir a cómo la norma legal la regula, en especial, el Código Civil y Comercial de la Nación en el Título VI, del Libro Segundo. Reitero, todo ello de conformidad al paradigma protectorio del derecho internacional de los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes, en función de la interpretación de las referidas normas regulatorias, formales y sustanciales, según lo dispuesto en los artículos 1 y 2 del Título Preliminar.

Entonces, ¿qué entendemos por adopción?

Señala Krasnow, que con la adopción “se construye un vínculo filial basado en el juego de las necesidades y los afectos de las partes intervinientes, constituyéndose en un camino institucionalizado de creación de lazos filiales. A través de la misma, se permite la planificación familiar, que se concreta con la participación estatal (...) Con la vigencia de esta figura, se pasa del estado de naturaleza u orden espontáneo basado en el vínculo de sangre, a un orden proyectado hacia una finalidad específica: garantizar el derecho de todo niño - adolescente a vivir en familia.” (Krasnow, Adriana N., *Tratado de Derecho de Familia*, 1ª Ed., CABA, LA LEY, 2015, T. III, p. 4). Por su parte, enseña Herrera que, la adopción es una institución destinada principalmente a las personas menores de edad; en particular, a la satisfacción de todo niño de vivir, en definitiva, en una familia. Razona que “si la familia es el núcleo de socialización primaria de todo niño dentro del que debe vivir, crecer y desarrollarse hasta que alcance su plena autonomía de manera paulatina o progresiva, la adopción es la institución que aparece en escena cuando por diferentes circunstancias el niño no puede permanecer dentro de este hábitat, necesitando de otro ámbito

familiar que pueda cumplir aquella función que no puede ser llevada adelante por la familia de origen o la ampliada”, concluyendo que, desde un determinado contexto, “la adopción se muestra como una institución destinada a restablecer derechos vulnerados a través de la inserción del niño en otro grupo familiar que lo contenga y, en definitiva, satisfaga su interés superior” (Herrera, Marisa, en *Tratado de Derecho de Familia según el código civil y comercial de 2014*, Dir. Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera, Nora Lloveras, 1ª ed., Sta. Fe, 2014, T. III, p. 17 y ss.).

Y así la define el propio Cód. Civ. y Comercial en su artículo 594, como “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.”

De lo expuesto se colige que, el objeto de la adopción, su razón de ser, radica en asegurar el derecho humano de toda niña, niño o adolescente a vivir en una familia, que se desarrolle y sea cuidado en un ámbito familiar que satisfaga sus necesidades afectivas y materiales, en clara adaptación al orden convencional (art. 11 CADH; art. 14 bis; 75 inc. 19 y 22 CN; Preámbulo, art. 9.1; 20 y 21 inc. a) CDN).

Adviértase que el acento se coloca principalmente en el aspecto afectivo, precisamente coherente ello con la noción de “socioafectividad”, toda vez que constituye la base fundamental de las relaciones familiares. Como bien enseña Kemelmajer de Carlucci, “las relaciones familiares deberían moverse más en el ámbito de la afectividad que en el de los lazos biológicos o genéticos, o en el de la regulación legal única; de allí que un concepto que parecía pertenecer solo al derecho brasileño (la afetividade), se ha trasladado a otros ordenamientos en los que ya se comienza a hablar del “parentesco social afectivo”, para reflejar la relación que surge entre personas que, sin ser parientes, se comportan entre ellos a modo y semejanza...” (Kemelmajer de Carlucci, Aída, *Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014*, LA LEY, 08/10/2014). Herrera la define como “la

conjunción de dos elementos que lo integran y que hacen que lo fáctico sea lo esencial: lo social y lo afectivo; cómo lo afectivo adopta un lugar de peso en lo social; y cómo lo social se ve interpelado por ciertos y determinados afectos. A la vez ambas ideas actúan entre sí (Herrera, Marisa; Socioafectividad e infancia ¿De lo clásico a lo extravagante?, en Tratado de Derecho de niños, niñas y adolescentes, Dir. Silvia Fernández, 1ª ed., CABA, Abeledo-Perrot, 2015, p. 975). Y en la adopción, ese vínculo afectivo constituye la razón central para su otorgamiento. Al decir de Basset, “un vínculo que se forja y crece con un sujeto vulnerable que está en su centro (...) primero está el bienestar del niño, después las ideas preconcebidas que se ordenan a él” (Basset, Ursula C., La adopción como reconocimiento de una filiación preexistente, DFyP 2017 (marzo), 07/03/2017).

Precisamente, Basset nos habla de la adopción como reconocimiento de una “filiación preexistente” que el juez ve a través del “test de la convivencia”, y así declara. En tal sentido advierte sobre el carácter constitutivo y declarativo de la adopción. Refiere que, para el emplazamiento adoptivo es necesario que concurren varios elementos, primeramente que se “testee la idoneidad de los pretendientes adoptantes”, en forma preventiva por lo general mediante el Registro de adoptantes, que tiene un proceso de inscripción que depura las listas y luego, al remitir legajos al juez, quien en definitiva selecciona. Pero advierte que la idoneidad opera además por otros mecanismos, considerando el más importante de todos, “el test de la convivencia”. Afirma que “la convivencia demuestra mejor que ninguna otra prueba si esos padres pueden o no ejercer ese rol en concreto, respecto de ese o esos niños”. Concluye que, lo determinante en la voluntad del juez es que, se geste “una relación paterno-filial en los hechos, que el hijo sea hijo de esos padres adoptivos. Que en los hechos exista la filiación, es el resultado de la convivencia que padres e hijos tienen entre sí durante la guarda de hecho o de derecho, y por ello existe la guarda pre adoptiva”, por ello la sentencia de adopción retrotrae sus efectos al comienzo de la guarda. Así lo expresa, “el juez dice la filiación porque la ve fraguada, inscrita en la identidad dinámica de niños y pretendientes padres. La reconoce y la dice (...) En la filiación biológica los efectos de la sentencia se remontan

a la concepción (de ahí los alimentos a la embarazada). En la filiación adoptiva en el origen mismo en que comenzó a gestarse ese niño en esa familia: en el vientre social de la guarda previa a la adopción.”

En forma coincidente, la construcción jurisprudencial, anterior al Código Civil y Comercial como la posterior, recoge estas nociones, haciendo hincapié en la finalidad de la adopción y los vínculos afectivos consolidados en el tiempo, todo en función del interés superior del niño (art. 3.1 CDN; art. 3 Ley 26.061; art. 4 Ley 12.967; art. 595 inc. a); art. 706 inc. c) Cód. Civ. y Comercial).

Así ha sostenido nuestro Tribunal Supremo: “cuando no exista un ambiente familiar de estabilidad y bienestar, los intentos de la comunidad por ayudar a los padres en este aspecto hayan fracasado y la familia extensa no pueda ya cumplir esta función, se deberá recurrir a otras posibles modalidades de colocación familiar, entre ellas los hogares de guarda y la adopción, que en la medida de lo posible deberán reproducir un ambiente familiar de estabilidad y bienestar y, al mismo tiempo, crear en los niños un sentimiento de permanencia, para evitar los problemas relacionados con el ‘desplazamiento’ de un lugar a otro” (Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Opinión Consultiva OC-17/02, 28/08/2002. Serie A No. 17, párr. 73) (CSJN; 16/09/2008, “G., M. G. s/ protección de persona”; LA LEY, 2008-F, 59, argumentos mantenidos en “M., M. S. s/ guarda”, 27/05/2015, La Ley Online; Idem CCiv. de Neuquén, Sala I; 31/03/2009, “G., C. Z.”; CAp. Concordia, 11/12/2013, “P., J. J. s/ guarda con fines de adopción (Expte. N° 1668)”, DFyP 2014 (abril), 01/04/2014, 77; CSJ Tucumán, sala civil y penal, 05/06/2015, “N., D. N. s/ especiales”; LA LEY, 2015-F, 31). En igual sentido se sostuvo que, “la adopción se concibe, además, como un proceso de compromiso psicológico y emocional por parte de los adultos, con el fin de establecer un vínculo afectivo con el niño, lo que se erige a través de la convivencia cotidiana impregnada de afecto y cariño (Juzg. Civ. Com. Familia N° 6, Río Cuarto, 18/11/2011, “M., C. R. c. B., S. B., La Ley Online). Así también en oportunidad de expedirse la justicia ante los casos de adopción por parte de convivientes, fundándose en la noción de socioafectividad (TCFlia. N° 5, Rosario, 15/11/2006, “O., A y

ot.”; Juzg. Flia. S. C. Bariloche, 05/11/2008, “G., P. E. A.” Juzg. Flia. N° 1 Esquel, 09/02/2010, “G., P. A. y ot.”; TFlia. La Plata, N° 2, 13/04/2010; “G., C. B.”; La Ley Online). Por su parte, la Suprema Corte de Buenos Aires ha dicho que, “...la vinculación afectiva que O. y S. forjaron en el transcurso de la convivencia común constituye para aquella una importante referencia biográfica que merece ser destacada pues forma parte de la construcción de su identidad ampliada en el derecho a conocer su origen que no se limita a la realidad biológica (arts. 3, 4, 5, 7 y 8, Convención sobre los Derechos del Niño; 75 inc. 22, CN; v. mi voto Ac. 104.589, sent. del 16/12/2009; arts. 595 y 596, inc. e, Cód. Civ. y Comercial). (...) La Convención sobre los Derechos del Niño protege el derecho del niño a conocer su realidad biológica, pero también el de preservar su intimidad de injerencias arbitrarias, los lazos afectivos que pudiere haber consolidado, su personalidad y convicciones, su nacionalidad, su cultura, etc. (...) En este reconocimiento de la socioafectividad en las relaciones del niño y adolescente es donde se destaca la importancia en el desarrollo del niño de aquellas personas que, sin tener con él un vínculo legal de parentesco, tienen una vinculación afectiva” (SCJBA, 11/11/2015, “A., O. E. s/ incidente”; LA LEY, 23/02/2016, 10; ídem, 21/10/2015, “P., R. A. s/ inscripción de nacimiento fuera de término”; LA LEY, BA-2016 (marzo), 196; 11/02/2016, “P., A. s/ guarda con fines de adopción”; La Ley Online; 19/10/2016, “M., T. L. s/ abrigo”; RCCyC 2017 (julio), 10/07/2017, 112). En idéntico sentido el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Misiones, se pronunció: “la sola circunstancia de que el menor haya convivido con los guardadores toda su corta vida, no así con su progenitora, creando vínculos afectivos y de pertenencia a su núcleo familiar, resulta el fundamento medular a los fines de salvaguardar y proteger al menor de cambios que puedan desestabilizarlo y que produzcan en él situaciones que puedan marcar o dañar su desarrollo emocional y psíquico” (STJ Misiones, 03/11/2015, “Da Silveira, Alejandra S. Y. s/ disposición de menor”; LA LEY Litoral 2016 (abril), 19/04/2016, 261). Asimismo, la Sala M de la Cámara Nacional de Apelaciones, fundó su decisión de igual modo en la existencia de lazos afectivos insoslayables: “se desprende de las expresiones allí volcadas, una clara referencia

positiva de los lazos entre la guardadora y la niña, quien en sus pocos años de vida, es el único entorno familiar que ha conocido (...) En este sentido, el interés superior del niño debe ser la única meta del juzgador al tiempo de decidir cuestiones como la presente y quedan excluidos por lo tanto, los preceptos legales abstractos cuando la aplicación a la realidad concreta demuestra que su observancia afecta el interés superior antes mencionado” (CNACiv., Sala M, 17/11/2016; “M., M. s/ guarda”; LA LEY, 2017-A, 230, Idem, TFlia. Jujuy, Sala I, 06/06/2016, “Adopción Plena: E., M. A. y N., M. V.”; La Ley Online; SCJBA; 19/04/2017; “G. C. M. y otro, adopción, acciones vinculadas” (voto en disidencia Dr. Pettigiani), ElDial.com). Igualmente con fundamento en la noción de socioafectividad pero declarando la inconstitucionalidad de las normas del código civil y comercial (Tribunal Colegiado de Familia N° 5 de Rosario, 07/09/2016, “L., A. s/ guarda preadoptiva y su conexo L., A. E. sobre adopción”, La Ley Online; Juzg. Flia. N° 1 Corrientes, “N. A. M. M. I. s/ adopción”, 10/05/2017, ElDial.com; Juzg. Flia. N° 2 Río Gallegos, “Autoridad de Infancia Provincial s/ petición medida excepcional”; 11/07/2017, El Dial.com).

En cuanto a la regulación legal de la adopción, el código civil y comercial comienza el capítulo respectivo definiéndola y describiendo los principios generales que la rigen (art. 595) en el entendimiento de establecer las nociones bases a los fines de interpretar y aplicar las normas que dispone a continuación, en clara congruencia con el paradigma actual de tutela judicial efectiva de los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes, descrito precedentemente.

Así en su inciso a) establece en primer lugar al “interés superior del niño”. Adviértase que ya desde la ratificación efectuada por nuestro país a la Convención sobre los Derechos del Niño por ley 23.849, el principio rector rige en todas las cuestiones donde se tomen decisiones respecto a las niñas, niños y adolescentes (artículo 3.1 de la Convención), habiendo adquirido rango constitucional a partir de la reforma de la Constitución Nacional de 1994, que incorpora los tratados internacionales de derechos humanos con tal jerarquía (artículo 75, inciso 22). Idéntica norma consagraba el inciso i) del artículo 321 del

derogado Cód. Civil, introducido por la Ley de Adopción 24.779. En razón de lo cual, al otorgar la adopción el juez deberá valorar este principio rector, de interpretación y garantista del interés superior del niño, que entiendo como derecho preexistente (Brunetti, Andrea M., "El interés superior del niño como garantía del debido proceso", MyF, 04, 2014, Conferencia del I Congreso Internacional de Direito Processual Civil de Presidente Prudente - San Pablo - Brasil, set. 2014). Constituye doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación "que la consideración primordial del interés del niño (...) orienta y condiciona toda decisión de los tribunales de todas las instancias llamados al juzgamiento de los casos incluyendo a esta Corte Suprema (Fallos: 318:1269, especialmente considerando 10)". Así ha sostenido que la atención principal al interés superior del niño "apunta a dos finalidades básicas, cuales son la de constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses, y la de ser un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al niño. El principio pues, proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos. De esta manera, frente a un presunto interés del adulto, se prioriza el del niño", destacando "el derecho que tiene todo niño de vivir, de ser posible, con su familia biológica constituida por sus progenitores" considerando "axiológicamente deseable que la identidad filiatoria de una persona se sustente desde su presupuesto biológico en vínculos consolidados en relaciones parentales constituidas a partir de la procreación", pero sin perjuicio de lo asentado, la Corte afirmó que "el concepto de identidad filiatoria no es necesariamente correlato del elemento puramente biológico determinado por aquella", que la "verdad biológica" no es un valor absoluto cuando se la relaciona con el interés superior del niño, pues la identidad filiatoria que se gesta a través de los vínculos creados por la adopción es también un dato con contenido axiológico que debe ser alentado por el derecho como tutela del interés superior del niño. Ello, claro está, respetando el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares, tal como los estados partes firmantes de la citada convención se comprometen a

asegurar (conf. art. 8º, 1), y correlativamente a velar para que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, salvo que tal separación fuese indispensable para preservar el interés superior del menor (art. 9º, 1)" (Fallos Corte: 328:2870).

En igual sentido Krasnow, citando a Cecilia Grosman concluye que, el interés superior de una niña, un niño o un adolescente adoptado, logra concretarse cuando su inserción en una familia adoptiva les brinda un ámbito que les permite hacer realidad sus derechos humanos personalísimos (Krasnow, A., op. cit. p.480). Por lo que claramente, el interés superior del niño en la adopción se revela a través de la posibilidad de brindarle la familia adoptiva, la máxima satisfacción, integral y simultánea de sus derechos y garantías.

Desde esta noción de la adopción, los principios que la inspiran (art. 595 Cód. Civ. y Comercial) y las normas constitucionales y convencionales aplicables al caso (art. 1 y 2 Cód. Civ. y Comercial), pasará a analizar los requisitos formales y sustanciales de procedencia en razón de las particularidades del caso concreto.

En efecto, el presente caso presenta circunstancias especiales que deben ser tenidas debidamente en cuenta, las que serán el motivo fundante de la decisión.

Al respecto se han comprobado en autos, y en los conexos por cuerda N° ... sobre guarda pre adoptiva, las condiciones personales, edad, y aptitudes de la pretensa adoptante, como así también el cumplimiento de los requisitos legales referidos respecto de su esposo fallecido; su idoneidad para cumplir con las funciones de cuidado, educación; sus motivaciones y expectativas frente a la adopción, el respeto asumido frente al derecho a la identidad y origen del niño (art. 595 inc. b y e, conforme dispone la norma del artículo 613 Cód. Civ. y Comercial), ya comprobado ello anteriormente, y en vida del guardador fallecido, todo lo cual motivó el otorgamiento de la guarda respectiva. En estos actuados por cuerda, se evaluó la particular situación de S., poniéndose especial énfasis en lo manifestado y expresado por el propio niño, a través de la palabra (fs. 26 escucha, informe ambiental a fs. 42 etc.) sus dibujos (fs. 30) y lo informado por

el profesional psicólogo (fs. 36, y autos “M., M. y otros s/ guardas” cuij N° ...) de lo que surge que el niño tiene una decidida identificación en relación a su padre, E. V., con lo cuál si existe la posibilidad de que pueda tener su apellido le sería favorable en cuanto a reforzar esta identificación, que le ha permitido elaborar muchas de sus problemáticas.

En tal sentido, consta a fs. 29 de los presentes, informe socio ambiental realizado en el hogar familiar que da cuenta que, el grupo familiar conviviente se encuentra conformado —en la actualidad— por S., la actora, y otro hijo de la actora, Y. V. de 24 años. Comunica la actora que el niño concurre a la escuela, que ella debió renunciar a su trabajo para poder dedicarse a su cuidado; y en relación al estado de salud del niño refiere que la serología de S. es no detectable, que debe seguir con su medicación, su médico es el Dr. L.-P. del Hospital Vilela y que no tiene obra social. Con respecto a los ingresos económicos, informa que en el garage de la casa a la que se mudarán instalará una verdulería, y que además cuenta con la ayuda de su hijo Y. que trabaja en la radio de la Iglesia Evangélica. Concluyen las TS, que se escuchó al niño más desenvuelto y se nombra a sí mismo con el apellido de quien él considera fue su padre: V., que el niño se encuentra ahijado por la actora y su familia, y que mantiene lazos con su hermano biológico B.

Por su parte, celebrada audiencia cuya acta obra glosada a fs. 22 de los presentes, se constataron las mismas circunstancias descritas por la trabajadora social en su informe, fundamentalmente que S. se encuentra en perfecto estado psicofísico, integrado y adaptado a su familia. En efecto, en tal oportunidad se entrevistó a la actora y se escuchó al niño en presencia de la Defensora General, así la Sra. M. relató que respecto al estado de salud de S., el niño se encuentra muy bien porque cumplen correctamente con el tratamiento y la toma de los medicamentos, que continúa asistiendo a su psicóloga y que se encuentra cada vez mejor, incluso que la maestra del niño está contenta por los cambios positivos en la conducta de S. Mientras que el niño manifestó que se encuentra bien, que va a tercer grado, que se había reunido con su hermanito. Expresa que él se llama S. L. V. y así le gustaría que diga su documento, que se encuentra muy feliz

y deseoso de llamarse así. Ratificándose así todo lo dicho e informado, mostrándose afectuoso y cariñoso con su “mamá”. Asimismo en dicho acto la Sra. M. solicitó se mantenga el vínculo de S. con su hermano biológico B. (art. 595 inc. b); d); e); f), y art. 596 Cód. Civ. y Comercial).

En concreto, surge de las constancias referidas, y de la propia opinión del niño, que en los hechos se ha generado el vínculo filial, integrado totalmente el grupo familiar, cumpliendo cada uno los roles de hijo, madre, y padre, aún cuando este en la actualidad se encuentra fallecido. En definitiva, en palabras de Basset, se ha superado el test de convivencia, evidenciado en la filiación que así se ve constituida por el niño, la presentante y su por el guardador fallecido, quien desempeñara en vida el rol paterno respecto de S., y así el niño se identifica. No puede soslayarse el hecho de que el fallecido E. V., solicitó oportunamente la guarda con fines de adopción de S., otorgándose esta aún producido su deceso, en otras palabras, no cabe ninguna duda que V. manifestó en sede judicial su voluntad de adoptar a S., lo que evidenció además con el trato de hijo proporcionado al mismo en vida, reflejado en los actos procesales desarrollados en los conexos sobre Medida Excepcional y Guarda con fines de adopción, ambos por cuerda y precedentemente citados.

Se concluye entonces que, el vínculo socioafectivo se generó en vida del fallecido E. V., teniéndose a este por adoptante, en razón del pedido de guarda formulado por el mismo en autos conexos citados *ut supra*.

En efecto, el supuesto excepcional descrito encuentra marco legal en la norma del art. 605 del Cód. Civ. y Comercial que prevé la adopción conjunta con uno de los adoptantes fallecidos, lo que se ha dado en llamar en doctrina y jurisprudencia, adopción post mortem. El presupuesto legal en tal hipótesis exige que el plazo de la guarda con fines adoptivos otorgada al matrimonio o unión convivencial se haya completado después del fallecimiento de uno de los cónyuges o convivientes, para así establecer que la adopción pueda ser otorgada al sobreviviente y generar vínculos jurídicos de filiación con ambos integrantes de la pareja. Señala Natalia De La Torre en comentario a

la norma citada que, ello no es novedad en nuestro Derecho, recuérdese que la norma del art. 324 del Cód. Civ. y Comercial ya lo preveía, y cita el conocido fallo del Tribunal de Familia de Mendoza del 19/02/1999 “B., T.” en el que fallece uno de los cónyuges que había solicitado la adopción de la niña. No obstante el nuevo código tiene como novedad la inclusión de la unión convivencial en el reconocimiento normativo. Refiere que la adopción post mortem se ha fundado principalmente en el efecto retroactivo de la sentencia de adopción según art. 618, que permite extender la previsión legal del 605 a supuestos distintos al previsto en su letra por aplicación también de los principios generales delineados en el art. 595 Cód. Civ. y Comercial. Así por “aplicación del principio de realidad, el interés superior del niño, su derecho a la identidad, y la protección integral de la familia, la ley manda resguardar los vínculos filiales constituidos en los hechos, reconociendo efectos jurídicos filiales con el padre o madre ya fallecido”. Concluye que los presupuestos que hacen procedente la adopción post mortem son en primer término el cumplimiento del plazo de guarda conforme art. 614 Cód. Civ. y Comercial; segundo, que esa guarda haya sido conferida en cabeza de ambos (cónyuges o convivientes); tercero, que será facultativo del Juez otorgarla en razón de la idoneidad comprobada de los adoptantes a tenor del, por principio rector del interés superior del niño; finalmente, la norma del art. 605 Cód. Civ. y Comercial, configura otra excepción a lo dispuesto por la norma del art. 634 inc. d) Cód. Civ. y Comercial, que sanciona con nulidad absoluta el caso de adopción dual conferida a personas no encontrándose casadas o en unión convivencial (en Tratado de Derecho de Familia según el código civil y comercial de 2014, op. cit. p. 209 y ss.).

Todos presupuestos que en el presente caso se encuentran cumplidos, de conformidad a lo expuesto en los párrafos precedentes y según se analizará más adelante, respecto a idoneidad de los adoptantes y requisitos formales.

Tal razonamiento que se comparte, ya ha sido receptado por la Corte Federal y con anterioridad a la sanción del Código Civil y Comercial de 2014, poniendo el acento del análisis y resolución del caso en el interés superior del niño y en los

vínculos generados con quien en vida lo insertó en su grupo familiar y expresó su voluntad adoptiva al promover y obtener la guarda, invocando precedentes jurisprudenciales del orden internacional de tutela de los derechos humanos, esto es “Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Forneron e hija c. Argentina”, de fecha 27/04/2012. Así se pronunció en el caso el Procurador General de la Nación, “los magistrados —en su arduo oficio— deben desentrañar la significación jurídica de las leyes y superar la rigidez de las pautas gramaticales y, a la vez, abstenerse de toda inteligencia que equivalga a prescindir del régimen aplicable (arg. Fallos: 316:814; 319:2476; 326:1864, por remisión al dictamen de esta Procuración) (...) nuestro sistema normativo —bien que no contempla específicamente el supuesto de autos— no repulsa, sino que recepta la idea de la adopción post mortem respecto del guardador fallecido (art. 324 del Cód. Civil), admitiendo también ciertos efectos relacionados con personas muertas, como es la adición del apellido de estas (arts. 326 y 332) (del dictamen del Procurador General de la Nación, CSJN; “M. d. S., R. y otra s/ ordinario s/ nulidad de sentencia e impugnación declaratoria de herederos”, 26/09/2012, LA LEY, 2012-E, 693).

Así también la jurisprudencia hizo lugar a un caso de adopción pos mortem, ya bajo la vigencia del nuevo código, aún cuando se trataba de un supuesto de persona adoptada mayor de edad: “La adopción plena post mortem de la solicitante, quien vivió y se identificó casi toda su vida como hija de la causante, debe ser otorgada, con efectos retroactivos a la fecha de concesión de la guarda preadoptiva, pues la situación se enmarca en el art. 597, inc. b del Cód. Civ. y Comercial, aplicable conforme el art. 7 de la misma normativa, y no se violenta el orden público familiar, pues se está respetando la identidad adoptiva que se consolidó durante más de treinta años” (TFIa., Formosa, 29/10/2015, “G., G. A. s/ guarda con vías de adopción”, La Ley Online). Razón por la cual, el otorgamiento de la adopción denominada “post mortem” resulta procedente en virtud de lo dispuesto por las normas de los artículos citados y art. 594 y 595 inc. a) del Cód. Civ. y Comercial, y a la luz de las normas convencionales y constitucionales que aseguran el derecho humano fundamental de S. a vivir en su familia (art. 11

CADH; arts. 14 bis; 75 inc. 19 y 22 CN; Preámbulo, arts. 9.1; 20 y 21 CDN).

Sentado todo ello, a continuación se analizarán los aspectos formales del caso y se tiene que, se encuentra verificada en autos tanto la edad mínima para ser adoptantes como la diferencia de edad exigida por la ley sustantiva entre los mismos y el adoptando, conforme artículo 599 del Cód. Civ. y Comercial (fs. 6/7) y situación del adoptado (art. 597 Cód. Civ. y Comercial). Se ha dado cumplimiento a la exigencia de la norma del artículo 600 de dicho cuerpo legal, en tanto se ha acreditado la residencia permanente en el país de la actora, y otrora del fallecido guardador (fs. 6).

Ahora bien, respecto de la exigencia de la norma del art. 600 inc. b) en cuanto a encontrarse inscritos los solicitantes en el Registro de adoptantes, merece un detenido análisis, a la luz de las normas constitucionales y convencionales vigentes, que ordena interpretar y aplicar precisamente, el mismo Código Civil y Comercial (art. 1 y 2 del Título Preliminar), dada la imposibilidad de concreción de dicha inscripción por parte de los actores, en el registro respectivo. En efecto, la particular circunstancia por la cual los actores asumieron el cuidado de S. hace siete años por decisión del propio Estado a través de su poder ejecutivo, motivó la negativa del Registro respectivo —órgano también perteneciente al Poder Ejecutivo— a cumplimentar con la manda judicial de inscripción al mismo por parte de los referidos. Cabe hacer la salvedad que, hasta el momento el Registro no solo inscribía sino que también evaluaba los aspirantes que por orden judicial se determinaba (“D., G. F. y otros s/ adopción, N° ...”). Ante la negativa se debió ordenar la evaluación a través de los equipos profesionales del poder judicial, y de este modo se realizó informe socio ambiental en el domicilio de los adoptantes efectuado a través de la Trabajadora Social del Tribunal de San Lorenzo (fs. 29 y 42 de los conexos Exp. N° ... s/ guarda). En el entendimiento de que, lo trascendental a los fines de considerar la pretensión adoptiva y conforme la normativa vigente, es evaluar la idoneidad de los aspirantes a guarda a efectos de dar efectividad al derecho del niño a vivir en familia, esto más allá de la formalidad de encontrarse inscritos los actores en un Registro.

Adviértase que es doctrina del Tribunal Supremo evitar la “apreciación rigurosamente literal de los textos legales aplicables, en desmedro del mejor interés del niño consagrado en los arts. 3.1 y 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño”. Así ha sostenido que, “Acorde con la misión específica que les compete en el ámbito del derecho de familia, los jueces no pueden dirimir los problemas humanos mediante la aplicación de fórmulas o modelos prefijados, desentendiéndose de las características del caso. Por ende, para apreciar si corresponde la adopción de un niño, no es posible prescindir del estudio de los antecedentes de la causa”. También, “Los tribunales han de implementar el principio del mejor interés del niño analizando sistemáticamente cómo los derechos y las conveniencias de este se ven o se verán afectados por las decisiones que habrán de asumir (Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 5, “Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y parág. 6 del artículo 44)”, 2003, HRI/GEN/1/Rev. 7, parág. 12, p. 365). Aquella regla no atiende exclusivamente a los beneficios en el plano económico, social o moral, sino que impone ponderar las implicancias que la sentencia pueda tener sobre la personalidad en desarrollo (...) La atención central hacia el interés del niño, orienta y condiciona toda solución en materia de menores de edad, de manera que —como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal— corresponde a esa Corte aplicar —en la medida de su jurisdicción— los tratados internacionales a los que nuestro país está vinculado, con la preeminencia que la Constitución les otorga (art. 75, inc. 22, Ley Fundamental) (...) La CDN no solo vuelve sobre dicho interés en repetidas oportunidades (arts. 9.1 y 3, 18, 20.1, 37.c y 40.2.b.iii), sino que lo hace con una muy particular significación en la presente materia: “(l)os Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial” (art. 21) (...) En palabras del Comité, ese interés será “la” consideración primordial en la adopción y no solo “una” consideración primordial (Observación General N° 7, Realización de los derechos del niño en la primera infancia, 2005, CRCC/GC 7/Rev. 1, párr. 36.b) (...) El niño tiene derecho a una protección

especial que debe prevalecer como factor esencial de toda relación judicial (...) La identidad filiatoria también puede gestarse a través de vínculos consolidados en los primeros años de vida, configurándose allí un dato con contenido axiológico relevante a la hora de evaluar el interés superior del interesado (...) La interpretación de este régimen requiere máxima prudencia en aquellos supuestos no contemplados expresamente, pero tampoco incluidos entre las causales de prohibición. Se torna así aconsejable preferir aquella inteligencia de la ley que no la oponga eventualmente a los textos constitucionales; y, en definitiva, aquella que favorezca la vigencia del instituto y no la que dificulte o entorpezca la jerarquización del vínculo adoptivo y la integración familiar” (arg. Fallos: 308:1978 y 321:865; 308:1978; 321:865; 328:2870; 330:642; 331:147; y S.C. G. N° 617, L. XLIII, “G., M.G. s/ protección de persona —causa N° 73.154/05—”, del 16 de septiembre de 2008, del dictamen del Procurador General de la Nación en CSJN, 26/09/2012, “M. d. S., R. y otra s/ ordinario s/ nulidad de sentencia e impugnación declaratoria de herederos”, LA LEY, 2012-E, 693).

Continuando con el análisis del caso concreto, las evaluaciones respecto a la idoneidad para ser adoptantes resultaron positivas, habiendo dictaminado favorablemente a la concesión de la guarda con estos fines, la Defensora General actuante oportunamente, y así se otorgó la misma mediante resolución N° ... de fecha 1 de Junio de 2018. Resolución en la que la suscripta analizó la situación de autos, a la luz de la normativa vigente, constitucional y convencional (art. 1 y 2), y en razón del extenso tiempo transcurrido desde el 18 de mayo de 2012 hasta dicho momento, lo dispuesto por los arts. 614 y 616 del Cód. Civ. y Comercial, interpretando lo dispuesto por la norma del art. 611 *in fine* del referido cuerpo legal, la que se entendió inaplicable priorizando el interés superior del niño, estimando procedente el otorgamiento de la guarda con fines adoptivos (fs. 50/62 de los conexos citados). Motivo más que suficiente para tener por cumplimentados en la actualidad los requisitos formales de procedencia para la presente adopción.

Al respecto refiere Herrera, que “la inscripción es un requisito esencial ya que toda persona que

pretende adoptar un niño debe estar preparada para adoptar y este análisis deben llevarlo adelante organismos especializados como los registros locales que cuentan con la versación en la difícil y compleja tarea de evaluar la aptitud para adoptar. Máxime cuando son los jueces quienes tienen la gran responsabilidad de elegir los mejores padres adoptivos para un niño de una nómina que suele ser extensa, y ellos carecen de la formación necesaria para llevar adelante esta tarea, por lo cual necesitan de la asistencia de los registros de adoptantes. Se pregunta, ¿Acaso una buena elección de los futuros padres adoptivos de un niño no permitirá evitar conflictos de extrema gravedad como son los casos de “devoluciones”? (Herrera, Marisa, El decálogo..., op. cit.). Coincido con las apreciaciones de la destacada jurista, razón por la cual, ante la negativa del Registro de inscribir y evaluar a quienes detentan el cuidado de S. por decisión estatal, desde hace más de siete años, se ha suplido la exigencia legal a través de la evaluación ordenada en autos, y realizada por las profesionales del trabajo social de este tribunal. Por lo que considero cumplido el objetivo de la ley al establecer la formalidad de la inscripción en el registro de adoptantes.

Cabe advertir que, con anterioridad a la sanción del Código Civil y Comercial, y bajo la normativa otrora vigente, el órgano supremo ya se había expedido respecto al valor que entiende otorgar a tal recaudo legal, y así dijo que, “la exigencia de la inscripción en el Registro Único no puede constituirse en un obstáculo a la continuidad de una relación afectiva entre un niño y sus padres guardadores, si estos han demostrado que reúnen las condiciones necesarias para continuar con la guarda que les fue confiada” (CSJN, 19/02/2008, “G., H. J. y D. de G. M. E.”, LA LEY, 2008-F, 59; Ídem, SCJBA, 11/02/2016, “P., A. s/guarda con fines de adopción”, La Ley Online; SCJBA, 21/10/2015, “P., R. A. s/ inscripción de nacimiento fuera de término”, LA LEY, BA-2016 (marzo), 196; CAp. Concordia, Sala Civ. y Com. II, 11/12/2013, “P., J. J. s/ guarda con fines de adopción”, DFyP 2014 (abril), 01/04/2014, 77; Juz. Flia. Corrientes, “N. A. M. M. I. s/ adopción”, 10/05/2017; ElDial.com; Juzg. Flia. Río Gallegos, Sta. Cruz, 11/07/2017, “Autoridad de Infancia Provincial s/ Peticiona medida excepcional”, ElDial.com; CNACiv., sala M, 17/11/2016, “M., M. S. s/ guarda”, LA LEY, 2017-A, 516).

Otorgando mayor valor a la idoneidad y aptitud evidenciada a través de los lazos afectivos ya desarrollados entre el niño y sus guardadores, por sobre la exigencia del requisito formal, ello en razón de priorizar el mejor interés del niño, tal como se impone constitucional y convencionalmente (art. 3 CDN; art. 75 inc. 22 CN; a nivel interno, art. 595 inc. a); art. 706 inc. c) Cód. Civ. y Comercial; art. 3 Ley 26.061; art. 4 Ley 12.967).

En definitiva de lo que se trata es de realizar un obligado y necesario control de legalidad de la adopción como ciertamente enseña Basset. Advierte la distinguida jurista, en argumentos que comparto y hago propios, que es en el control y la respuesta jurisdiccional en dónde se encuentra la clave, otorgando la solución favorable al interés del niño en concreto y expresa, "Jamás declarar la inconstitucionalidad de una buena norma, pero hacer una interpretación integrativa y ceñida al caso concreto, cuando la aplicación de la norma aislada de su contexto, produce un resultado injusto". Señala que se trata de una cuestión formal, sin embargo, "estos recaudos tienen la funcionalidad de preservar bienes jurídicos. Tanto el derecho humano del niño a la familia, como el derecho a la dignidad del niño, dependen del control de la legalidad adoptiva". De ello sigue que, el control de legalidad de la adopción es una forma de controlar la idoneidad. La prohibición de la entrega directa se impone en tanto es "un flagelo que esconde fácilmente la contractualización de la infancia y deriva también en un cambio de eje que privilegia el derecho adulto a un proyecto de vida familiar que es capaz de aniquilar la dignidad humana de un niño con tal de llevarlo ese proyecto a cabo" (cfm. CIDH, "Fornerón v. Argentina", 27/04/2012). No obstante, ello no implica desconocer una filiación consumada, pues de este modo se conspiraría contra el mismo principio que viene a asegurar: el derecho del niño a crecer en un contexto familiar". Concluye que el código adoptó un control de legalidad sancionatorio y no preventivo a través del artículo 611 *in fine* y art. 634 inc. h), sin embargo el derecho positivo vigente obliga al buen juez a integrar las fuentes (art. 1 y 2 Cód. Civ. y Comercial), a realizar una interpretación integrativa con los Tratados Internacionales de los que la Argentina es parte, incluyendo armónicamente todas las fuentes

jurídicas que informan el derecho positivo y no solo un artículo aislado, "para dar como resultado un producto armónico, que tutele la dignidad del hijo pero que no le quite derechos, en el caso, ya adquiridos" (Basset, U.; op. cit.).

En efecto, de ningún modo podría anteponerse a la efectiva realización del derecho humano del niño a vivir en una familia, el cumplimiento de un requisito formal, como es la inscripción al Registro de adoptantes, toda vez que la razón de ser de las normas regulatorias del instituto de la adopción, radican precisamente en dotar de efectividad a este derecho humano fundamental. Siendo indudablemente la finalidad de la norma formal, proveer al procedimiento adoptivo de mecanismos óptimos de control estatal, con el firme propósito de evitar que una institución jurídica de tal envergadura, quede a merced de la voluntad de particulares, cuando su principal objetivo es combatir el tráfico de niños y dotar de transparencia el procedimiento adoptivo, conforme los compromisos asumidos por el Estado argentino internacionalmente.

A todo evento, es doctrina de la Corte Federal, que, "... cuando se trata de resguardar el interés superior del niño, atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia y la naturaleza de las pretensiones, encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con particular tutela constitucional (conf. Fallos: 324:122 y 327:2413 y 5210)"; así también como ya se resaltara, "... resulta totalmente desvirtuada la misión específica de los tribunales especializados en temas de familia si estos se limitan a decidir problemas humanos mediante la aplicación de una suerte de fórmulas o modelos prefijados, desentendiéndose de las circunstancias del caso que la ley les manda concretamente valorar (conf. Fallos: 323:91; 328:2870; 331:147 y 2047)", haciéndose hincapié en lo antes referido, respecto de que "... el interés superior del niño proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos. De esta manera, frente a un presunto interés del adulto, se prioriza el del niño" (conf. Fallos: 328:2870; 331:2047 y fallos cit. ut. sup.).

Ergo la pregunta es, acaso en virtud de la imperiosa necesidad de combatir el tráfico de niños y dotar de transparencia al procedimiento adoptivo —razón de ser de la inscripción al Registro, y la existencia de un listado depurado y evaluado— deben rechazarse las pretensiones de adopción fundadas en los firmes lazos afectivos consolidados en el tiempo, originados por el propio accionar estatal? Aun peor, anular dichas adopciones? Esto es lo que proponen las normas de tutela de los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes a la hora de regular la adopción, es decir, a la hora de dar efectividad al derecho humano fundamental de vivir los niños en familia? Definitivamente no.

Precisamente como bien lo explica Silvia Fernández en minucioso comentario al artículo 611 del código civil y comercial, el principal objetivo de la creación y funcionamiento del Registro —que surge de las consideraciones expuestas con motivo de la presentación del proyecto de ley de su creación (ley 25.854) y expuesto en el fallo citado— reside en “evitar el tráfico de niños, el amiguismo en la entrega de menores en condiciones de adoptabilidad, el peregrinaje de los padres adoptantes por diversas circunscripciones territoriales a los fines de adoptar un niño y las deficiencias de las entidades no gubernamentales”. Resalta lo referido en tales consideraciones en cuanto a que el “proyecto tiene como causa determinante las disposiciones de la Convención Internacional de los Derechos del Niño (ONU, Nueva York), incluida en el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional y ratificada por la ley 23.849”. Se destaca allí que, “Contiene como premisa fundamental y debe tenerse presente también en su aplicación, la declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 41/1985, del 3 de diciembre de 1986”. Se expone la idea sobre la función real y social del Registro en el sentido de que, la creación del Registro Nacional de Adoptantes “será una central de datos para facilitar el trabajo del juez de la causa, cuyas propuestas deberán analizarse caso por caso por el magistrado actuante con la participación del equipo

técnico disciplinario, aunque dicha evaluación implique no respetar estrictamente el orden del listado”. Concluye en su aspecto fundamental que consiste mantener el derecho a la identidad salvaguardado con el compromiso que asumen los adoptantes de informar a su hijo sobre su verdadero origen (Fernández, Silvia, en Tratado de Derecho de Familia según el código civil y comercial de 2014, op. cit., p. 295).

La precedente interpretación formulada resulta de fundamental importancia, en razón de la severa sanción dispuesta por la norma del artículo 634 inc. h) del Cód. Civ. y Comercial, norma a la que luego me referiré en concreto.

No obstante, adunando el argumento antes expuesto, tanto doctrina y jurisprudencia han atribuido idéntico valor a tal requerimiento, priorizándose el interés superior del niño, frente a situaciones de hecho consolidadas en el tiempo, entendiéndose que el Registro de adoptantes constituye una herramienta al servicio de los derechos de los niños y no a la inversa, como un “medio instrumental ordenado a la consecución de un fin”. Lo trascendental a la hora de evaluar una pretensión adoptiva reside concretamente en la aptitud e idoneidad de los aspirantes en relación a la situación del niño, niña o adolescente en cada caso, priorizando su interés superior (Medina, Graciela, “La guarda directa en el Código Civil y Comercial Unificado y en la jurisprudencia de la CSJN”, DFyP 2015 (agosto), 20/08/2015, 77).

En rigor de verdad, se da por sentado que, las personas inscritas en el Registro, evaluadas por el mismo y cuyos legajos son remitidos a los juzgados ante los casos de otorgamiento de las guardas pre adoptivas, acreditan la idoneidad requerida. Sin embargo, esto último no constituye una circunstancia eximida del análisis del juez competente. Así se ha sostenido que, los tribunales deben ser sumamente cautos en modificar situaciones de hecho, y mantener en consecuencia, aquellas condiciones de equilibrio que aparecen como más estables, evitando así nuevos conflictos cuyas consecuencias resultan impredecibles (CSJN; Fallos: 328:2870).

A esta altura del razonamiento del caso, merece hacer especial hincapié en la historia

personal de S. Conforme surge de lo expuesto en actuaciones obrantes en el conexo Exp. N° ... s/ guarda, el niño nació el 27 de Diciembre de 2008 en circunstancias de vulnerabilidad, padeciendo HIV, de lo cual fue diagnosticado el 10/05/2011. Como consecuencia de una medida de protección excepcional adoptada por la Dirección Provincial de Niñez el 18 de mayo de 2012 el niño fue puesto bajo el cuidado y acogimiento de la familia solidaria conformada por M., E. —hoy fallecido— y sus hijos, mientras que su hermano biológico B., fue alojado bajo el cuidado de otra familia solidaria, quienes en la actualidad son sus padres adoptivos. A partir de allí fue largo el camino hasta la adopción de una resolución definitiva que dio lugar a la declaración en situación de adoptabilidad de los niños, puesto que las medidas tendientes a que los niños permanecieran con su familia de origen no dieron resultados positivos. Si bien S. y B. son hermanos biológicos, no han convivido en familia desde su separación, a escasa edad de B., por las razones expuestas y en el mejor interés del niño; no obstante, por iniciativa de las familias de acogimiento de ambos, los niños pudieron mantener durante estos años el vínculo fraternal.

Lo expuesto en breves palabras, pero que significan la historia de S. y cómo el niño construyó su identidad subjetiva junto a esta familia, resultan argumentos por más de suficientes a los fines de adoptar la decisión del caso, que no puede ser otra que otorgar la adopción solicitada. A pesar de lo dispuesto por el art. 611 último párrafo, norma ya interpretada oportunamente, al igual que lo dispuesto por el art. 600 inc. b) del Cód. Civ. y Comercial, cuyo texto literal, resulta inaplicable al presente caso, en razón de los argumentos expuestos precedentemente. Hago propios los argumentos ya citados del Tribunal Supremo al pronunciarse en tal sentido, “el requisito de la inscripción en el Registro Único de Aspirantes no puede constituirse en un requerimiento a tener en cuenta con rigor estrictamente ritual, pues, al tratarse de la construcción de un sistema de protección civil y protección social en beneficio de la sociedad y de la niñez, debe ser interpretado y aplicado con arreglo al principio rector, a la piedra fundamental en la que reposa la protección integral de los derechos del niño, cual es el interés superior de este, que orienta y condiciona

toda decisión de los tribunales de todas las instancias, incluyendo a la Corte Suprema” (CSJN, op. cit.).

Más aun cuando tanto doctrina como jurisprudencia son contestes en que a los fines de evaluar la procedencia de la adopción, lo trascendente es evaluar la idoneidad de los adoptantes reflejada en el devenir diario de la vida familiar del niño junto a los pretendidos adoptantes durante todo el período en que lo tuvieron a su cuidado y el de guarda. En el presente caso, durante siete años. De lo cual dan cuenta todas y cada una de las constancias de autos, de los conexos sobre guarda pre adoptiva y sobre control de legalidad de la medida excepcional, en especial surge del propio relato de S., quien se refiere a su mamá, sus hermanos y su papá que está en el cielo.

Por los mismos motivos, y debido a la decisión judicial que aquí se adopta (art. 3 Cód. Civ. y Comercial), fundada en las normas vigentes del Código Civil y Comercial de la Nación, conforme lo dispuesto por los artículos 1 y 2 del mismo cuerpo legal, es decir razonadas bajo el prisma constitucional y convencional del corpus juris de los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes, cuya tutela judicial efectiva impone asegurar el derecho de S. a vivir, crecer y desarrollarse en “su” familia (art. 11 CADH; arts. 14 bis; 75 inc. 19 y 22 CN; Preámbulo, arts. 9.1, 20 y 21 inc. a) CDN), y así priorizando su mejor interés (art. 3 CDN; art. 3 Ley 26.061; art. 4 Ley 12.967; art. 595 inc. a) y art. 706 inc. c) Cód. Civ. y Comercial) por sobre cualquier norma formal, de modo alguno podrá resultar aplicable, lo dispuesto por el art. 634 inc. h) del mismo código civil y comercial, que a lo largo de su articulado da sustento a la adopción que aquí se declara.

Los lazos socioafectivos preexistentes, construidos por S. con su entorno durante estos largos siete años, frustran cualquier intento de aplicar sanciones por demás de excedidas cuando en definitiva de lo que estamos hablando en el caso es de adopción, en otras palabras, de brindar la posibilidad al niño de vivir y crecer en familia, satisfaciendo sus necesidades afectivas y materiales, priorizando su interés superior.

Entiendo excesivo e innecesario declarar la inconstitucionalidad de las normas que en su

literalidad se estiman inaplicables en el presente caso (art. 600 inc. b); art. 611 *in fine*; art. 634 inc. h), en razón de corresponder interpretarlas a la luz de la pluralidad de fuentes materializadas en el Título Preliminar del Código Civil y Comercial. En tal sentido, es doctrina de la Corte Suprema de la Nación que, "...la declaración de inconstitucionalidad de un precepto de jerarquía legal constituye la más delicada de las funciones a encomendar a un tribunal de justicia, y configura un acto de suma gravedad que debe ser considerado la última ratio del orden jurídico, por lo que no cabe formularla sino cuando un acabado examen del precepto conduzca a la convicción cierta de que su aplicación conculca el derecho o la garantía constitucional invocados (CSJN, Fallos: 319:3148; 328:4542; 329:5567; 330:855; 331:2799, entre muchos otros).

En efecto, a modo de "guía en aspectos de técnica jurídica" para agilizar la lectura del código, explica el Presidente de la Comisión de Reformas, el nuevo modelo de decisión judicial que trae el código aclamado en consenso por doctrina y jurisprudencia (art. 3). Con ello, "establece la necesidad de una decisión judicial razonablemente fundada mencionando una pluralidad de fuentes que exceden su propio texto, lo cual lleva a un necesario diálogo entre ellas". Fuentes que el propio código dispone en su art. 1º cuando reza, "Los casos que este código rige deben ser resueltos según las leyes que resultan aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto se tendrá en cuenta la finalidad de la norma"; y en su art. 2, regla de interpretación de las normas, "La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados de derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento". Así es doctrina de nuestro Tribunal Supremo, "Que es propio de la exégesis buscar el verdadero sentido de la ley mediante un estudio atento de sus términos que consulte la racionalidad del precepto y la voluntad del legislador. De ahí, que lo importante es no ceñirse a rígidas pautas gramaticales sino computar el significado profundo de las normas, pues el cometido judicial no concluye con la remisión a la letra de estas, toda vez que los

jueces, en cuanto servidores del derecho y para la realización de la justicia, no pueden prescindir de la ratio legis y del espíritu de aquellas (CSJN, Fallos: 307:398, voto del juez Fayt, y 330:1927).

En razón de ello, se han interpretado las normas aplicables a la adopción plasmadas en el Capítulo I del Título VI del Libro Segundo. Debiendo prevalecer por sobre cualquier otra regla, en razón del principio rector, de interpretación y garantista del interés superior del niño, la norma constitucional y convencional que tutela el derecho del niño a vivir y crecer en una familia, reconocido ello en la Convención sobre los Derechos del niño, "... el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión" (Preámbulo; art. 3; 9, 21 CDN; art. 75 inc. 22) materializado en el Código Civil y Comercial, art. 1, 2, 594 y 595. Tal como ordena la ley interna, los casos deben resolverse mediante decisión judicial razonablemente fundada según la ley aplicable pero conforme la Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos en los que la República sea parte. Así se han interpretado las normas del Capítulo I, Título VI, teniendo en cuenta su finalidad. Concluyendo sin hesitaciones que, la finalidad de las normas que regulan la adopción en general, apuntan a dotar de efectividad al derecho del niño a vivir y crecer en familiar, y satisfacer sus necesidades afectivas y materiales que su familia de origen no ha podido brindar. Asimismo, la finalidad de las reglas dispuestas en el Código Civil y Comercial, a los fines de la intervención del Registro de adoptantes en el procedimiento adoptivo, decididamente es conferir transparencia, solidaridad y ética al instituto jurídico y el procedimiento. De manera tal que ello no se encuentra reñido con la interpretación realizada en el presente, encontrándose las reglas formales a disposición de la efectividad de las normas sustanciales. Ergo, estas últimas han desplazado a aquellas reglas que impiden la concretización del derecho humano de S. a vivir y crecer en la familia que ya ha conformado, familia que lo protege, cuida y le asegura la plena vigencia de sus derechos.

Finalmente, no podría el mismo cuerpo legal ser constitucional e inconstitucional a la vez, cuando

ciertamente la constitución misma, y los tratados de derechos humanos respectivos, se encuentran materializados en el código civil y comercial, conforme se dispone en su Título Preliminar. No obstante lo dicho, cabe advertir la incongruencia del sistema normativo a modo de ser tomado en cuenta por nuestros legisladores. Reitero lo ya pronunciado en la respectiva resolución de otorgamiento de guarda pre adoptiva, no puede el Estado colocar en esta situación a las niñas y niños, para luego el mismo Estado desconocer la situación y sancionar con extrema severidad los vínculos afectivos consolidados luego de varios años, y por la propia inacción estatal. Se exige una revisión de las normas referidas a modo de contemplar situaciones que, como la presente, escapan a los casos que decididamente la ley debe combatir a fin de desterrar intolerables arbitrariedades y erradicar el tráfico de niños, robusteciendo la adopción desde un orden ético que garantice los derechos humanos de todas las niñas, niños y adolescentes.

Sentado ello, resta analizar las pautas legales a considerar para el otorgamiento de la adopción plena solicitada (art. 625 Cód. Civ. y Comercial), y en especial, la particular situación de esta familia, en la que S. consolidó sus vínculos como hijo y hermano en vida del fallecido V., a quien él indica como su padre. En definitiva, ponderar el derecho humano fundamental del niño a ser adoptado y la voluntad del adoptante manifestada en el pedido de guarda pre adoptiva —por parte del padre adoptante fallecido— y en la presente demanda de adopción por parte de la actora, pretensa adoptante, al a luz de las exigencias legales, convencionales y constitucionales.

En este orden de ideas, en primer lugar cabe señalar que preferentemente corresponde otorgar la adopción plena cuando se trate de niños, niñas o adolescentes huérfanos de padre y madre que no tengan filiación determinada, además cuando se haya declarado al niño, niña o adolescente en situación de adoptabilidad (inc. a); cuando sean hijos privados de responsabilidad parental (inc. b); o cuando los progenitores hayan manifestado ante el Juez, su decisión libre e informada de dar a su hijo en adopción (inc. c).

En atención a lo expuesto, y en consideración a las especificidades del presente caso encuadrado

en la hipótesis de la norma mencionada inciso a), corresponde su otorgamiento, teniéndose especialmente en cuenta que “la adopción plena está dirigida a establecer vínculos más profundos que los que derivan de la adopción simple.” (D’Antonio, D., Régimen legal de la Adopción - Ley 24.779). Cuya característica y distinción compone su carácter de irrevocable (hoy artículo 624 Cód. Civ. y Comercial), extinguiendo los vínculos jurídicos con la familia de origen, e insertando al hijo adoptivo en la familia del adoptante como un hijo más. Sin embargo, en virtud del principio de preservación de los vínculos entre hermanos, fundados en el derecho humano a la identidad en su sentido más amplio (arts. 7 y 8 CDN), y en función de priorizar el interés superior del niño (art. 595 inc. a) Cód. Civ. y Comercial), corresponde hacer lugar a la adopción plena solicitada, manteniendo el vínculo jurídico de S. con su hermano biológico B., conforme autoriza la norma legal (art. 621; art. 1; 2; y 595 inc. a), b), d), y e) Cód. Civ. y Comercial). Efectivamente, surge de las constancias de los presentes y de los obrados referidos sobre guarda pre adoptiva y control de legalidad Ley 12.967 que, los hermanos mantienen contacto frecuente, vínculo sostenido a iniciativa de la actora y de los guardadores del niño B.

Por tanto, encontrándose cumplidos los extremos legales que hacen procedente el pedido de adopción plena, esto es: la condición del adoptado (art. 597 Cód. Civ. y Comercial), las edades y diferencia de edad entre adoptantes y adoptados (artículo 599 Cód. Civ. y Comercial), la petición —conjunta en la guarda pre adoptiva— de los cónyuges (artículo 599 Cód. Civ. y Comercial), argentinos (art. 600 inc. a) Cód. Civ. y Comercial), cumplimiento del plazo de guarda (artículo 616 Cód. Civ. y Comercial), el consentimiento expreso del niño (art. 617 inc. d) Cód. Civ. y Comercial), escuchados por la suscripta los descendientes de los adoptantes (art. 598 Cód. Civ. y Comercial), y en atención al superior interés del niño (artículo 595 inc. a) Cód. Civ. y Comercial, artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 3 Ley 26.061 artículo 4 Ley 12.967 y 706 inc. c) Cód. Civ. y Comercial), surge de tal modo indudable la conveniencia de receptor la acción incoada, debiendo darse a la adopción el alcance de plena, como se peticiona, con efecto retroactivo

a la fecha de la resolución de otorgamiento de la guarda con fines de adopción esto es, 1 de Junio de 2018 (conf. art. 618 Cód. Civ. y Comercial).

En cuanto al nombre de inscripción del niño, no caben dudas que en razón de lo manifestado por S., en razón del principio de igualdad fraternal y a la luz del principio rector del interés superior del niño (art. 3 CDN; art. 3 Ley 26.061; art. 4 Ley 12.967; art. 595 inc. a) y 706 inc. c) Cód. Civ. y Comercial), corresponde sea inscripto con igual apellido de quienes son sus hermanos en su vida cotidiana, y de quien en vida ha cumplido efectivamente el rol paterno esto es, V., tal como el propio niño se identifica (CCC, Mar del Plata, Sala 2ª, 29/06/2000, "T., J." J.A., 2001-I-31, cit. Por Krasnow, Adriana N., Derecho a la identidad y a la identificación, en Tratado de Derecho de niños, niñas y adolescentes, op. cit., p. 507).

Por consiguiente, en virtud de los fundamentos fácticos y jurídicos expuestos, dictamen favorable del Defensor General actuante N° x Dr. S. L. (fs. 34), y art. 67 LOPJ; resuelvo: 1.- Otorgar a M. M. L. (DNI N° ...) y a E. O. V. (DNI N° ...), fallecido en fecha 9 de Febrero de 2017, la adopción plena del niño S. L. C. DNI N° ..., nacido en Rosario, provincia de Santa Fe, el 27 de Diciembre de 2008 a las 12:15 hs., siendo hijo de P. A. S. DNI N° ... y de J. A. C. DNI N° ..., anotado bajo acta N° ... tomo ..., año 2009, Sub Sección N° ... Hospital R. Sáenz Peña, Registro Civil Rosario, quien mantendrá el vínculo jurídico con su hermano biológico B. J. T. DNI N° ..., de conformidad a lo dispuesto por el art. 621 2º párrafo del Código Civil y Comercial de la Nación. 2.- Disponer que el niño lleve el nombre de S. L. V., oficiándose a tales fines. 3.- Hacer saber a la adoptante que deberá mantener el conocimiento de la realidad biológica del niño, de conformidad con lo prescrito por el artículo 596 del Cód. Civ. y Comercial, debiendo comparecer a estos estrados a fin de prestar formalmente tal compromiso, oportunamente asumido en audiencia celebrada ante este tribunal. 4.- A los fines de la toma de razón, ofíciase a la Dirección General del Registro Civil, teniéndose presente que la adopción acordada tiene efecto retroactivo a la fecha del otorgamiento de la guarda, esto es el 1 de Junio de 2018, acompañando fotocopia íntegra de la presente sentencia y del documento nacional de identidad del niño. 5.- Diferir la regulación de

honorarios profesionales hasta tanto se adjunte en autos la constancia de inscripción fiscal respectiva. 6.- Cumpliméntese con lo dispuesto por el art. 14 Ley 13.093 librándose los despachos correspondientes. Insértese y hágase saber. — Valeria V. Vittori. — Andrea M. Brunetti. — Gabriela E. Topino.

ADOPCIÓN POST MORTEM MONOPARENTAL

Solicitud de guarda preadoptiva y fallecimiento de la peticionante – Solicitud de la niña de ser inscripta como hija de la causante

Con nota de María Constanza Martínez Pizarro

1. — La niña debe ser reconocida como hija de quien en vida fue su guardadora, para así respetar su interés superior, pues se debe poner especial atención en los lazos afectivos consolidados en este núcleo familiar, integrado por aquella y otra hija, no solo por el transcurrir del tiempo, sino por los roles recíprocos asumidos. Lazos afectivos, socio-afectividad, apego, cualquiera sea el concepto que se escoja, desde un enfoque interdisciplinario, debe analizarse el vínculo amoroso establecido en un entorno social y cultural estable.
2. — La niña, debe ser reconocida como hija de quien en vida fue su guardadora, pues fuerza de los hechos y la consolidación de los vínculos que se generan a partir de la vida en común entre ambas obliga a considerar que desde los comienzos del vínculo esta última la llamó "mami", que el trato proferido por esta a la niña era sumamente afectuoso y cuya voluntad adoptiva quedó plasmada desde el momento mismo del inicio de la guarda con fines de adopción; sumado a que la menor reconoce como su única hermana a la hija de la mujer, quien resulta ser la persona más significativa en su vida y que encarna desde el fallecimiento de la señora a su familia entera.

3. — En relación al nombre de la niña, debe ser inscripta con aquel por el cual desde el primer momento la llamó su guardadora y por la hija de aquella; y en cuanto al apellido, habiendo reconocido la adopción póstuma plena, solo cabe aplicar la norma. 626 inc. a) del CCCN, que claramente dispone que el hijo adoptivo lleva el apellido del adoptante.
4. — En el Derecho de Familia se impone la consideración del afecto. Debe participar como elemento estructurante. El desconocimiento de su incidencia y centralidad en el desarrollo de las conflictivas familiares implicaría un abordaje tecnicista y normativista erróneo, en tanto nos alejaría de la toma de decisiones con justicia.

TColeg. Familia Nro. 7, Rosario, 22/08/2019 - T. G. s/ adopción

Rosario, agosto 22 de 2019.

Resulta:

Interpuesta acción de filiación adoptiva plena post mortem a fin de declarar a G.T. hija de la difunta M.G.B. y la petición de que la niña sea inscripta con el nombre C.I.B. (fs. 38/60).

Radicados los autos en el Juzgado de Primera Instancia de Distrito Civil y Comercial de la 18ª Nominación de Rosario, la jueza a cargo Dra. Susana Gueiler dispuso la remisión de los autos a la mesa de entradas únicas a los fines de un nuevo sorteo en un juzgado de familia (fs. 61).

La Dra. Claudia Aguilera, titular de la Dirección Provincial de los Derechos de la Niñez, Adolescencia y Familia de la 2ª Circunscripción compareció en el Juzgado de Primera instancia de Distrito Civil y Comercial de la 18 va nominación de Rosario (fs. 67), procediendo la Jueza Susana Gueiler a la remisión del escrito, en fecha 24 de setiembre de 2018 (fs. 68).

En fecha 26 de setiembre de 2018, se convoca a audiencia a la Dra. Claudia Aguilera titular de a DPPDNA y F, a la Dra. Analía Colombo Defensora Provincial de Niños, Niñas y Adolescentes y a la defensora General Dra. Raquel Badino (fs. 69), la

cual fue celebrada conforme surge del acta N° 71 de fecha 2 de octubre de 2018 (fs. 70).

La Dra. Claudia Aguilera solicita se proceda a correr vista de las presentes actuaciones a la defensora general Dra. Raquel Badino a los fines de que se expida sobre la pretensión esgrimida en autos (fs. 71)

Mediante decreto de fecha 8 de octubre de 2018, se imprime trámite a los presentes, se da intervención a la defensora general y se cita y emplaza a los posibles sucesores de M.G.B., para que comparezcan a estar a derecho, por edictos que se publicaron por tres días en el Boletín Oficial. Asimismo se ordenó oficiar al Registro de Procesos Universales a fin de que informe si existe declaratoria de herederos y/o sucesión a nombre de la causante, y mediante oficio ley 22.172 se requirió al Juez a cargo del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 3 de Oberá, (Provincia de Misiones) la remisión de copia certificada del expediente caratulado "T.E.E. y otro s/ guarda con fines de adopción" Expte. N° 2319/09, (fs. 72).

En fecha 23 de octubre de 2018 se dictó el siguiente decreto: "Ampliando el decreto precedente se provee: Atento alas circunstancias particulares de la causa, de conformidad con las facultades para actuar establecidas por el art. 103 inc. b) apartado III, Cód. Civ. y Comercial y el art. 145 inc. 1) de la LOPJ, y en consonancia con lo resuelto por la Corte Suprema de justicia de la Nación en el fallo "M. d S. R. y otra s/ ordinario s/ nulidad de sentencia e impugnación declaratoria de herederos" (cita Online AR/JUR/48008/2012 y la reciente jurisprudencia de la CCiv., Com., Laboral y Minería, de Neuquén Sala II, 2017/12/05, en autos: "R.L.N. y otro s/ adopción" (cita online: AR/JUR/105483/2017), hágase saber a la señora Defensora General N° 2 que deberá instar y proseguir el trámite de las presentes actuaciones (fs. 73).

Por dictamen N° 7406 la Dra. Raquel Badino Defensora general N° 2, no acepta el cargo con fundamento en que ejerce la representación complementaria de la adolescente (M.B.) y su hermana (G.T.) en los caratulados sobre declaratoria de herederos, medida excepcional y adopción, y considera que no puede ejercer dos representaciones a la vez (fs. 74).

El Defensor General Nº 3 Dr. Santiago López rechaza el cargo por haber patrocinado a la señora M. C. L en los autos “B. M. s/ control de legalidad de medidas excepcionales” y “A. V. s/ tutelas” (fs. 76).

El defensor general Nº 4 Dr. Horacio Ferreyra toma intervención en autos en forma principal (art. 103 del Cód. Civ. y Comercial, inc. b) a los fines de instar y proseguir el trámite de las presentes actuaciones (fs. 78).

Mediante decreto de fecha 26 de noviembre de 2018 se ordena. “Atento a la representación asumida por el señor defensor general, cumplíntese las medidas ordenadas mediante proveído de fecha 8 de octubre de 2018” (fs. 79).

Los edictos citatorios fueron publicados en el Boletín Oficial (fs. 90 y 100).

Contestado el Oficio Ley 22.172 la jueza Dra. Teresa del Carmen Hedman a cargo del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de la 3ª Nominación de Oberá, Misiones en fecha 12 de febrero de 2019, remite en fotocopia certificada los autos “T. E. s/ guarda con fines de adopción”, Expte. Nº 23/2009 y “T. E. s/ acreditación de vínculo”, Expte. Nº 2319/2009, Bis 1/11, los que se agregan por cuerda a los presentes (fs. 94).

De las actuaciones sobre guarda con fines de adopción obra el dictado del auto interlocutorio de fecha 14 de marzo de 2016, mediante el cual la jueza Dra. Teresa del Carmen Hedman a cargo del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de la 3ª Nominación de Oberá, Misiones, convierte la guarda provisoria otorgada a fs. 74/77 en Guarda preadoptiva en consecuencia, otorga a la señora M.G.B. DNI Nº ... la guarda preadoptiva por 6 meses de la niña G. T. DNI Nº ..., nacida el ... en Oberá, Misiones, e inscripto al Tomo ..., Acta Nº ..., Año ..., Delegación del Registro Provincial de las Personas, de Oberá, Provincia de Misiones (fs. 208/211).

A fs. 102 obra oficio contestado emitido por el Registro de Procesos Universales el que da cuenta que obran que en dicho Registro de proceso sucesorio a nombre de la causante.

Mediante decreto de fecha 29 de marzo de 2019 se ordena: “Al escrito cargo Nº 6330/2019 se provee: Por recibido. Téngase presente lo informado.

Agréguese. Atento el estado de autos, pasen los autos a la Trabajadora Social de este Tribunal a fin de que se constituya en el domicilio de calle ... de Rosario y proceda a practicar un amplio y detallado informe ambiental, debiendo recabar de los vecinos, centro de salud e institución educativa, toda información que pueda resultar útil para la presente causa. Asimismo designase fecha de audiencia para el día 11 de abril de 2019 a las 8.30 hs. a la que deberán comparecer la adolescente M.B. y la señora O.J.

Asimismo deberá concurrir en la misma fecha la niña G. T. a los fines de su escucha en los términos del art. 26 y 707 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, en presencia de los Defensores generales y de las profesionales del equipo Interdisciplinario de este Tribunal. Asimismo informe la DPPDNAyF el trabajo realizado por su equipo interdisciplinario debiendo especificar sobre los vínculos entre M.B y G.T. como todo otro dato de interés que resulte relevante para determinar la presente acción. Oficiése a las psicólogas M.A.S. y M.F. a los fines de que informen respecto de los vínculos entre M. B. y G.T., como así también en relación a la señora M.G.B. (fs. 103).

Se encuentran cumplimentadas las medidas ordenadas, de tal modo obra informe elaborado por la psicóloga María del Carmen Belmonte perteneciente al Equipo Interdisciplinario del Poder Judicial (fs. 113/114), un informe acompañado por la Dra. Claudia Aguilera, elaborado por el Equipo Interdisciplinario de la DPPDNAyF, el que da cuenta de la relación de la niña G.T. y la joven M.B., suscripto por el Psicólogo José Miguel Zelay (fs. 116/117), un informe socio ambiental elaborado por la Licenciada Guadalupe Checcucci (fs. 104).

En relación a la escucha de la niña G.T. y la adolescente M.B.B., el acta de audiencia celebrada en fecha 11 de abril de 2019, da cuenta de lo manifestado por estas, como así también la declaración de la señora O.J.

Por último la defensora general Dra. Raquel Badino dictamina a favor de la adopción póstuma y que debe la niña llevar el nombre de C.B. (fs. 104).

Finalmente el Defensor General Nº 4 Dr. Horacio Ferreyra se impone del contenido de las actuaciones y considera que habiéndose cumplimentado

con las medidas ordenadas por el tribunal a fs. 72, 103 y habiéndose sido oída la niña G.T., peticiona se dicte sentencia (fs. 126)

En consecuencia quedan, los presentes en estado de resolver.

Considerando:

El thema decidendum se circunscribe en resolver si resulta admisible declarar la adopción póstuma monoparental de la niña G.T., quien fuera dada en guarda con fines de adopción en fecha 14 de marzo de 2016 a doña M.G.B., quien falleciera en fecha ... de setiembre de 2016. Asimismo, en su caso determinar el tipo de adopción y el nombre y apellido que llevará la niña.

Sabido es que el Cód. Civ. y Com. de la Nación, como así tampoco el derogado Cód. Civil de Velez Sarsfield, contemplan el supuesto excepcionalísimo de la adopción post mortem unilateral, limitándose la norma 605 a regular el supuesto de la adopción conjunta durante el matrimonio o la unión convivencial, estableciendo que "Cuando la guarda con fines de adopción del niño, niña o adolescente se hubiera otorgado durante el matrimonio o unión convivencial y el período legal se completa después del fallecimiento de uno de los cónyuges o convivientes, el juez puede otorgar la adopción al sobreviviente y generar vínculos jurídicos de filiación con ambos integrantes de la pareja. En este caso el adoptado lleva el apellido del adoptante, excepto que fundado en el derecho a la identidad se peticione agregar o anteponer el apellido de origen o el apellido del guardador fallecido".

Sentado ello, adelante que la causa será resuelta en función de las reglas y los principios específicos del sistema adoptivo; esto es, el principio del interés superior del niño, el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez, y el principio que indica el respeto por el centro de vida de la niña G.T., nacida el día ..., en Oberá, Provincia de Misiones, conforme partida de nacimiento inscrita al ..., Año ... (fs. 1).

En este orden de ideas, relevante resulta subrayar que como antesala de la pretensión esgrimida se presenta una plataforma fáctica imposible de soslayar, la que debe ser analizada minuciosamente en esta instancia.

Tan ello es así que, mediante oficio ley 22.172 remitido a la Jueza Dra. Teresa del Carmen Hedman a cargo del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 3 de Oberá, se obtuvo el expediente N° 2319/2009 caratulado: "T.E.E y otros s/ guarda con fines de adopción", que en fotocopia certificada corren unidos al presente.

De la lectura de dichas actuaciones se observa que en fecha 22 de diciembre de 2009 la jueza de trámite labró un acta en la que entrevistó a la señora M.G.B. y a la niña G.T., nacida en Oberá Misiones el día ... de ... de ..., de la misma surge que la señora B. manifiesta que la niña viajó a Rosario al mes y un día de vida. Al mismo tiempo, la jueza de trámite Dra. Hedman deja constancia en el acta que la niña "presenta un buen aspecto, bien arropada con aparente buen estado de salud, durante el transcurso de la audiencia duerme apacible en brazos de la señora B., quien demuestra un trato afectuoso hacia ella, refiriéndose a la niña como "su hija". Por último, resuelve la jueza de trámite otorgar la guarda provisoria de la niña G.T. a la señora M.G.B. con fines tutelares por tres meses (fs. 74 y ss. del Expte. sobre guarda con fines de adopción).

Dicha guarda fue renovada por decisión de la jueza del trámite en tres oportunidades más lo que dan cuentan las actas de audiencias y resolutorios de fecha 25 de marzo de 2010 (fs. 102/105), de fecha 5 de octubre de 2010 (fs. 155/156), autos de fecha 16 de diciembre de 2010 (fs. 180) y del 13 de marzo de 2014 (fs. 215/216).

Finalmente, en fecha 14 de marzo de 2016 la Jueza del trámite resuelve convertir la guarda provisoria otorgada en fecha 24 de agosto de 2009 en guarda preadoptiva, en consecuencia otorgó a la señora M.G.B. la guarda preadoptiva de la niña G.T. por el término de 6 meses (fs. 308/311 de los autos "T.E. y otra s/ guarda preadoptiva).

No está demás señalar que la niña G.T., fue autorizada por la jueza de Oberá Dra. Teresa del Carmen Hedman a viajar en compañía de su guardadora señora M.G.B. a la ciudad de Rosario, mediante el dictado del auto de fecha 16 de diciembre de 2010 (fs. 180 de los autos sobre guarda con fines de adopción), autorización que fue renovada mediante auto de fecha 13 de marzo de 2014 (fs. 215/216 de los citados autos).

Asimismo cabe poner de resalto los dos informes socio ambientales elaborados por la Licenciada Analía Yots— integrante del equipo interdisciplinario del Poder Judicial de Rosario—, quien en el marco de la tramitación de la guarda con fines de adopción, debió realizar como consecuencia del Oficio Ley N° 22.172 mediante el cual la jueza de Oberá ordenó dichas medidas (fs. 93 y siguientes de la guarda con fines de adopción).

En ambos informes socio ambientales, el primero de fecha 6 de octubre de 2014 y el segundo de fecha 28 de agosto de 2015 la Licenciada Yots expone que la niña G.T. vive en la ciudad de Rosario en el inmueble de calle ... junto a su guardadora —pretensa adoptante— señora M.G.B. y la hija de esta M.V.B. (fs. 255/254 y 296/297 de la guarda preadoptiva).

Así las cosas, luego de seis largos años de convivencia de este núcleo familiar y vencido el plazo de seis meses de la guarda con fines de adopción de G.T. en fecha 14 de setiembre, trece días después, es decir en fecha 27 de setiembre de 2006 fallece su guardadora y pretensa adoptante (Partida de defunción inscripta en la oficina ..., año ..., acta ..., Registro Civil Rosario, fs. 26).

En otras palabras, la niña G.T. de tan solo 7 años de edad, como consecuencia del hecho irreversible de la muerte de su guardadora, vió frustrada la posibilidad de obtener la adopción de la persona quien por más de seis años la cuidó, veló por su bienestar y por sobre todo brindó amor incondicional.

El escenario resulta dramático para la niña, por las vicisitudes propias de la vida misma, por tanto, sin lugar a dudas como sujeto merecedor de protección, amerita una respuesta jurisdiccional, que reconozca sus derechos a ser oída, su derecho a la identidad, su derecho hereditario y su derecho a vivir en familia.

Es por ello que deviene crucial analizar los hechos no controvertidos, conforme las pruebas producidas en la causa.

El primer hecho no controvertido e irrefutable es que la niña G.T. fue otorgada en guarda pre-adoptiva a la señora M.G.B. por la Jueza Teresa del Carmen Hedman en fecha 14 de marzo de

2016 por el período de seis meses y a pocos días del vencimiento de dicho plazo, en fecha 27 de setiembre de 2016 la señora M.G.B. fallece, sin haber iniciado el trámite de adopción de la niña.

El segundo hecho no controvertido e irrefutable es que la niña vive desde diciembre de 2010 en el inmueble sito en calle ... de Rosario, residiendo en forma estable e ininterrumpida con la señora M.G.B. —hasta su muerte— y la hija de esta M.B.

A estas dos situaciones de hecho gravitantes en la vida de la niña G.T., es decir años de convivencias al resguardo y protección de la señora M.G.B. e interacción fraterna con M.B., se deben considerar las elocuentes apreciaciones efectuadas por la Jueza de Oberá en las audiencias.

Así es que la jueza Dra. Teresa del Carmen Hedman en las distintas entrevistas habidas con la señora M.G.B. a lo largo del trámite de la guarda con fines de adopción y en relación al vínculo entre la pretensa adoptante y la niña G.T. destaca: “se observa durante el transcurso de la audiencia un trato por demás afectuoso de la señora B. hacia G., la niña aparenta sentirse bien en brazos de su guardadora, sonrío, apoya su cabeza en el pecho de su guardadora, balbucea y se muestra tranquila” (acta de audiencia de fecha 05/10/2010 fs. 155); “La menor G. llama “mami” a M.G. tiene un trato muy afectuoso para con su guardadora lo que esta última retribuye de la misma manera” (acta de audiencia de fecha 07/03/2014, fs. 195/196). En tanto la relación entre M.B. y la niña G.T., también es de afecto y correspondencia, destacando la jueza de Oberá que: “En este acto ingresan a la sala de audiencias M. y G. (C) se deja constancia de que se presentan bien vestidas, de aparente buen estado de salud, ambas rozagantes, sonrían con facilidad, M. habla con fluidez y exhibe un trato afectuoso hacia la menor G.”. Cuenta que “C” le usa el celular porque ella le baja jueguitos” (acta de fecha 07/03/2014 fs. 196).

A todo ello debe agregarse una pieza fundamental que permite apreciar el vínculo existente entre las mencionadas, el decir el informe elaborado por la Licenciada Trabajadora Social Guadalupe Checucci de cuya lectura se pueden apreciar aspectos vinculados a la vida cotidiana de la niña G.T. y M.B. La licenciada en trabajo social informa

que constituida en el domicilio de calle ... de Rosario, en fecha 10 de abril de 2019, fue recibida por una mujer que se presenta como acompañante personalizada de las menores M.B. y G.T. (C). Informa que la primera se encuentra aún en la escuela, en tanto C. está en la casa de su vecina O. Una vez en la casa de O., se encuentra con esta y "C.", observa la Licenciada que la niña se acerca corriendo, alegre, saluda a su perro y la saluda con un beso. La señora O.J. nos permite junto a la acompañante, el ingreso a la vivienda donde residen M. y C. Explica O. que todos llaman C. a G.T., ya que C., es el nombre que su madre había elegido para ella cuando se integró a la familia. C., mientras aguarda que le sirvan el almuerzo, nos muestra la casa, dice que vivió allí "toda su vida", comenta que ella tiene su propio cuarto y que su hermana M. ahora ocupa el cuarto que era de su "mamá".

Al preguntarle si tiene algunos recuerdos cuando era más chica, corre a buscar fotografías; se acerca con tres álbumes donde tiene fotos de cuando era bebé y de su primera infancia, al pasarlas identifica a las personas que se ven nombrándolas por el lugar que ocupan dentro de la familia, dice "esta es mi abuela", "esta es mi mamá", "mi abuelo". Sonríe al verse retratada en diferentes situaciones. Dice que primero estaba en la casa de M., y era "la reina" hasta que llegó ella y no lo pudo ser más porque ya eran dos. Cuando termina de almuerzo quiere mostrarnos toda la casa, hace una recorrida guiada por el lugar comentado lo que hay en cada cuarto. Al preguntarle con quien duerme, dice que con una acompañante personalizada. Comenta un episodio ocurrido en el día de ayer con un gato que se escapó por la ventana, dice que M. se asustó y fue a buscarlo. Cuando M. llega a la casa, C. la saluda y le pide dinero para llevarse a la escuela; de manera tranquila y pausada M. le pide que espere un momento, que termine de prepararse y luego se lo dará. M. nos saluda correctamente y comenta que tiene hambre. Al preguntar por las actividades extraescolares de C., M. y la acompañante refieren que concurre una vez por semana (jueves, 10 hs.) a apoyo escolar en una vecinal y que dos veces por semana (lunes y viernes, 10 hs.) viene una docente a la casa para ayudarla con las tareas y reafirmar los aprendizajes de la escuela. En la misma vecinal, dos veces por

semana tiene taller de plástica a la salida de la escuela. Los controles de salud los realizan, C. en el Hospital de Niños Zona Norte donde concurre con la psicóloga llamada M. los días martes, y a la odontóloga. Por su parte, M. dice que ella se ocupa de pedir turnos y va con su hermana y la acompañante al médico, y si los controles son para ella, va sola. Agrega que por el momento ella no está yendo al psicólogo, pero fue hasta el mes pasado con una profesional llamada M.A. Refiere que comenzó un taller de teatro en el centro municipal Villa Hortensia, y que también le gustaría comenzar zumba. M. concurre a 3° año de la escuela N° ... "Dr. S.M.", ubicada en calle ...; agrega que su hermana va a la escuela S.L., 4° grado. Al preguntarle M. si está al tanto de la audiencia prevista para el día 11 del corriente, dice que sí, que todos irán, recuerda el horario de la misma por lo cual dice que ella no irá a la escuela ese día, pero es probable que C. si pueda hacerlo, ya que la audiencia es a las 8.30 hs. Al momento de la visita se observa a las niñas aseadas, prolijas en su vestimenta, de aspecto saludable, "C." es una niña extrovertida movidiza, alegre, espontánea. M. sumamente correcta en sus modos y expresiones, está al tanto de todas las actividades de su hermana, se dirige a ella pausada y afectuosamente. En una breve conversación con la señora O.J., esta comenta que tomó contacto con las niñas hace aproximadamente un año, se emociona al ver las fotografías de las niñas cuando eran pequeñas y en compañía de su madre. Dice que "la vida de ellas ahora transcurre de esa forma, van y vienen de su casa a esta casa, algunas veces comen acá duermen allá o viceversa, cuando ellas están en su casa voy a cada rato a verlas, nunca están solas. Al retirarnos la acompañante personalizada dice que las chicas tienen la presencia de acompañantes durante las 24 horas. Confirma lo dicho por O. quien según nos comenta, se ocupa además de las actividades sociales de las niñas, como salidas, cumpleaños, club o reuniones escolares. Dice que en unos días se irían de vacaciones a la costa, pero primero estarán tres días en Buenos Aires. La vivienda visitada se observa en relativo estado de mantenimiento; el mobiliario es básico, suficiente para el desarrollo de la vida cotidiana. No hay detalles de decoración actuales, se advierte que los que están, están desde siempre. En algunas de las paredes se observan

retratos de M. y C. cuando eran pequeñas, otras imágenes similares se encuentren en porta-retratos sobre los muebles. En uno de los sillones hay un almohadón decorado con la inscripción "C.". En el jardín delantero se observan juguetes infantiles y de plaza. Cuando "C." se acerca a la puerta de ingreso para recibir al transporte, tiene en manos el dinero, que cuenta y luego guarda en uno de los bolsillos de su ropa. Al retirarse nos saluda a todos agitando la mano" (fs. 104/05 de estos autos).

Efectivamente en fecha 11 de abril de 2019 se celebró la audiencia de escucha de la niña G.T., con los alcances de los arts. 26 y 706 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, la que fue desarrollada en presencia de la suscripta, la Defensora General Dra. Raquel Badino y la Psicóloga María del Carmen Belmonte, integrante del Equipo Interdisciplinario del Poder Judicial. En la misma la niña manifiesta llamarse C., tener 9 años e ir a la escuela S. L, señalando que con anterioridad concurría al Hogar Escuela de Baigorria. En tanto en la misma audiencia la adolescente M.B. manifiesta que ambas fueron adoptadas cuando eran bebés, recuerda a su madre antes que cayera enferma, iban al shopping, refiere que siempre vivieron con su abuela, que cuando llegó C. a su casa ella tenía 7 años. Comenta que su madre era hija única y ella no quería que ella quedara sola, quería que tuviera una hermana. A sus 8 años comenzó con los problemas de salud (cataratas, infecciones, etc.). Yo quería una hermana para socializarme, porque mi madre era muy sobre-protectora y exigente. Relata que desde la enfermedad de su madre hasta el día de hoy es ella quien se ocupa de C. Expresa que desde marzo no concurre a la psicóloga porque no tiene cupo para atenderla pero que luego de las vacaciones de Semana Santa retomará el tema. Refiere, asimismo, que se encuentra muy bien con Olga". (fs. 111) Finalmente en la audiencia mencionada, se escucha a la señora O.J., persona que ingresa al "Programa de Familias Abiertas Modalidad sin convivencia", diseñado por la Dirección Provincial de Promoción de los Derechos de Niñez, Adolescencia y Familia, quien en el marco de la medida de protección excepcional suscribió conjuntamente con la Dra. Claudia Aguilera - Directora a cargo del organismo administrativo, las actas mediante las cuales se compromete en relación

a las personas menores de edad M.B y G.T. a atender las necesidades psico-físicas y materiales de la NNA y favorecer su desarrollo integral y el cumplimiento de todos sus derechos fundamentales, como el de recibir educación, alimentación, vestimenta, a no ser discriminado, a la identidad, la libertad y la participación, entre otros., atender, interactuar, prestar colaboración, intervenir en lo pertinente del Programa, los pedidos de comunicación y/o reunión y/o participación en las estrategias de intervención que solicite la Dirección Provincial y/o la Autoridad de Aplicación Administrativa a fin de realizar y concertar adecuadamente el proceso de seguimiento y supervisión del niño/ adolescente alojado provisoriamente, etc. conforme lo establece la cláusula tercera del programa mencionado. (fs. 224/225 y 227/229 de los autos conexos caratulados "B. M. y otra s/ control de legalidad de medidas excepcionales y urgentes" CUIJ N° 21-11305633-6).

La señora O.J., referente adulto de las personas menores de edad, en la audiencia mencionada expresa que la niña y la adolescente se encuentran muy bien, integradas y ensambladas, que tanto M. como C. son personas muy buenas. Comentan con entusiasmo que se irán de viaje, encontrándose pendiente la fonoaudióloga de C. y la psicóloga para M. (fs. 111).

Finalizada la audiencia, la suscripta requirió a la psicóloga María del Carmen Belmonte, quien intervino en la escucha de la niña G.T. un evaluación de la misma.

Así es que la Psicóloga Belmonte bajo el título "Antecedentes de la evolución histórica" señaló. "La historia familiar de "C." está referenciada en su hermana. Ella encarna a su familia entera. Es importante destacar que como ella elige llamarse es como deseó llamarla su madre. M., la hermana mayor, cuenta cómo su mamá M.G. tomaron la decisión de la llegada de C. (G.T.) a la familia. Ella quería una hermana y su mamá, que había sido hija única, no quería que ella se quedara sola sin ningún referente afectivo. Al año de "C.", la señora se enferma, en realidad recae de una enfermedad que se comienza a desarrollar con mucha fuerza y que la inhabilita progresivamente. Es así, que los momentos compuestos por las tres fueron en la casa, compartiendo películas o alguna

comida. M. ha asumido el rol de protección de su hermana desde ese momento y la acompaña describiendo, por ejemplo, los vaivenes de su recorrido escolar. C. está instalada en ese lugar, se repliega en esa protección y con la mirada busca dar contenido a su discurso cada vez que le es preguntado algo. Si bien han tenido que atravesar su historia particular, el origen biológico, construir referentes afectivos alternativos, atravesar duelos importantes, precedidos además por el deterioro físico, todo ello las ha fortalecido. En principio a M., pero como C. se mira en ese espejo que su hermana construyó, es muy probable que las experiencias de vida sean asimiladas de igual modo. Ambas están escolarizadas, con un desarrollo acorde a su edad cronológica y sin manifestaciones que hubieran repercutido en su formación escolar. Solo le ha visto perturbado el desarrollo del aprendizaje académico de C., que tuvo una repitencia sin consecuencias en el tránsito global escolar, el cual se encuentra atravesando normalmente”.

En tanto, bajo el segundo título “Estado psíquico actual”, la profesional subrayó: “Es importante situar, que, al parecer, las instituciones estatales vienen acompañando este proceso de manera singular. Ambas niñas están o estuvieron en tratamiento psicológico. Sus funciones yoicas no presentan alteración, presenta M. un discurso fluido, compuesto por recuerdos, una historia que puede transmitir y que le permite organizar el presente. Los aspectos emocionales y afectivos son congruentes con los que expresan. La modalidad vincular que trasuntan es de mucha unión entre ellas, y de reconocimiento hacia la señora O. Respetan la organización del acompañamiento que realizan cuidadores que alternativamente están en su casa”.

Concluye la profesional: “Ambas niñas han conformado un núcleo familiar con fuerte contenido afectivo, se las ve tranquilas, predispuestas y atentas en el proceso. Aceptan la ayuda que se les brinda, dan explicaciones conformando así una personalidad permeable, pero con una organización independiente que van forjando” (fs. 113/114).

Debo detenerme en destacar la trascendencia que en este tipo de proceso tiene la escucha de la

niña. G.T (C.) y en este sentido cabe recordar las palabras del Dr. Eduardo Pettigiani quien subraya que el niño debe ser escuchado por el magistrado para que este lo conozca y alcance una acabada noción de lo que en tal caso concreto podría resultar su superior interés, constituyendo la audiencia el mecanismo institucional de recuperación y reconocimiento de la subjetividad - figura y voz —del niño (Pettigiani Eduardo ¿Por qué escuchar al niño o adolescente y como escucharlo? en Revista interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia” “Garantías del niño y adolescente en el proceso”, Noviembre 2013, Editorial Abeledo-Perrot, p. 17).

La interpretación de la voz de la niña, sus gestos, conductas, miradas ha sido debidamente interpretadas por la Psicóloga Belmonte, al señalar en su informe el tipo lazo preexistente entre la niña la guardadora pretensa adoptante y M.B. y el significado que para ella tienen en su vida.

De este modo se ha dado cumplimiento efectivo a lo dicho por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Atala Riffo vs. Chile”. En dicha causa la Corte Internacional puso de resalto la importancia de la participación de los niños, en su carácter de titulares de todos los derechos consagrados en la Convención Americana, más precisamente el art. 8.1, el cual consagra el derecho a ser oído en los procesos en que se determinan sus derechos. Dicho derecho debe ser interpretado a la luz del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el cual contiene adecuadas previsiones sobre el derecho a ser escuchados, con el objeto de que la intervención del niño se ajuste a las condiciones de este y no redunde en perjuicio de su interés genuino (párrafo 6).

Refuerza lo antedicho el informe adjuntado por la psicóloga M.F. quien informa que G.T. “... asiste a tratamiento psicológico desde setiembre de 2018. Anteriormente no contaba con historia clínica en este efector. Se ha brindado un espacio de escucha y juego en forma semanal. En algunos períodos la frecuencia ha sido de dos veces por semana —según la situación emocional de la niña.....Se considera fundamental para la subjetividad de la niña llevar el nombre elegido por quien fue su madre, y por supuesto, su apellido.

El cambio de nombre va a dar lugar en acto a certificar su identidad. Además de otorgarle la posibilidad de disponer de los derechos que le corresponden como hija heredera de G.B. En relación al vínculo con M.B., C. la nombra como su única hermana. En este sentido siempre ha tenido una posición firme en relación a este vínculo. Se refiere a ella en relatos de escenas de cuando eran pequeñas, y actualmente es una figura fundamental tanto como sostén emocional como referentes en los cuidados cotidianos. M. ha asistido siempre que se le ha convocado al espacio terapéutico de su hermana, y a su vez también ha surgido de ella solicitar entrevistas a partir de diversas situaciones que la han preocupado en relación a su hermana. Cabe mencionar que siempre que ha tomado las intervenciones han surgido de este espacio. Así como también ha priorizado la continuidad del mismo. La niña nombra como mamá a la señora M.G.B. En ningún momento ha referido ningún tipo de duda en relación a su lugar de hija respecto de ella. Incluso el nombre con el cual se siente identificada la niña fue elegido por su mamá "C.". Refiere que "T.", viene de su mamá biológica. C. ha traído ha terapia el álbum de fotos familiares donde estaba junto a G. En las fotos la niña estaba vestida con mucha elegancia y aparecía posando de múltiples maneras en diferentes fotografías. Estos recortes dan cuenta de que había un adulto ocupándose con amor y dedicación en aquel tiempo. C. nombró siempre con amor y nostalgia aquellos tiempos en los cuales estaban juntas. A modo de síntesis, por lo expuesto, se acompaña el proceso para garantizar la protección y garantía de los derechos de la niña tanto en relación a su identidad, como a sus derechos patrimoniales y hereditarios. Por lo que se considera fundamental dar lugar a concretar formalmente el trámite de adopción iniciado por G.B. manifestado antes de su fallecimiento a través del correspondiente trámite de adopción" (fs. 121).

Por último, y en relación a los vínculos el psicólogo José Miguel Zelay, integrante del Equipo Interdisciplinario de la Dirección Provincial de Promoción de los derechos de niñez, adolescencia y familia, informa que "En la histórica inestabilidad convivencial de estas hermanas y sus reiteradas pérdidas, su vínculo fraterno parece haber sido lo único perdurable, por ello este

equipo considera como el jalón fundamental para el desarrollo a futuro de la niña y de la joven. Finalmente, este equipo interviniente continuará acompañando el vínculo afectivo que se ve afianzando cada vez más con el paso del tiempo con la señora O. quien las viene acompañando en la cotidianeidad y las ha sumado a actividades familiares y recreativas" (fs. 116/117).

Desde esta perspectiva, se debe poner especial atención en los lazos afectivos consolidados en este núcleo familiar, integrado por la señora M.G.B. y M.B. no solo por el transcurrir del tiempo, sino por los roles recíprocos asumidos. Lazos afectivos, socio-afectividad, apego, cualquiera sea el concepto que se escoja, nos lleva irremediablemente a analizar desde un enfoque interdisciplinario el vínculo amoroso establecido en un entorno social y cultural estable.

La fuerza de los hechos y la consolidación de los vínculos que se generan a partir de la realidad descrita obliga a considerar que desde los comienzos del vínculo G.T. llamó "mami" a M.G.B, que el trato proferido por esta a la niña era sumamente afectuoso y cuya voluntad adoptiva quedó plasmada desde el momento mismo del inicio de la guarda con fines de adopción; que "C." con álbumes de fotos en sus manos identifica cuando ella era bebé, señalando a cada una de las personas integrantes de su mundo familiar como lo fueron su madre, su abuela, su abuelo, que reconoce como su única hermana a M.B., quien resulta ser la persona más significativa en su vida y que encarna desde el fallecimiento de la señora B. a su familia entera.

Es por ello que se impone la consideración de un aspecto fundamental en el Derecho de Familia: el afecto. Tal como lo señala el profesor Ricardo Pérez Manrique, el "afecto" debe participar como elemento estructurante en este ámbito del derecho. El desconocimiento de su incidencia y centralidad en el desarrollo de las conflictivas familiares implicaría un abordaje tecnicista y normativista erróneo, en tanto nos alejaría de la toma de decisiones con justicia.

La consideración de la existencia del afecto es así una orientación imprescindible, que se funda tanto en principios como la dignidad humana, la no discriminación y la libertad de la forma de

relacionarse las personas entre sí (Pérez Manrique, Ricardo, "El afecto como elemento estructurante en las relaciones de familia", *Disertación presentada en el XVII Congreso Internacional de Derecho Familiar. Libro de disertaciones y ponencia*, LA LEY, Abeledo-Perrot, p. 189).

Ahora bien, luego del minucioso análisis de las actuaciones sobre guarda con fines de adopción tramitada en el Juzgado de Primera Instancia Civil y Comercial de la 3ª Nominación de Oberá, los informes tanto socioambientales, como los elaborados por los equipos interdisciplinarios del órgano administrativo como los del Poder judicial, la evaluación de la psicóloga tratante de la niña, como así también la escucha personal de la niña G.T., de la adolescente M.B. y la señora O.J. referente adulto seleccionado por la Dirección de Niñez en el marco del "Programa Familias Abiertas" puedo afirmar que me encuentro en el convencimiento profundo y con entera convicción que la niña G.T., debe ser reconocida como hija de quien en vida fue su guardadora, siendo esta decisión la que resulta la mejor manera de respetar su interés superior.

Sin lugar a duda alguna en las especiales circunstancias de la causa la delicadeza del vínculo radica en aspectos afectivos y en el reconocimiento mutuo de la figura materna en cabeza de M.G.B., y el vínculo de hermandad con M.B.

Lo dicho hasta aquí inexorablemente nos lleva a analizar el derecho personalísimo a la identidad personal, entendido este como un proceso el cual, bajo la misma premisa que lo anteriormente expuesto, no puede ni debe limitarse al dato biológico, sino que comprende un conjunto de aspectos que acompañan a la persona en su vida privada y social.

De acuerdo con el Dr. Fernández Sessarego, es necesario advertir dos dimensiones: la dimensión estática y la dimensión dinámica. La primera contempla que el individuo se distingue de los demás seres humanos por una serie de signos externos, como la filiación, el nombre, datos respectivos a su nacimiento, todo lo cual conforma el perfil estático referido a la identificación y que están destinados a no modificarse sustancialmente en el tiempo. La segunda, está constituido por el conjunto de atributos y características,

cambiantes en el tiempo. Entre ellas se encuentran las intelectuales, morales, culturales, religiosas, profesionales, políticas, las cuales permiten diferenciar al sujeto en sociedad (Fernández Sessarego, Carlos, *Derecho a la identidad personal* Buenos Aires, Astrea, 1992, p. 113 y ss.).

Señala la doctrinaria Mariel Molina de Juan que el nombre, en tanto "signo lingüístico", solo adquiere trascendencia por la sustancia que simboliza, es decir quién y cómo es la persona que se nombra. En otras palabras, los derechos que titulariza el ser humano cobran andamiaje a partir de un nombre que permite su ejercicio en el campo social (González De Vicel, Mariela, *Obra colectiva dirigida por Kemelmajer de Carlucci Aída y otras "Tratado de derecho de familia"*, Tomo III, Editorial Rubinzal Culzoni, p. 566).

El Código Civil y Comercial de la Nación contempla varias normas en atención al prenombre y al apellido de las personas.

En el libro primero, título 1, capítulo 4, trata específicamente la cuestión del nombre en general. De este modo la norma 62 establece que la persona humana tiene el derecho y el deber de usar el prenombre y el apellido que le corresponden. En tanto la norma 64 dispone el orden de los apellidos, poniendo atención en caso de los hijos matrimoniales y los hijos extramatrimoniales. Finalmente el art. 69 del código de fondo establece, que si a criterio del juez existen justos motivos para el cambio del nombre procederá en los siguientes casos "a) el seudónimo, cuando hubiera adquirido notoriedad; b) la raigambre cultural, étnica o religiosa, c) la afectación de la personalidad de la persona interesada, cualquiera sea su causa, siempre que se encuentre acreditada".

Tal como lo sostiene la doctrinaria Ayelen Scherna son justos motivos aquellas causas graves y razonables que afecten a la persona, analizadas en cada caso particular y en un contexto determinado, teniendo en cuenta la prueba producida, dando importancia en la faz dinámica (Scherna, Ayelén, "Cambio de apellido e interés superior del niño", *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Editorial LA LEY, febrero 2017, p. 90).

Específicamente el inciso c) de la norma transcrita determina en orden de la valoración que debe efectuar el juez a fin de determinar de la

existencia de justos motivos que ameriten la procedencia del cambio del nombre, la afectación de la personalidad de la persona interesada, cualquiera sea la causa, siempre que se encuentre acreditada.

“La expresión “justos motivos” carece de una definición legal. No obstante la jurisprudencia ha plasmado una interesante casuística en la materia, delineada por las circunstancias fácticas propias de cada caso. Como ejemplos cabe mencionar ... 5) A fin de no desdibujar las razones de orden y seguridad que inspiran dicho principio, solo será posible cuando existan otros valores no menos atendibles, aunque respondan a motivaciones particulares, siempre que sean serios y justificados (Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Tomo I, Herrera Marisa, Carmaleo Gustavo, Picaso Sebastian (Directores) 1ª Edición, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Infojus, 2015).

Precisamente en el Libro segundo, Título sexto, capítulo 5 encontramos dos normas específicas en relación al prenombre del adoptado y el apellido.

El art. 623 del código de fondo dispone: “Prenombre del adoptado. El prenombre del adoptado debe ser respetado. Excepcionalmente y por razones fundadas en las prohibiciones establecidas en las reglas para el prenombre en general o en el caso de un prenombre con el cual el adoptado se siente identificado, el juez puede disponer la modificación del prenombre en el sentido que se le peticione”; en tanto el art. 626 del mismo cuerpo legal reza: “El apellido del hijo por adopción plena se rige por las siguientes reglas: inc. a) si se trata de una adopción unipersonal, el hijo adoptivo lleva el apellido del adoptante; si el adoptante tiene doble apellido, puede solicitar que este sea mantenido”.

En rigor de verdad, no existe controversia alguna respecto al nombre de la niña, por cuanto desde la primera hora la niña fue llamada C. por su guardadora y por la hija de esta M.E.B. (partida de nacimiento obrante a fs. 5 de los autos s/ medida de protección excepcional).

Así lo señala la Jueza de Oberá, quien al entrevistarlas en fecha 7 de marzo de 2014 subraya que M.B. manifiesta: “Cuenta que “C.” le usa el

celular porque ella le baja jueguitos”; “Yo quiero que mi hermana —en referencia a “C.”— tenga el apellido B. porque cuando yo era chica en primer grado se burlaban que yo no tenía apellido B. y no quiero que eso le pase a mi hermana” (fs. 196 autos s/ guarda con fines de adopción).

Esta apreciación no resulta caprichosa ni arbitraria prueba de ello son los contundentes y coincidentes informes elaborados por la psicóloga tratante M. F. (fs. 121), la Psicóloga del Equipo Interdisciplinario del Poder Judicial María del Carmen Belmonte (fs. 113/114) y la Licenciada en Trabajo Social Guadalupe Checcucci (fs. 104/105) y lo percibido y registrado en el acta de audiencia de fecha 11 de abril de 2019 (fs. 111), en relación a la importancia de reconocer a la niña el nombre C., tal como se identifica y lo utiliza desde su nacimiento.

En relación al apellido de la niña y habiendo reconocido la adopción plena, solo cabe aplicar la norma. 626 inc. a), que claramente dispone que el hijo adoptivo lleva el apellido del adoptante.

De relevancia también resulta subrayar que el derecho a conocer los orígenes ocupa en la adopción un lugar de relevancia, en primer lugar como principio general en el art. 595 inc) e) del Cód. Civ. y Comercial, y en particular en el art. 596, del cual se destaca que se trata de un derecho humano que se ha desprendido del derecho a la identidad, al mismo tiempo no establece edad etaria alguna y habilita el ejercicio de este derecho según el desarrollo madurativo y la historia personal de cada adoptado. En este sentido la Dra. Marisa Herrera sostiene, que la postura más beneficiosa en el interés superior del adoptado es permitirle a cada uno de ellos, cuando quieran, acceder a su historia de adopción, (Herrera, Marisa “Tratado de Derecho de Familia, según el Código Civil y Comercial de 2014, Tomo III, Rubinzal Culzoni, p. 119).

Atinado deviene subrayar las palabras del Dr. Pettigiani en esta temática cuando expresa que: “La identidad del niño no está solamente referida a su origen, comprometiéndose la totalidad del desarrollo incipiente del menor e incluso su prospectiva, puesto que es el conjunto de estos elementos el que va a permitir establecer aquella identidad, de modo que la realidad biológica y la

realidad afectiva tienen jerarquía. (Pettiginiani, Eduardo “La identidad del niño ¿Está solo referida a su origen? JA, 1998 III, 1004).

2) A modo de colofón, en esta instancia resulta relevante repasar los estándares jurídicos elaborados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en esta materia, por cuanto cualquiera sea la postura que se adopte sobre la eficacia vinculante de sus precedentes doctrina del sometimiento simple, del sometimiento condicionado como deber moral, o del sometimiento condicionado como deber institucional, se impone reconocer la autoridad de los mismos y adecuarse a sus doctrinas (Sagüés, Néstor, “Eficacia vinculante o no vinculante de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, ED, 93-891, y “Sobre el valor de la jurisprudencia de la CS en asuntos de derecho no federal” JA, 1982-II-295 y Bidart Campos, Germán, “La Corte Suprema: El Tribunal de Garantías Constitucionales”, p. 27). En consecuencia, el Juez de familia debe ceñirse a la hora de valorar el instituto de la adopción los siguientes precedentes:

I. Tratándose de un niño cuya adopción fue declarada con posterioridad a la muerte de su guardadora a pedido de la Defensora Oficial, no resulta razonable interpretar que el interés superior de aquel se refleje en la nulidad de la declaración por aplicación literal y dogmática de las normas que rigen la materia para que los padres, desplazados en la línea sucesoria, puedan heredar a la causante, pues, ello produciría la ruptura del vínculo materno filial generando con quien lo insertó en su grupo familiar y expresó su voluntad adoptiva no solo al promover y obtener la guarda sino también al designarlo como “mi hijo” en un testamento (CSJN, “M.d.S.R. y otra s/ ordinario, nulidad de sentencia e impugnación declaratoria de herederos cita Online AR/JUR/48008/2012).

II. En el ámbito de los derechos del niño, se reconoce a la adopción como un instrumento necesario para su protección, que encuentra justificación y fundamento en los valores justicia, solidaridad y paz social (Fallo: 328:2870);

III. Acorde con la misión específica que les compete en el ámbito del derecho de familia, los jueces no pueden dirimir los problemas humanos mediante la aplicación de fórmulas o modelos

prefijados, desentendiéndose de las características del caso. Por ende, para apreciar si corresponde la adopción de un niño, no es posible prescindir del estudio de los antecedentes de la causa (Fallo: 328:2870);

IV. Los tribunales han de implementar el principio del mejor interés del niño analizando sistemáticamente cómo los derechos y las conveniencias de este se ven o se verán afectados por las decisiones que habrán de asumir (Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 5, “Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y parág. 6 del artículo 44)”, 2003, HRI/GEN/1/Rev. 7, parág. 12, p. 365). Aquella regla no atiende exclusivamente a los beneficios en el plano económico, social o moral, sino que impone ponderar las implicancias que la sentencia pueda tener sobre la personalidad en desarrollo;

V. El art. 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño el interés superior del niño se ve resignificado en esta materia al establecer que “Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial”;

VI. En palabras del Comité, ese interés será “la” consideración primordial en la adopción y no solo “una” consideración primordial (Observación General N° 7, Realización de los derechos del niño en la primera infancia, 2005, CRC/C/GC/7/Rev. 1, párr. 36.b);

VII. El niño tiene derecho a una protección especial que debe prevalecer como factor esencial de toda relación judicial. Ante un conflicto de intereses de igual rango, el interés moral y material de la persona menor de edad —como extremo de ponderación ineludible para los jueces— debe tener prioridad sobre cualquier otra circunstancia del caso;

VIII. La identidad filiatoria también puede gestarse a través de vínculos consolidados en los primeros años de vida, configurándose allí un dato con contenido axiológico relevante a la hora de evaluar el interés superior del interesado.

IX. La verdad biológica no es un valor absoluto cuando se la relaciona con el interés superior del niño, pues la identidad filiatoria que se gesta a

través de los vínculos creados por la adopción es también un dato con contenido axiológico que debe ser alentado por el derecho como tutela del interés superior del niño. (Fallo: 328:2870). X.- no resulta razonable interpretar que, en el caso, el interés superior del niño se encuentra reflejado en una aplicación literal y dogmática de los preceptos normativos que regirían la materia, que produce como consecuencia, entre otras que no han sido evaluados por el *a quo*, la desvinculación del menor respecto de quien en vida lo cuidó en sus primeros años de existencia generando un vínculo materno filial, lo insertó en su grupo familiar y expresó su voluntad adoptiva no solo al promover y obtener su guarda sino también al designarlo públicamente como “mi hijo” en uno de sus testamentos ológrafos. (M.d.S.R. y otra s/ ordinario. Nulidad de sentencia e impugnación de declaratoria de herederos” cita Online AR/JUR/48008/2012.

XI. Destacó la necesidad de prescindir, de reparos formales, cuando la índole de los derechos en juego requiere la inmediata actuación de un juez que atienda la situación de un menor de manera efectiva y estable. (D.L.A. s/ guarda”, Fallo: 338:1149, 27/10/2015).

XII. La sentencia que revocó la medida cautelar que ordenó la derivación de la niña a un hogar de tránsito, atento a las irregularidades en la constitución de la guarda, debe ser confirmada, pues esta decisión no impidió validar el modo de obtener la guarda sino el hacer hincapié en lo que aparece como más favorable para la niña, ya que el fallo impugnado la sometería a una nueva situación de vulnerabilidad y de desamparo al ser entregada a otra familia, padeciendo una nueva desvinculación y otro desarraigo” (del dictamen del Procurador Fiscal Subrogante que la Corte hace suyo, “M.M.S. s/ guarda” CSJN, 27/05/2015, RCJ 3448/15).

XIII. Ahora bien, cualquiera sea la interpretación que los tribunales competentes otorguen al artículo 317 antes mencionado, ella no puede incluir una regla tal que impida a los jueces llevar a cabo el balance entre el interés superior del niño y otros intereses individuales o colectivos que puedan entrar en juego y que, de acuerdo con la jurisprudencia mencionado en el considerando

anterior, debe otorgar neta precedencia al primero (considerando 8); “dado que el cambio de guarda (como todo cambio en el centro de vida, según lo presume el artículo 3.f de la Ley 26.061) es potencialmente apto para inferir un trauma a M.G.G., debió haber justificado su resolución en que la permanencia con el matrimonio S-B, generaría un trauma mayor, pero ninguna demostración se llevó a cabo en tal sentido (considerando 9) (del Voto Ministra Dra. Carmen Argibay G.M.G. s/ protección de persona causa nro. 73.154/05).

A mayor abundamiento corresponde destacar que la Corte Interamericana de derechos Humanos en la causa “Formerón e hija c. Argentina” del 27 de abril de 2012, subrayó que no hay nada que indique que las familias monoparentales no puedan brindar cuidado, sustento y cariño a los niños, motivo por el cual cabe el reconocimiento expreso del vínculo materno filial existente entre la difunta M. G. B. y la niña C. B.

Por todo lo expuesto, y con fundamentos en los arts. 1, 2, 25, 26, 594, 595, 599, 600, 603, 619, 621, 623, 624, 625 626 inc) a, 639 inc. b), 706, 707, 709, 710 del Cód. Civ. y Comercial, arts. 33 y 75 inc. 22 y 23 de la Constitución Nacional, art. 3, 5, 7, 8, 11, 20 y 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño, arts. 8, 17, 18, 25 Convención Americana sobre Derechos Humanos, Declaración sobre los Principios Sociales y Jurídicos relativos a la protección y Bienestar de los Niños con particular referencia a la adopción y colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional, art. 3 inc. f), 7 y 11 Ley Nacional de Protección Integral de los derechos de NNA N° 26.061, su decreto Reglamentario 415/2006 art. 7, arts. 4 inc. f) y 11 Ley sobre Promoción y Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes N° 12.967, art. 67 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, art. 224 del Cód. Proc. Civ. y Comercial, principios pro homine y favor minoris, tutela judicial efectiva, jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y causas “Atala Riffo c. Chile” y “Formerón e hija c. Estado Argentino”, dictado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y dictamen favorable de la Defensora General resuelvo: 1) Admitir la adopción plena póstuma monoparental y en consecuencia declarar a G.T. (DNI N° ...) de sexo femenino, nacida en Oberá, Provincia de Misiones, el día ... de agosto

de 2009, a las 4.15 horas, inscripta en el Registro Provincial de las Personas Oberá, Misiones, al Tomo ..., Acta ..., Año 2009, hija de M.G.B. (DNI N° ...) fallecida en Rosario el 27 de setiembre de 2016, acta de defunción N° ..., Oficina 359, Año 2016, Registro Civil Rosario. 2) Disponer que la niña sea inscripta con el prenombre C. y apellido B. 3) Hacer saber a la niña C. B. sobre su derecho a conocer sus orígenes con los alcances dispuestos en la normas 565 inc. e) y 596 del Cód. Civ. y Com. de la Nación. 4) Librar la correspondiente

comunicación al Registro Civil y Capacidad de las Personas acompañándose copia certificada del presente fallo y del documento nacional de identidad. 5) Notifíquese la presente a la Dra. Claudia Aguilera, titular de la Dirección Provincial de Promoción de los Derechos de la Niñez, Adolescencia y Familia, a la Dra. Analía Colombo Defensora Provincial de los Niños, Niñas y Adolescentes, a la señora O.J., y a los defensores generales en sus despachos. Insértese y hágase saber. — *Valeria Vittori.*

Adopción *post mortem*: Cuando las realidades nos obligan a pensar más allá de las regulaciones específicas

María Constanza Martínez Pizarro

Sumario: I. Introducción.— II. Adopción post mortem. ¿Qué regula el Código Civil y Comercial?— III. ¿Cuál era la situación de los fallos?— IV. Interpretación de los principios que regulan la adopción.— V. Consideraciones finales.

*“El otorgamiento de una guarda con fines de adopción es un momento privilegiado, de gran trascendencia socio-jurídica, donde se pone en juego la efectiva vigencia de un imperativo irrenunciable, cual es la tutela de los derechos de la infancia” (**).*

I. Introducción

Cuando hablamos de adopción, lo primero que debemos internalizar es que nos encontramos frente a una institución pensada para

(*) Abogada por la Universidad de Buenos Aires. Docente en la materia Derecho de Familia y Sucesiones en la misma Universidad. En materia de adopción, se ha desempeñado como coordinadora del Área de Seguimiento Judicial de la Dirección de Niñas, Niños y Adolescentes sin Cuidados Parentales del CDNNyA.

(**) CS, 16/09/2008, “G. M. G. s/ protección de persona - 73.154/05”, LLOnline: 70047946.

garantizar a los niños, niñas y adolescentes su derecho a vivir, crecer y desarrollarse en una familia. En este sentido, ante las diversas situaciones a las que la realidad nos enfrenta, necesariamente debemos interpretar y poner en juego las normas en búsqueda de garantizar el superior interés de aquel niño, niña o adolescente en particular.

El Código Civil y Comercial establece procedimientos claros tanto en torno a cuándo y cómo establecer que han fracasado las estrategias de garantizarles a los niños, niñas y adolescentes sus derechos en el marco de su familia de origen y/o ampliada y, por lo tanto, declarar

la situación de adoptabilidad, como así también una vez que comienza la búsqueda —por parte del organismo de protección y el juzgado interviniente— de una familia adoptiva y luego la consolidación jurídica de ese vínculo.

Desde ya que el espíritu es otorgar la adopción a quien desee y esté en condiciones de acompañar y materner/paternar a ese niño, niña o adolescente en su crecimiento y desarrollo. Sin embargo, nos encontramos con situaciones en las cuales, si bien existió una persona que ejerció aquel rol de maternidad o paternidad en vida, ha fallecido de manera previa a que se haya consolidado el vínculo a través de una sentencia judicial que otorgue la adopción.

Frente a dichas situaciones, los y las legisladoras han previsto lo que se denomina *adopción post mortem*, reconocida en el art. 605 del Cód. Civ. y Com. (de la misma manera se había reconocido en el art. 324 del ya derogado Cód. Civil), habilitando al juez/a la posibilidad de otorgar la adopción a quien en vida ha sido el o la guardadora con fines de adopción.

Sin embargo, hay otras situaciones que, si bien no se encuadran dentro de los requisitos establecidos por dicha normativa (que se hubiere otorgado una guarda con fines de adopción a un matrimonio o unión convivencial), podrían llegar a configurar también adopciones post mortem. Por tal motivo, ante un pedido de consolidar el vínculo con quien en vida ha sido guardador de un niño/a, el juez o jueza deberá analizar los hechos y resolver a la luz de los principios generales que rigen la institución adoptiva. En particular, deberá tener especial atención en el interés superior del niño/a, el respeto por el derecho a la identidad y el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez, teniendo en consideración que es obligatorio requerir el consentimiento del niño, niña o adolescente a partir de los diez años.

En este sentido, se ha dicho que “la aplicación de los principios generales contenidos

en el art. 595, Cód. Civ. y Com., sumado al análisis del supuesto fáctico vigente a la fecha de interposición de la demanda de adopción, o en su defecto a la situación de hecho imperante a la fecha de la sentencia de guarda con fines de adopción y la legitimación del o los guardadores preadoptivos, siempre que no se configuren los supuestos de nulidad absoluta, resultan ser argumentos de enorme peso específico para resolver favorablemente las adopciones post mortem unilaterales no contempladas expresamente en esta norma” (1).

II. Adopción *post mortem*. ¿Qué regula el Código Civil y Comercial?

El Cód. Civ. y Com., en su art. 605, ha recepcionado la posibilidad de que los y las juezas otorguen adopciones post mortem, es decir, otorguen la adopción de un niño, niña o adolescente a una pareja, incluso cuando alguno de los cónyuges o miembros de la unión convivencial hubiere fallecido: “cuando la guarda con fines de adopción del niño, niña o adolescente se hubiese otorgado durante el matrimonio o unión convivencial y el período legal se completa después del fallecimiento de uno de los cónyuges o convivientes, el juez puede otorgar la adopción al sobreviviente y generar vínculos jurídicos de filiación con ambos integrantes de la pareja”.

Del mismo modo, el Código Civil derogado preveía que “cuando la guarda del menor se hubiese otorgado durante el matrimonio y el período legal se completara después de la muerte de uno de los cónyuges, podrá otorgarse la adopción al sobreviviente y el hijo adoptivo lo será del matrimonio” (2).

Es decir que los y las legisladoras han previsto dos requisitos para habilitar la

(1) GONZÁLEZ de VICEL, Mariela, comentario al art. 606, en CAMELO, Gustavo - PICASSO, Sebastián - HERRERA, Marisa (dirs.), Código Civil y Comercial comentado, Ed. Infojus, Buenos Aires, 2015, 1ª ed., t. II, p. 387.

(2) Art. 324 del Cód. Civil (derogado).

posibilidad de generar vínculo jurídico de filiación incluso con el integrante fallecido: nos debemos encontrar frente a una pareja (sea matrimonio o unión convivencial) y ella debía detentar una guarda con fines de adopción, cuyo plazo legal vencía de manera posterior al fallecimiento del/la cónyuge o miembro/a de la unión convivencial.

Por su parte, cabe tener en consideración que el Código Civil y Comercial, en su art. 618, dispone que la sentencia de adopción tendrá efecto retroactivo a la fecha de la sentencia que otorga la guarda con fines de adopción. Podríamos suponer, entonces, que reconoce que el vínculo afectivo materno-paterno-filial es previo a la constitución del vínculo jurídico.

En los presentes casos nos encontramos frente a situaciones que se alejan de alguna u otra manera de esta situación prevista y nos hacen reflexionar: ¿se debería igualmente otorgar la adopción a la persona fallecida pese a que la situación no se inscribe exactamente en lo previsto en la norma? ¿Debe analizarse de manera taxativa el art. 618 o debe interpretarse, asimismo, a la luz de los principios generales que rigen la adopción?

III. ¿Cuál era la situación de los fallos? (3)

En “T. G. s/ adopción”, la jueza debió analizar la posibilidad de otorgar una adopción monoparental post mortem (ya hemos dicho que el Código solo regula en los casos de adopción por parte de cónyuges o uniones convivenciales). En el caso de marras, la niña C. convivió con la Sra. M. G. B. y la hija de

esta, M. V. B., desde pocos días de vida hasta el fallecimiento de la guardadora, siete años después. En un primer momento, bajo la figura de la guarda provisoria, otorgada en agosto 2009. Dicha guarda fue renovada por decisión de la jueza interviniente en tres oportunidades más (5 de octubre de 2010, 16 de diciembre de 2010 y 13 de marzo de 2014). Luego resolvió otorgar la guarda con fines de adopción el 14 de marzo de 2016, por el plazo de seis meses. Trece días después de vencido el plazo estipulado, la Sra. M. G. B. fallece, sin haber dado inicio al juicio de adopción de la niña.

La jueza interviniente da cuenta de que, durante sus siete años de vida, la niña C. ha forjado un vínculo materno-filial con su guardadora, a quien llama “mamá” y que, sin perjuicio de no haber llegado a presentar la demanda pertinente al juicio de adopción, no caben dudas del deseo y la intención de materner a C. que tenía M. G. B. Durante su vida, C. también construyó un vínculo fraterno con M. V., hija adoptiva de quien en vida fue su guardadora. Por ello, a la hora de evaluar el otorgamiento de la adopción post mortem a la ya fallecida guardadora, importa tener en consideración, además del vínculo con esta, la posibilidad del reconocimiento del vínculo de hermandad que se ha forjado entre C. y M. V., teniendo en cuenta que “todos los hijos adoptivos y biológicos de un mismo adoptante son considerados hermanos entre sí” (4).

En este orden de ideas, el psicólogo interviniente de la Dirección Provincial de Promoción de los Derechos de Niñez, Adolescencia y Familia ha analizado que “en la histórica inestabilidad convivencial de estas hermanas y sus reiteradas pérdidas, su vínculo fraterno parece haber sido lo único perdurable, por ello este equipo considera como el jalón fundamental para el desarrollo a futuro de la niña y de la joven”.

Por su parte, en “M. M. L. s/ adopción”, el vínculo no comenzó con el objetivo de formar una familia a través de la adopción, sino que

(3) Al margen del tema que nos convoca en este artículo, en ambas situaciones nos encontramos frente a procesos que nacieron al margen del procedimiento estipulado por la norma vigente (selección de familia por parte de los o las jueces a partir del envío de legajos por parte del registro de adoptantes correspondiente, conforme arts. 607 y ss.). Nos centraremos en particular en la adopción post mortem y no en el análisis de lo prescripto por el art. 611, Cód. Civ. y Com., que también atraviesa ambos casos, que debería dar para un análisis en sí mismo.

(4) Conforme art. 598 del Cód. Civ. y Com.

el matrimonio conformado por E. O. V. y M. M. L. se encontraba inscripto como familia de acogimiento y, en el marco de dicho programa, el niño S. llegó a su hogar a la edad de cuatro años. Otros cuatro años transcurrieron desde ese entonces y lo que en un principio era una situación transitoria, a partir del tiempo transcurrido, comenzó a generar vínculos perdurables en el tiempo. Por dicho motivo, y tras haberse declarado la situación de adoptabilidad de S., es decir, luego del análisis del organismo de protección y del juzgado a cargo de que no había familia de origen que pudiera encargarse de garantizarle al niño sus derechos, los cónyuges solicitaron la guarda con fines de adopción de S. Es durante el transcurso de dicho proceso que el Sr. V. fallece, abriendo entonces el debate de si correspondería otorgar la guarda con fines adoptivos al cónyuge fallecido, y, por lo tanto, la posterior adopción.

Entonces, a diferencia de la situación anterior, si bien en este caso sí nos encontramos frente a un matrimonio (tal como hemos visto que indica el Código Civil y Comercial), al momento del fallecimiento del Sr. V., este no detentaba una guarda con fines adoptivos, sino que era una guarda judicial, otro de los requisitos previstos por el art. 605 del Cód. Civ. y Com.

La jueza interpreta que, si bien se encontraban a cargo del niño a partir de una guarda judicial y en el marco de un programa de familias solidarias, durante dicho periodo hubo posesión de hijo. En el marco de dicho reconocimiento, otorga a ambos cónyuges la guarda con fines adoptivos, considerando que el plazo de esta ya se encuentra cumplido, habilitando la posibilidad de iniciar inmediatamente el juicio de adopción. En este mismo sentido, en fecha 1 de junio de 2018 otorga la adopción plena de S. al Sr. E. O. V. y la Sra. M. M. L., haciendo lugar a la excepción prevista en el art. 605: "En este caso, el adoptado lleva el apellido del adoptante, excepto que fundado en el derecho a la identidad se peticione agregar o anteponer el apellido de origen o *el apellido del guardador fallecido*", atento al derecho del niño a ser oído, quien había solicitado llevar el apellido de su padre, al igual que su hermano, con el que era reconocido.

IV. Interpretación de los principios que regulan la adopción

Entendiendo que las situaciones fácticas de los fallos relatados se escapan un tanto de lo regulado en el art. 605 del Cód. Civ. y Com. (en un caso, al tratarse de un proyecto monoparental, y en el otro, al no haber sido otorgada la guarda con fines de adopción de manera previa al fallecimiento del guardador), al momento de resolver se deben tener en cuenta los principios generales que regulan la institución adoptiva, mencionados en el art. 595 del Cód. Civ. y Com., en particular para estos casos resulta pertinente desarrollar: el respeto por el derecho a la identidad, el derecho a ser oído y el interés superior. En esta misma línea de ideas ha establecido la jueza en "T. G. s/ adopción": "Sentado ello, adelanto que la causa será resuelta en función de las reglas y los principios específicos del sistema adoptivo; esto es, el principio del interés superior del niño, el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez, y el principio que indica el respeto por el centro de vida de la niña G. T."

En este mismo sentido, la Corte Suprema, en un fallo de similares características, haciendo lugar a lo dictaminado por la Procuración General de la Nación, ha establecido que "no resulta razonable interpretar que, en el caso, el interés superior del niño se encuentre reflejado en una aplicación literal y dogmática de los preceptos normativos que regirían la materia"; y que "en cuestiones en que se ven involucrados los derechos de los menores, esta Corte Suprema ha afirmado que resulta totalmente desvirtuada la misión específica de los tribunales especializados en temas de familia si estos se limitan a decidir problemas humanos mediante la aplicación de una suerte de fórmulas o modelos prefijados, desentendiéndose de las circunstancias del caso que la ley les manda concretamente valorar" (5).

(5) CS, 26/12/2012, "M. D. S., R. y otra s/ ordinario s/ nulidad de sentencia e impugnación declaratoria de herederos". Disponible en: www.sj.csjn.gov.ar/

En relación con el respeto por el derecho a la identidad, cabe decir que él “está íntimamente ligada al núcleo esencial de lo que son los derechos humanos: el respeto de la dignidad de todas las personas. ¿Cómo podría respetarse una vida digna si no es respetada su identidad?” (6). Dicho derecho “incide en todos los aspectos del desarrollo vital, se forja desde cada uno, pero en consonancia con el entorno y los otros. Reviste una suerte de complemento entre la ‘mismidad’ y la ‘otredad’, pues no se puede ser uno mismo sin un referente externo, el otro” (7).

Fernández Sessarego ha dicho que “la identidad del ser humano, en tanto este constituye una unidad, presupone un complejo de elementos, una multiplicidad de aspectos esencialmente vinculados entre sí, de los cuales unos son de carácter predominantemente espiritual, psicológico o somático, mientras que otros son de diversa índole, ya sea esta cultural, ideológica, religiosa o política. Estos múltiples elementos son los que, en conjunto, globalmente, caracterizan y perfilan el ser ‘uno mismo’, el ser diferente a los ‘otros’” (8).

En este sentido, cabe destacar que, cuando hablamos de identidad, debemos tener en cuenta que ella se conforma por una faz estática —conformada por algunos datos permanentes, como el genoma y las huellas dactilares, a modo de ejemplo— y una faz dinámica —conformada a partir de los valores de la cultura, el ambiente, la historia personal, etcétera—.

En este orden de ideas, “la identidad es un proceso que se integra con un aspecto estático

y un aspecto dinámico. El primero se vincula con el origen de la persona, mientras que el segundo refiere a la proyección social en el transcurso de su vida. Tener en claro el despliegue de este derecho en el tiempo permite distinguir el lugar que ocupan la familia de origen y la familia adoptiva en el proceso de construcción de la personalidad. Mientras que la familia de origen se vincula con la identificación —puesto que, con ella, se logra la individualización de la persona que, al mismo tiempo, la hace única e irrepetible—, la determinación de quiénes conformarán la familia adoptiva se definirá considerando que, a través de su creación, quedará salvaguardado el aspecto dinámico en lo que refiere a la proyección familiar y social de la niña, el niño o el adolescente adoptado” (9).

En los casos comentados, la faz dinámica de la identidad fue un pilar fundamental a la hora de decidir en torno a la adopción. Tanto C. como S. habían pasado la mayor parte de su vida con la familia que solicita la adopción. Identifican y nombran como madre y padre, respectivamente, a quienes han cumplido con dichos roles y han construido, asimismo, vínculo con el resto de la familia. En este sentido, se ha entendido en ambos fallos que él y la niña han construido su identidad subjetiva en torno a esas familias y que el fallecimiento de las figuras paterna o materna no borra esa identidad construida. Por ello se considera necesario el otorgamiento de la adopción para consolidar jurídicamente el vínculo y respetar dicho derecho a la identidad.

Otro de los principios a tener en cuenta en los casos que nos encuentran es el derecho de niños, niñas y adolescentes de ser oídos. En este sentido, cabe destacar que “el art. 12 de la Convención (sobre los Derechos del Niño) establece el derecho de cada niño de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan y el subsiguiente derecho de que esas opiniones se tengan debidamente en

[sj/suplementos.do?method=ver&data=relevantes2003_2016](http://www.sj/suplementos.do?method=ver&data=relevantes2003_2016).

(6) COMISIÓN NACIONAL POR EL DERECHO A LA IDENTIDAD, “El trabajo del Estado en la recuperación de la identidad de jóvenes apropiados en la última dictadura militar”, Secretaría de Derechos Humanos, Buenos Aires, 2007, p. 130.

(7) GONZÁLEZ de VICEL, Mariela, comentario al art. 595, ob. cit., p. 359.

(8) *Ibidem*.

(9) KRASNOW, Adriana N., “La adopción en función de cada realidad vital”, RDF 83-31, cita online: AR/DOC/2890/2018.

cuenta, en función de la edad y madurez del niño. Recae así sobre los Estados partes la clara obligación jurídica de reconocer ese derecho y garantizar su observancia escuchando las opiniones del niño y teniéndolas debidamente en cuenta. Tal obligación supone que los Estados partes, con respecto a su respectivo sistema judicial, deben garantizar directamente ese derecho o adoptar o revisar leyes para que el niño pueda disfrutarlo plenamente” (10).

En consonancia, en materia adoptiva, el Código Civil y Comercial de la Nación ha establecido en su art. 617, dentro de las reglas del juicio de adopción, que el juez debe oír personalmente al pretense adoptado y tener en cuenta su opinión según su edad y grado de madurez, y también que el pretense adoptado mayor de diez años debe prestar consentimiento expreso.

En ambas situaciones, tanto C. como S. han manifestado su deseo de consolidar el vínculo con quienes en vida han ejercido los roles paterno-materno, y por consiguiente con el resto de la familia ampliada, en particular en el caso de C., en donde, al encontrarnos frente a una situación de adopción monoparental, necesariamente debería consolidarse el vínculo con quien en vida fue su guardadora, para así también ser jurídicamente hermana de M. V. También ambos han manifestado su voluntad de tener el apellido de sus guardadores, para así poder ser nombrados del mismo modo de sus hermanos/as.

Por último, y en consonancia con los dos principios anteriores, amerita hacer mención al principio que atraviesa todos los demás y es el pilar cuando trabajamos derechos de la infancia, el interés superior del niño, niña o adolescente.

El interés superior del niño “representa su reconocimiento como persona, la aceptación de sus necesidades y la defensa de los

derechos de quien no puede ejercerlos por sí mismo. Esto significa que resultará en su interés toda acción o medida que tienda a respetar de manera más efectiva la mayor cantidad de derechos involucrados. Esta directriz cumple una función correctora e integradora de las normas legales, constituyéndose en pauta de decisión ante un conflicto de intereses y en criterio para la intervención institucional destinada a proteger al niño” (11).

La Ley de Protección Integral (ley 26.061) lo define en su art. 3º como “la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley”. Asimismo, en la Opinión Consultiva 17/2002, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que dicho interés debe ser entendido “como la premisa bajo la cual se debe interpretar, integrar y aplicar la normativa de la niñez y la adolescencia y que constituye, por ello, un límite a la discrecionalidad de las autoridades en la adopción de decisiones relacionadas con los niños. Este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y en la necesidad de propiciar el desarrollo de estos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades, así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño” (12).

Tanto en “T. G. s/ adopción” como en “M. M. S. s/ adopción” se ha considerado que el modo de garantizar la máxima satisfacción de los derechos de C. y S. fue a partir de otorgar a la adopción a quienes en vida fueron sus guardadores y con quienes han tenido un vínculo materno-paterno-filial.

(11) GROSMAN, Cecilia P., “Significado de la Convención de los Derechos del Niño en las relaciones de familia”, LA LEY 1993-B-1095, cita online: AR/DOC/21654/2001.

(12) GIL DOMÍNGUEZ, A. - FAMÁ, M. V. - HERRERA, M., “Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes”, en Derecho constitucional de familia. Comentada, concordada y anotada, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2007, p. 87.

(10) Comité de los Derechos del Niño, Opinión Consultiva 12, 2009, disponible en www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7532.pdf.

Por una parte, por el valor simbólico que implica tanto para S. como para C. ser reconocidos como hijos de quienes cumplieron los roles paterno-materno en vida y también de este modo generar vínculo con el resto de la familia ampliada, respetando así el derecho a la identidad y su derecho a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta.

Pero no solo como valor simbólico por quien fue su figura paterna o materna en vida, sino que, al otorgar la adopción post mortem, también se reconocen los derechos patrimoniales que tienen los niños en los procesos sucesorios de sus padres-madres, teniendo en cuenta que, tanto en la adopción simple como en la adopción plena, los niños adquieren los mismos derechos sucesorios que los hijos nacidos por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida.

V. Consideraciones finales

“Consideramos que la mirada unívoca, tendiente a definir cuál es la mejor forma de vivir en familia —como si la familia fuese una

entidad abstracta que se constituye más allá de sus integrantes—, es incurrir en una equivocación, la que se contrapone con el paradigma humanitario que se encuentra receptado en nuestra Constitución Nacional y, en particular, en el art. 14 bis” (13).

Como hemos podido ver con los dos fallos comentados, las realidades son más complejas de lo que cualquier ley puede prever y sintetizar. Por lo tanto, se torna necesario poner a dialogar toda la normativa, doctrina y jurisprudencia que protegen los derechos de la infancia para de ese modo asegurar efectivamente a cada niño, niña y adolescente su derecho a vivir, crecer y desarrollarse en una familia que le brinde asistencia, cuidados, amor y contención que satisfagan sus necesidades afectivas y materiales.

(13) LLOVERAS, Nora - MIGNON, María Belén, citadas por C. Civ. Com. Lab. y Minería Neuquén, sala 2ª, 05/12/2017, “R. L. N. y otro s/ adopción”, disponible en www.200.70.33.133/cmoext.nsf/86df637a4ff5a220032580c1003eb680/4b8a8fce8813bdab0325826e00488389?OpenDocument.

DERECHO DEL NIÑO A SER OÍDO

Art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño – Tensión entre los derechos personales de un adulto y de un niño – Tutela judicial efectiva – Redacción en lenguaje claro de una sentencia – Flexibilización del principio del debido proceso

Con nota de Ana Clara Pauletti

1. — La escucha del menor —en el caso, expresó con un grado de madurez suficiente ante el magistrado el deseo de no pasar tiempo con su abuela— tiene superlativa importancia, representando en este sentido, uno de los cuatro pilares sobre los que se asienta la Convención de los Derechos del Niño, en su art. 12.
2. — Cuando se plantea una tensión de derechos personales —por un lado el derecho de la abuela a tener comunicación con su nieta y por otro lado el derecho de la niña a que su opinión sea tenida en cuenta— corresponde priorizar los intereses, deseos, y en definitiva el bienestar del niño, por sobre los de los adultos.
3. — La redacción de una sentencia en lenguaje sencillo procura que el usuario del servicio de justicia pueda comprender cuáles son sus derechos y obligaciones, lo que se traduce en la garantía de obtener su “tutela efectiva”, y lo que puede esperar de la tramitación de un juicio; la contracara de ello, es el deber del Estado como prestador de dicho servicio, de suministrar información en forma cierta y detallada.
4. — El principio del debido proceso contemplado por el art. 18 de la Constitución Nacional, cuya preservación es insoslayable para la garantía de todos los involucrados, tiene necesariamente que compatibilizarse con la tutela judicial efectiva de los niños, niñas y adolescentes.

JCiv. en Flia y Suc., Monteros, 18/09/2019 - D. L. D. V. c. T. N. D. s/ Régimen comunicacional

1ª Instancia.- Monteros, septiembre 18 de 2019.

Antecedentes:

Se presenta la Sra. D.L.D.V., DNI ..., con la Defensoría Oficial en lo Civil y del Trabajo del Centro Judicial Monteros (hojas 18/19), constituye domicilio a los efectos procesales en su público despacho. En dicha presentación inicial formula demanda por régimen comunicacional en contra de la Sra. Y.N.D. DNI ..., en relación a su nieta, la niña W.M.S.

Se acredita el vínculo filial invocado mediante actas de nacimiento certificadas agregadas en las hojas 03/04.

Se agrega acta de cierre sin acuerdo (hoja 24), en el marco del proceso de mediación judicial previo.

Que en la hoja 26 obra resolución que concede el beneficio para litigar sin gastos a favor de la Sra. D.L.D.V.

En consecuencia y conforme a las reglas procesales imperantes, se convoca a las partes a la audiencia prescripta por el art. 401 del CPCCT.

La Sra. Y.N. —parte demandada— se presenta (hoja 37) y solicita nueva fecha de audiencia, acompaña certificado médico alegando problemas de salud, sin embargo omite adjuntar recaudos legales correspondientes a la primera presentación, y tampoco constituye domicilio a los efectos procesales.

Luego, de las constancias de autos surge (hoja 38), que se celebró la audiencia prescripta por el artículo 401 del CPCCT, lo que ocurre en fecha 06/05/2019, concurriendo la parte actora con la representación de la Defensoría Oficial Civil y del Trabajo de este Centro Judicial, no comparece la Sra. Y. a pesar de estar debidamente notificada. Cedida la palabra a la parte actora, ratifica demanda en todos sus términos, y solicita que se haga lugar al apercibimiento dispuesto por el art. 402 del CPCCT.

La Defensoría de Niñez toma conocimiento e intervención complementaria por la niña W.M.S. (hoja 39), y solicita previo a emitir opinión sobre el fondo, se fije nueva fecha de audiencia entre las partes.

Por decreto de fecha 29/05/2019, no se hace lugar a dicha solicitud, en atención a que no se verifican los presupuestos exigidos por el art. 403 del CPCCT.

Luego, la Sra. D. solicita que se convoque a la niña a los fines de que se realice la audiencia en el marco del Art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño. En este contexto, y para poder pronunciarme sobre el pedido del régimen comunicacional entre la Sra. D. y su nieta, es que se convoca a la niña a participar de este proceso, a los fines de hacerle saber sobre la pretensión introducida por su abuela. Pues, en cumplimiento estricto a la manda del artículo 12 de la CDN, debe otorgarse al niño el derecho a ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte y lo que constituye en suma las garantías procesales mínimas para el niño y el acceso a la justicia, todo lo cual se encuentra previsto en el artículo 16, 18, 75 inc. 22 de la CN, art. 8 del Pacto de San José de Costa Rica, las 100 Reglas de Brasilia, el art. 12 y 17 de la Convención de los Derechos del Niño.

Por lo tanto, se fija audiencia con W. para el día 15 de agosto de 2019. Ocasión en la que se presenta la niña, en compañía de su abuela “morocha”. Nos manifiesta su deseo de tener una charla con esta Proveyente en el marco del proceso por el régimen de comunicación solicitado por su abuela L. De forma que se produce la entrevista como consecuencia de la obligación de oír que asume el Estado ante la petición de sus habitantes, en este caso una persona menor de edad.

El acto procesal de la audiencia fue amparada por todos los derechos que avala la Convención de los Derechos del Niño, en especial el artículo 12 y 17, en tanto el Estado (en la expresión del Poder Judicial) debe garantizar las condiciones para que la niña exprese sus opiniones, teniendo en cuenta la situación individual y social de la niña y en un entorno en que ella se sienta respetada y segura cuando exprese libremente sus pareceres (Comité de los Derechos del Niño, 51° período de sesiones, Ginebra, 25 de mayo a 12 de junio de 2009).

De este modo, se logró conocer a la niña y conocer sus sentimientos y su opinión. Se consiguió informarle sobre lo que su abuela pretende, y sobre lo que teníamos que decidir. A su vez también queríamos saber qué pensaba W., y si desea

tener vinculación con su abuela. Toda nuestra charla, se encuentra agregada en el expediente, porque W. así lo prefirió.

Que por proveído de fecha 16 de agosto de 2019 (hoja 49) pasa el expediente para dictar sentencia sobre el régimen comunicacional pretendido por la Sra. D.L.D.V. con relación a su nieta, conforme nota actuarial de fecha 03/09/2019.

Considerando:

I. Consideraciones preliminares:

A) De modo preliminar, he de señalar que esta decisión, va a ser explicada en lenguaje sencillo a L. y a W. —ambas usuarias del servicio de Justicia— en cumplimiento con las mandas nacionales, constitucionales y convencionales, que establecen que el usuario del servicio de justicia tiene derecho a comprender cuáles son sus derechos y obligaciones, lo que se traduce en la garantía de obtener su “tutela efectiva”, y lo que puede esperar de la tramitación de un juicio, y la contracara de ello, es el deber del Estado como prestador de dicho servicio, de suministrar información en forma cierta y detallada. La información debe ser siempre proporcionada “con la claridad necesaria que permita su comprensión” (100 Reglas de Brasilia; art. 42, 75 inc. 22 de la CN; art. 3 del Cód. Civ. y Com. de la Nación.)

B) En el caso de W. (4 años), existe el “plus” que la Convención de los Derechos del Niño, exige a los Estados partes —Argentina lo es— al asignar el máximo de los esfuerzos posibles para la satisfacción de los derechos allí consagrados a favor de la Infancia (art. 4 CDN). Todo eso se encuentra consolidado al momento que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, reivindica que el abordaje a la niñez y adolescencia debe hacerse poniéndolos en el centro de la escena, reconociéndoles una participación activa y protagónica (Comisión IDH, “Hacia la garantía efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección, 2017, www.cidh.org) del mismo modo a todos sus derechos tal como están reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos, a fin de garantizar el pleno y efectivo goce y ejercicio de todos aquellos.

En este caso particular, W. (4 años) tuvo una participación activa, se escuchó su genuina opinión,

la cual he tomado especialmente en cuenta al momento de decidir sobre los problemas que me han puesto en conocimiento, a más de ello, y teniendo en cuenta su edad, que implica la existencia de necesidades diferentes en función de la etapa evolutiva que transitan, me llevan a respetar su parecer en función de su madurez. La escucha de W. tiene superlativa importancia, representando en este sentido, uno de los cuatro pilares sobre los que se asienta la Convención de los Derechos del Niño (CDN). (art. 12 CDN, Observación General N° 12 “El derecho del niño a ser escuchado”, CRCCGC 12, 20/07/2009).

Este derecho se ve reflejado a nivel nacional en el art. 24 de la Ley 26.061, y en el Cód. Civil y Comercial (arts. 26, 707).

Otra de las aristas a tener en cuenta a fin de lograr un cumplimiento integral con las mandas internacionales antes mencionadas, es justamente comunicar a los NNA, el contenido de las decisiones que se tomen, en términos de fácil comprensión para ellos, lo que implica adaptar las formas y adecuarlas conforme su edad y grado de madurez.

Bajo estas reglas, es que me voy a dirigir a W. y contarle de que se trata esta sentencia (decisión del juez para terminar un juicio).

Explicación para W.:

W.: Te quiero contar un poco de que se trata esta sentencia (decisión que toma un juez, como yo, que ese es mi trabajo), la cual pude escribir después de haberte conocido y de haber tenido esa charla con vos aquí en el Juzgado (oficina) y teniendo en cuenta tus deseos y lo que vos querés, quiero explicarte lo que he decidido sobre lo que tiene que ver con el contacto con tu abuela L.

Quiero decirte que, de acuerdo a lo que habíamos conversado, voy a respetar tu opinión de no pasar tiempo con tu abuela L. por ahora, pero quiero que sepas que en cualquier momento si cambias de opinión y tenés ganas de verla o salir a pasear con ella puedes decirle a tu mamá, o puedes pedir que te traigan así conversamos de nuevo, y pueda ayudarte con eso. A ese tiempito o tiempo, lo vas a decidir vos o podemos volver a vernos para charlar sobre todo esto ¿te parece?.

También quiero contarte que desde este Juzgado vamos a ayudarte a que tu abuela L. conozca y entienda tu opinión y deseos.

Todo lo que decidí aquí, lo hice teniendo en cuenta lo que pudimos conversar después que nos conocimos y pudimos hablar personalmente, de haberte escuchado y de conocer los motivos que tenés para pedirme esto. Para mí fue muy importante nuestra charla, de ese modo pude saber cómo te sentís y cuales son tus preferencias.

Todo esto, también le vamos a transmitir a tu abuela y a tu mamá, pero de forma escrita y por medio de sus abogados.

Todo esto que te acabo de contar, lo decidí porque quiero que sepas que vos, como todos los otros niños, tenés derechos, ¿sabes que es un derecho?. Te explico un poquito: es una cosa muy importante que nadie te puede quitar, y que todas las personas tenemos incluso desde que nacemos. Por ejemplo tenés derecho a decir lo que pensás, lo que sentís, y que las personas más grandes te escuchen, que tu jueza los escuche, tenés derecho a ir a la escuela, a que te traten bien, a jugar, tenés derecho a recibir ayuda, a estar con tus padres, tíos, primos y abuelos. Estos derechos están escritos en todas las leyes que menciono en esta sentencia.

Es muy importante lo que vos querés, por eso tenés derecho a vivir con las personas que querés y que te quieren, y yo tengo que decidir cosas que sean mejor para tu vida y que te haga sentir bien.

Como también tenés derecho a que te explique todo lo que escribí aquí, es que me gustaría que nos volvámos a ver, por supuesto que en el momento que sientas el deseo de hacerlo, para que yo pueda explicarte personalmente todo lo que pudimos arreglar en esta carpeta de papeles (expediente) que vos viste en mi escritorio, ¿te acordás?, y que, para poder hacer eso fue muy importante que vos me hayas contado todo lo que haces cada día, cosas de su escuela, que te gusta hacer, y de esta manera supe que estás bien y cómoda.

II. Argumentación jurídica y aplicación de la ley. Texto para las y el profesional/es apersonados y los adultos involucrados en el conflicto que se ventila en este expediente:

Los fundamentos jurídicos de la decisión jurisdiccional adoptada en este caso, se apoyan en las siguientes fuentes:

- Convención de los Derechos del Niño. Las observaciones generales del Comité de los Derechos del Niño, que forman la doctrina de aquel Instrumento de DDHH.
- El Cód. Civ. y Com. de la Nación. Fuentes e interpretación del derecho.

Igualmente, reconocen con fuente de interpretación los principios del Derecho en general y del Derecho de Familia en particular, a saber: 1. la eficacia temporal, 2. el derecho a la información, 3. a la libertad de expresión, de libertad e igualdad en las relaciones familiares, de responsabilidad familiar, 4. el interés superior del niño.

El diálogo de fuentes, y la función interpretativa del juez: La Convención de los Derechos del Niño: La voz del niño en el proceso. El derecho de defensa material. Su interés superior. El Cód. Civil y Comercial. Los principios rectores.

Sabido es que el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño es una disposición sin precedentes en un tratado de derechos humanos; apunta a la condición jurídica y social del niño, que, por un lado, carece de la plena autonomía del adulto pero, por el otro, es sujeto de derechos. En el párrafo 1 se garantiza a todo niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de la edad y madurez del niño. El párrafo 2 afirma, en particular, que debe otorgarse al niño el derecho a ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte.

De acuerdo al resultado de la audiencia celebrada con la niña, momento en el cual se siguiera con todas las recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño para ese suceso, es decir: la adecuación del lugar y de las personas que participaron, resguardándose el derecho a conocer el motivo de su convocatoria, la pertinencia de las intervenciones con apoyatura exclusiva en la información aportada por el expediente, mas el detalle del discurso de ella, y las razones expuestas de forma clara, auténtica, sencilla y genuina,

estimo que no debe modificarse por ahora la situación con relación a la niña y a su abuela L.D.

Lo antes expuesto, también encuentra sustento en la sugerencia de la Defensoría de Niñez Adolescencia y Capacidad Restringida del Centro Judicial de Monteros, quien tuvo participación en el acto procesal de la audiencia con la niña, y del Licenciado P. A. (representante de Gabinete) quien expresó que se tenga en cuenta la voz de la niña. Estas intervenciones son valoradas como una actividad interdisciplinaria ordenada por el Cód. Civ. y Com. de la Nación en su art. 706 y concs. (hoja 48).

A partir de las expresiones de la niña, quien con un grado de madurez suficiente pudo reflejar con meridiana claridad los motivos para no querer ver a su abuela (art. 3, 5, 8, 12, 13, 14, 17, 40 y concs. de la CDN), implica la libertad de autoregular libremente las relaciones familiares en esta especial etapa de vida que se encuentra atravesando actualmente.

Para concluir, conforme lo expuesto, entiendo que W. tiene la capacidad suficiente como para conocer su situación familiar y vincular con relación a su abuela, habiéndose manifestado en forma concreta sobre su opinión respecto a la comunicación que desea en este momento de su vida llevar con ella.

Es dable poner de resalto que esta decisión de ninguna manera desconoce el derecho de la Sra. L.D.V.D. —abuela paterna— a tener comunicación o vinculación con su nieta, conforme a lo consagrado en el art. 555 del Cód. Civ. y Com. de la Nación. Por el contrario, esta Proveyente salvaguarda los vínculos familiares integrales —por su importancia para el desarrollo adecuado de los NNYA— como así también valoro a la familia cómo núcleo fundamental, donde cada individuo logra proyectarse. Sin embargo, en este caso en particular, donde se plantea una tensión de derechos personales, por un lado el derecho de la abuela a tener comunicación con su nieta y por otro lado el derecho de la niña a que su opinión sea tenida en cuenta, conviene tener presente que los adultos involucrados en este proceso, deben priorizar los intereses, deseos, y en definitiva el bienestar de la niña, por sobre el propio.

Valido es también recordar que el abordaje de esta temática familiar y sus dificultades (vínculos familiares) necesariamente deben tener un espacio de construcción diferenciada y con los tiempos específicos para cada individuo. Considero que no puedo insistir en la obligatoriedad, relativa por cierto, —ya que si W. se niega no se la puede “obligar” a mantener contacto con su abuela L.—, pues dicha circunstancia (la obligatoriedad) entorpecería el camino de un posible encuentro futuro, o de construcción vincular favorable y saludable.

Ante esta realidad, e insistiendo, en que la receptora cardinal de este pronunciamiento es W., considero que su mejor interés —como principio procesal y derecho sustancial (OG N° 14 del Comité de los Derechos del Niño)— se materializa en receptor su opinión, en el sentido de que en las circunstancias actuales no están dadas las condiciones para que prospere de manera inmediata el régimen comunicacional solicitado por la Sra. D. en relación a su nieta. Sumado a ello, cabe tener presente lo solicitado en este sentido por la Defensoría de la Niñez, Adolescencia y Capacidad Restringida de este Centro Judicial, como así también por el Lic. P. A., en representación del Gabinete Psicosocial y sobre todo en consideración a la opinión de W. (acta de audiencia Art. 12).

III. Flexibilización de las reglas procesales. Tutela Judicial Efectiva:

El principio del debido proceso (art. 18 CN), cuya preservación es insoslayable para la garantía de todos los involucrados, tiene necesariamente que compatibilizarse con la tutela judicial efectiva de los niños, niñas y adolescentes; esto es, que se cumpla respecto de ellos el principio de efectividad contemplado en el art. 706 del Cód. Civ. y Com. de la Nación y del art. 29 de la ley 26.061. Dicha norma, luego de enunciar las pautas generales que gobiernan el proceso, entre ellas la tutela judicial efectiva, expresamente refiere que “Las normas que rigen el procedimiento deben ser aplicadas de modo de facilitar el acceso a la justicia, especialmente tratándose de personas vulnerables...”.

Si el principio que emana del art. 706 Cód. Civ. y Com. de la Nación, busca lograr la tutela judicial efectiva para amparar a las personas en situación

de vulnerabilidad, debemos reevaluar las reglas procesales tradicionales, flexibilizar las formas, debido a que lo familiar trasciende la estructura de los procesos. En efecto, el pronunciamiento final sobre el conflicto deberá realizarse de una manera fundada y como lo indica la norma prevaleciendo el interés superior de los niños, niñas o adolescente, y de corresponder, por sobre los derechos de los adultos tal como se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia de la Nación “... la atención principal al interés superior del niño apunta a dos finalidades básicas, cuales son la de constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses, y la de ser un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al menor. El principio pues, proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos. De esta manera, frente a un presunto interés del adulto (...) se prioriza el del niño”. (CSJN, 12/06/2012, “N.N o U., V. s/ Protección y guarda de personas”, en LA LEY 2012-D, 182.)

En ese contexto normativo, es importante resaltar, que a partir de la reforma constitucional del año 1994 y por efecto de la inclusión de tratados internacionales de derechos humanos, con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 CN), hay distintos principios procesales que se deben proteger dentro de los cuales se incluye el principio de tutela judicial efectiva.

En esos parámetros, las Cien Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad —a las cuales la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha adherido mediante Acordada 5/2009— nos demuestran la relevancia del tema habida cuenta que en el punto 25 correspondiente al Cap.II, titulado “Efectivo acceso a la justicia para la defensa de los derechos” se dispone “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”.

En este caso en particular, la parte actora ha solicitado que se haga efectivo el apercibimiento dispuesto por el art. 402 del CPCCT, en atención a que la Sra. N.D.Y. no se apersonó correctamente

en este proceso y no ha comparecido a la audiencia convocada. Si me sujeto rigurosamente a lo dispuesto por las reglas de este proceso sumárisimo (arts. 401 y conchs. Del CPCCT), debería hacer efectivo el apercibimiento dispuesto por la norma citada, tener por no presentada a la Sra. Y., y en consecuencia hacer lugar a la pretensión de la Sra. D.

Ahora bien, no debemos olvidarnos que la Sra. Y., actúa en representación de su hija, la niña W.M.S., actuación que se rige por el art. 26 del Cód. Civ. y Com. de la Nación. Que en este proceso interviene como representante de su hija, pero quien tiene la titularidad de los derechos en juego es la propia niña, en cuanto los NNA son titulares de todos los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. Dicha concepción se cimienta en los principios que emanan de la Convención de los Derechos del Niño (CDN), lo cual implica “respetar la autonomía que progresivamente adquieren los NNA para el ejercicio autónomo de sus derechos, en función de su edad y madurez; reconocer y promover su derecho a participar y a que su voz y opiniones sean debidamente escuchadas y tomadas en consideración en todas las decisiones que les afecten”... (Informe “Hacia la garantía efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes”, aprobado por la CIDH, 30/11/2017, p. 113).

Es decir, el apercibimiento dispuesto por el art. 402 del CPCCT, debe ceder y no aplicarse en este caso concreto, pues tal sanción atribuible a la Sra. Y. —quien actúa en representación de su hija— por su conducta procesal, no puede trasladarse automáticamente a la niña en razón de la inactividad de aquella. Menos aun, luego de que W. (titular del derecho a la comunicación con la abuela requirente) fuera escuchada, habiendo participado activamente en este proceso, con la representación de la Defensoría de Niñez, Adolescencia y Capacidad Restringida de este Centro Judicial (art. 103 Cód. Civ. y Com. de la Nación), conforme surge de los elementos de este expediente, en especial acta de audiencia del art. 12 CDN (hoja 48).

En conclusión, la sanción procesal prevista en las normas citadas, no puede operar en este caso, teniendo en cuenta que la niña tuvo participación

real y que fue ella misma la que expresara la decisión que tiene tomada —en este momento— respecto de la posibilidad de vincularse con la abuela L.; e igualmente lo motivos que la sustentan. Todo ello, nutre las garantías y los derechos reconocidos por la Convención de los Derechos del Niño, reforzando la directriz cardinal del interés superior de la niña (art. 1 y 3 de la CDN) y la vigencia del principio de la tutela judicial efectiva (art. 8,19, 25 del CADH), garantizando, entre otros aspectos, el derecho de la niña a ser oída de conformidad con su edad y grado de madurez (art. 5 y 12 de la CDN).

IV. Explicación para Liliana en lenguaje claro:

L. quiero contarle de forma natural y llana de que se trata esta decisión y las razones que tuve para tomarla.

En primer lugar quiero contarle que, sin perjuicio que Ud. haya iniciado este trámite, y que tenga derecho a tener vinculación más frecuente con su nieta W., ella también tiene derecho a expresar su propia opinión aún con la edad que tiene (4 años). Según la ley que le menciono, su nieta tiene derecho a participar en este tipo de procesos que la involucran en forma directa, y esa intervención es muy importante al momento de tomar decisiones (esto está escrito en los artículos 3, 4, 12 y 13 de la Convención de los Derechos del Niño).

Es por eso que, cuando escuché y conversé con W., pude advertir que ella en este momento y en las actuales condiciones de vida no desea tener —al menos por ahora— este tipo de reciprocidad en la relación con usted, con lo cual tampoco sería bueno obligarla.

Pero esto, no quiere decir que más adelante, dándole un poco de tiempo a su nieta —que ya sabe que Ud. quiere verla y pasar tiempo con ella— pueda cambiar de opinión. Y si ello sucediera, nos volveremos a ver, y las escucharé nuevamente a las dos.

Entiendo que quiere ver a su nieta, y por eso inició este juicio, solo que por ahora W. no está preparada para que esto ocurra, y tampoco puedo exigirle a tener un vínculo forzoso con Ud. —ni con nadie—, porque esto sería perjudicial para las dos, y no permitiría que más adelante, pueda

darse naturalmente una vinculación diferente y que resulte constructiva y beneficiosa para una y otra.

Por eso pienso y así lo resolví, que lo más apropiado en este caso, es postergar este régimen de comunicación —de visitas— que pide, es decir, dejar para más adelante la posibilidad de que pueda llevarse a cabo una comunicación saludable y querida entre ustedes.

V. Costas y honorarios:

I. Costas: La regla general en materia de régimen de comunicación es que la imposición de costas se fije en el orden causado porque se considera que la intervención del juez es una carga común necesaria para componer las diferencias entre las partes, y en definitiva se busca dirimir el conflicto conforme sea lo que mejor convenga a los niños/as y adolescentes. A su vez, estamos en presencia de un proceso de familia no patrimonial, con lo cual no puede imponerse las costas con fundamento en el principio de la derrota.

II. Honorarios: Teniendo en cuenta que la parte actora actúa con la representación de la Defensoría Oficial Civil y Laboral de este Centro Judicial, en este caso concreto no corresponde su regulación, debido a que no hay parte contraria condenada en costas, por lo que, sin perjuicio de lo establecido por el art. 160 novies la ley 8983, no se cumple en el caso con uno de los requisitos del art. 4 de la ley 5480.

Por lo expuesto; resuelvo: I. Postergar el régimen comunicacional solicitado por la Sra. D.L.D.V., DNI ..., en virtud de lo expresado genuina y espontáneamente por la niña W.M.S. al momento de ser escuchada, en ejercicio de su derecho a tener una participación activa y protagónica en este proceso, como así también teniendo en cuenta lo considerado en la presente resolución. Como consecuencia de ello, posponer el régimen de comunicación entre la niña y su abuela paterna, hasta que las condiciones y contextos de vida que les toca vivir puedan ser modificados por las mismas protagonistas del vínculo (abuela/nieta) en un espacio que contribuya a la vinculación saludable y favorable. II. Se comunique a W. lo siguiente: “Hola W. Soy M., la Jueza del Juzgado de Familia y Sucesiones donde nos conocimos

hace poquito ¿te acordás?, quiero contarte que he tomado una decisión que tiene que ver con lo que conversamos ese día. Ya está escrita. Por eso te vuelvo a invitar a mi oficina, si vos tenes ganas, para contarte personalmente lo que puse ahí. Para eso te paso mi número de teléfono personal (...) para que me llames o me mandes mensajes cuando quieras acercarte o por cualquier otra cosa que te interese que volvamos a charlar sobre esto. Te espero”. Cédula adecuada para NNA. III. Se comunique a L. lo siguiente: “Soy la Dra. M.R.G., jueza de este juzgado, sin perjuicio que su abogado pueda notificarle e informarle de lo que resolví, quisiera dejar abierta una invitación para que venga a verme si así lo desea y cuando Ud. lo decida, y en ese momento pueda explicarle personalmente de que se trata esta sentencia (decisión por escrito), el sentido que tiene la misma, y las razones por las que tomé esta decisión. La misma invitación le hice a W. La ley les concede este derecho, y es que ambas (W. y Ud.) reciban información en forma clara y sencilla. Esta invitación es una opción de ambas, y quedan invitadas por mí”. Personal. IV. Las costas se distribuyen por su orden en atención a lo considerado. V. No corresponde pronunciamiento sobre la regulación de honorarios a la Defensoría Oficial en lo Civil y del Trabajo de este Centro Judicial, atento a lo considerado. VI. Notifíquese a la Defensoría de Niñez, Adolescencia y Capacidad Restringida de este centro Judicial, conforme artículo 747 del CPCCT. Hágase saber. — *Mariana Rey Galindo*.

ALIMENTOS EN FAVOR DE LOS HIJOS

Procesos de familia – Flexibilidad de la prueba – Derechos del niño a ser oído – Mayoría de edad. Idoneidad de los testigos – Parientes

Con nota de Ana Clara Pauletti

1. — En los procesos de familia, resulta innecesaria la escucha de los niños, por tratarse de cuestiones económicas que pueden acreditarse con las pruebas aportadas por las partes, sin necesidad de tener que

citarlos a una audiencia para pronunciarse sobre aspectos económicos de resorte de los adultos, que no se condice con su interés superior, directriz que debe primar en toda decisión judicial que les concierna.

2. — En el supuesto en el que un progenitor pretende la contribución del otro en los alimentos destinados a su hija mayor de edad con quien convive y que esta última no ha comparecido al proceso por su propio derecho, puede la misma ser citada como testigo en la causa por no revestir el carácter de parte procesal.
3. — En materia de familia no rige la prohibición de declarar de los parientes, debido a que, por la índole de las cuestiones que se debaten, son precisamente ellos los que mayor información pueden aportar, sin perjuicio de que sus dichos sean valorados desde la sana crítica y corroborados con otras pruebas.

CFamilia, Mendoza, 27/09/2019 - Compulsa en A. 9119/18 Cruz Marisol Antonia c. Núñez, Carlos Horacio s/ alimentos

2ª Instancia.- Mendoza, septiembre 27 de 2019.

Considerando:

I.1) A fs. 45 el demandado reconviniendo apela la resolución de fs. 40 y vta., que, al pronunciarse sobre las pruebas ofrecidas por las partes, rechaza la prueba testimonial de la Srta. C. A. N. y la audiencia con los hijos menores de edad de las partes, propuestas por el apelante a fs. 27 vta.

Para resolver así, la magistrada considera que la audiencia con los niños no es pertinente para definir el tema alimentario, por ser un resorte exclusivo de los adultos. Por los mismos motivos desestima la testimonial de la Srta. C. A. N. para quien, según entiende la juez, se requieren los alimentos reconvenidos.

2) El apelante funda su recurso a fs. 64/65. Arguye que: a) las pruebas denegadas por la juez de grado resultan necesarias y pertinentes para la resolución de las cuestiones planteadas en esta causa; b) la audiencia con los niños resulta necesaria, toda vez que la actora alude en su

demanda que su parte no ha colaborado en nada desde la separación, siendo sus hijos testigos de la contribución efectiva que ha hecho para su alimentación, con dinero, vestimenta, calzado y mercadería y siendo que la progenitora se negó a firmar los recibos correspondientes delante de ellos; c) su parte no desconoce el incómodo y difícil momento de tener que someter a sus hijos a la audiencia, pero la misma es necesaria a fin de clarificar los hechos y determinar la verdad de los mismos, sumado al derecho que le asiste a ser oídos; d) el testimonio de su hija mayor de edad, C. A. N., resulta necesario por ser ella la que se encuentra estudiando un profesorado y conocer cuáles son sus necesidades y gastos, los que son costeados por él sin ayuda de su madre.

3) El Ministerio Pupilar dictamina a fs. 71/72, solicitando el rechazo del recurso en lo que concierne a la audiencia de sus representados menores de edad. Sus argumentos pueden resumirse así: a) el progenitor manifiesta que no desconoce el incómodo y difícil momento que podrían pasar sus hijos al tener que ser sometidos a una audiencia para clarificar los hechos controvertidos en autos, insistiendo igual con la realización de dicha audiencia; b) el apelante prioriza sus intereses por encima de los de sus hijos, prefiriendo insistir con una prueba innecesaria, teniendo en cuenta el objeto del proceso, antes que preservarlos de una citación judicial; c) el derecho a ser oído de los niños es precisamente un derecho o garantía, pero no implica una obligación del juez a citarlos o escucharlos con relación a un conflicto adulto referido a alimentos, ya que lo contrario sería poner a los niños a tomar postura por una u otra parte, con consecuencias psíquicas y emocionales para ellos, cuestión que no está contemplando el apelante; d) el ejercicio de la responsabilidad parental resulta permeable a la intervención estatal en miras del interés superior del niño, resultando en autos la citación a los niños innecesaria e impertinente, además de no respetar adecuadamente su superior interés.

4) Corrido el traslado a la apelada, esta parte debidamente notificada a fs. 67, no contesta.

II. Cabe destacar que, a fs. 77, el apelante expresa, sin acompañar prueba alguna, que las partes habrían arribado a un acuerdo conciliatorio

en los autos principales y que, por ende, ha devenido en abstracta la causa, solicitando que se suspenda el pronunciamiento a dictar en autos.

A fs. 80 este Tribunal tiene presente lo expuesto en cuanto por derecho corresponda y ordena regir el llamamiento de autos para resolver.

Por lo que, no habiendo desistido el apelante de su recurso de apelación y encontrándose la causa en estado, corresponde a esta Alzada dictar resolución sobre el mismo.

III. Sentado lo cual, recordamos que el artículo 710 del Cód. Civ. y Com. dispone: “Los procesos de familia se rigen por los principios de libertad, amplitud y flexibilidad de la prueba”.

Con relación a este artículo la doctrina explica que “se dispone que el juez procede con criterio amplio y flexible para admitir las pruebas en los procesos de familia, y vinculado con eso, si es conducente o no. En caso de duda estará por la primera opción”. Se tiene en cuenta, como consecuencia previsible de las relaciones que se despliegan el ámbito familiar un espacio íntimo, que los hechos invocados pueden resultar de difícil acreditación (González de Vicel. Mariela, Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Herrera Marisa - Caramelo Gustavo - Picasso Sebastián Directores, Infojus, Buenos Aires, 2015, p. 573).

Entonces, si la prueba no es notoriamente improcedente, correspondería recibirla, no obstante la valoración que de ella haga el juez al momento de dictar la sentencia (Herrera Marisa, Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Lorenzetti Ricardo Luis Director, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 592). También se ha afirmado que “cuando una cuestión suscita dificultad para ser comprobada, ya sea por causa del hecho mismo”, en virtud de sus circunstancias de tiempo (tempus) y lugar (locus) o por su carácter, debe concederse el favor para posibilitar la prueba del hecho dificultoso. Se destaca que la cuestión debe ser analizada por el juez, y si se acredita fehacientemente la dificultad, debe conceder el favor probatorio. Este opera en orden a la admisión o valoración del elemento probatorio. Por ello se señala que no se conforma como una regla rígida sino que, por el contrario, incide en el

juzgador como pauta preferente para admitir o valorar el hecho (Ferreyra de De La Rúa, Angelina, Bertoldi de Fourcade, María Virginia, De Los Santos, Mabel, Tratado de Derecho de Familia Según el Código Civil y Comercial de 2014, Kemelmajer de Carlucci, Aída - Herrera Marisa - Lloveras Nora, Directoras, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, T. IV, p. 447). Este criterio amplio para la admisión de la prueba predomina en la doctrina autoral (Alsina, Tratado, T. I, p. 184-185; Rosenberg, Tratado, T. II, p. 211; Bonnier, De las pruebas en derecho civil y penal, Madrid, T. I, N° 61, p. 81).

No obstante lo anterior, la doctrina aclara que “la directiva no obliga al juez a admitir pruebas notoriamente improcedentes por dilatorias, no vinculadas con hechos controvertidos, o inadecuadas en función del objeto procesal (González de Vicel. Mariela, Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, op. cit.). Motivo por el cual la norma analizada no resulta incompatible con el art. 173 inc. e del CPCCyT, cuando dispone que el tribunal podrá rechazar, aún de oficio, la prueba prohibida por la ley y la notoriamente impertinente o innecesaria. Por su parte, el CPFyVF dispone en el art. 3 inc. d) que, en los procesos de familia y de violencia familiar rigen principios de “libertad, amplitud, flexibilidad” de la prueba y cargas probatorias dinámicas.

Además, en el art. 29 de ese cuerpo normativo se establece, como una atribución judicial que:

Por decisión fundada, de oficio o a pedido de parte, el/la Juez/a podrá desestimar la prueba IV.1) Conforme con estas pautas, con relación a la prueba testimonial de C. A. N. propuesta por el apelante en su reconvencción, estimamos que debe ser admitida.

Sabido es que la obligación alimentaria pesa sobre ambos progenitores y se extiende hasta los 21 años, excepto que el obligado acredite que el hijo mayor de edad cuenta con recursos suficientes para proveérselos por sí mismo (art. 658 Cód. Civ. y Comercial).

En cuanto a la legitimación para accionar, el progenitor que falte a la prestación de alimentos puede ser demandado por el otro progenitor en representación del hijo (art. 661 Cód. Civ. y Comercial) o bien, el que convive con el hijo mayor de

edad tiene legitimación para obtener la contribución del otro, hasta que el hijo cumpla veintiún años, y puede iniciar el juicio alimentario o, en su caso, continuar el proceso promovido durante la minoría de edad del hijo para que el juez determine la cuota que corresponde al otro progenitor, teniendo derecho a cobrar y administrar las cuotas alimentarias devengadas (art. 662 Cód. Civ. y Comercial). En este último supuesto, el progenitor comparece por su propio derecho y no, claro está, en representación del hijo mayor de edad, por cuanto carece de legitimación para ello.

Así las cosas, siendo que, en el supuesto de autos, el progenitor que reconviene a fs. 22/25, pretende la contribución del otro en los alimentos destinados a su hija mayor de edad con quien convive y que esta última no ha comparecido al proceso por su propio derecho, puede la misma ser citada como testigo en la causa por no revestir el carácter de parte procesal (cfr. art. 185 del CPCCyT).

Por otra parte, en materia de familia no rige la prohibición de declarar de los parientes, debido a que, por la índole de las cuestiones que se debaten, son precisamente ellos los que mayor información pueden aportar, sin perjuicio de que sus dichos sean valorados desde la sana crítica y corroborados con otras pruebas (cfr. lo ha sostenido este Tribunal en autos N° 159/16, “A., P. R. c. B. I. A. p/ medida de protección de derechos”, 12/06/2017, entre otros).

Además, la prueba testimonial de la hija mayor de edad de las partes no resulta notoriamente impertinente, innecesaria o prohibida por ley, teniendo en cuenta los hechos controvertidos en la causa y la pretensión esgrimida en la reconvencción incoada por el progenitor apelante, por lo que corresponde, como ya adelantamos, que sea admitida (arts. 173 inc. e y 176 del CPCCyT y art. 3 inc. d y art. 29 del CPFyVF).

Elo sin perjuicio de la apreciación que de esa prueba se efectúe en ocasión de resolver —lo que se vincula con la eficacia de la prueba y no con su admisibilidad— de conformidad con las reglas de la sana crítica y confrontándolas con las restantes pruebas que se recolecten en la causa, a fin de obtener el pronunciamiento de una resolución justa y basada en la verdad real.

2) Respecto a la audiencia con los hijos menores de edad de las partes, a favor de los cuales la progenitora - actora reconvenida— ha solicitado una cuota alimentaria a cargo del progenitor —demandado reconviniente—, consideramos, en concordancia con lo dictaminado por el Ministerio Pupilar, que ha sido correctamente desestimada por la juez *a quo*.

En efecto, como es sabido, al decidir una cuestión trascendente para la vida de los niños, niñas y adolescentes, el juez tiene el deber de escucharlos, de conformidad con lo dispuesto por los arts. 5, 12 y cc. de la CDN; arts. 3 incs. a), b), d), 24 y 27 de la ley 26.061; arts. 26,639 y 706 del Cód. Civ. y Comercial; arts. 3 inc. g y 14 inc. j del CPFyVF. Ahora bien, en los procesos de alimentos a favor de los hijos menores de edad, para la fijación de la cuota a cargo de sus progenitores se tienen en cuenta dos aspectos: las necesidades de los hijos y las posibilidades reales del alimentante. En consecuencia, resulta innecesaria la escucha de los niños en este tipo de procesos, por tratarse de cuestiones económicas que pueden acreditarse con las pruebas aportadas por las partes, sin necesidad de tener que citarlos a una audiencia para pronunciarse sobre aspectos económicos de resorte de los adultos. La fijación de una audiencia exclusiva a esos fines no se condice con su interés superior, directriz que debe primar en toda decisión judicial que les concierna (art. 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño).

En este sentido la doctrina —en opinión que compartimos—, cuando analiza el deber de escuchar a los niños en el proceso, expresa que “en otros procesos, como son los de alimentos, que se fundan en el régimen de responsabilidad parental, no está prevista de manera expresa la escucha del niño o adolescente en el proceso, sin perjuicio de que, ante la inactividad de quien ejerce la representación legal, deba ser ejercida la acción por el/la representante del Ministerio Público. En este sentido, el art. 272, Cód. Civil, faculta expresamente al Ministerio de Menores a promover la demanda de alimentos por el hijo menor si el padre o la madre faltaran a esta obligación, agregando la autora que “la doctrina nacional no acuerda con la intervención del niño o adolescente en estos procesos en virtud de que significa introducirlo en el conflicto de los adultos.

Como indica la Asesora de Menores, el propio progenitor expresa que la audiencia con sus hijos los sometería a un “incómodo y difícil momento, por lo que parecería que prioriza sus intereses antes que los de sus hijos al insistir con la realización de dicha audiencia.

Por tanto, corresponde desestimar en este aspecto al recurso de apelación impetrado.

3) Por todo lo expuesto, corresponde hacer lugar parcialmente al recurso de apelación impetrado por el apelante a fs. 45 contra la resolución de fs. 40 y vta. y, en consecuencia, modificar en lo pertinente su dispositivo I y mantener incólume el resto de los dispositivos, por cuanto en el dispositivo II al disponerse que se admiten el resto de las pruebas ofrecidas, queda comprendida la testimonial de C. A. N.

V. Sobre la base de que la contraria no se opuso a la admisión de la prueba cuestionada

en la primera ni en la segunda instancia y no contestó el traslado del recurso, las costas de la alzada se impondrán en el orden causado (arts. 35 y 36 inc. I del CPCCyT y arts. 3 inc. i) y 35 del CPFyVF).

Por tanto, el Tribunal resuelve: I. Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación impetrado 45 contra la resolución de fs. 40 y vta. y en consecuencia modificar el dispositivo I —dejando incólume el resto de los dispositivos— que quedará redactado de la siguiente forma: “I. Rechazar la audiencia con los hijos menores de edad de las partes ofrecida a fs. 27 y vta. apartado VIII, subapartado c) por las razones expuestas en los considerandos”. II. Imponer las costas de la segunda instancia en el orden causado. III. Diferir la regulación de honorarios de la alzada hasta tanto se practique la de primera instancia. Cópiese. Regístrese. Notifíquese y bajen. — *Germán Ferrer. — Estela I. Politino.*

Derecho del niño a ser oído, a la audiencia y a sus derivaciones

Ana Clara Pauletti (*)

Sumario: I. La escucha al niño en dos sentencias.— II. El derecho de los NNA a ser oídos no es un medio de prueba.— III. Supuestos en los que la escucha es obligatoria.— IV. Garantías procesales de la escucha.— V. Tener en cuenta la opinión del NNA: Alcances.— VI. Para seguir dialogando.

I. La escucha al niño en dos sentencias

Dos sentencias en asuntos diferentes pusieron en escena nuevamente la cuestión de la escucha de NNA en el proceso judicial, dando lugar a que volvamos sobre facetas del derecho del niño a ser oído que siguen mereciendo atención y debate, para que en la práctica no termine desfuncionalizado, en perjuicio de los menores de edad. Allí ubicamos temas como

la naturaleza de la escucha, cuándo es obligatoria, las garantías que deben darse a un acto de este tipo y el alcance de tener en cuenta la opinión expresada.

El primer conflicto fue resuelto por la Cámara de Apelaciones de Familia de la ciudad de Mendoza y el segundo por el Juzgado Civil en Familia y Sucesiones Única Nominación de Monteros, provincia de Tucumán.

En el caso de Mendoza, la Cámara decidió el recurso de un demandado en un juicio de alimentos a favor de los hijos menores de edad

(*) Vocal de la Cámara de Apelaciones de Gualeguaychú, sala Civil y Comercial.

contra la resolución que resolvió acerca de las pruebas ofrecidas por las partes, cuestionando (en lo que importa a este comentario) el rechazo de la audiencia con los hijos menores de edad propuesta por el apelante, decisión basada en que la audiencia con los niños no era pertinente para definir el tema alimentario, por ser un resorte exclusivo de los adultos.

El progenitor esgrimió que las pruebas denegadas eran necesarias y pertinentes, en cuanto la actora había negado la colaboración del demandado desde la separación, cuando sus hijos eran testigos de la contribución efectiva realizada para su alimentación con dinero, vestimenta, calzado y mercadería, y que la progenitora se negó a firmar los recibos delante de ellos. Se dijo conocer el incómodo y difícil momento que sería para sus hijos la audiencia, pero que era necesaria para clarificar los hechos y determinar la verdad de ellos, sumado al derecho que les asistía a ser oídos. El Ministerio Pupilar dictaminó por el rechazo del recurso en lo concerniente a la audiencia de los niños.

La Cámara de Familia rechazó el recurso. Para eso dijo que, si bien al decidir una cuestión trascendente para la vida de los niños, niñas y adolescentes el juez tiene el deber de escucharlos, en los procesos de alimentos a favor de los hijos menores de edad, para la fijación de la cuota a cargo de sus progenitores se tienen en cuenta dos aspectos: las necesidades de los hijos y las posibilidades reales del alimentante. Con ese enfoque, calificó de innecesaria la escucha de los niños en este tipo de procesos, por tratarse de cuestiones económicas que pueden acreditarse con las pruebas aportadas por las partes, por lo que resultaba una alternativa ajena al interés superior de los niños, que los colocaría ante un “incómodo y difícil momento”, admitido por el propio apelante.

Del lado de la sentencia del Juzgado Civil en Familia y Sucesiones Única Nominación de Montero, Tucumán, se rechazó una demanda de régimen comunicacional entablada por una abuela paterna patrocinada por la Defensoría

Oficial contra la progenitora de su nieta W. de cuatro años de edad, con relación a quien se formulaba la pretensión. Esta decisión se basó, centralmente, en la opinión de la niña y los “motivos expuestos con meridiana claridad” por ella para no querer ver a su abuela, apuntándose que la edad implicaba la existencia de necesidades diferentes en función de la etapa evolutiva, que llevaba a respetar su parecer en función de su madurez y no modificar “por ahora” la situación, dada su libertad de autorregular libremente las relaciones familiares. Se dejó constancia de que toda la charla se agregó al expediente, “porque W. así lo prefirió”.

La sentencia (que empleó la modalidad de lenguaje sencillo para la actora y su nieta) no expuso los hechos que justificaron el pedido, ni que se hubieran producido informes de equipos técnicos interdisciplinarios (se aludió a una intervención de un licenciado en representación del Gabinete Psicosocial, sin detallar sus conclusiones ni tipo de abordaje efectuado), tampoco el contenido del dictamen del Ministerio Público, quien a la postre parece haber asumido su función “principal” —art. 103.b) iii), Cód. Civ. y Com.—. Solo se resumió que se celebró la audiencia prescripta por el art. 401 del Cód. Proc. Civ. y Com. de Tucumán, a la que concurrió la parte actora, no así la progenitora conviviente, a pesar de estar debidamente notificada, no obstante lo cual se desestimó aplicar las consecuencias desfavorables dispuestas por ese ordenamiento para el caso de inasistencia, argumentando que la destinataria de la acción era la niña, quien no podía cargar con aquellas, siendo que fue escuchada “habiendo participado activamente en este proceso, con la representación de la Defensoría de Niñez, Adolescencia y Capacidad Restringida de este centro judicial” —art. 103, Cód. Civ. y Com.—.

Se especificó que la decisión no desconocía el derecho de la abuela paterna a tener comunicación con su nieta —art. 555, Cód. Civ. y Com.—, pero que existía una tensión de derechos personales entre el derecho de la abuela y el derecho de la niña a que su opinión sea

tenida en cuenta, ante lo cual debían priorizarse los intereses, deseos y el bienestar de la niña, pues si W. se negaba, no se la podía “obligar” a mantener contacto con su abuela L., para no entorpecer el camino de un posible encuentro futuro.

II. El derecho de los NNA a ser oídos no es un medio de prueba

La determinación del superior interés del niño reclama, complementariamente, que se escuche su opinión y sea tomada en cuenta, garantía que también tiene anclaje convencional (1). De su lado, la ley 26.061 lo recepta en los arts. 3º, 24 y 27.

El Código Civil y Comercial reconoce el derecho del menor a ser oído de modo genérico en el art. 26, y luego lo hace para situaciones específicas —como en el art. 595, inc. f), y art. 639, inc. c)—, y con carácter general e impacto para todos los procesos de familia, el art. 707, que dice: “Las personas mayores con capacidad restringida y los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser oídos en todos los procesos que los afectan directamente. Su opinión debe ser tomada en cuenta y valorada según su grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso”.

La escucha del menor de edad no es un medio de prueba, sino un derecho suyo para que el juez o tribunal conozca su voluntad, deseos o preferencias a partir de sus vivencias

(1) El art. 12, párr. 1º, de la Convención sobre los Derechos del Niño garantiza a todo niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de su edad y madurez. El segundo párrafo indica que debe otorgarse al niño el derecho a ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte. La observación 12 del Comité de los Derechos del Niño está dedicada a ese derecho y tiene el objetivo de brindar diferentes análisis y pautas a los Estados para que lo hagan efectivo.

personales, y de esa manera obtenga elementos de juicio para decidir sobre las cuestiones que lo afectan.

Este acto procesal atípico está encaminado, entonces, a conocer el parecer del menor de edad y percibir su visión del conflicto mediante una conversación precedida por un *rapport* que permita al juez, a partir de una cuidada introducción, estar en sintonía psicológica y emocional con el entrevistado y relacionarse bien, con adecuados estímulos para el intercambio de información. La entrevista, preferentemente, deberá contar con una guía confeccionada al preparar la audiencia, por ser esa la manera de lograr un mejor transcurso y provecho del acto.

El niño no es objeto reconocido, sino el sujeto que ejerce su derecho en audiencias (2).

(2) LLUCH, Xavier A., “La prueba en los procesos de familia”, Ed. La Ley - Wolters Kluwer, España, 2019, ps. 158-161. El “Protocolo de buenas prácticas para escucha de niños, niñas y adolescentes en los procesos de familia en la provincia de Entre Ríos”, aprobado por acuerdo general STJER 1, del 12/02/2019, reconoce el interés superior de NNA como parámetro interpretativo y rector de todas las decisiones que se tomen en los procesos en los que sus derechos se encuentran involucrados, enunciando en el punto 2, para su efectiva concreción, los siguientes principios y reglas correlativas: “a) El NNA es sujeto de derecho y no objeto de prueba; b) trato digno y comprensivo, evitando indagar sobre aspectos reservados a su intimidad y brindando protección del eventual sufrimiento que pudiera experimentar, por o en ocasión de su escucha; c) reconocer que todo NNA tiene capacidad para formar su propia opinión y que tiene derecho a expresarla, libremente. La magistratura deberá verificar que el NNA se encuentra en condiciones de formarse su propio juicio cuando lo estime necesario o cuando tal circunstancia se cuestione; d) en respeto a la dignidad de NNA y en resguardo de toda forma de discriminación, en su escucha, deberán ser tenidas especialmente en cuenta, su edad, género, etnia, condición personal, evitando, en la medida de lo posible, perturbar su cotidianeidad, debiendo, para ello, efectuarse los

Difieren, en consecuencia, propósitos y naturaleza de la audiencia de escucha de NNA, consistente en el ejercicio de su derecho para dar a conocer su opinión, de la declaración testimonial de los hijos acerca del conocimiento de ellos sobre los hechos controvertidos, posibilidad prevista con contemplaciones por el art. 711, Cód. Civ. y Com., donde operarán la facultad de aquellos de negarse a declarar, como los criterios de pertinencia y admisibilidad, y restante normativa destinada a ese medio probatorio.

III. Supuestos en los que la escucha es obligatoria

Sobre el carácter preceptivo u obligatorio de este acto, en la doctrina y la jurisprudencia se encuentran distintas opiniones, con sus propios matices. Desde quienes consideran que debe cumplirse siempre, o cuando el menor cuente con doce años, o con madurez suficiente, a quienes solo la eximen cuando pueda aparejar un eventual perjuicio al niño. Y del otro lado, en postura más restrictiva, la mirada que sostiene que solo debe oírse cuando el NNA lo solicita y en casos en que se discuta el régimen de cuidado y de comunicación, o si resulta imprescindible y conveniente contar con su opinión para decidir sobre su situación, limitación con la que se busca evitar daños colaterales provenientes de la judicialización del conflicto.

Autorizadas opiniones, como la de las Dras. Kemelmajer de Carlucci y Molina de Juan, sostienen que la cuestión reviste interés no solo en los procesos en que se ventilan relaciones familiares, sino también en el fuero civil, en los asuntos patrimoniales que involucran los intereses de niños o adolescentes (p. ej.,

sucesiones, reclamos de indemnización por daños, cuestiones de naturaleza societaria en la que los niños o adolescentes heredan participaciones, etc.). Para las mencionadas autoras, la regla es que el niño tiene la facultad de peticionar o no ser escuchado, y, si lo solicita, debe admitirse y ofrecerse las condiciones necesarias para que pueda manifestarse en un ámbito de contención y confianza, pero una cuestión diferente es si el juez tiene obligación de citarlo siempre.

Al respecto distinguen: (i) si las pretensiones se refieren a derechos personales del niño (convivencia, régimen de comunicación con los padres o con los parientes, etc.), donde consideran que la respuesta afirmativa se impone, aunque él puede manifestar que no quiere comparecer; (ii) si las pretensiones son estrictamente patrimoniales, consideran que no puede anticiparse una respuesta única aplicable a todos los casos y el juez debe decidirlo sobre la base de un juicio de ponderación razonable del objeto del pleito, la edad del niño y adolescente, y las circunstancias que rodean el conflicto (3).

El “Protocolo de buenas prácticas para escucha de niños, niñas y adolescentes en los procesos de familia en la provincia de Entre Ríos” se ocupa de ese tópico, optando por detallar en el punto 11 los trámites en los que es obligatoria la escucha, indicando que lo será cuando principal o incidentalmente se decida sobre: cuidado personal; régimen de adecuada comunicación con progenitores, parientes o terceras personas con interés legítimo; autorización para viajar al exterior; restitución internacional de NNA; tutela; declaración en estado de adoptabilidad, guarda preadoptiva, juicio de adopción; autorización judicial para contraer matrimonio; medidas cautelares de atribución del hogar familiar; delegación del ejercicio de la responsabilidad parental;

ajustes necesarios; e) informar con claridad a NNA sobre su derecho a expresar su opinión, los efectos que tendrá en el proceso y que tiene derecho a recibir asesoramiento legal; f) hacer efectivo el derecho de NNA a que sus opiniones se tengan debidamente en cuenta, informándole el resultado del proceso y cómo se tuvieron en consideración aquellas”.

(3) KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída - MOLINA de JUAN, Mariel F., “La participación del niño y adolescente en el proceso judicial”, RCCyC 2015 (noviembre), p. 3; DJ del 04/05/2016, p. 10, cita online: AR/DOC/3850/2015.

guarda otorgada a un pariente; medidas de protección excepcionales y procesos de restricción de capacidad de las personas en cuestiones que sean de su directo interés.

Aclara luego que en los demás juicios que involucren sus intereses, especialmente de carácter no contencioso, donde se homologuen acuerdos entre progenitores, sea en un proceso de divorcio o en otro trámite independiente, no será necesaria la escucha de NNA, a menos que lo solicite, o que el juez o el Ministerio Público adviertan un conflicto de intereses con sus progenitores o que se propician soluciones lesivas a su interés superior.

Por tratarse de un derecho de la persona menor de edad, esta puede ejercerlo peticionando ser escuchado, solicitándolo de modo directo, a través de sus representantes o del Ministerio Público de la Defensa. Si el juez denegara esta audiencia, debería hacerlo motivadamente.

Fuera de los casos arriba enumerados (al menos en Entre Ríos), no se puede hablar de la escucha como obligatoria (4), y cuando no

(4) Conviene por ello referir que, según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: "... sería ir demasiado lejos decir que los tribunales internos están siempre obligados a oír a un niño en audiencia cuando está en juego el derecho de visita de un padre que no ejerce la guarda. En efecto, esto depende de las circunstancias particulares de cada caso y teniendo debida cuenta de la edad y de la madurez del niño afectado ('Sahin vs. Alemania' —GC—, nro. 30943/96, § 73, CEDH 2003-VIII). Observa, sin embargo, que en derecho español (aparts. 18 y 19 anteriores) en caso de procedimiento contencioso de divorcio, y si se estima necesario, los hijos menores, si son capaces de discernimiento, deben ser oídos por el juez y, en todo caso, los menores con edades de 12 y más años. En cualquier caso, cuando el menor solicita ser oído, la denegación del trámite de audiencia deberá ser motivada" (TEDH, "Iglesias Casarrubios y Cantalapedra Iglesias vs. España", 11/10/2016, en www.idhc.org/img/butlletins/files/CASE%20OF%20

exista una directiva expresa que imponga recabar la opinión del niño, el juez debe atender, para concretar este tipo de audiencias, a la situación del menor y las particularidades del conflicto, evitando que se transformen en una mera formalidad que ordinarice un acto que exige de la jurisdicción especiales ajustes, cuidado y preparación rigurosa, y que para el menor de edad depara un previsible sufrimiento emocional y estrés por la exposición a un medio ajeno.

Precisamente, en los juicios de divorcio con convenios reguladores donde los progenitores estén de acuerdo y no existan elementos que autoricen a suponer la afectación del interés del menor, deberá prescindirse de la escucha, respetando tales acuerdos que expongan planes de parentalidad conforme a la autonomía familiar que la propia ley de fondo promueve, con la participación de los hijos en su diseño y modificación —arts. 439, 655 y concs., Cód. Civ. y Com.—.

También en los juicios de alimentos, en donde la obligación legal alimentaria no tiene que ver con la opinión del niño, ni pasan por esta los hechos controvertidos que se ciñen a la capacidad económica de los obligados y otros aspectos que hacen a lo cuantitativo de la cuota, o a la acreditación del pago de ella conforme a la modalidad convenida o impuesta en la sentencia, extremos que deben ser en efecto probados, cuando no están sujetos a presunciones.

Las decisiones reseñadas al comienzo encuadran en los conceptos reseñados, en cuanto a la distinción de la escucha de los niños de la declaración testimonial de los hijos en un juicio de alimentos pretendida por el progenitor demandado, descartando la obligatoriedad de la primera y la falta de pertinencia del medio probatorio intentado. También la efectiva

IGLESIAS%20CASARRUBIOS%20AND%20CANTALAPIEDRA%20IGLESIAS%20v.%20SPAIN%20-%20%5BSpanish%20Translation%5D%20by%20the%20Spanish%20Ministry%20of%20Justice.pdf).

celebración del acto donde fue oída la niña en el proceso referido a un régimen de comunicación instado por una abuela, aun cuando sus derivaciones reclamen otros comentarios.

IV. Garantías procesales de la escucha

Han sido distinguidas cuatro garantías para la audiencia en la que el menor de edad ejercerá su derecho a ser oído: 1) garantía estructural; 2) garantía de la previa y suficiente información; 3) garantía de la privacidad e intimidad; 4) garantía de la intervención de profesionales que velan por los derechos de la persona menor de edad (5).

Las garantías estructurales se refieren a las condiciones idóneas para la salvaguarda de los intereses del NNA según su desarrollo evolutivo y comprende distintas circunstancias, así: a) las relativas al tiempo, sobre la necesaria duración limitada del acto y que la escucha no coincida con la vista de causa ni con otra audiencia destinada a los referentes adultos; b) de lugar, o dependencias idóneas, o bien readecuada la disposición del mobiliario de las salas de audiencias; c) de lenguaje, que debe ser comprensible para la edad y grado de madurez del destinatario, evitando expresiones técnicas como de tipo autoritarias; d) de modo, en la actitud e incluso vestuario no excesivamente formal del juez y demás asistentes, y también en las habilidades comunicativas, para lo que deben existir una preparación del acto y un guion de cómo se abordará, evitando siempre someter al menor de edad a un indeseable e innecesario conflicto de lealtades; y e) de registro, la videograbación cumple una triple finalidad, ya que permite verificar que se haya cumplido el acto en forma correcta, brinda un registro literal de lo sucedido y evita la reiteración de la entrevista. El uso de esta herramienta debe ser informada al NNA.

La garantía de la previa y suficiente información se refiere a que el NNA debe recibir

toda la información pertinente en forma previa a la escucha, comprensiva de la audiencia como un derecho, el asunto que lo concierne, el modo en que se desarrollará, la identificación de las personas presentes y la modalidad del registro, cómo se resguardará la información y sus manifestaciones, el carácter no vinculante de su opinión y cómo el juez adoptará su decisión.

La garantía de la privacidad e intimidad está relacionada con la limitación de las personas que asistirán a la audiencia y los márgenes de reserva e incluso de confidencialidad que puede requerir el resultado, donde el juez puede decidir hasta la reserva absoluta del registro por motivos fundados en los derechos a la intimidad, integridad física o salud psicológica del NNA.

En todos los casos, la audiencia de escucha exige intensificar el principio de reserva propio de los procesos de familia para proteger la intimidad del menor de edad, y en ese sentido deben operar estas garantías.

No obstante, no parece atinado someter la decisión sobre la forma de registro del acto judicial de escucha a la voluntad del menor de edad entrevistado (como parece haber ocurrido en la escucha a la niña W.) (6), cuando tal modalidad está ligada a cumplir importantes propósitos de índole procesal y es compatible con el cuidado de su intimidad, por ejemplo, reservando el acta o limitando el acceso a la reproducción del video y prohibiendo la obtención de copias.

La videograbación (como registro óptimo) permite contar con un respaldo de control sobre la legalidad y correcto desarrollo del acto, que el tribunal de la apelación tenga acceso fiel y directo a lo acontecido y contrastar con ello lo decidido, sin necesidad de reiterar la audiencia, siendo esa una opción excepcional (salvo

(5) LLUCH, Xavier A., "La prueba...", ob. cit., ps. 165-172.

(6) No se comparte, por ende, la previsión del protocolo de escucha de Entre Ríos, cuando requiere el consentimiento del NNA para videograbar el acto.

pedido expreso de NNA o cuando se modifiquen las circunstancias de hecho imperantes a la época de su escucha) (7).

En orden a la confidencialidad del acto, entre el derecho a la intimidad del NNA, incluso la preservación de su bienestar y tranquilidad, y el derecho de defensa del adulto, debe prevalecer el primero para resguardar el interés superior del niño.

Bajo ese enfoque, la posibilidad de dar acceso a los profesionales intervinientes para observar el registro filmado de la audiencia debe resolverse con criterio restrictivo, y, en caso de denegarlo, se deberá garantizar el derecho de defensa con un extracto de las manifestaciones relevantes e imprescindibles del menor de edad, en acta confeccionada bajo supervisión del juez.

Así, priorizando el derecho a la intimidad de la persona menor de edad, se logra, además, un doble propósito. Por un lado, se evita que el NNA coarte su espontaneidad al enterarse de que su declaración será conocida por sus progenitores, y, por el otro, se evita el reproche directo o indirecto de estos a su hijo o conflictos entre ellos, cuando la protección de la intimidad debe proyectarse al devenir posterior de la relación paternofilial (8).

(7) “No es necesario proceder nuevamente a la escucha, ya que conforme el 9 del ‘Protocolo de Buenas Prácticas para la Escucha de Niños, Niñas y Adolescentes en los Procesos de Familia en la Provincia de Entre Ríos’ (aprobado por acuerdo general 1/19 por el Excmo. STJER) se dispone como principio que este/a no podrá ser citado/a nuevamente al proceso en cualquier instancia, dejando a salvo dos situaciones: a pedido expreso de NNA o cuando se modifiquen las circunstancias de hecho imperantes a la época de su escucha” (C2ª, sala 2ª, Paraná, “S., L. A. c. C., J. s/ medida cautelar prohibición de innovar”, expte. 11052a, del 27/08/2019, inédito).

(8) LLUCH, Xavier A., “Algunas dudas a raíz de la STC, Pleno, de 9 de mayo de 2019, sobre la constitucionalidad del art. 18.2, 4a de la ley de jurisdicción voluntaria”, LL, nro. 9533, del 10/12/2019.

El mencionado extracto de los puntos sustanciales de la escucha debe omitir aquello que sea perjudicial o atente contra la intimidad del NNA.

La garantía referida a la intervención de profesionales que velen por los derechos de la persona menor de edad se satisface con la asistencia al acto de un representante del Ministerio Público —art. 103, Cód. Civ. y Com.—, del abogado del NNA y de los integrantes del Equipo Técnico Interdisciplinario que el juez disponga. Estos profesionales deberán brindar asistencia al juez para preparar la audiencia y su desarrollo, colaborando con estrategias y abordajes para la exploración, ya que operan a modo de apoyo técnico, asesorándolo incluso sobre la inconveniencia de seguir adelante con la audiencia.

Podrá requerirse a dichos auxiliares que expresen sus consideraciones sobre el resultado del acto. Dice al respecto el punto 6 del protocolo de escucha ya mencionado de la provincia de Entre Ríos que, habiéndose retirado el NNA de la sala y con el mismo registro audio visual, el juez puede solicitar al profesional del equipo técnico presente alguna aclaración o interpretación de lo acontecido.

V. Tener en cuenta la opinión del NNA: Alcances

El derecho del niño a ser oído incluye que su opinión sea tenida en cuenta al momento de tomar decisiones que lo afecten, objetivo que incluye que en la motivación de la sentencia se la considere con relación al interés superior (9).

Por otra parte, la valoración de la opinión de la persona menor de edad debe contemplar

Ver: Tribunal Constitucional de España, pleno, 09/05/2019, sentencia 64/2019, en RDF 2019-VI-207, cita online: AR/JUR/15745/2019.

(9) Conf.: Corte IDH, “V. R. P., V. P. C. y otros v.S. Nicaragua s/ excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas”, 08/03/2018. En www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_350_esp.pdf.

su entendimiento y madurez, atendiendo a la presunción relativa a los mayores de 13 años (10), como la evaluación específica de la competencia que provenga del auxilio de la interdisciplinaria, a partir de lo cual puedan establecerse condiciones emocionales y subjetivas del NNA para expresar libremente la opinión.

Ahora bien, las manifestaciones expresadas por el menor de edad (aún con edad y grado de madurez) no son vinculantes para el juzgador, ya que no es aquel un árbitro de la decisión y no se le debe atribuir ese carácter, cargándole con esa responsabilidad.

Constituye, sí, una circunstancia relevante para fundamentar una decisión enfocada en su beneficio y su protección integral, si su deseo responde a una voluntad autónoma, firme y decidida, ajena a inducciones o influencias extrañas, caprichos o inclinaciones pasajeras y, por ende, al verdadero interés legal tutelado (11).

Pero esa valoración, más allá de la importancia primordial de la escucha y la flexibilización y ductilidad que impera en los procesos de familia, se concreta en el contexto del proceso judicial de que se trate, atendiendo a las posiciones de las partes, informes y prueba aportada.

Desde esa perspectiva, surgen algunas observaciones para el caso de W., donde la

escucha resultó ser el único factor justificativo de la decisión, sin que la sentencia muestre atendidos los presupuestos fácticos invocados por la abuela en sustento de su petición, hechos que, por otra parte, el Código Procesal autorizaba a tenerlos por reconocidos ante la actitud procesal asumida por la representante legal de la menor de edad, responsable, asimismo, de facilitar un contacto saludable con la familia paterna. Ninguna razón de gravedad se anotó, en cambio, corroborada para fundar la falta de contacto (12).

(12) “Los abuelos paternos deben ser incluidos en la dinámica de comunicación paterno-filial vigente, pues no debe pasarse por alto que el principio general que deriva del art. 555 del Cód. Civ. y Com. obliga a la madre del niño —en tanto tiene a su cargo su cuidado personal— a permitir una adecuada comunicación con aquellos, a la vez que no se encuentran acreditadas razones de gravedad que actualmente justifiquen la falta de contacto” (CNCiv., sala H, 03/10/2017, “T., A. y otro s/ denuncia por violencia familiar”, LLOnline: AR/JUR/83870/2017). En un caso difícil, donde estaba también en juego el mejor interés de una niña de cuatro años, el abuelo materno, al cuidado de su nieta, solicitó la suspensión de la comunicación con los abuelos paternos, en razón de las versiones que estos podrían transmitirle a la menor sobre el progenitor preso por el homicidio de la progenitora. El pedido fue desestimado y en la confirmación el tribunal de alzada justificó tal decisión señalando: “... no ha quedado demostrada una causa que justifique la suspensión del régimen comunicacional de la menor con los abuelos paternos, la que, por el contrario, aparece como inconveniente ya que rompería los lazos afectivos existentes de la menor con la familia paterna, lo que indudablemente habrá de influir en la construcción de su identidad (quién es) y su auto imagen (quién cree que es). Asimismo, ello incidiría desfavorablemente en los vínculos sólidos, afectivos y estrechos, que la niña mantiene con ambas familias paterna y materna, que se deben preservar” (C. Civ. Com. Paraná, sala 2ª, “A., T. A. M. s/ medida cautelar protección de persona-Incidente de suspensión de régimen de comunicación”, expte. 10210, del 09/06/2017, en: www.jurisprudencia.jusentrerios.gov.ar/27/07/2017/a-t-a-m-s-medida-cautelar-proteccion-de-persona-incidente-de-suspension-de-regimen-de-comunicacion-10210-2/).

(10) Según arts. 25, 26 y 261, inc. c), Cód. Civ. y Com.

(11) LLUCH, Xavier A., “La prueba...”, ob. cit., ps. 184-188. Desde otro ángulo, la obligación de tener debidamente en cuenta y valorar, en un sentido u otro, las opiniones expresadas en función de la edad y capacidad del niño, exige a la autoridad judicial respectiva argumentar específicamente por qué no las va a tomar en cuenta, sin que se las pueda descartar discrecionalmente (conf.: Corte IDH, “Atala Riffo y niñas vs. Chile”, 24/02/2012, párr. 206, en: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf).

Cabe recordar que según el art. 555, Cód. Civ. y Com., es un “deber” de quienes tienen a su cargo el cuidado de personas menores de edad el permitir la comunicación de estas con sus ascendientes y otros parientes que menciona, y si bien pueden sostener ante un juez su oposición, esta tiene que estar “fundada en posibles perjuicios a la salud mental o física de los interesados”.

Antes, en orden a la participación en el proceso de W., si bien los NNA tienen reconocido el derecho a tener una participación activa en él, y autónoma respecto de sus progenitores, como principio, la representación en el proceso de las personas menores de edad es ejercida por sus representantes legales —arts. 26 y 101, inc. b), Cód. Civ. y Com.—, y si se hubiera verificado una situación de conflicto entre los intereses de la madre y la hija, de oficio, debió definirse su participación autónoma indirecta, por carecer la niña de cuatro años de capacidad procesal (13), y designar un tutor especial —arts. 101, inc. b), 109, Cód. Civ. y Com.— (14). Esto hubiera permitido, además, asegurar la doble representación, con un Ministerio Público que prosiguiera en su actuación complementaria.

(13) MIZRAHI, Mauricio L., “Responsabilidad parental”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2005, ps. 92-102. Quien no cuenta con capacidad de obrar, de hecho, o de ejercicio, tampoco tiene capacidad procesal, ya que no puede ejercer por sí mismo sus derechos. La capacidad procesal de la parte surge de la normativa de fondo, arts. 23 y 24, Cód. Civ. y Com., y en concreto la capacidad de ejercicio de NNA tiene su marco regulatorio de fondo en los arts. 24 a 26, 101, 109, 261, 639, inc. b), 677 y conchs., Cód. Civ. y Com., y 27 de la ley 26.061, y de las personas con capacidad restringida, en los arts. 31, 32, 101, 261 y conchs., Cód. Civ. y Com. Tales normas deben interpretarse para el caso concreto, a fin de establecer si la persona que es o será parte en el proceso puede hacerlo por sí, o si requiere del auxilio de otra persona.

(14) Conf.: KRASNOW, Adriana N., “Interés superior del niño, principio de autonomía progresiva y derecho de participación de niñas, niños y adolescentes. Una tríada inescindible”, RDF 86-85, cita online: AR/DOC/3331/2018.

El juez de familia tiene, a su vez, amplias atribuciones para disponer medidas para mejor proveer que le aporten mayores elementos para resolver —art. 709, Cód. Civ. y Com.—, con lo cual se contribuye a la eficiencia del proceso y previene que las partes construyan una verdad artificial o quede insatisfecha la justicia de la decisión, o la efectividad de la protección. Estando en juego el derecho a la posibilidad de construir su personalidad con el aporte afectivo del círculo familiar extenso, era conveniente buscar un panorama más amplio, como modo de evitar que el paso del tiempo profundice los perjuicios que justificaron el arribo a la jurisdicción, en lugar de postergar tal posibilidad a mejores condiciones que pueden lograrse mediante un régimen de vinculación asistido judicialmente.

Decimos entonces, que, salvo supuestos excepcionales, la valoración de la opinión de la persona menor de edad no debería ser tomada por sí sola como razón para decidir, porque ello podría poner en crisis el debido proceso legal (presupuesto del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva), impidiendo tener por seguro que la decisión haya sido la más beneficiosa a su interés superior.

Llevar a la práctica el superior interés del niño exige primero un rol reforzado del juez como director del proceso calificado en función de ese mandato, una evaluación no solo de carácter jurídico por parte del juez, sino por sobre todas las cosas de tipo empírico, con el necesario afinado abordaje interdisciplinario y sistémico del caso, que arroje posibilidades o alternativas reales en juego, con sus respectivas proyecciones (15).

(15) “... Aquella regla no atiende exclusivamente a los beneficios en el plano económico, social o moral, sino que impone ponderar las implicancias que la sentencia pueda tener sobre la personalidad en desarrollo” —CS, “M. d. S., R. y otra s/ ordinario s/ nulidad de sentencia e impugnación declaratoria de herederos”, del 26/09/2012, DJ del 19/12/2012, p. 12; DFyP 2013 (enero-febrero), p. 42, cita online: AR/JUR/48008/2012—.

Ese es, asimismo, el modo de asignar al superior interés de la infancia contenidos precisos y dotado de buenas razones, cuando son las justificaciones racionales sobre detalles fácticos constatados y demás elementos relevantes (como la primordial opinión de la persona menor de edad escuchada) las que permiten revisar el acierto de la decisión **(16)**.

El esmero de la sentenciante puesto en relación con los resúmenes en formato de lectura fácil expone solvencia y compromiso en la labor decisoria. Mas creemos conveniente

(16) "... los textos positivos deben contrastarse con los antecedentes de hecho, máxime en asuntos en los que el interés del niño 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" (conf.: CS, 29/04/2008, "M. D. H. c. M. B. M. F.", Fallos 331:941, LLOnline: 35022090).

reflexionar sobre las aristas apuntadas, partiendo de la provechosa polémica que permite la siempre compleja labor judicial en asuntos de familia.

VI. Para seguir dialogando

La determinación del mejor interés del niño, su derecho a ser oído y a su participación en el proceso son temas todavía en desarrollo para el derecho de fondo y procesal, órbitas desde las cuales merecen permanentes reflexiones, perplejidades, revisar posturas y aplicar ajustes, en dialéctica destinada a mejorar el modo de materializarlos.

La jurisprudencia posibilita esa meditación, que no puede detenerse, porque la realidad cambiante no deja de reclamar nuevos puntos de análisis para que los procesos de familia vinculados a personas menores de edad puedan ser aprobados en términos convencionales.

JURISPRUDENCIA ANOTADA EXTRANJERA



Thomson Reuters

Thomson Reuters

DERECHO A LA SALUD

Interpretación de reformas legislativas – Prohibición de utilizar tejidos fetales abortados – Políticas regresivas en materia de salud – Investigación científica – Disidencia

Con nota de Eleonora Lamm

1. — La norma que prohíbe “la donación y utilización de órganos o tejidos de los niños no nacidos abortados” es efectivamente regresiva al implicar una modificación de las condiciones normativas preexistentes, concretamente del radio de protección del derecho fundamental a la salud, que se expone ahora más gravoso y, con ello, desatendió el nivel de satisfacción alcanzado ello al cotejar el parágrafo acusado con la normatividad que la antecedía.
2. — Antes de la aprobación de la ley que prohíbe “la donación y utilización de órganos o tejidos de los niños no nacidos abortados”, el ordenamiento jurídico colombiano disponía de una regulación amplia que permitía la utilización de órganos o tejidos de no nacidos, y con fines de trasplante, por lo tanto, la prohibición establecida impone definitivamente una barrera de acceso y disponibilidad que conlleva un retroceso en el nivel de protección alcanzado.
3. — Con la medida legislativa acusada, que prohíbe “la donación y utilización de órganos o tejidos de los niños no nacidos abortados”, y, según se ha establecido, viola el principio de progresividad, resultan comprometidos los contenidos básicos del derecho fundamental a la salud en su componente de investigación científica.
4. — El legislador, con la norma que prohíbe “la donación y utilización de órganos o tejidos de los niños no nacidos abortados”, ha sustraído sin motivos jurídicamente relevantes y con ausencia de deliberación pública, elementos de suma importancia en el ámbito de la asistencia clínica -derecho fundamental a la salud- y la investigación científica, encaminados a procurar el goce efectivo de un estado completo de bienestar físico, mental y social a la población colombiana, cuya utilización estaba permitida. Se desconoció el derecho fundamental a la investigación científica por falta de justificación legislativa en la limitación del campo de acción, que a la vez afectó el derecho de las personas a participar de los beneficios del desarrollo científico, al impedir la posibilidad de aliviar el sufrimiento y mejorar la salud del individuo y de toda la comunidad, lo que ocasiona la violación del derecho fundamental a la salud en sus elementos esenciales e interrelacionados de disponibilidad y accesibilidad principalmente.
5. — Respecto al procedimiento o forma de utilización del tejido fetal, la ética médica ha instituido algunas recomendaciones o parámetros mínimos, porque resulta relevante en el desarrollo científico y social, además de necesaria para el avance biotecnológico: el tejido fetal no sea remunerable, existan excepciones para la utilización eficiente de tales tejidos, consentimiento informado claro y detallado, las entidades de salud que realizan abortos legales no se les debe permitir beneficiarse de la utilización del tejido fetal (reglamentación) y no ampararse en la libertad de la mujer para provocarse abortos para que sean utilizados los tejidos fetales.
6. — Las medidas legislativas que constituyan un retroceso en materia de salud deben estar debida o plenamente justificadas por el Estado (inversión de la carga de la prueba), esto es, de manera adecuada y suficiente, a partir de la exposición de razones que demuestren la necesidad de una disminución en el nivel de protección constitucional alcanzado para seguir avanzando en el desarrollo de las otras facetas de los derechos, y observando parámetros de razonabilidad y proporcionalidad
7. — La demanda que persigue la inconstitucionalidad de la ley que prohíbe “la donación y utilización de órganos o tejidos de los niños no nacidos abortados” no desarrolló

argumentos concretos en virtud de los cuales se pudiera verificar, al menos prima facie, que se generara una afectación cierta al derecho a la salud en sus componentes prestacional y de “no regresividad”, por el supuesto deterioro de los elementos necesarios para garantizar la prestación “suficiente y eficiente” del servicio de salud. (Del salvamento de voto del Dr. Bernal Pulido).

8. — No hay ningún argumento que permita derivar analíticamente que permitir la donación de los órganos y tejidos de los “niños no nacidos abortados” protege el derecho a la salud y lo desarrolla en su faceta de realización progresiva, y por ello concluir que la prohibición de esta conducta infringe, correlativamente, el mandato de no regresividad. Con esto se pierde de vista que el párrafo que declaró inexecutable buscaba, precisamente, proteger los derechos a la salud, la vida y la integridad personal, ante el posible riesgo de que este tipo de usos y donaciones constituyeran un incentivo perverso para la práctica de abortos en casos no autorizados por la jurisprudencia constitucional. (Del salvamento de voto del Dr. Bernal Pulido).
9. — No se configuraba la “regresividad” frente al derecho a la salud, por la norma acusada, que prohíbe “la donación y utilización de órganos o tejidos de los niños no nacidos abortados”. ya que no es cierto que previamente existiera un marco legal que permitiera de forma expresa la donación y el uso de órganos y/o tejidos de “niños no nacidos abortados”, sino resoluciones del Gobierno Nacional en ese sentido. Con todo, era el Legislador quien ahora buscaba darle un marco regulatorio completo a la materia. (Del salvamento de voto del Dr. Bernal Pulido).
10. — En una democracia constitucional, la falta de certeza empírica se suple con la legitimidad política del Congreso. Bajo los parámetros de incertidumbre, e incluso bajo un eventual empate entre la finalidad buscada por la norma y la posible afectación

del derecho a la salud, la decisión de la Corte Suprema debía producirse de conformidad con el principio *pro legislatore*. (Del salvamento de voto del Dr. Bernal Pulido).

Corte Constitucional, Colombia, 26/06/2019 - Daniela García Aguirre y Otra s/demanda de inconstitucionalidad contra el párrafo 2° del artículo 2° de la Ley 1805 de 2016, que modificó el párrafo del artículo 540 de la Ley 9 de 1979, a la vez reformado por el artículo 1° de la Ley 73 de 1988

Sentencia C-294/19

Referencia: expediente D-12533

Demanda de inconstitucionalidad contra el párrafo 2° del artículo 2° de la Ley 1805 de 2016, que modificó el párrafo del artículo 540 de la Ley 9 de 1979, a la vez reformado por el artículo 1° de la Ley 73 de 1988.

Accionante: Daniela García Aguirre

Magistrado Ponente:

José Fernando Reyes Cuartas

Bogotá, D. C., junio 26 de 2019.

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, una vez cumplidos los requisitos y trámites establecidos en el Decreto ley 2067 de 1991, profiere la siguiente:

Sentencia

I. Antecedentes

En ejercicio de la acción de inconstitucionalidad las ciudadanas(1) Daniela García Aguirre y otra(2) demandaron el párrafo 2° del

(1) Además son integrantes de la Clínica Jurídica de Medio Ambiente y Salud Pública (MASP) de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes.

(2) Por auto de 09 de mayo de 2018 el despacho sustanciador dispuso la supresión de los nombres y apellidos de la otra accionante, y guardar estricta

artículo 2º de la Ley 1805 de 2016. Por auto de 06 de febrero de 2018 se admitió la demanda i) ordenando la comunicación al presidente del Congreso, al Presidente de la República y al Ministro de Salud; ii) invitando al Instituto Nacional de Salud, a la Federación Colombiana de Municipios, a la Comisión Colombiana de Juristas, a la Academia Colombiana de Jurisprudencia, al Instituto Colombiano de Derecho Procesal, a Dejusticia, a la Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres, a la Federación Colombiana de Obstetricia y Ginecología, a la Asociación Colombiana de Trasplante de Órganos, a la Asociación Nacional de Trasplantados, a la Fundación Nacional de Trasplantados y a las facultades de derecho de las universidades de los Andes, de Caldas, de la Sabana, Externado, Javeriana, Nacional y Libre, y de medicina de los Andes, del Valle, de Antioquia, de la Sabana, del Rosario, Icesi, Javeriana y Nacional; iii) disponiendo la intervención ciudadana y traslado al Procurador; y iv) suspendiendo el trámite del asunto en virtud del procedimiento legislativo especial para la paz.

Por auto de 10 de mayo de 2018 el magistrado sustanciador decretó la práctica de pruebas adicionales solicitando la colaboración de la Asociación Médica Mundial, la Sociedad de Trasplante de América Latina y el Caribe, la Organización Nacional de Trasplantes España, del Comité de Bioética del INCUCAI Argentina, de Human Developmental Biology Resource, The Center for Bioethics & Human Dignity, International Federation of Gynecology and Obstetrics, Vall D'Hebron Instituto de Investigación Barcelona y Donation & Transplantation Institute, para que emitieran concepto técnico sobre el asunto.

Posteriormente (3), en auto de 10 de octubre se solicitó al Grupo de Investigación Cátedra de Derecho y Genoma Humano, Universidad

reserva de su identidad conforme fue solicitado y coadyuvado por el director de la Clínica Jurídica de MASP, fundamentado en si “algunos sujetos involucrados en el debate (...) realizan una exposición mediática desproporcionada y agravante contra las demandantes y contra la misma clínica MASP”.

(3) En auto de 25 de julio de 2018 la Sala Plena levantó la suspensión de términos.

del País Vasco, Carlos María Romeo Casabona, concepto o Amicus Curiae en el asunto, el cual quedaría a disposición de los intervinientes y del Procurador (4). Finalmente, el 12 de diciembre de 2018 la Sala Plena requirió el concepto técnico solicitado en proveído de 10 de mayo, así como pidió a la Red Nacional de Donación y Trasplante de Órganos y Tejidos del Instituto Nacional de Salud allegar concepto sobre el asunto de la referencia, disponiendo la suspensión de términos para resolver el asunto.

II. Texto legal parcialmente acusado

A continuación, la Corte procede a resaltar lo impugnado:

“Ley 1805 de 2016 (5)

Por medio de la cual se modifican la Ley 73 de 1988 y la Ley 919 de 2004 en materia de donación de componentes anatómicos y se dictan otras disposiciones

El Congreso de Colombia decreta:

Artículo 2º. Modifíquese el artículo 1º de la Ley 73 de 1988, el cual quedará así:

Artículo 1º. El parágrafo del artículo 540 de la Ley 9ª de 1979, quedará así:

Artículo 540. Parágrafo 1º. Solo se podrá proceder a la utilización de los órganos, tejidos, componentes anatómicos y líquidos orgánicos a que se refiere este artículo, cuando exista consentimiento del donante libre, previo e informado o presunción legal de donación.

Parágrafo 2º. No pueden ser donados ni utilizados órganos o tejidos de los niños no nacidos abortados.

Parágrafo transitorio. Las disposiciones contenidas en este artículo entrarán a regir seis (6) meses después de la promulgación de la presente ley.” Lo destacado es lo acusado.

(4) Según informe de Secretaría General de la Corte (29 nov./18), en el término de traslado no se recibió escrito alguno.

(5) Diario Oficial No. 49.955 de 4 de agosto de 2016.

III. La demanda de inconstitucionalidad

Estima que el párrafo adicionado vulnera los artículos 49, 13 y 158 de la Constitución, y los derechos reproductivos reconocidos por la jurisprudencia constitucional.

Vulneración del derecho a la salud (progresividad, dimensión negativa e investigación científica)

1. Concentra su argumentación en la afectación del derecho a la salud **(6)** al menos en tres formas: i) desarrolla una medida regresiva lo que prima facie ha sido prohibido por la jurisprudencia de la Corte y por la ley estatutaria en salud 1751 de 2015; ii) desconoce la obligación del Estado de abstenerse de llevar a cabo conductas que afecten el derecho a la salud; y iii) establece una orden contraria a la investigación médica y/o científica, violando un elemento esencial del derecho a la salud, que se establece en el apartado d) del artículo 6 **(7)** de la Ley 1751.

Empieza con una exposición general para señalar que la donación de órganos o tejidos en Colombia y en el mundo, resulta fundamental para el tratamiento de enfermedades, precisando que existe una variedad de ellos que podrían ser donados y trasplantados. A nivel de órganos identifica el corazón, los pulmones, el hígado, los riñones, el intestino y el páncreas, mientras que los tejidos que pueden trasplantarse son las córneas, la piel, los huesos, la médula ósea, los vasos sanguíneos, las válvulas cardíacas, los cartílagos, los tendones, la esclera y la membrana amniótica **(8)**.

Así mismo, trae a colación datos de donación y trasplante de órganos en Colombia (2016) **(9)**:

(6) Alude a su carácter de derecho fundamental, a los elementos esenciales (disponibilidad, aceptabilidad, accesibilidad y calidad e idoneidad profesional), y a las obligaciones de hacer y no hacer (arts. 2º, 5 y 6º, Ley 1751/15).

(7) Elementos esenciales e interrelacionados del derecho a la salud: calidad e idoneidad profesional.

(8) Preguntas frecuentes sobre donación de órganos. Ver, www.minsalud.gov.co

(9) Instituto Nacional de Salud (INS). www.ins.gov.co

2.556 personas estuvieron en lista de espera de un órgano; 1.068 personas recibieron un órgano (riñón, corazón, hígado, etc.), obtenidos en un 84.45% de donantes cadavéricos (902 órganos) y en un 15.54% de donantes vivos (166 órganos); y distribuidos 12.374 tejidos humanos **(10)**: 1.900 tejidos oculares, 683 injertos de piel, 59 tejidos vasculares, 414 tejidos de membrana amniótica y 11.208 tejidos musculares **(11)**. Anota que la donación de tejidos fetales también es fundamental para la investigación en salud, toda vez que “se han logrado avances significativos en investigaciones biomédicas” y “se desarrollan procedimientos clínicos cada vez más avanzados que pueden incrementar la calidad de vida de quienes padecen enfermedades para las cuales no existen tratamientos clínicos efectivos”.

Observa que la Asociación Americana de Escuelas de Medicina (AAMC) **(12)** estableció (2016) **(13)** que los tejidos fetales son esenciales para el tratamiento e investigación médica de enfermedades como el cáncer de seno, el Parkinson, la diabetes, entre otros, encontrando que los sistemas legislativos y políticos del mundo

(10) En auto de 15 de marzo de 2018 el despacho sustanciador dispuso tener en cuenta y dejar a disposición en el expediente la precisión realizada por la accionante consistente en que las cifras del Instituto Nacional de Salud de que fueron distribuidos 12.374 tejidos “fetales” corresponden realmente a “humanos”.

(11) Expresa que se ha afirmado que “los tejidos y órganos (fetales) crecen rápidamente, se adaptan con facilidad al terreno receptor, algunos médicos afirman que casi no provocan reacciones inmunitarias de rechazo en el receptor (capacidad antigénica reducida), y además, en los casos de trasplantes en niños, los órganos trasplantados tienen las dimensiones anatómicas apropiadas.” García Fernández, D. 2011. Marco jurídico de trasplantes de órganos y tejidos fetales en México y en Colombia. Ambiente jurídico. Centro de Investigaciones Sociojurídicas. Universidad Anáhuac, México Norte. Pp. 35-40.

(12) Hacen parte más de 50 universidades e instituciones médicas reconocidas.

(13) Comunicado de 18 de marzo. www.aamc.org

deben permitir la donación de estos tejidos (14). Ello le lleva a sostener que la donación de tejidos fetales es fundamental para el desarrollo tecnológico y biotecnológico de cualquier país, trayendo a colación a la Corte Europea de Derechos Humanos en la sentencia *Oliver Brüstle vs. Greenpeace* (15).

Explica que la donación de tejidos fetales tiene una relevancia que no se agota en la posibilidad de que una persona reciba un trasplante, sino que se extiende a la investigación científica y a los avances médicos. Por tales razones asegura que el mandato de prohibir la donación de tejidos fetales afecta desproporcionadamente el derecho a la salud de los colombianos.

Sostiene que el párrafo cuestionado contraría el principio de progresividad al impedir una situación jurídica que antes no se encontraba prohibida y que permitía garantizar el ejercicio del derecho a la salud mediante la obtención directa de dichos órganos o tejidos fetales, o de la investigación científica a través de los mismos. Advierte que se estaría generando un retroceso en el nivel de protección alcanzado toda vez que no existía tal prohibición. Bajo la jurisprudencia constitucional (16) afirmó que “el legislador

(14) Evidencia que el Instituto de Células Madre de la Universidad de Harvard encontró en 2014 que las células fetales que producen dopamina que fueron trasplantadas en cerebros de pacientes con Parkinson permanecieron saludables por 14 años, lo cual estima como un descubrimiento excepcional para el tratamiento de esta enfermedad que actualmente aqueja a más de 220.000 colombianos.

(15) Dicha Corporación expuso que ese tipo de invenciones debería ser considerada como herramientas para alcanzar avances tecnológicos en una sociedad derivando que debe existir una protección jurídica de las invenciones biotecnológicas, además de establecer unas directrices que permitan su realización de manera ética y segura, determinando que aunque debe haber un cuidado especial en tales investigaciones es posible llevarlas a cabo. Cfr. CEDH. 18 de octubre de 2011. <http://curiae.europa.eu>

(16) Al aludir a la sentencia T-760 de 2008 destacó que cuando el legislador adopta una medida

debe justificar adecuadamente cualquier norma que pondere el principio de progresividad del derecho a la salud en favor de otros principios, derechos o situaciones fácticas. En este caso, en los debates llevados a cabo en el Congreso de la República nunca se explicó de manera inteligible por qué se incluía el párrafo acusado, que por lo demás no hizo parte del proyecto de ley original promovido por el Representante Rodrigo Lara Restrepo” (17). Asegura que la única explicación fue que se quería evitar la venta de tejidos fetales y el escándalo generado en los Estados Unidos (18). De esta manera, entiende que más allá de la manifestación informal y poco rigurosa (cataloga de insuficiente), no se produjo ninguna justificación para la inclusión del aparte acusado.

También halla desconocida la obligación del Estado de abstenerse (dimensión negativa) de llevar a cabo conductas que afecten el derecho a la salud, dado que se deterioran dos de los elementos que requiere para garantizar su prestación suficiente y eficiente: “el acceso a tejidos que le permitirían a otra persona vivir dignamente y el derecho de la investigación científica que permitiría salvaguardar en el futuro una protección más adecuada al derecho en mención”. De este modo, expone que se atenta directamente contra el elemento esencial del derecho a la salud como es la disponibilidad, puesto que el Estado mismo no permite que se acceda a los objetos biológicos necesarios tanto para gozar de una vida digna por los receptores de órganos o tejidos fetales, como para desarrollar la tecnología suficiente a los que tienen derecho los destinatarios de la salud.

Por último, indica que el párrafo acusado establece una orden contraria a la investigación médica y/o científica. Como derechos relacionados con la prestación del servicio de

que produzca una disminución en el nivel de protección alcanzado tiene un deber de justificación conforme al principio de proporcionalidad.

(17) Gaceta del Congreso 489 de 2014, proyecto de ley 091 de 2014 Cámara.

(18) Gaceta del Congreso 91 de 2016, proyecto de ley 093 de 2015 Senado.

salud expone los literales a) (19) e i) (20) del artículo 10(21) de la Ley 1751 de 2015, derivando que para recibir dicha tecnología los médicos y científicos deben contar con las herramientas necesarias para investigar y desarrollar procesos más innovadores. Informa que el legislador estatutario quiso unir el derecho a la salud con el derecho humano a gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones, consagrado en disposiciones nacionales e internacionales, como el artículo 27 (22) de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el artículo 15 numerales 1 literal b) (23), 2, (24) 3 (25) y 4 (26) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y el artículo 38 (27) de la Carta de la Organización de los Estados Americanos (28).

(19) A acceder a los servicios y tecnología de salud, que le garanticen una atención integral, oportuna y de alta calidad.

(20) A la provisión y acceso oportuno a las tecnologías y a los medicamentos requeridos.

(21) Derechos y deberes de las personas, relacionados con la prestación del servicio de salud.

(22) Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten.

(23) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones.

(24) Es obligación de los Estados parte promover la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y la cultura.

(25) Respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora.

(26) Reconocer los beneficios que derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas y culturales.

(27) Los Estados difundirán entre sí los beneficios de la ciencia y de la tecnología promoviendo el intercambio y el aprovechamiento de los conocimientos científicos y técnicos.

(28) Puso de presente lo señalado por la Relatora Especial para los Derechos Culturales de las Naciones Unidas (2012) respecto del derecho a gozar de

Creación de un término ambiguo o inexistente que vulnera los derechos a la igualdad y reproductivos

2. Estima que la ambigüedad e incoherencia del término “niño no nacido abortado” radica en dos sentidos: “por una parte, no tiene concordancia con ninguna definición científica o legal. Por otra parte, el término es contradictorio con respecto a lo que ha establecido la jurisprudencia constitucional sobre el grado de protección que se le debe dar al sujeto especificado”. En materia de definición científica explica que atendiendo el significado del DANE sobre defunción fetal (29) es posible distinguir las muertes fetales de las neonatales, separando los abortos y los mortinatos. Destaca la diferencia entre el procedimiento de aborto (primeras 22 semanas) y la interrupción voluntaria del embarazo (sin límite temporal).

En cuanto a la definición jurídica y jurisprudencial manifiesta que la categoría de “niños no nacidos abortados” va en contra del reconocimiento jurídico que se le ha dado al feto en Colombia. Luego de traer a colación la sentencia C-355 de 2006 (30) y el caso Artavia Murillo vs. Costa Rica (2012) (31), desprende que la categoría establecida “no solo es problemática en términos técnicos y médicos, sino que cambia la posición

los beneficios del progreso científico y sus aplicaciones. <https://documents-dds-ny.un.org/doc>

(29) “La muerte de un producto de la concepción, antes de su expulsión o extracción completa del cuerpo de su madre, independientemente de la duración del embarazo; la muerte está indicada por el hecho de que después de la separación, el feto no respira ni da ninguna otra señal de vida, como latidos del corazón, pulsaciones del cordón umbilical o movimientos efectivos de los músculos de contracción voluntaria.” Normas e instrucciones sobre la codificación de la mortalidad fetal y neonatal. 2017. www.valledelcauca.gov.co

(30) Se explica que la protección de la vida del nasciturus no puede equipararse al derecho a la vida del nacido (persona). Protección no es en el mismo grado e intensidad.

(31) Se informa que el embrión no puede ser entendido como persona y su protección es gradual e incremental.

jurídica del nasciturus, ya que le otorga un nombre que une diferentes categorías que la Corte ya había separado. Bajo la regulación penal el nasciturus está protegido, pero no de la misma manera que se protege a una vida humana (la de un niño o niña, por ejemplo). En cambio, la categoría creada (...) implica una protección equivalente a la de un niño, que además de gozar de todos los derechos constitucionales, es un sujeto de especial protección constitucional”.

A continuación, esboza los presuntos efectos nocivos que la ambigüedad del término tiene sobre el derecho a la igualdad y los derechos reproductivos. A partir del artículo 15(32) de la Ley 1805 de 2016 (nacidos) y lo dispuesto en el párrafo demandado (no nacidos) desprende un trato discriminatorio al ofrecer una mayor protección al nasciturus que al niño, a pesar de las decisiones proferidas por la Corte Constitucional y la Corte IDH. Argumenta que los padres de los niños que nacieron pueden decidir sobre la donación de órganos o tejidos, mientras que los padres del nasciturus no pueden tomar dicha decisión, asumiendo el Congreso una postura absoluta respecto de los tejidos fetales al no poder decidir el destino del material biológico. Además, carece de sentido, pues los padres pueden verse sometidos a uno de los dos ámbitos de aplicación de la Ley 1805 de 2016 antes situaciones diferenciadas por minutos(33). Así colige la existencia de un trato discriminatorio entre los padres del nasciturus y de los neonatales, por cuanto los últimos podrán decidir el destino de los órganos o tejidos de sus hijos, mientras que los primeros no podrán hacerlo frente al nasciturus.

De igual manera, encuentra que la ambigüedad del término “niño no nacido abortado” vulnera

(32) “Los menores de edad podrán ser donantes de órganos y tejidos, siempre y cuando sus representantes legales expresen su consentimiento informado para la donación de órganos y/o tejidos dentro de las ocho (8) horas siguientes a la ocurrencia de la muerte cerebral.”

(33) Explica que si se trata de padres que estaban en el parto pero cuyo feto no salió del útero con vida no pueden tomar la decisión sobre la donación, mientras que los padres de un niño que nació pero murió en el primer minuto de vida sí pueden tomar la decisión de donación.

la garantía del derecho reproductivo a acceder a los servicios de salud, específicamente a la interrupción voluntaria del embarazo (IVE) de forma segura. Ello lo hace radicar en que “la posibilidad de poder acceder a este tipo de servicios está supeditada a las definiciones específicas de las categorías y momentos de gestación del feto. De manera que la creación de una nueva categoría que no tiene correspondencia con la legislación, las normas técnicas y la jurisprudencia, puede llegar a entorpecer el acceso legítimo de una mujer al mencionado servicio. (...) Se está introduciendo una nueva definición que es contradictoria respecto a las dos definiciones existentes. De esta forma, puede ser que el aparte acusado sea utilizado no solo para regular asuntos de donación, sino para establecer el momento en que puede practicarse la interrupción voluntaria del embarazo”.

Vulneración del principio de unidad de materia

3. Expone que se presenta un vicio formal, ya que la Corte ha destacado que debe existir una correspondencia lógica entre el título y el contenido normativo, así como una relación de conexidad interna entre las distintas normas que la integran. En este asunto, indica que el párrafo acusado guarda relación con el título que se refiere a las modificaciones en materia de donación de órganos, pero contraría el objetivo general de la ley que busca ampliar las donaciones en Colombia y no establecer prohibiciones injustificadas sobre algún tipo de donación.

Enfatiza que “se está yendo en contra del título en general y de lo que busca la ley en su conjunto”, desprendiendo que no existe conexidad interna entre el propósito de la ley y el párrafo 2º del artículo 2º de la Ley 1805 de 2016. Anota que el artículo 1º estipula como objetivo ampliar la presunción legal de donación de componentes anatómicos para fines de trasplantes u otros usos terapéuticos, sin embargo, cuando se establece una prohibición irrazonable sobre la donación de cierto tipo de órganos y tejidos no se estaría ampliando la presunción sino cerrando, por lo que debe declararse la inexecutableidad.

IV. Intervenciones, amicus curiae y conceptos

A continuación, se reseña de manera esquemática las distintas intervenciones realizadas

en el presente asunto (ciudadanía, autoridades, Procuraduría, expertos técnicos y academia), que se organizan inicialmente a partir de

las posturas asumidas, las cuales finalmente se desarrollaran para su comprensión cabal en el Anexo 1.

Intervenciones, <i>amicus curiae</i> y conceptos	Solicitudes
Senadora María del Rosario Guerra de la Espriella	Exequibilidad
Fundación Nacional de Trasplantados	Exequibilidad
Instituto Colombiano de Derecho Procesal	Exequibilidad
Fundación de Católicos de Colombia Solidaridad	Exequibilidad
Movimiento Vida por Colombia	Exequibilidad
Universidad del Rosario	Exequibilidad
Universidad de La Sabana	Exequibilidad
Universidad ICESI (34)	Exequibilidad
Academia Colombiana de Jurisprudencia	Exequibilidad condicionada
Ministerio de Salud y Protección Social	Inexequibilidad
La Mesa por la Vida y la Salud de las mujeres	Inexequibilidad
Federación Colombiana de Municipios	Inexequibilidad
Universidad Externado de Colombia (35)	Inexequibilidad
Universidad Nacional de Colombia (36)	Inexequibilidad
Universidad del Valle (37)	Inexequibilidad
Universidad de los Andes (38)	Inexequibilidad
Universidad de los Andes (39)	Inexequibilidad
Universidad de los Andes (40)	Inexequibilidad
<i>Amicus curiae</i> Universidad Nacional de Buenos Aires (41)	Inexequibilidad (42)
<i>Amicus curiae</i> Carlos María Romeo Casabona	Inexequibilidad (43)
Ministerio de Salud y Desarrollo Social Presidencia de la Nación, Buenos Aires (44)	Inexequibilidad (45)

(34) Coordinación de postgrado en cirugía de trasplantes de órganos abdominales.

(35) Centro de Estudios sobre Genética y Derecho.

(36) Departamento de Morfología.

(37) Departamento de Ginecología y Obstetricia.

(38) Facultad de Derecho, Programa de Acción por Igualdad y la Inclusión Social (PAIS).

(39) Facultad de Medicina, Salud Pública.

(40) Facultad de Medicina, Grupo de Investigación en Anatomía para la Educación.

(41) Facultad de Derecho, Centro de Estudios Legales y Sociales CELS.

(42) En esta pretensión centra esencialmente su argumentación.

(43) En esta pretensión centra esencialmente su argumentación.

(44) INCUCAI Comité de Bioética.

(45) En esta pretensión centra esencialmente su argumentación.

Intervenciones, <i>amicus curiae</i> y conceptos	Solicitudes
Instituto Nacional de Salud de Colombia	Inexequibilidad
Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Organización Nacional de Trasplantes, España	Sin solicitud alguna
Universidad de Granada, España (46)	Sin solicitud alguna
Fundación Nacional de Trasplantados, Fundación de Católicos de Colombia Solidaridad, Universidad del Rosario y Universidad de La Sabana	Inhibición
Procuraduría (concepto)	Exequibilidad respecto a prohibición de regresividad en salud, igualdad y unidad de materia Inhibición en cuanto a derechos sexuales y reproductivos. deber de abstención del Estado en salud y orden contraria a la investigación médica.

V. Consideraciones de la Corte Constitucional Competencia

1. La Corte es competente para conocer del presente asunto, por cuanto la preceptiva acusada hace parte de una ley de la República, de conformidad con las competencias establecidas por el numeral 4 del artículo 241 de la Constitución.

Aptitud sustantiva de la demanda y determinación del problema jurídico

2. Aun cuando la mayoría de las intervenciones y el concepto del Procurador reclaman esencialmente un pronunciamiento de fondo, varios de ellos **(47)** solicitan que la Corte se inhiba sobre algunos de los presuntos cargos de inconstitucionalidad. Esta Corporación ha determinado, en términos del artículo 40.6 de la Constitución, que todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, pudiendo interponer acciones públicas en defensa de la Constitución. Ello permite caracterizar la acción de inconstitucionalidad como una herramienta de naturaleza pública e informal, que abandona los excesivos formalismos técnicos o rigorismos procesales en virtud de la

prevalencia del derecho sustancial y del interés general **(48)**.

Empero, la presentación de tal acción no está exenta del cumplimiento de unos requerimientos mínimos **(49)** que exigen expresar las razones por las cuales se estima violado el texto constitucional **(50)**. De ahí que la acusación debe: i) ser suficientemente comprensible (clara); ii) recaer verdaderamente sobre el contenido normativo acusado (cierta); iii) mostrar la manera cómo la disposición legal vulnera la Carta Política (espe-

(48) Artículos 1º y 228 superiores.

(49) Artículo 2º del Decreto ley 2067 de 1991.

(50) La carga mínima de argumentación en las demandas de inconstitucionalidad resulta indispensable por cuanto de no atenderse dicho presupuesto procesal podría frustrarse la expectativa ciudadana de obtener una decisión de fondo. Su exigencia permite hacer un empleo adecuado y responsable de los mecanismos de participación. Conforme al artículo 241 superior, no corresponde a la Corte revisar oficiosamente las leyes, sino examinar las que efectivamente hubieran sido demandadas, lo cual implica que solo pueda adentrarse en el estudio y resolución de un asunto una vez se presente en debida forma la acusación. Cfr. sentencias C-292 de 2019, C-266 de 2019, C-042 de 2018, C-688 de 2017, C-422 de 2016, C-499 de 2015, C-081 de 2014, C-281 de 2013, C-610 de 2012, C-1052 de 2001 y C-447 de 1997.

(46) Facultad de Filosofía.

(47) Intervenciones de la Fundación Nacional de Trasplantados, Fundación de Católicos de Colombia Solidaridad, universidad del Rosario y universidad de La Sabana, y el Procurador General de la Nación.

cificidad); iv) exponer argumentos de naturaleza constitucional y no legales ni doctrinarios (pertinencia); y v) suscitar una duda mínima en la pretensión de desvirtuar la presunción de constitucionalidad (suficiencia) (51). De igual modo, el Tribunal al verificar el cumplimiento de la carga mínima argumentación no puede llegar al punto de hacer nugatorio el derecho fundamental a interponer acciones públicas en defensa de la Constitución. Por consiguiente, el análisis de los requisitos de la demanda debe atender el principio pro actione de tal manera que ante una duda se debe resolver a favor de la habilitación (regla general) y no de la inhibición (excepción) (52).

En el presente asunto, aunque algunas de las peticiones de inhibición no fueron suficientemente sustentadas y otras terminan por suplir el debate constitucional (53), se procederá a estu-

diarlas en su conjunto en orden a determinar la procedencia de una decisión de fondo.

Tratándose de la acusación por violación del derecho a la salud, particularmente del principio de progresividad en el componente de investigación médica y/o científica (disponibilidad), se alega una regresividad normativa y jurisprudencial dado que el legislador, con la medida adoptada de prohibición de donación y utilización de órganos o tejidos fetales, no justificó adecuadamente la necesidad de una disminución en el nivel de protección constitucional alcanzado. La accionante expone que en los debates efectuados en el Congreso de la República nunca se explicó de forma clara por qué se incluía el parágrafo demandado, que encuentra no hizo parte del proyecto de ley original del Representante Rodrigo Lara Restrepo (54), cuya única explicación fue que se quería evitar la venta de tejidos fetales por el escándalo en los Estados Unidos (55).

Para la Corte la demanda se expone: clara al aducirse una regresividad normativa (ley estatutaria en salud) y jurisprudencial (IVE) frente al nivel de protección logrado, que por la falta de disponibilidad de órganos o tejidos fetales para enfermedades graves dificulta la prestación del servicio de salud; cierta toda vez que la máxima según la cual lo no prohibido está permitido, conocido como principio de permisión, se expone como argumento de refuerzo, máxime cuando se ha puntualizado su existencia normativa en resoluciones; especifica porque se evidenció con precisión la manera como se confrontan el aparte legal y la disposición constitucional (art. 49); pertinente ya que atiende una exposición argumental de naturaleza constitucional

(51) Así lo ha recogido la Corte desde la sentencia C-1052 de 2001, al señalar que las exigencias del artículo 2º del Decreto ley 2067 de 1991 constituyen una carga mínima de argumentación que debe cumplir todo ciudadano.

(52) Cfr. sentencias C-064 de 2018, C-094 de 2017, C-584 de 2016, C-499 de 2015, C-081 de 2014, C-511 de 2013, C-589 de 2012, C-978 de 2010 y C-814 de 2009. Sobre el carácter excepcional de las providencias inhibitorias dijo este Tribunal: "La inhibición, aunque es posible en casos extremos, en los cuales se establezca con seguridad que el juez no tiene otra alternativa, no debe ser la forma corriente de culminar los procesos judiciales. Ha de corresponder a una excepción fundada en motivos ciertos que puedan ser corroborados en los que se funde objetiva y plenamente la negativa de resolución sustancial. De lo contrario, es decir, mientras no obedezca a una razón jurídica valedera, constituye una forma de obstruir, por la voluntad del administrador de justicia, el acceso de las personas a ella" (sentencia C-666 de 1996). En El Salvador al ejercer el control abstracto de constitucionalidad la causa de la pretensión lo constituye los motivos de inconstitucionalidad o fundamento material de la misma, que en términos filosóficos constituyen el título ontológico. SSC CSJ del 14-XII-1995, Inc. 17-95, Considerando II 2.

(53) En la sentencia C-422 de 2016 se sostuvo: "una solicitud de inhibición no puede sustentarse

en lo que debe ser objeto precisamente de discusión y respuesta constitucional, (...). Adicionalmente, dado que este asunto reviste cierto grado de complejidad por el carácter altamente técnico de la materia a estudiar, (...) la obligación de este Tribunal e(s) proceder a valorar y responder de fondo el asunto que nos ocupa".

(54) Pone de presente la Gaceta del Congreso 489 de 2014, proyecto de ley 091 de 2014 Cámara.

(55) Menciona la Gaceta del Congreso 91 de 2016, proyecto de ley 093 de 2015 Senado.

y estatutaria, además de la jurisprudencia de la Corte; y suficiente al generar una duda mínima de inconstitucionalidad dado los elementos de juicio destacados.

Respecto al deber de abstención del Estado se cumple con la especificidad al determinar la manera como la prohibición termina por aplazar la dimensión negativa de las obligaciones del Estado para la prestación del servicio de salud. También con la pertinencia al centrarse en el derecho a la salud y la jurisprudencia constitucional (56). En torno a la investigación médica y/o científica la argumentación satisface la especificidad al señalar que lo impugnado desconoce el acceso oportuno a las tecnologías y medicamentos como piezas fundamentales para investigar y desarrollar procesos más innovadores, mejora del servicio de salud y prestación eficiente y suficiente. Cumple con la certeza porque aun cuando no se desprenda del tenor literal referencia a la investigación médica y/o científica, se expone como uno de los efectos que podría generarse. En relación con la pertinencia basta indicar que el derecho alegado es la salud en su componente de investigación médica y/o acceso a la ciencia.

En cuanto a la expresión “niño no nacido abortado” por ambigüedad e incoherencia a partir de la definición científica, la Corte encuentra que es pertinente al fundamentarse en el lenguaje empleado, que se estima repercute en los derechos a la igualdad y reproductivos. Traer a colación datos estadísticos del DANE, informes del Instituto Nacional de Salud y comunicados de la Asociación Americana de Escuelas de Medicina, entre otros, no resta fuerza a los cargos presentados al exponerse como razonamientos complementarios, más aún cuando están presentes asuntos técnicos. Respecto a la falta de suficiencia la demanda informa los elementos de juicio necesarios que despiertan una duda mínima de inconstitucionalidad, al indicarse la generalidad y confusión del lenguaje empleado, respecto a la distinción entre muertes fetales y neonatales, y la inexistencia de restricciones temporales en relación con la IVE. En cuanto a la definición jurídica se satisface el requisito de suficiencia, toda vez

que se señala que se atenta contra la regulación normativa penal que distingue entre *nasciturus* y neonatales, y el alcance de la protección a nivel constitucional e internacional.

Como efectos nocivos que la ambigüedad acarrea sobre el derecho a la igualdad halla esta Corporación que se cumple el presupuesto de claridad al ser posible entender, a partir de la distinción conceptual entre *nasciturus* y persona respecto de la vida como valor y derecho, la existencia de un trato discriminatorio entre los progenitores, al presuntamente otorgarse una mayor protección a los primeros cuando su reconocimiento se ha conferido a los segundos, que se encuentra irrazonable y desproporcionado. Cumple con la suficiencia porque aun cuando no sigue con rigurosidad el *tertium comparationis* es factible desprender el cumplimiento de la mayor carga argumentativa al determinarse: i) los grupos y situaciones involucrados (progenitores de no nacidos y nacidos - vida como valor y derecho), ii) el trato discriminatorio introducido (la prohibición legal de donación y utilización de órganos o tejidos fetales) y iii) lo que justificaría un tratamiento distinto al dispensado por el aparte demandado (la definición científica, jurídica y jurisprudencial al reconocer una menor protección a los *nasciturus* que explicaría la permisividad legal de la donación).

En cuanto a los efectos nocivos que la ambigüedad ocasiona sobre los derechos reproductivos (mujer) esta Corporación encuentra que la demanda cumple los requisitos de claridad al poder determinarse la indicación que con la introducción de la expresión “niños no nacidos abortados” se vulnera la garantía de acceso a los servicios de salud reproductiva (IVE de manera segura), en contravía de las definiciones científica, normativa y jurisprudencial; certeza al partir del contexto en que se inserta el párrafo acusado como lo es la prohibición establecida y los efectos nocivos atendiendo los conceptos científico, normativo y jurisprudencial; pertinencia porque la cita de datos estadísticos como la del DANE, según se expuso, no resta fuerza constitucional a la demanda cuando se expone como argumento de refuerzo; y suficiencia ya que han sido reconocidos como derechos fundamentales a partir de la sentencia C-355 de 2006.

(56) Alude a las sentencias C-313 de 2014 y T-760 de 2008.

Finalmente, aun cuando no se hubiere solicitado expresamente ineptitud de la demanda por violación del principio de unidad de materia, si se manifestó por la Procuraduría la ausencia de certeza en la argumentación, por lo que se encuentra necesario verificar si el cargo cumple las condiciones mínimas para un pronunciamiento de fondo. En efecto, se han fijado unos criterios para la formulación de un argumento apto de inconstitucionalidad, como son: a) señalar la materia de la que se ocupa la ley impugnada, b) citar las disposiciones que presuntamente no guardan relación con el tema general de la ley, y c) explicar las razones por las cuales considera que dichas disposiciones no son afines a la materia de la ley (57).

Observada la demanda presentada la Corte considera que la actora satisfizo los mencionados requisitos de procedibilidad, toda vez que en el escrito de acusación se i) señala que la ley busca aumentar las donaciones en el país, para lo cual trae a colación el artículo 1º de la ley demandada (1805 de 2016) que erige como objeto la ampliación de la presunción legal de donación, además de lo pretendido por la ley en su conjunto y la referencia en general al título de la ley; ii) menciona el parágrafo 2º del artículo 2º como aparte cuestionado señalando que no guarda relación con la materia general de la ley (conexidad interna); y iii) explica que se contraría el objeto de la ley que busca ampliar las donaciones en el país y no instituir prohibiciones injustificadas o irrazonables sobre algún tipo de donación de órganos o tejidos.

3. Atendiendo que la demanda de inconstitucionalidad se centra en tres tipos de cargos de inconstitucionalidad, esta Corporación precisa que de encontrarse procedente uno de ellos conforme a los problemas jurídicos que se formulen, haría innecesario entrar a pronunciarse sobre los demás por sustracción de materia.

En primer lugar, este Tribunal se pronunciará sobre si el parágrafo acusado desconoció el principio de progresividad del derecho a la salud en su componente de investigación científica, debido a que el legislador presuntamente no justificó adecuada y suficientemente la medida de

prohibición de donación y utilización de órganos o tejidos de los “niños no nacidos abortados”.

De no prosperar dicho cargo, en segundo lugar deberá responder si la expresión “niño no nacido abortado” i) reviste de ambigüedad e incoherencia al supuestamente no corresponder con las definiciones científica, normativa y jurisprudencial que distinguen entre nasciturus y nacidos, y han precisado el ámbito de protección de la vida, ii) vulnera la igualdad entre progenitores al terminar otorgando mayor protección a los nasciturus que a los nacidos y iii) desconoce los derechos reproductivos (mujer) al obstaculizar el acceso legítimo a la IVE de forma segura y sin limitaciones temporales.

Por último, si tal cargo de inconstitucionalidad no resulta procedente se estudiará la violación del principio de unidad de materia, esto es, si el segmento cuestionado guarda una conexidad interna objetiva y razonable con el tema general o materia dominante de la ley, al afirmarse que no responde al objeto general ni a su conjunto, consistente en la ampliación de la presunción legal de donación, además que no hizo parte del proyecto de ley original sino que apareció en el último debate, como tampoco se justificó claramente su inclusión.

Las intervenciones y conceptos registrados dependen por variadas decisiones como fueron de exequibilidad (58), exequibilidad condicionada (59), sin solicitud alguna (60) e inexecutable (61).

(58) Senadora María del Rosario Guerra de la Espriella, Fundación Nacional de Trasplantados, Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Fundación de Católicos de Colombia Solidaridad, Movimiento Vida por Colombia, Universidad del Rosario, Universidad de La Sabana, Universidad ICESI y Procuraduría General.

(59) Academia Colombiana de Jurisprudencia.

(60) Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Organización Nacional de Trasplantes, España y Universidad de Granada, Facultad de Filosofía, España.

(61) Ministerio de Salud y Protección Social; La Mesa por la Vida y la Salud de las mujeres; Federación Colombiana de Municipios; Universidad Externado; Universidad Nacional; Universidad del Valle; Universidad de los Andes (tres facultades); amicus

(57) Sentencia C-837 de 2001. Cfr. sentencias C-263 de 2016 y C-133 de 2012.

Para resolver, entonces, el primer interrogante planteado la Sala Plena atenderá principalmente la jurisprudencia constitucional, partiendo de los parámetros superiores e internacionales sobre la materia. Por consiguiente, habrá de referir i) a la prohibición *prima facie* de retrocesos frente al nivel de protección constitucional alcanzado en el derecho a la salud, ii) a la investigación científica en salud como bien jurídico objeto de protección constitucional, iii) al marco normativo sobre donación y utilización de órganos o tejidos fetales en Colombia y iv) así entrar al asunto sub-júdice (test de regresividad).

Prohibición *prima facie* de retrocesos frente al nivel de protección constitucional alcanzado en el derecho a la salud

4. En la pretensión de la construcción de una sociedad más justa y equitativa para todos, el constituyente de 1991 estableció la forma organizativa de Estado social de derecho, fundado en el respeto de la dignidad humana, en la solidaridad y en el pluralismo (62), así mismo, consagró la garantía irrenunciable a la seguridad social (63) y determinó la protección de quienes por su condición económica, física y mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta (64). También, instituyó como fin esencial del Estado la “efectividad” de los principios, derechos y deberes constitucionales (65), y como función social asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos y la solución de las necesidades básicas insatisfechas en salud (66).

Particularmente, el artículo 49 constitucional garantizó a todas personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, correspondiendo al Estado organizar,

curiae Universidad Nacional de Buenos Aires; amicus curiae Carlos María Romeo Casabona; Ministerio de Salud y Desarrollo Social Presidencia de la Nación Buenos Aires; e Instituto Nacional de Salud.

(62) Artículo 1º superior.

(63) Artículos 48 y 53 superiores.

(64) Artículo 13 superior.

(65) Artículo 2º superior.

(66) Artículo 365 superior.

dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes, conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Como componente de la seguridad social, también se determina que el Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la seguridad social que comprende la prestación de los servicios en la forma que determine la ley (67). De este modo, le dio a la salud una doble connotación de i) servicio público obligatorio y ii) derecho irrenunciable, entregando al Congreso de la República el diseño del sistema y al Gobierno la reglamentación de su prestación, la vigilancia y el control, y la concurrencia en la financiación.

La Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS) establece que la salud es un estado completo de bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades (68), dentro del nivel posible de salud. En términos del bloque de constitucionalidad (69), comprende el derecho al nivel más alto de salud posible dentro de cada Estado, que se debe alcanzar de manera progresiva (70). Igualmente, ha sido acogido por los convenios internacionales bajo una concepción amplia o como un derecho inclusivo que comprende el mayor número de servicios, auxilios, asistencias y prestaciones, a saber: el acceso al agua limpia potable, suministro de alimentos sanos, nutrición balanceada, condiciones sanitarias adecuadas en el trabajo, medio ambiente sano y educación sobre cuestiones de salud, etc. Abarca así un conjunto de prestaciones cuya eficacia compromete al Estado, a la sociedad y a la familia.

Desde la Observación General 14 de 2000 del Comité DESC de las Naciones Unidas, se reconoce a la salud como un derecho fundamental indispensable para el ejercicio de los demás derechos que permita a las personas vivir dignamente. La sentencia T-227 de 2003 definió por primera

(67) Artículo 48 superior.

(68) http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf

(69) Artículo 93 superior.

(70) Sentencias T-597 de 1993 y T-760 de 2008.

vez a la salud como un derecho fundamental autónomo, siendo posteriormente recogida en las sentencias T-760 de 2008 (71) y C-313 de 2014 (72). También la Corte sostuvo que no basta con que la persona exista, sino que a su materialidad ontológica se le agrega una cualidad indisoluble la dignidad, por lo que se trata de defender asimismo una cierta calidad de vida (73).

Garantía del derecho fundamental a la salud que no prescinde de las dimensiones positiva (de prestación, gradual y progresiva) (74) y negativa (de abstención, cumplimiento inmediato) (75), esto es, de las acciones que debe adoptar el Estado para garantizar el acceso a servicios de salud de calidad y de forma oportuna y eficaz (la primera) y la prohibición de que el Estado apruebe medidas que vulneren la salud o interfieran de forma injustificada en el goce efectivo del derecho (la segunda) (76). Ello, aunque no

(71) Declaración implícita del estado de cosas inconstitucional en salud.

(72) Revisó el proyecto de ley estatutaria en salud, hoy 1751 de 2015, que en el artículo 2º prescribe: “El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo. Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado”.

(73) Sentencia C-575 de 1992.

(74) No son exigibles de forma inmediata al depender en buena medida de la creación de políticas públicas y la disposición de recursos financieros.

(75) Cfr. sentencia T-336 de 2018.

(76) Sentencia C-754 de 2015. Entre otros problemas jurídicos se abordó: ¿La expresión facultad del artículo 23 de la Ley 1719 de 2014 viola los artículos 49 y 93 de la Constitución, el bloque de

siempre coincida la categoría de derecho fundamental con la dimensión no prestacional, ni la de derecho económico, social y cultural con la dimensión prestacional, por lo que también puede predicarse una faceta positiva de un derecho fundamental o una faceta negativa de un derecho social.

Adicionalmente, la Corte no halla que la faceta positiva de un derecho siempre este sujeto a una protección gradual y progresiva, frente a la omisión en la observancia de las obligaciones correlativas mínimas que expone al titular del derecho ante la inminencia de sufrir un daño injustificado, lo cual habilita reclamar la protección judicial inmediata (evitar un perjuicio irremediable), siendo entonces un derecho justificable (77). De igual modo, la salud incluye unas facetas de orden: preventiva dirigida a evitar que se produzca la enfermedad, reparadora que tiene efectos curativos de la enfermedad y mitigadora orientada a amortiguar los efectos negativos de la enfermedad (78).

Ahora bien, siendo la Carta Política una herramienta evolutiva, dinámica y abierta, vía remisión a los tratados internacionales de derechos humanos también se integran al concepto y alcance del derecho a la salud: i) la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (79), ii) la Declaración Universal de los Derechos Humanos (80),

constitucionalidad y el principio de progresividad y no regresividad al generar un cambio en las condiciones de acceso a los servicios de salud para las víctimas de violencia sexual?

(77) Sentencia T-760 de 2008. La Observación General número 14 del Comité DESC aludió a las obligaciones mínimas que son de aplicación inmediata. Cfr. sentencia C-251 de 1997.

(78) Sentencia T-307 de 2006.

(79) “Artículo 11. “[t]oda persona tiene derecho a que su salud sea preservada [1] por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, [2] correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad”.

(80) “Artículo 25. 1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como

el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (81) y iv) el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador" (82).

La Observación General 14 (2000) del Comité DESC estableció cuatro elementos que dotan de contenido las obligaciones de los Estados respecto del derecho a la salud: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad (83). Por su parte, el proyecto de ley estatutaria en salud en el artículo 6º, declarado exequible casi en su totalidad (84) en la sentencia C-313 de 2014, señaló

a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad".

(81) "Artículo 12. 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad".

(82) "Artículo 10. 1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social (...)".

(83) Estos elementos fueron acogidos en las decisiones de esta Corporación como acaeció con la sentencia T-760 de 2008.

(84) Declarar exequible el artículo 6º, salvo las expresiones "de manera intempestiva y arbitraria" contenidas en el literal d) del inciso segundo, "que se requieran con necesidad" y "que puedan agravar

en términos similares que incluye los siguientes elementos esenciales e interrelacionados: a) disponibilidad (85), b) aceptabilidad (86), c) accesibilidad (87) y d) calidad e idoneidad profesional. Además, estableció que comporta, entre otros, los siguientes principios: i) universalidad (88), ii) equidad (89), iii) oportunidad (90),

la condición de salud de las personas" contenidas en el literal e) del inciso segundo, que se declaran inexecutable.

(85) "El Estado deberá garantizar la existencia de servicios y tecnologías e instituciones de salud, así como de programas de salud y personal médico y profesional competente".

(86) "Los diferentes agentes del sistema deberán ser respetuosos de la ética médica así como de las diversas culturas de las personas, minorías étnicas, pueblos y comunidades, respetando sus particularidades socioculturales y cosmovisión de la salud, permitiendo su participación en las decisiones del sistema de salud que le afecten, de conformidad con el artículo 12 de la presente ley y responder adecuadamente a las necesidades de salud relacionadas con el género y el ciclo de vida. Los establecimientos deberán prestar los servicios para mejorar el estado de salud de las personas dentro del respeto a la confidencialidad".

(87) "Los servicios y tecnologías de salud deben ser accesibles a todos, en condiciones de igualdad, dentro del respeto a las especificidades de los diversos grupos vulnerables y al pluralismo cultural. La accesibilidad comprende la no discriminación, la accesibilidad física, la asequibilidad económica y el acceso a la información".

(88) "Los residentes en el territorio colombiano gozarán efectivamente del derecho fundamental a la salud en todas las etapas de la vida".

(89) "El Estado debe adoptar políticas públicas dirigidas específicamente al mejoramiento de la salud de personas de escasos recursos, de los grupos vulnerables y de los sujetos de especial protección".

(90) "La prestación de los servicios y tecnologías de salud que se requieran con necesidad deben proveerse sin dilaciones que puedan agravar la condición de salud de las personas".

iv) progresividad del derecho, v) eficiencia (91) y vi) solidaridad (92).

Dicha Observación General refirió a las obligaciones de los Estados partes que de acuerdo con el Comité DESC son de tres tipos: respetar, proteger y cumplir (también denominada de garantizar) (93). De otro lado, el proyecto de ley estatutaria en salud en el artículo 5º, declarado exequible casi en su totalidad (94) en la sentencia C-313 de 2014, indicó en términos similares que el Estado es responsable de respetar, proteger y garantizar el goce efectivo del derecho fundamental a la salud (95). En la sentencia C-754 de

(91) “El sistema de salud debe procurar por la mejor utilización social y económica de los recursos, servicios y tecnologías disponibles para garantizar el derecho a la salud de toda la población”.

(92) “El sistema está basado en el mutuo apoyo entre las personas, generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades”.

(93) “La obligación de respetar exige que los Estados se abstengan de injerirse directa o indirectamente en el disfrute del derecho a la salud. La obligación de proteger requiere que los Estados adopten medidas para impedir que terceros interfieran en la aplicación de las garantías prevista en el artículo 12 (PIDESC). Por último, la obligación de cumplir requiere que los Estados adopten medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole para dar plena efectividad al derecho a la salud (...)”. Cfr. sentencias T-760 de 2008 y C-313 de 2014.

(94) Declarar exequible el artículo 5º, en el entendido que (i) la atribución del deber de adoptar mecanismos para la validación del derecho prevista en el literal d) no dará lugar a expedir normas que menoscaben el mecanismo de protección de los derechos fundamentales y (ii) la sostenibilidad financiera a que alude el literal i) no puede comprender la negación a prestar eficiente y oportunamente todos los servicios de salud debidos a cualquier usuario.

(95) Añade el artículo 5º de la Ley 1751 de 2015: “Para ello deberá: a) abstenerse de afectar directa o indirectamente en el disfrute del derecho fundamental a la salud, de adoptar decisiones que lleven al deterioro de la salud de la población y de realizar

2015 se recogió el alcance de cada una de tales obligaciones (96).

cualquier acción u omisión que pueda resultar en un daño en la salud de las personas; b) formular y adoptar políticas de salud dirigidas a garantizar el goce efectivo del derecho en igualdad de trato y oportunidades para toda la población, asegurando para ello la coordinación armónica de las acciones de todos los agentes del sistema; c) formular y adoptar políticas que propendan por la promoción de la salud, prevención y atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas, mediante acciones colectivas e individuales; d) establecer mecanismos para evitar la violación del derecho fundamental a la salud y determinar su régimen sancionatorio; (Con declaración de exequibilidad condicionada). e) Ejercer una adecuada inspección, vigilancia y control mediante un órgano y/o las entidades especializadas que se determinen para el efecto; f) velar por el cumplimiento de los principios del derecho fundamental a la salud en todo el territorio nacional, según las necesidades de salud de la población; g) Realizar el seguimiento continuo de la evolución de las condiciones de salud de la población a lo largo del ciclo de vida de las personas; h) Realizar evaluaciones sobre los resultados del goce efectivo del derecho fundamental a la salud, en función de sus principios y sobre la forma como el Sistema avanza de manera razonable y progresiva en la garantía al derecho fundamental de salud; i) adoptar la regulación y las políticas indispensables para financiar de manera sostenible los servicios de salud y garantizar el flujo de los recursos para atender de manera oportuna y suficiente las necesidades en salud de la población; (Con declaración de exequibilidad condicionada). j) Intervenir el mercado de medicamentos, dispositivos médicos e insumos en salud con el fin de optimizar su utilización, evitar las inequidades en el acceso, asegurar la calidad de los mismos o en general cuando pueda derivarse una grave afectación de la prestación del servicio”.

(96) “La obligación de respetar comprende principalmente obligaciones negativas en las que el Estado tiene el deber de: i) abstenerse de limitar o prohibir el acceso a la salud; y ii) abstenerse de imponer prácticas discriminatorias en el acceso a la salud. La obligación de proteger implica deberes de carácter positivo y se refiere a: i) la adopción de leyes o medidas para impedir que terceros interfieran en el acceso y goce del

5. Tratándose del principio de progresividad ha dicho la Corte que refiere a la manera en que el Estado debe hacer efectiva la faceta de prestación de los derechos, ya que aunque tienen un componente gradual son exigibles también de forma inmediata (97). Ha afirmado (98) que “no

derecho a la salud; ii) la adopción de leyes, normas o medidas que garanticen el acceso en condiciones de igualdad a la atención en salud; iii) la debida supervisión de las entidades privadas en la provisión de los servicios de salud y de comercialización de equipos médicos y medicamentos; iv) la garantía de que las prácticas sociales o tradicionales nocivas no afecten el derecho a la salud de las mujeres, en particular el ejercicio de los derechos reproductivos; v) la adopción de medidas de especial protección en el acceso a servicios de salud para personas que pertenecen a grupos vulnerables; y vi) la adopción de medidas para asegurar que terceros no limiten el acceso a la información y a servicios de salud. La obligación de cumplir o el deber de garantizar el derecho a la salud “requiere que los Estados adopten medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole para dar plena efectividad al derecho a la salud”, y comprende obligaciones más extensas, a saber: i) la adopción de una política nacional de salud acompañada de un plan que reconozca de forma suficiente el derecho a la salud; ii) la adopción de medidas para asegurar el acceso en condiciones de igualdad a todos los factores determinantes básicos de la salud; iii) la provisión de servicios de salud sexual y genésica, particularmente en áreas rurales; iv) la apropiada formación del personal médico de todos los niveles; v) la existencia de infraestructura suficiente y apropiada para la provisión de servicios de salud, incluida la salud mental; vii) el fomento de investigaciones médicas; viii) la educación e información sobre la salud, particularmente en cuanto a los derechos sexuales y reproductivos, la violencia en el hogar, y el uso indebido de alcohol, tabaco, estupefacientes y otras sustancias nocivas; y ix) la adopción de medidas contra los peligros para la salud de la contaminación del medio ambiente y las enfermedades profesionales, además de las medidas de garantía en las esferas de facilitación, proporcionamiento y promoción de las garantías del derecho a la salud”.

(97) Sentencia C-754 de 2015.

(98) Sentencia C-077 de 2017, que examinó la constitucionalidad de varias disposiciones de

excusa el incumplimiento del deber del Estado de asegurar, tan pronto como sea posible, los contenidos mínimos de esos derechos”; sino que, por el contrario, como lo establece el principio 16 de Limburgo tiene “la obligación de iniciar inmediatamente el proceso encaminado a la completa realización de los derechos contenidos en el Pacto” (99).

Mandato de progresividad que en palabras de la Corte comporta:“(i) la satisfacción inmediata de niveles mínimos de protección; (ii) el deber de observar el principio de no discriminación en todas las medidas o políticas destinadas a ampliar el rango de eficacia de un derecho; (iii) la obligación de adoptar medidas positivas, deliberadas, y en un plazo razonable para lograr una mayor realización de las dimensiones positivas de cada derecho, razón por la cual la progresividad es incompatible, por definición, con la inacción estatal; y (iv), la prohibición de retroceder por el camino iniciado para asegurar la plena vigencia de todos los derechos” (100).

Postulado que no solo es predicable de la actuación u omisión del legislador sino también de la administración (101). La sentencia C-754 de 2015 reiteró que dicho principio de progresividad consta de dos obligaciones: una, avanzar ampliando el ámbito de realización del derecho y, otra, no disminuir en principio el nivel de satisfacción constitucional alcanzado (mandato de no retroceso), conocido como prohibición prima facie de regresividad. Aunque inicialmente el principio de progresividad comprendía especial-

la Ley 1776 de 2017, que crean y desarrollan las ZIDRES.

(99) En este sentido se pronunció esta Corporación en la sentencia C-251 de 1997.

(100) Cfr. sentencia C-046 de 2018. Estudió el siguiente problema jurídico: ¿El artículo 20 de la Ley 1797 de 2016 viola el artículo 125 de la Constitución sobre los principios del mérito y de no regresividad al determinar la provisión de los cargos de director o gerente de las ESE mediante el nombramiento por el Presidente, los gobernadores y alcaldes y no mediante concurso de méritos?

(101) Sentencia SU.124 de 2018.

mente los DESC, su aplicación hoy abarca a todos los derechos fundamentales. Ha sido recogido el principio de progresividad en instrumentos internacionales como el Pacto Internacional de DESC (art. 2.1.) (102), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 26 (103) y 41 (104)) y el Protocolo Adicional a la CADH denominado de San Salvador (art. 1º) (105), además de la

(102) “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.

(103) “Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”.

(104) “La Comisión tiene la función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos, y en el ejercicio de su mandato tiene las siguientes funciones y atribuciones: (...) b) formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos”.

(105) “Los Estados partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena

interpretación sobre el alcance de tal principio respecto del derecho a la salud contenida en la Observación General número 3 de 1990 (106) del Comité DESC (107).

La Corte en la sentencia C-262 de 2013 (108) observó que “los contenidos prestacionales de los

efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo”.

(106) La índole de las obligaciones de los Estados partes.

(107) “El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo. En este sentido, la obligación difiere de manera importante de la que figura en el artículo 2º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos e incorpora una obligación inmediata de respetar y garantizar todos los derechos pertinentes. Sin embargo, el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo. Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga”.

(108) Declaró exequibles los incisos primero y segundo del artículo 23 (gastos de administración de las entidades promotoras de salud) de la Ley 1438 de 2011, en los términos y por las razones expuestas en dicha providencia.

derechos fundamentales -como la salud y la seguridad social- están sometidos al principio de progresividad y no regresión **(109)**, el cual conlleva (i) la obligación del Estado de ampliar su nivel de realización y (ii) la proscripción de la reducción de los niveles de satisfacción actuales **(110)** (...). Mandato de progresividad que, en términos de la sentencia C-671 de 2002, implica que “una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve menguada, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado debe presumirse en principio inconstitucional, y por ello está sometido a un control judicial estricto”.

Con base en lo anterior, se ha subrayado que constituye un parámetro de constitucionalidad y un factor de análisis al verificar la validez de las normas legales a la luz de los derechos constitucionales involucrados, como la seguridad social **(111)**, el medio ambiente **(112)**, la vivienda digna **(113)** y la salud, entre otros **(114)**. Ha señalado esta Corporación que el desarrollo del principio de proporcionalidad expone particularidades según el derecho constitucional involucrado, sin que ello sea óbice para que conforme a la evolución de la jurisprudencia constitucional se hubieren determinado algunas reglas generales, a saber **(115)**:

“i) las medidas que constituyan un retroceso en la protección de los derechos sociales, económicos y culturales son *prima facie* inconstitucionales **(116)**; ii) la libre configuración del legislador

(109) Ver la sentencia C-372 de 2011. M.P. Pretelt Chaljub.

(110) Ver, entre otras, las sentencias C-671 de 2002, C-556 de 2009 y C-372 de 2011.

(111) Sentencias C-038 de 2004, C-257 de 2008, C-1141 de 2008, C-428 de 2009 y C-228 de 2011.

(112) Sentencia C-443 de 2009 y C-298 de 2016.

(113) Sentencia C-444 de 2009 y C-536 de 2012.

(114) Sentencia C-754 de 2015.

(115) *Ibidem*.

(116) Un segundo momento relevante en la jurisprudencia constitucional en la evolución del

se reduce en materia de estos derechos **(117)**, en tanto que cuando este adopte una medida que produzca una disminución en el nivel de protec-

principio de progresividad puede asociarse a un conjunto de decisiones en las que se estableció que diversas medidas, que reflejaban un retroceso en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales, se presumían inconstitucionales. Esta postura, aún vigente, se desarrolló con especial claridad en la sentencia C-038 de 2004 (...). En esa decisión, la Corte (...) analizó una reforma al Código Sustantivo del Trabajo destinada a reducir los costos del contrato laboral, especialmente en lo relacionado con la remuneración por trabajo extra o trabajo nocturno. Por ejemplo, en la reforma se extendió la jornada diurna hasta las 10 de la noche. Al estudiar la norma esta Corporación señaló que las medidas que constituyan un retroceso en la protección de los derechos sociales son *prima facie* inconstitucionales. Precisó que de acuerdo con la Observación General No. 3 del Comité DESC, las disposiciones deliberadamente retroactivas deben ser plenamente justificadas por parte del Estado. Y puntualizó que, de conformidad con la Observación No. 14 sobre el derecho a la salud del mismo Comité, corresponde al Estado demostrar que las medidas regresivas se aplican “tras el examen más exhaustivo de todas las alternativas posibles y que esas medidas están debidamente justificadas por referencia a la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto en relación con la plena utilización de los recursos máximos disponibles del Estado parte”.

(117) La sentencia C-038 de 2004 (...) indicó que la libertad de configuración normativa del legislador se reduce cuando adelanta reformas o establece nuevas regulaciones asociadas al desarrollo de los derechos sociales. En caso de que el Congreso adopte una medida que produzca un retroceso en el nivel de protección alcanzado, esta debe estar justificada conforme al principio de proporcionalidad. A juicio de la Corte, en tal escenario corresponde a la autoridad política “justificar que esas disminuciones en la protección alcanzada frente a los derechos sociales, como el derecho al trabajo, fueron cuidadosamente estudiadas y justificadas, y representan medidas adecuadas y proporcionadas para alcanzar un propósito constitucional de particular importancia”.

ción alcanzado, tiene un deber de justificación conforme al principio de proporcionalidad, aun cuando exista un amplio margen de configuración (118); iii) la prohibición de regresividad también es aplicable a la administración (119); iv) en virtud de este principio no es posible avalar la inactividad del Estado en su tarea de implementar acciones para lograr la protección integral de los derechos (120); y (v) en relación con

(118) Asimismo, esta Corporación determinó en la misma sentencia que el análisis de la reforma laboral citada estaba atravesado por debates acerca de los efectos de las políticas económicas y, en ese contexto, la justificación de la medida era más compleja, pues las diversas escuelas teóricas señalaban consecuencias diferentes. Por ese motivo, este Tribunal consideró que al analizar la necesidad y adecuación de la medida debía ser deferente con las decisiones del legislador, salvo en caso de encontrar que sus razonamientos fueran abiertamente desorbitados. La sentencia señaló que cuando la Corte no tiene los elementos técnicos suficientes para abordar la adecuación y necesidad de la reforma, será necesario verificar “(i) que las medidas no fueron tomadas inopinadamente sino que se basaron en un estudio cuidadoso, y (ii) que el Congreso analizó otras alternativas, pero consideró que no existían otras igualmente eficaces que fueran menos lesivas, en términos de la protección del derecho al trabajo. Y (iii) finalmente debe el juez constitucional verificar que la medida no sea desproporcionada en estricto sentido, esto es, que el retroceso en la protección del derecho al trabajo no aparezca excesivo frente a los logros en términos de fomento del empleo”. En ese caso, la Corte consideró que no estaba demostrado que la reforma constituyera una medida abiertamente inadecuada o innecesaria, pues existía un debate inconcluso sobre los efectos económicos de ese tipo de medidas y su potencialidad para alcanzar el propósito trazado por el Legislador. Por lo tanto, el juez constitucional no podía controvertir la justificación expuesta por el Congreso. Además, consideró que las nuevas normas eran proporcionadas porque no restringían intensamente otros derechos constitucionales.

(119) Ver, sentencias C-443 de 2009 y T-1318 de 2005.

(120) Así, por ejemplo, la sentencia T-1213 de 2008 señaló que en el marco de las discusiones

las facetas prestacionales de los derechos que no son exigibles de forma inmediata, es posible solicitar judicialmente ‘(1) la existencia de una política pública, (2) orientada a garantizar el goce efectivo del derecho y (3) que contemple mecanismos de participación de los interesados’ (121)”.

6. En materia del derecho salud tratándose del principio de progresividad y no retroceso prima facie frente al nivel de protección constitucional alcanzado, la Corte acogió la Observación General 14 del Comité DESC (122) según la cual “existe una fuerte presunción de que no son permisibles las medidas regresivas adoptadas en relación con el derecho a la salud. Si se adoptan cualesquiera medidas deliberadamente regresivas, corresponde al Estado Parte demostrar que se han aplicado tras el examen más exhaustivo de todas las alternativas posibles y que esas medidas están

sobre lo que establece el PIDESC debe entenderse que aquel obliga solo a no deshacer el nivel de protección alcanzado, sino también a lograr estándares mínimos de protección de los derechos. Expuso: “(...) en opinión del Comité, la firma del Pacto supone la aceptación de una ‘obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos (...) Si el Pacto se ha de interpretar de tal manera que no establezca una obligación mínima, carecería en gran medida de su razón de ser”.

(121) Sentencia T-760 de 2008 (...): “Para la jurisprudencia constitucional, cuando el goce efectivo de un derecho constitucional fundamental depende del desarrollo progresivo, ‘lo mínimo que debe hacer [la autoridad responsable] para proteger la prestación de carácter programático derivada de la dimensión positiva de [un derecho fundamental] en un Estado social de derecho y en una democracia participativa, es, precisamente, contar con un programa o con un plan encaminado a asegurar el goce efectivo de sus derechos. Por ello, al considerar un caso al respecto, la Corte señaló que si bien el accionante ‘no tiene derecho a gozar de manera inmediata e individualizada de las prestaciones por él pedidas, sí tiene derecho a que por lo menos exista un plan”’. Ver, también sentencia T-595 de 2005.

(122) El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 12 PIDESC).

debidamente justificadas por referencia a la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto en relación con la plena utilización de los recursos máximos disponibles del Estado Parte” (32) (123).

De igual modo, se estatuye que la adopción de cualesquiera medidas regresivas que sean incompatibles con las obligaciones básicas en lo concerniente al derecho a la salud “constituye una violación del derecho a la salud. Entre las violaciones resultantes de actos de comisión figura la revocación o suspensión formal de la legislación necesaria para el continuo disfrute del derecho a la salud, o la promulgación de legislación o adopción de políticas que sean manifiestamente incompatibles con las preexistentes obligaciones legales nacionales o internacionales relativas al derecho a la salud” (48) (124).

En la sentencia C-313 de 2014, al revisar la hoy Ley estatutaria 1751 de 2015, se incluyó en el artículo 5° como obligaciones del Estado la responsabilidad de respetar, proteger y garantizar el goce efectivo del derecho fundamental a la salud, debiendo para ello “h) realizar evaluaciones sobre los resultados de goce efectivo del derecho fundamental a la salud, en función de sus principios y sobre la forma como el sistema avanza de manera razonable y progresiva en la garantía (...)”. Igualmente, en el artículo 6° se consagró el principio de progresividad del derecho, según el cual: “El Estado promoverá la correspondiente ampliación gradual y continua del acceso a los servicios y tecnologías de salud, la mejora en su prestación, la ampliación de capacidad instalada del sistema de salud y el mejoramiento del talento humano, así como la reducción gradual y continua de barreras culturales, económicas, geográficas, administrativas y tecnológicas que impidan el goce efectivo del derecho fundamental a la salud”, sobre el cual este Tribunal expuso lo siguiente:

“Se entiende que una vez alcanzadas unas cotas de satisfacción del derecho, no tiene lugar

el retroceso de las mismas. (...). Adicionalmente, el quebrantamiento de los principios de progresividad y, no regresividad, comporta el desconocimiento de compromisos internacionales en materia de derechos, atribuible en principio al Estado. Para la Sala, la presencia de la progresividad no es sinónimo de regresividad. Lo que eventualmente puede resultar regresivo son las medidas que se adopten en relación con el derecho. Con todo, resulta pertinente recordar que existe un margen para adoptar medidas que resulten regresivas, acontece sí que, como lo ha sentado la jurisprudencia, se trata de medidas sometidas a un escrutinio estricto y que deben cumplir con una rigurosa carga justificativa por parte de las autoridades (125).

Finalmente, resulta pertinente observar que el vigor del principio de progresividad, no solo se debe apreciar en relación con la prestación del servicio de salud, esta percepción reducida al ámbito de lo meramente sanitario, es parte del presupuesto que anima los cuestionamientos referidos. Para el Tribunal Constitucional, el principio de progresividad resulta fundamental en el proceso evolutivo, y permanente que debe conducir a la materialización de todo lo que comportan los determinantes sociales en salud. No en vano, el legislador estatutario al redactar el artículo 9 sobre determinantes sociales en salud, empleo la expresión “(...) lograr la reducción de las desigualdades de la salud que incidan en el goce efectivo (...)” con lo cual, queda evidenciado que esta faceta del derecho a la salud, presenta un importante déficit por cubrir y tal cobertura es progresiva. (...)” (126).

En consecuencia, las medidas legislativas que constituyan un retroceso en materia de salud deben estar debida o plenamente justificadas por el Estado (inversión de la carga de la prueba) (127), esto es, de manera adecuada

(125) Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1141 de 2008. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

(126) Sentencia C-313 de 2014.

(127) Sentencias C-754 de 2015 (debidamente justificada), C-644 de 2012 y C-038 de 2004

(123) Cfr. sentencia C-754 de 2015.

(124) Ver, Observación General número 3 (párrafo 9) y Observación General número 13 (párrafo 45). Cfr. sentencia C-754 de 2015.

y suficiente (128), a partir de la exposición de razones que demuestren la necesidad de una disminución en el nivel de protección constitucional alcanzado para seguir avanzando en el desarrollo de las otras facetas de los derechos, y observando parámetros de razonabilidad y proporcionalidad (129).

7. Este Tribunal ha determinado la aplicación efectiva o no según el caso del principio de progresividad en asuntos relacionados con: a) el acceso a los servicios de salud, b) la destinación de recursos al sistema de salud, c) el acceso a los servicios de salud con calidad, iv) la exclusión de los servicios que se prestaban y v) la disponibilidad de los servicios de salud.

Acceso a los servicios de salud (exclusión del sistema de salud de un grupo poblacional ya incluido y que había alcanzado niveles de protección). En la sentencia C-671 de 2002 se examinó si era discriminatorio e implicaba un retroceso en la protección del derecho a la salud el haberse excluido como beneficiarios del sistema de las Fuerzas Militares a los padres de los oficiales y suboficiales en retiro. Al declarar exequible el artículo 24 (parcial) del Decreto ley 1795 de 2000, en el entendido de que podrán continuar siendo beneficiarios del sistema siempre que no tengan otra alternativa de seguridad social, la Corte al fundamentarse en la Observación General número 14 de 2000 observó:

“la progresividad no priva de contenido la obligación estatal, y por ello las medidas regresivas, que disminuyen una protección a la salud ya alcanzada, se presumen contrarias al Pacto. En esos eventos, ha señalado el Comité, el Estado tiene que demostrar que esas medidas eran necesarias y que “se han aplicado tras el examen exhaustivo de todas las alternativas posibles” (Párr. 32). (...) (E)s evidente que la exclusión del sistema de salud de un grupo poblacional que ya

(plenamente justificada), C- 038 de 2004 (cuidadosamente estudiada y justificada) y T-469 de 2013 (inversión de la carga de la prueba, Estado).

(128) Sentencias C-931 de 2004 (adecuada justificación) y T-469 de 2013 (suficiente justificación).

(129) Sentencias C-754 de 2015 y C-931 de 2004.

había sido incluido en el mismo, y ya había alcanzado unos niveles de protección determinados, implica un retroceso en la realización del derecho a la salud. Y la Corte no ha encontrado ninguna justificación imperiosa para excluir del SSMP a los padres del oficial o suboficial que se haya pensionado, cuando esos padres no puedan contar con otro sistema de protección. Ha habido entonces un retroceso, que implica una vulneración del derecho a la salud”.

Destinación de recursos al sistema de salud. Esta Corporación en la sentencia C-040 de 2004, al estudiar unas disposiciones que reducían los recursos que el Estado destina a la afiliación de la población más pobre al sistema de salud (subsidiado), declaró inexecutable una expresión del artículo 42.20 de la Ley 715 de 2001, señalando:

“No puede predicarse progresividad de una disposición que no solo establece un porcentaje invariable sino que no tiene en cuenta las circunstancias de la población pobre cuya gran mayoría todavía no ha ingresado al régimen subsidiado en salud. (...) De esta manera, en el cumplimiento de la función de la Nación de concurrir a la afiliación de la población pobre al régimen subsidiado, la Carta impone que esta se haga de forma gradual y progresiva, constituyendo un retroceso la adopción de una medida en sentido contrario. (...) Dicho precepto desconoce el deber estatal de ampliar progresivamente la cobertura en materia de afiliación al régimen subsidiado y de esa manera cercena la posibilidad de que se den las condiciones para que toda la población pobre se beneficie del servicio de salud, meta esta que aún no se ha logrado y por lo mismo impide constitucionalmente que se establezcan porcentajes fijos de contribución para esa finalidad. (...) En síntesis, por desconocer los principios constitucionales de progresividad y universalidad y lo prescrito en los artículos 48, 350 y 366 se declarará la inexecutable, debiéndose entender que la competencia de la Nación de concurrir en la afiliación de la población pobre al régimen subsidiado mediante apropiaciones al presupuesto nacional deberá ser progresiva y efectuarse por los menos en el porcentaje establecido en las disposiciones legales anteriores a la citada ley”.

Acceso a los servicios de salud con calidad (condiciones menos favorables del paciente para el tratamiento médico). En la sentencia T-739 de

2004, al resolver si una EPS vulneró el derecho a la salud (componente de progresividad), por terminar unilateralmente el contrato con la Unidad Renal y disponer el traslado de los pacientes residentes en Riohacha a Santa Marta para que allí continuaran el tratamiento de hemodiálisis, manifestó que si bien en principio se exponen condiciones menos favorables a las que existían mientras estuvo vigente el contrato, por lo que se estaría ante una política pública contraria al principio de progresividad, no obstante: “el ente accionado demostró que esta decisión tuvo sustento en motivos suficientemente fundados y que estaban basados en la obligación de conservar las condiciones de seguridad médico científicas para la atención de sus pacientes con afecciones renales, las cuales están estrechamente relacionadas con la debida protección del derecho fundamental a la vida en condiciones dignas” (130).

Exclusión de los servicios que se prestaban. En la sentencia T-760 de 2008 la Corte ordenó a la entonces Comisión Nacional de Regulación en Salud la actualización integral del POS, debiendo definir con claridad qué se encuentra incluido, no incluido y excluido: “la decisión de suprimir servicios que antes estaban incluidos en los POS, puede fundamentarse en razones técnicas acerca de la pertinencia de su provisión, como también, en fundamentos relativos a la priorización de los recursos de la salud y a la evaluación del impacto social de la provisión de distintos servicios. Siempre que los fundamentos por los cuales se supriman servicios estén encaminados a la

(130) En la sentencia T-760 de 2008 se reiteró que una entidad encargada de garantizar el acceso al servicio de salud no desconoce el derecho de un paciente, al desmejorar las condiciones en las que accede a un servicio que requiere, cuando: “(i) las razones del cambio tienden a garantizar el disfrute del nivel más alto de salud posible de la persona, en especial, garantizar la vida en condiciones dignas; (ii) el cambio no constituye una afectación injustificada del principio de progresividad del derecho a la salud ni afecta el contenido esencial de los postulados de accesibilidad y calidad; y (iii) el cambio no implica una barrera que impida específicamente el acceso del paciente”. Sentencia T-739 de 2004.

protección efectiva del derecho a la salud según las necesidades de la población, la Sala considera que, prima facie, la mencionada eliminación no es regresiva”.

Por último, en relación con la disponibilidad de los servicios de salud, en la sentencia C-349 de 2004 al estudiar una demanda contra el literal d) del artículo 16 de la Ley 790 de 2002 y la totalidad del Decreto ley 1750 de 2003 porque, entre otros cargos, la escisión del entonces ISS conducía a una reducción de la oferta de salud, la Corte señaló que la obligación de ampliación progresiva y el principio de universalidad no comprende únicamente la extensión de los servicios de salud a todos los habitantes del territorio nacional, sino también la ampliación de la cobertura en términos de servicios disponibles.

8. Más concretamente, en la sentencia C-313 de 2014, luego de referir que el principio de no regresividad se predica de derechos fundamentales como la salud, se afirmó que una medida se entiende regresiva al menos en los siguientes eventos: “(1) cuando recorta o limita el ámbito sustantivo de protección del respectivo derecho (131); (2) cuando aumentan sustancialmente los requisitos exigidos para acceder al respectivo derecho (132); (3) cuando disminuye o desvía sensiblemente los recursos públicos destinados a la satisfacción del derecho” (133).

Esta Corporación ha evidenciado la complejidad en la protección del derecho a la salud destacando que involucra una gran variedad de obligaciones: unas, de cumplimiento inmediato y, otras, que demandan un mayor despliegue técnico y presupuestal (progresivo). Se han determinado dos pasos para verificar el cumplimiento de las obligaciones: en primer lugar, que las medidas u omisiones no afecten la faceta de exigibilidad inmediata del derecho y, segundo, que si el ámbito de la garantía del acceso a la salud no es de obligatorio cumplimiento la medida no disminuya el nivel

(131) Ver, entre otras, C-038 de 2004 (...).

(132) (...) Cfr. La sentencia C-789 de 2002 (...) aplicó la prohibición de regresividad a una ley que aumentaba los requisitos para acceder a la pensión.

(133) Cfr. sentencia C-077 de 2017.

de satisfacción previamente alcanzado, lo cual se constata al analizar si: i) se ha recortado o limitado el ámbito sustantivo de protección del derecho, ii) se han incrementado sustancialmente los requisitos de acceso al derecho y iii) si se disminuyen o desvían sensiblemente los recursos públicos destinados a la satisfacción del mismo (134).

Por tal razón, este Tribunal ha reprochado, “por un lado, las medidas que abiertamente violan las obligaciones de exigibilidad inmediata del derecho a la salud, y por otro, las medidas que disminuyan la satisfacción alcanzada sin una justificación válida, en términos de acceso, cobertura, calidad y prestación de tratamientos. Así pues, en relación con los deberes bajo el principio de progresividad, la regla consiste en que el Estado debe ampliar cada vez más el ámbito de garantía del derecho hacia el más alto nivel de salud posible, y no puede disminuirlo, pues si bien ciertas facetas prestacionales pueden no ser exigibles de forma inmediata, si lo es avanzar y no retroceder en el nivel de protección al que se ha llegado” (135).

9. En cuanto al margen de configuración del legislador cuando se adopte una determinación regresiva la misma se presume inconstitucional (136), no obstante, ha sostenido la Corte (137), existen algunas excepciones por lo cual se debe verificar que: “(i) las medidas no fueron tomadas inopinadamente sino que se basaron en un estudio cuidadoso, y (ii) que el Congreso analizó otras alternativas, pero consideró que no existían otras igualmente eficaces que fueran menos lesivas, en términos de la protección del derecho al tra-

bajo. Y (iii) finalmente debe el juez constitucional verificar que la medida no sea desproporcionada en estricto sentido, esto es, que el retroceso en la protección del derecho al trabajo no aparezca excesivo frente a los logros (138)”.

En suma, los cambios normativos que comprenden una regresión en la efectividad de los derechos fundamentales como la salud deben estar debida o plenamente justificados (adecuada y suficientemente), observando parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, so pena de ser declarados inconstitucionales.

10. La doctrina especializada no ha sido extraña a esta problemática de índole constitucional. Informa (139) que la prohibición de regresividad hace parte del andamiaje de conocimientos (140) tanto del derecho constitucional doméstico como del derecho internacional de los derechos humanos. En materia de retroceso normativo aduce que el estándar del juicio consiste en valorar si el nivel de protección que ofrece el ordenamiento

(138) Sentencia C-038 de 2004 (...). La jurisprudencia constitucional se ha acercado a estos requisitos en términos similares en los cuales siempre ha mantenido como criterios centrales: (i) la determinación de la carga de la prueba de desvirtuar la presunción de inconstitucionalidad a cargo del Estado, al demostrar que el objetivo era constitucionalmente imperioso; y (ii) la aplicación de un test de proporcionalidad. Ver, también: sentencias C-486 de 2016, C-372 de 201 y, T-043 de 2007.

(139) Christian Courtis (compilador). Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales. Cedal. Cels. 2006. Apuntes introductorios, pp. 3-52.

(140) Otros textos hablan sobre el diálogo a tres bandas, al poner en contacto los sistemas i) constitucional local, ii) interamericano y iii) europeo de derechos humanos. Es un diálogo en una red global de tribunales para crear un emergente *ius commune*, que produce una integración a través de derechos. Ver, Javier García Roca y Encarna Carmona Cuenca (editores). ¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana. Thomson Reuters Aranzadi. 2017.

(134) Sentencia C-754 de 2015 y C-046 de 2018.

(135) *Ibidem*.

(136) Respecto a la libertad de configuración del legislador en relación con el principio de progresividad y, por tanto, la prohibición de regresividad, la jurisprudencia constitucional ha afirmado que existe “un mandato al legislador en el sentido de ‘erradicar las injusticias presentes’, de ‘corregir las visibles desigualdades sociales’ y ‘estimular un mejoramiento progresivo de las condiciones materiales de existencia de los sectores más deprimidos’”. Sentencia C-077 de 2017.

(137) Sentencia C-046 de 2018.

jurídico ante una misma situación de hecho ha o no involucrado (141), lo cual se estima equivalente a varias modalidades de juicios habituales en las ramas del derecho, como sucede con la normativa internacional de los derechos humanos, en el supuesto de coexistir dos disposiciones de alcance diferente, prescribiendo como respuesta la aplicación del principio pro homine, es decir, la prevalencia de la norma más favorable a la persona humana. También explica la doctrina que la verificación del carácter regresivo de una norma tiene efectos análogos a la presencia de un factor de discriminación de los explícitamente prohibidos, al involucrar de antemano una presunción de ilegitimidad de la medida y de la finalidad de la norma, por lo que queda a cargo del Estado la prueba de su justificación, que en caso de duda habrá estarse contra la validez del precepto regresivo (142).

La investigación científica en salud como bien jurídico objeto de protección constitucional

11. La Constitución Política reconoce el conocimiento como un valor constitucional (143), que cumple una función social (144) y cuya búsqueda es libre (145). El Estado además garantiza la liber-

(141) Trae los siguientes ejemplos: "En materia penal (...) se refleja en la evaluación de la norma penal más benigna; en materia laboral, en la evaluación de la norma laboral más favorable; en materia de derecho de los negocios internacionales, en la evaluación de la cláusula del país más favorecido".

(142) Se anota que en la tradición jurídica de los tribunales argentinos en materia de derechos sociales, la Corte Suprema ha decidido que rige la regla hermenéutica in dubio pro justitia socialis, a la cual se le asigna naturaleza constitucional. Caso Bercaitz, Miguel Ángel s/jubilación, del 13/9/74.

(143) Preámbulo de la Constitución.

(144) Artículo 67 superior.

(145) Artículo 71 superior. La búsqueda del conocimiento es libre. Los planes de desarrollo económico y social incluirán el fomento de las ciencias. El Estado creará incentivos para personas e instituciones que desarrollen y fomenten la ciencia y la tecnología, y ofrecerá estímulos especiales a personas e instituciones que ejerzan estas actividades.

tad de investigación (146), así como la promoción, al igual como ocurre con la ciencia (147). También reconoce la libertad de escoger profesión u oficio (148).

En la sentencia C-505 de 2001 (149) la Corte afirmó que la investigación es un derecho de rango fundamental. Trajo a colación la sentencia T-172 de 1993 en la cual se sostuvo: "esta libertad, que constituye expresión y reflejo de la racionalidad humana, hace parte de los derechos fundamentales de la persona, cuya natural tendencia a la búsqueda de la verdad en los distintos ámbitos, la lleva necesariamente a explorar de manera incesante nuevas áreas del conocimiento". Igualmente expuso la relación que guarda con la libertad (150), el libre desarrollo de la personalidad (151), la educación (152), el trabajo (153) y la dignidad humana (154).

Atendiendo los fines de la investigación y la utilidad que reporta a la comunidad los avances que se obtienen merced a los resultados y

(146) Artículo 27 superior. El Estado garantiza la libertad de investigación.

(147) Artículo 70 superior.

(148) Artículo 26 superior. Toda persona es libre de escoger profesión u oficio. Las autoridades competentes inspeccionaran y vigilarán el ejercicio de las profesiones.

(149) Estudió como problema jurídico si, conforme a las características de la carrera de Biología, era constitucionalmente viable exigir un título profesional para su ejercicio. Fue declarada exequible la expresión "investigación" (lit. a) art. 2º Ley 22/84) en el entendido que no solo quienes ostentan un título en Biología están legitimados para adelantar investigaciones relacionadas con seres vivos sino que cualquier persona puede realizar investigación libremente. Igualmente se declararon exequibles las disposiciones restantes de la ley acusada respecto de los cargos de la demanda.

(150) Preámbulo de la Constitución.

(151) Artículo 16 superior.

(152) Artículos 70, 71 y 79 superiores.

(153) Artículo 25 superior.

(154) Artículo 1º superior.

proyecciones, se determinó en dicha decisión la relevante función social que cumple lo cual le lleva desprender que “la tutela de su práctica y el clima propicio para llevarla a cabo, no menos que el estímulo a su prosperidad y desarrollo, son objetivos que se inscriben dentro del papel que al Estado corresponde para el logro del bien común” (155). En cuanto implica promoción del desarrollo se manifestó que hace parte de los fines del Estado social de derecho que compromete a las autoridades del Estado (156), cuestión distinta es que el uso o la aplicación posterior del resultado de la tarea investigativa deba ser evaluado, controlado e inclusive restringido o negado, si ello fuera indispensable para la salvaguarda del interés general (157). De esta manera, se adujo que está en cabeza del Estado el deber de promocionar la investigación y la ciencia, por lo que las normas legales que se expidan deben buscar satisfacer o materializar dicho contenido genérico de la cláusula constitucional 71 (158).

12. Por su parte, la doctrina especializada (159) observa que la libertad de investigación es un derecho humano, que incluye la biomédica (160), cuyo soporte está en la libertad. Ha asegurado que la primera obligación del sistema normativo es respetar y proteger el derecho a la investigación biomédica, instituyendo los mecanismos indispensables para que se desarrolle libremente. De este modo, encuentra la necesidad de promover su llegada a buen término, toda vez que su

(155) Sentencia T-172 de 1993.

(156) Artículos 1º y 2º superiores.

(157) Sentencia C-505 de 2001. Cfr. sentencia T-172 de 1993.

(158) Sentencia C-027 de 2016.

(159) Ver, Iñigo de Miguel Beriain. El derecho a la investigación biomédica. Intereses en conflicto. Texto: Dilemas bioéticos actuales: investigación biomédica, principio y final de la vida. Rafael Junquera de Estéfani y Javier de la Torre Díaz (editores). Uned. Comillas. Dykinson. 2012. Madrid.

(160) Biomedicina: conjunto de disciplinas como la bioquímica, la biología molecular y celular, y la genética, que desempeñan un papel fundamental en la medicina actual. Real Academia de la Lengua Española. <https://dle.rae.es>

objetivo es el bien común permitiendo que los seres humanos puedan vivir mejor.

Tal mandato constitucional se integra al orden internacional de los derechos humanos (161). En virtud de ello, la investigación científica también es objeto de reconocimiento en el artículo 19 (162) de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el artículo IV (163) de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; el artículo 15 (164) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; los artículos 26 (165) y 42 (166)

(161) Artículo 93 superior.

(162) “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”.

(163) “Toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio”.

(164) “1. (...) b) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones; 2. Entre las medidas que los Estados Partes en el presente Pacto deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho, figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura. 3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora. 4. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen los beneficios que derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas y culturales”.

(165) “Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”.

(166) “Los Estados Partes deben remitir a la Comisión copia de los informes y estudios que en

de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y el artículo 14 **(167)** del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. También pueden mencionarse otros instrumentos internacionales como el artículo 12.b) **(168)** de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos (1997); el artículo 13 **(169)** de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000); el artículo 15 **(170)** del Convenio para

la protección de los derechos humanos y de la dignidad del ser humano con respecto a la aplicación de la biología y de la medicina (1997); el punto 2 **(171)** de la Declaración de Bilbao (1993); y la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos **(172)** (2005).

La Ley estatutaria 1751 de 2015 sobre el derecho fundamental a la salud, vino a reconocer la importancia de la investigación científica. En efecto, dentro del artículo 6º que determina los elementos esenciales e interrelacionados del derecho fundamental a la salud, se halla el de la calidad e idoneidad profesional, consistente en que: “los establecimientos, servicios y tecnologías de salud deberán estar centrados en el usuario, ser apropiados desde el punto de vista médico y técnico y responder a estándares de calidad aceptados por las comunidades científicas. Ello requiere, entre otros, personal de la salud adecuadamente competente, enriquecida con educación continua e investigación científica y

sus respectivos campos someten anualmente a las Comisiones Ejecutivas del Consejo Interamericano Económico y Social y del Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura, a fin de que aquella vele porque se promuevan los derechos derivados de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires”.

(167) “1. Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen el derecho de toda persona a: (...) b. gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico; (...) 2. Entre las medidas que los Estados partes en el presente Protocolo deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia, la cultura y el arte. 3. Los Estados partes en el presente Protocolo se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora. 4. Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen los beneficios que se derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas, artísticas y culturales, y en este sentido se comprometen a propiciar una mayor cooperación internacional sobre la materia”.

(168) “La libertad de investigación, que es necesaria para el progreso del saber, procede de la libertad de pensamiento”.

(169) “Las artes y la investigación científica son libres”.

(170) “La investigación científica en el ámbito de la biología y la medicina se efectuará libremente, a reserva de lo dispuesto en el presente convenio y en otras disposiciones jurídicas que garanticen la protección del ser humano”. El informe explicativo

(punto 95) aclara que: “La libertad de investigación científica en la biología y la medicina se justifica no solo por el derecho de la humanidad a conocer, sino también por los considerables avances que sus resultados pueden proporcionar en términos de salud y bienestar”.

(171) “La investigación científica será esencialmente libre, sin más cortapisas que las impuestas por el autocontrol del investigador”.

(172) Tiene como objeto tratar las cuestiones éticas relacionadas con la medicina, las ciencias de la vida y las tecnologías conexas que se aplican a los seres humanos, para proporcionar un marco universal de principios y procedimientos de guía para los Estados en la formulación de piezas legislativas y políticas públicas. Junto con otros conceptos como la no discriminación y la solidaridad, particularmente la dignidad humana es utilizada como principio rector y delimitador de la investigación científica y los avances tecnológicos. Cfr. José Luis Soberanes. Reflexiones sobre el concepto de dignidad humana y su proyección en el campo de la bioética. Texto: Perspectivas de bioética. Juliana González Valenzuela (coord.). Universidad Nacional Autónoma de México. 2008. Pp. 235-241.

una evaluación oportuna de la calidad de los servicios y tecnologías ofrecidos”.

Así mismo, dicha disposición instituye que el derecho fundamental a la salud comporta, entre otros, principios como el pro homine (173), la equidad (174), la progresividad del derecho y la solidaridad (175). De otro lado, la

(173) “Las autoridades y demás actores del sistema de salud, adoptarán la interpretación de las normas vigentes que sea más favorable a la protección del derecho fundamental a la salud de las personas”.

(174) “El Estado debe adoptar políticas públicas dirigidas específicamente al mejoramiento de la salud de personas de escasos recursos, de los grupos vulnerables y de los sujetos de especial protección”.

(175) “El sistema está basado en el mutuo apoyo entre las personas, generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades”. En la sentencia C-313 de 2014 al estudiarse el alcance de este principio se indicó: El principio de solidaridad se ha definido (...) como la forma de cumplir con los fines propuestos por el Estado, materializando ‘los derechos constitucionales a la subsistencia, a la salud, a la seguridad social, a la vivienda digna, a la educación y al trabajo, en la prioridad del gasto público social sobre cualquier otra asignación y en la adopción del criterio de necesidades básicas insatisfechas para la distribución territorial del gasto público social (...). Un asunto importante en relación con la solidaridad tiene que ver con su connotación de deber, acorde con lo dispuesto en el artículo 93, en cuyo numeral 2 del inciso 2° se estipula, que toda persona y ciudadano tiene entre sus responsabilidades la de obrar conforme al principio de solidaridad social ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas. A propósito de la prestación del servicio de salud, se dijo en relación con la solidaridad: (...) exige la ayuda mutua entre las personas afiliadas, vinculadas y beneficiarias, independientemente del sector económico al cual pertenezcan, y sin importar el estricto orden generacional en el cual se encuentren. Este principio se manifiesta en dos subreglas, a saber: En primer lugar, el deber de los sectores con mayores recursos económicos de contribuir al financiamiento de la seguridad social de las personas de escasos ingresos (...). En segundo

doctrina (176) ha referido a los principios propios del ámbito de la salud pública, identificando esencialmente los de justicia (177) y de solidaridad (178).

13. Específicamente, el artículo 10 de la ley estatutaria en salud refirió a los derechos de las personas relacionados con la prestación del servicio de salud, por ejemplo: “a) a acceder a los servicios y tecnologías de salud, que le garanticen una atención integral, oportuna y de alta calidad” (179); “d) a obtener información clara,

término, la obligación de la sociedad entera o de alguna parte de ella, de colaborar en la protección de la seguridad social de las personas que por diversas circunstancias están imposibilitadas para procurarse su propio sustento y el de su familia”.

(176) Roberto Andorno. Las bases de la Bioética. Texto: Bioética y dignidad de la persona. Tecnos. Segunda Edición. 2012. Pp. 15-65.

(177) “La necesidad de asegurar una distribución equitativa de los recursos en materia sanitaria y evitar discriminaciones arbitrarias en las políticas de salud públicas. Este principio implica ante todo el empeño del Estado para garantizar que todos los ciudadanos tengan acceso, al menos, a un mínimo de atención sanitaria de calidad”.

(178) “Existen ciertas intervenciones biomédicas en las que, de modo excepcional, el beneficiario no es el destinatario directo de ellas, sino un tercero o la sociedad en su conjunto (...). Los dos ejemplos más destacados son la donación de órganos para trasplantes y las investigaciones médicas en seres humanos. En el primer caso, el beneficiario será quien reciba el órgano; en el segundo caso, será la sociedad toda, en cuanto se espera que tales estudios contribuyan a un mejor conocimiento de las enfermedades y al desarrollo de terapias más eficaces. (...) Es razonable que, estando todos los seres humanos ligados entre sí como miembros de una gran familia, se ayuden mutuamente y compartan las cargas de los demás”.

(179) Al respecto, en la sentencia C-313 de 2013 se señaló: “con miras a evitar que una apreciación restrictiva del precepto, afecte el derecho en el elemento de la accesibilidad, se hace necesario reiterar que el acceso se deberá entender a facilidades, establecimientos, bienes, servicios, tecnologías y

apropiada y suficiente por parte del profesional de la salud tratante que le permita tomar decisiones libres, conscientes e informadas respecto de los procedimientos que le vayan a practicar y riesgos de los mismos. Ninguna persona podrá ser obligada, contra su voluntad, a recibir un tratamiento de salud"; "i) a la provisión y acceso oportuno a las tecnologías y a los medicamentos requeridos". Y el artículo 22, ejusdem, alusivo a la política de innovación, ciencia y tecnología en salud, reza: "el Estado deberá establecer una política de Innovación, Ciencia y Tecnológica en Salud, orientada a la investigación y generación de nuevos conocimientos en salud, la adquisición y producción de las tecnologías, equipos y herramientas necesarias para prestar un servicio de salud de alta calidad que permita el mejoramiento de la calidad de vida de la población". Al analizar la Corte esta disposición manifestó:

"Este precepto establece la obligación de crear una política a través de la cual se incentive la investigación y generación de nuevos conocimientos en salud, de manera que el Estado establezca una serie de actividades tendientes a que el servicio de salud sea prestado a toda la población en forma integral y de alta calidad. Una política de innovación, ciencia y tecnología en salud es cardinal para garantizar la efectividad de este derecho fundamental, dado que a partir de los avances que en este campo se consigan podrán implementarse nuevos dispositivos, medicamentos, procedimientos, tratamientos que incidirán, no solo en satisfacer las necesidades de la población, sino que, eventualmente, pueden reducir los costos de operación del sector. En este punto, la Corte no comparte la visión del Ministerio Público por cuanto el mejoramiento de la calidad de vida de la población, fin último del enunciado legal, no excluye la protección del derecho a la salud de forma universal e integral. Precisamente la financiación de nuevas investigaciones que posibiliten la obtención de descubrimientos científicos en el ámbito de la salud repercutirá a nivel nacional y, posiblemente, podrá beneficiar al resto de la humanidad.

Por lo anterior, (...) esta obligación que impone el legislador estatutario desarrolla el valor constitucional del "conocimiento" consagrado en el

demás condiciones necesarias para alcanzar el más alto nivel de salud".

Preámbulo de la Carta Política. De esta manera, el artículo 22 del proyecto debe leerse a la luz del mandato del artículo 71 superior que impone al Estado, no solo crear incentivos para personas e instituciones que desarrollen y fomenten la ciencia y la tecnología, sino ofrecer estímulos especiales a personas e instituciones que ejerzan estas actividades. Así mismo, de acuerdo con lo establecido en la Observación General 14, los Estados partes, respecto de la obligación de cumplir, deben adoptar las medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole para dar plena efectividad al derecho a la salud. Allí, se señaló que los Estados tienen la obligación de "i) fomentar el reconocimiento de los factores que contribuyen al logro [de] resultados positivos en materia de salud, por ejemplo la realización de investigaciones y el suministro de información. Con base en ello, la Sala encuentra que el artículo en mención responde no solo a normas de rango superior sino también a disposiciones del bloque de constitucionalidad dado que lo que busca es garantizar que el servicio de salud sea prestado conforme a investigaciones científicas que permitan a los profesionales de la salud tomar decisiones informadas sobre la aplicabilidad y eficacia de un medicamento o de una determinada tecnología".

14. Ahora bien, el reconocimiento de la investigación científica como un bien jurídico objeto de protección constitucional, no la exime del establecimiento de ciertas restricciones siempre que no anule el contenido esencial del derecho fundamental. En la sentencia C-505 de 2001, aunque comprometía un asunto no necesariamente coincidente con el presente asunto, como era si quienes ostentaban un título en biología estaban legitimados para adelantar investigaciones relacionadas con seres vivos, este Tribunal refirió al alcance y límites de la investigación científica. Tal determinación, luego de destacar el carácter fundamental de la investigación científica y la importancia de su promoción, sostuvo que finalmente puede ser restringido en aras del interés general, siempre que como se ha asegurado no desconozca el núcleo básico (irreductible) del derecho fundamental.

En primer lugar, la decisión comentada hizo alusión a las ciencias en general y al riesgo social implícito que conlleva, para exponer que "la aplicación

de los conocimientos científicos (tecnología) afecta directamente la realidad circundante, porque la interpreta y transforma, y que la influencia de los resultados científico-tecnológicos tiene consecuencias en la noción social del entorno. Se sabe que esa influencia, provechosa y útil en los más de los casos, puede devenir en perjudicial para el ser humano. Los resultados que arroja la investigación biológica no solo comparten ese riesgo, común a toda experimentación científica (...). Dado que se trata de una ciencia empírica, la biología es incapaz de ejercer un control absoluto sobre los resultados de sus investigaciones. (...) Las investigaciones en ingeniería genética, (...) han marcado el inicio de una nueva generación de estructuras biológicas y de seres vivos -simples y complejos- que, aunque auguran promisorios avances en el bienestar del hombre del mañana, suponen un riesgo inédito en cuanto a la transmutación de las estructuras vitales -tal como se conocen hoy día- e implican el replanteamiento de conceptos antropológicos esenciales, la reordenación de los fundamentos operacionales en políticas de salubridad, seguridad y bienestar públicos, así como la valoración contemporánea de inveterados principios éticos" (180).

En tal virtud, la decisión comentada apuntó a los tratados internacionales suscritos para moderar, por ejemplo, la explotación de los recursos naturales - bioseguridad-, en el apremio por frenar el deterioro acelerado de las condiciones de vida del planeta y controlar a futuro el promisorio mercado de recursos biológicos. De ahí que la UNESCO extendió en 1997 la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, en consideración a que "las investigaciones sobre el genoma humano y sus aplicaciones abren inmensas perspectivas de mejoramiento de la salud de los individuos y de toda la humanidad, pero (...) deben al mismo tiempo respetar plenamente la dignidad, la libertad y los derechos de la persona humana, así como la prohibición de toda forma de discriminación fundada en las características genéticas", lo cual no resultaba ajeno a las previsiones de los artículos 79, 80 y 81 de la Carta Política (181).

(180) Sentencia C-505 de 2001.

(181) Ibidem.

De esta manera, la Corte recordó que las tecnologías biológicas pueden dar lugar a nuevos descubrimientos benéficos para la comunidad, sin que ello sea obstáculo para que, en situaciones como la experimentación sobre recursos vivos, se sujete a reglas de bioseguridad para evitar que sus resultados atenten contra la diversidad biológica o la salud, vida y alimentación. En consecuencia, se sostuvo que la circunstancia de reconocer la prevalencia del derecho fundamental a la investigación científica, no significa que no puedan establecerse restricciones que, como se observará, deben resultar razonables y proporcionadas (182), toda vez que el Estado a través de sus autoridades conserva la facultad de controlar las actividades que se desarrollan en este sentido (183).

15. Ahora bien, según se ha podido deducir estos asuntos con altos contenidos técnicos suscitan agudos debates éticos y filosóficos (184), por lo que la doctrina especializada se ha ocupado intensamente de los mismos. Autores como Iñigo de Miguel Beriain (185) empieza por señalar que el derecho no solo debe respetar la libertad de investigación, sino que es un deber apoyarla y fomentarla con las medidas necesarias, siendo una obligación de medios y, por tanto, no de fines, que conlleva la creación de los mecanismos necesarios para que esta sea posible. Destaca que el deber general procede del "derecho de todos los seres humanos a gozar de una calidad de vida cada vez más alta", sin que ello derive necesariamente en un derecho humano ilimitado.

(182) Cfr. sentencia C-951 de 2014. La Corte encontró que la reserva resulta razonable y proporcional al evitar la vulneración por permitir el libre y público acceso a datos singulares, personales e íntimos como son los genéticos humanos, sin perjuicio de que puedan ser utilizados para fines legítimos como la investigación científica, previo consentimiento expreso, informado y libre del titular de dicha información (num.8, art.24, proyecto de ley estatutaria sobre el derecho fundamental de petición).

(183) Sentencia C-505 de 2001.

(184) Sentencia C-810 de 2003.

(185) Op. cit. Dilemas Bioéticos actuales: investigación biomédica, principio y final de la vida.

Bajo ese contexto, el doctor Carlos María Romeo Casabona **(186)** comenta que los avances en las biotecnologías exigen la obtención de muestras biológicas de seres humanos e incluso también la experimentación. Así, explica, se trabaja con células humanas -troncales o madre-, cuyas características permiten cultivarlas en el laboratorio y desarrollarlas como líneas celulares específicas -células diferenciadas- de determinados tejidos (epidérmicas, cardíacas, hepáticas, pancreáticas, nerviosas, etc.), con la finalidad de tratar en el futuro -si proporcionan los resultados esperados- enfermedades que en la actualidad son graves e incurables, y degenerativas. Informa que los investigadores han descubierto que las células que abren tales expectativas se encuentran en ciertos lugares del cuerpo humano (tejidos y órganos), en los fetos, en el cordón umbilical, etc. De ahí que la discusión sobre cualquier investigación que afecte de algún modo a los seres humanos, se colige que debe estar precedida del marco jurídico apropiado. Asevera que la investigación científica tiene como fundamento irrenunciable la libertad, concebida como el derecho fundamental a la creación y a la producción científicas (adquisición del conocimiento), que atiende indirectamente los intereses colectivos de la promoción del progreso científico por los beneficios generales que proporciona a la sociedad. Entiende que como toda libertad pública o derecho fundamental tiene sus límites.

16. Como lo expone el profesor Luis Jorge Hernández Flórez de la Facultad de Medicina de la Universidad de los Andes al intervenir en el trámite del asunto sub-júdice, el desarrollo embrionario inicia con una célula que se diferenciará y multiplicará hasta formar un ser humano con todos sus órganos y tejidos, conocido como "células madre" que disponen de la capacidad de dividirse, diferenciarse en distintas células especializadas y auto renovarse para producir nuevas células madre. El tejido fetal, aduce, tiene unas ventajas que proceden de su naturaleza, que

incluyen la capacidad de multiplicarse con mayor velocidad y facilidad, se pueden diversificar en distintos tipos de células, tienen poca probabilidad de rechazo, disponen de una mejor habilidad de crecimiento y sobreviven con menos oxígeno que otros tipos celulares.

Desde la década de 1920 iniciaron los estudios con tejidos fetales principalmente para la cura y manejo de enfermedades asociadas con degeneración celular. También se han empleado para estudiar vacunas, biología celular, desarrollo de enfermedades, fisiología, fisiopatología, entre otras. Como principales investigaciones en este campo se encuentran las relacionadas con enfermedades neurológicas, primordialmente el Parkinson **(187)**, donde la capacidad de tales tejidos y células de origen fetal permiten regenerar las neuronas dopaminérgicas. También se ha estudiado la enfermedad de Huntington igualmente neurodegenerativa que afecta las esferas cognitiva, psicológica y movimientos de las personas, donde los estudios preclínicos y clínicos han demostrado mejorar la función al emplear células de la eminencia ganglionica (tejido fetal).

17. En torno a las potencialidades terapéuticas y estado de la investigación, el mismo autor Romeo Casabona en otro texto **(188)** advierte que las células madre constituyen un modelo para entender el desarrollo humano y extraer resultados sobre infertilidad, interrupción espontánea del embarazo, problemas en el nacimiento, entre otros. De igual modo, revela que ofrece información valiosa sobre los procesos de diferenciación y multiplicación celular, y la función de los tejidos, además de que podría servir para el tratamiento de la terapia génica y la investigación de nuevos productos farmacológicos. Explica que podrían ser fuente para tratar determinadas enfermedades degenerativas y genéticas crónicas (diabetes,

(187) Enfermedad neurodegenerativa causada por la muerte de células encargadas de producción de dopamina (dopaminérgicas) a nivel cerebral.

(188) Genética, Biotecnología y Ciencias Penales. Pontificia Universidad Javeriana. Grupo Editorial Ibañez. 2009. Embriones humanos, técnica de reprogramación celular e investigación biomédica. Pp. 225-341.

(186) El derecho a la vida: aspectos constitucionales de las nuevas tecnologías. Texto: Derecho, Genoma Humano y Biotecnología. María Patricia Castaño de Restrepo y Carlos María Romeo Casabona (Eds.). Sid eme. Temis. Bogotá. 2004. Pp. 49-94.

parkinson, alzheimer, infarto de miocardio), así como procesos traumáticos (lesiones de médula espinal). Informa que la plasticidad de estas células, presuntamente mayor en las células madre embrionarias, podría facilitar el empleo terapéutico en el futuro en enfermedades graves para las cuales no se dispone hoy de alternativas eficaces.

18. Tratándose de embriones y fetos abortados respecto a la intervención del derecho cuando se pretende obtener y utilizar células y otros elementos que provengan de ellos, el profesor Romeo Casabona indica que el rechazo que por motivos éticos expresan algunos a la utilización de material biológico proveniente de fetos abortados de conformidad con la ley, no alcanza el ámbito jurídico y, en principio, será lícita siempre que se observen los requisitos que marque la normativa correspondiente. Aduce que la investigación clínica debe estar sometida a unos principios marcados por el ordenamiento jurídico para prevenir riesgos y asegurar que se realicen con respeto de los derechos fundamentales, observando los demás principios éticos. Trae a colación el "Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina" (1997) y el Protocolo Adicional (1998) los cuales fijan un conjunto de principios y condiciones básicas. Evidencia los principios de intervención del derecho penal ante la genética y la biotecnología (subsidiariedad), además de otros mecanismos preventivos (autocontrol ético o deontológico).

Otros autores, como Roberto Andorno (189) expone que los avances de la medicina y la genética contribuyen al desarrollo de nuevos procedimientos preventivos, diagnósticos y terapéuticos, aunque generan nuevos interrogantes o dilemas que llevan a establecer algunos límites. Cita la propuesta de principios bioéticos elaborada por Tom Beauchamp y James Childress en el libro *Principles of Biomedical Ethics*, que se reducen a cuatro: i) autonomía (190), ii) benefi-

cia (191), iii) no maleficencia (192) y iv) justicia (193).

19. Respecto al procedimiento o forma de utilización del tejido fetal, la ética médica ha instituido algunas recomendaciones o parámetros mínimos. La Dirección de la Escuela de Medicina, Facultad de Salud, Universidad del Valle, luego de exponer que la donación de membranas amnióticas está legalizada en Colombia y, por tanto, aducir que desconoce la razón de la prohibición establecida con la norma acusada, informa que permitir la donación en este campo resulta relevante en el desarrollo científico y social, además de necesaria para el avance biotecnológico en Colombia, lo cual no es obstáculo para que se observen algunas recomendaciones: i) el tejido fetal no sea remunerable, ii) existan excepciones para la utilización eficiente de tales tejidos, iii) consentimiento informado claro y detallado, iii) las entidades de salud que realizan abortos legales no se les debe permitir beneficiarse de la utilización del tejido fetal (reglamentación) y iv) no ampararse en la libertad de la mujer para provocarse abortos para que sean utilizados los tejidos fetales.

En términos similares, la Fundación Nacional de Trasplantados luego de reseñar las ventajas y expectativas que se tiene sobre el trasplante de tejidos fetales, y las inquietudes que genera (194), reseñó algunos parámetros mínimos

la intervención que se le propone, sobre todo de su naturaleza, objetivos y riesgos, y a decidir libremente si se someten o no a ella".

(191) "Exige del médico la realización de actos conducentes a promover la salud del paciente".

(192) "Enfatiza la necesidad de no causar un daño al paciente".

(193) "Ordena una distribución equitativa de los recursos sanitarios disponibles entre las personas que los necesitan".

(194) Expuso lo siguiente: "puede considerarse como uno de los grandes logros y avances en la medicina, gracias a su implementación en enfermedades como el Parkinson o la enfermedad Huntington, que son las denominadas enfermedades 'degenerativas' o 'neurodegenerativas' (...). Los nuevos conocimientos acerca de la biología han llevado

(189) Op. cit. Bioética y dignidad de la persona.

(190) "Refiere básicamente al derecho de los pacientes y participantes en investigaciones biomédicas a ser correctamente informados acerca de

que la ética médica ha utilizado para la realización de tales procedimientos, evidenciados en continentes como el europeo donde el empleo del tejido fetal es aceptado y regulada por algunas legislaciones:

“1. La muerte fetal debe estar previamente establecida. En ningún caso se justifica la prolongación de las funciones vitales con miras a la obtención de tejidos en un periodo tardío. 2. El consentimiento informado. Se debe informar a la madre, a excepción de la interrupción voluntaria, en el que se dispondría después de la evacuación uterina. El consentimiento debe presentarse obligatoriamente antes del aborto. Este último aspecto, con la finalidad de evitar las intenciones ocultas antes mencionadas. 3. Eficacia. Ya que aún no está bien definido el balance riesgo/beneficio, debido al porcentaje de éxito es todavía muy bajo; y además el riesgo de morir como consecuencia del tratamiento o tener alguna complicación es alto. 4. Tiempo y vía de evacuación. Ni el tiempo del aborto, ni el método o la vía de evacuación deben ser modificados. Estos dos elementos deben siempre determinarse en función de la mujer y no del material a obtener. 5. La no comercialización de estos tejidos es de rigor. Se debe eliminar toda clase de incentivos por un aborto, así como el recurso a países pobres y de alta natalidad como proveedores de material embrionario y fetal. 6. El anonimato debe quedar totalmente garantizado, y en ningún caso una mujer puede decidir o designar el receptor de su tejido fetal. 7. En toda clínica debe estar prohibido el realizar un aborto a una mujer con la única motivación de donar el tejido fetal (195)”.

a la revolución de la medicina regenerativa, potencializando la utilización de las células madre que se convertirían así en diferentes tejidos. Estos avances han generado en la población cierta expectativa respecto a la cura de enfermedades como el Alzheimer, Huntington o Corea Huntington y Parkinson. Desencadenando un amplio debate ético sobre la procedencia de las células madre embrionarias y el empleo de embriones humanos”.

(195) Asociación de Personal Docente Jubilado de la Universidad Politécnica de Madrid – Instituto de Ingeniería de España, General Arrondo No. 38

Y la Facultad de Medicina, Salud Pública, de la Universidad de los Andes, expuso que la Asociación Médica Americana ha creado para una investigación segura y ética: “A. No ofrecer dinero por el tejido fetal. B. Obtener un consentimiento informado de la mujer: que debe incluir el propósito de la investigación. C. En caso de un aborto inducido: (1) la decisión de aborto debe ser previa a la discusión del uso de tejido fetal para investigación y (2) el método de aborto se define de acuerdo con la seguridad de la paciente. D. Cuando se use en trasplante o investigación clínica: (1) el donante no define al receptor y (2) el donante y receptor dan consentimiento informado. E. El personal médico no se beneficia del aborto ni de la donación” (196).

20. En materia de donación de órganos la doctora Cruz Netzahualcoyotl Cardoso (197) comunica que las enfermedades crónicas especialmente las que derivan en una afección sobre órganos de vital importancia como el corazón, riñón, hígado, pulmón, etc. y otras con relevancia funcional como hueso, cornea, piel, entre otros, constituyen claramente un problema de salud pública cuya complejidad ha desbordado los programas formulados como soluciones al mismo. Indica que el sostén artificial resulta oneroso y los beneficios relativos y, de ahí, que se considere que el trasplante es la mejor opción terapéutica para los pacientes que requieren el reemplazo de algún órgano, sin embargo, la disponibilidad de estos cada día es mayor al estar muy por debajo de los requerimientos.

Además, en lo correspondiente a la muerte de embriones y fetos el profesor Carlos María Romeo Casabona (198) explica que hoy es posi-

Madrid. Aspectos Éticos en relación con el procedimiento o forma de la utilización de tejido fetal.

(196) Ama-assn.org (2018). Research Using Human Fetal Tissue/ American Medical Association. (on line). Available at: <https://www.ama-assn.org/delivering-care/research-using-human-fetal-tissue> (accessed 3 May. 2018)

(197) Bioéticas y donación altruista de órganos. Aciertos y problemas. Fontamara. Omebi. 2014.

(198) El Derecho y la bioética ante los límites de la vida humana. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A. Madrid. 1994. Pp. 182-183.

ble el empleo de células y tejidos embrionarios o fetales para trasplante, ya que aun cuando se encuentra en fase experimental se espera finalmente obtener resultados alentadores de la implantación del tejido neural fetal, y las células hematopoyéticas de la médula e hígado fetales.

El marco normativo sobre donación y utilización de órganos o tejidos fetales abortados en Colombia

21. En Colombia, bajo la Constitución Nacional de 1886, se expidió la Ley 9 de 1979 (199), que en los artículos 516 (200), 523 (201) 528 (202) y 540 (203)

(199) Por la cual se dictan medidas sanitarias.

(200) “Además de las disposiciones del presente título, el Gobierno, por intermedio del Ministerio de Salud, establecerá las normas y procedimientos para: a. La certificación y registro de la muerte de todo ser humano; b. La certificación y registro de las muertes fetales; c. Practicar autopsias de carácter sanitario mediante la utilización de órganos, tejidos o líquidos orgánicos de cadáveres para establecer la causa de la muerte o para investigaciones de carácter científico o docente; d. (...); e. (...); f. (...); g. Controlar la obtención, conservación y utilización de órganos, tejidos o líquidos orgánicos de cadáveres o proporcionados por seres vivos para fines terapéuticos, y h. (...).”

(201) Certificado de muerte fetal.

(202) “Solamente las instituciones de carácter científico y los establecimientos hospitalarios o similares, autorizados por el Ministerio de Salud, pueden disponer de los cadáveres no reclamados o de órganos de los mismos para fines docentes o investigativos”.

(203) “Cualquier institución de carácter científico, hospitalario o similar, que se proponga emplear métodos de trasplantes o utilizar los elementos orgánicos con fines terapéuticos, deberá obtener de la autoridad sanitaria la licencia correspondiente previa comprobación de que su dotación es adecuada, sus equipos científicos capacitados y que por investigaciones y experiencias aceptadas universalmente, (...). Parágrafo.- Modificado por el art. 1, Ley 73 de 1988, Modificado por el art. 2, Ley 1805 de 2016 Solo se podrá autorizar la utilización de los elementos orgánicos a que se refiere este artículo,

a 547 (204) estableció los primeros lineamientos sobre el empleo de cadáveres para investigaciones de carácter científico o docente, y la donación o traspaso de órganos, tejidos y líquidos orgánicos de cadáveres o de seres vivos para trasplantes u otros usos terapéuticos. A partir de esta legislación se dispuso que el Ministerio de Salud expidiera las disposiciones pertinentes, teniendo en cuenta las respectivas licencias, comprobando previamente la existencia de dotación adecuada, equipos científicos capacitados y que por investigaciones y experiencias aceptadas universalmente el acto terapéutico no constituyera un riesgo distinto de aquel que el procedimiento conllevara para la salud del donante o del receptor (205).

Posteriormente, vino la Ley 73 de 1998 (206) que adicionó y profirió otras disposiciones como las concernientes a casos en los que se puede hacer extracción o utilización, no hallándose la exclusión de los componentes anatómicos a que refiere el aparte impugnado, y más bien haciéndose expresa la prohibición de recibir cualquier tipo de compensación en dinero o en especie por la donación o suministro de tales componentes (arts. 3 (207)

cuando exista consentimiento del donante, del receptor, consentimiento de los deudos o abandono del cadáver”.

(204) Por ejemplo, el artículo 546 señala: “El Ministerio de Salud deberá: a) Determinar los requisitos mínimos de orden científico y técnico que deberán llenar las personas y los establecimientos que practiquen los estudios anatómicos - patológicos; b) Establecer las normas sobre preservación, transporte almacenamiento y disposición final de órganos, tejidos y líquidos orgánicos (...); c) (...); d) Establecer sistemas de información necesarios (...)”.

(205) Cfr. Intervención del Ministerio de Salud en el presente asunto.

(206) Por la cual se adiciona la Ley 09 de 1979 y se dictan otras disposiciones en materia de donación y trasplante de órganos y componentes anatómicos para fines de trasplantes u otros usos terapéuticos.

(207) “La extracción y utilización de órganos, componentes anatómicos y líquidos orgánicos para fines de trasplante u otros usos terapéuticos,

y 7 (208)). En virtud de tales leyes fueron expedidos, entre otros, los decretos 003 de 1982, 2636 de 1986 y 1172 de 1989.

22. Con la Constitución Política de 1991 se expidió la Resolución 8430 de 1993 (209) que tiene entre otros objetivos establecer los requisitos para el desarrollo de la actividad investigativa en salud (210), la creación de un Comité de Ética en Investigación (211) y determinar las acciones que contribuyen a la investigación para la salud (212). Por último, contiene un capítulo (IV) sobre investigación, especialmente en materia de “utilización de embriones, óbitos y fetos”; que son objeto de desarrollo en los siguientes términos:

podrá realizarse en los siguientes casos: a) Mediante donación formal de uno de los órganos simétricos o pares, por parte de una persona viva, (...); b) Mediante donación formal de todos o parte de los componentes anatómicos de una persona, hecha durante la vida de la misma pero para que tenga efectos después de su muerte, (...); c) Mediante presunción legal de donación, (...). Parágrafo. En todo caso prevalecerá la voluntad del donante por sobre el parecer contrario de sus deudos o cualesquiera otras personas”.

(208) “Prohíbese(sic) el ánimo de lucro para la donación o suministro de los componentes anatómicos a que se refiere la presente Ley. En consecuencia, la utilización de los mismos no puede ser materia de compensación alguna en dinero o en especie”.

(209) Por la cual se establecen las normas científicas, técnicas y administrativas para la investigación en salud.

(210) Artículo 1º.

(211) Artículo 2º.

(212) “Artículo 4. (...) a. Al conocimiento de los procesos biológicos y psicológicos en los seres humanos. b. Al conocimiento de los vínculos entre las causas de enfermedad, la práctica médica y la estructura social. c. A la prevención y control de los problemas de salud. d. Al conocimiento y evaluación de los efectos nocivos del ambiente en la salud. e. Al estudio de las técnicas y métodos que se recomienden o empleen para la prestación de servicios de salud. f. A la producción de insumos para la salud”.

“Artículo 30. Para realizar investigaciones en mujeres embarazadas, durante el trabajo de parto, puerperio y lactancia; en nacimientos vivos o muertos; de la utilización de embriones, óbitos o fetos; y para la fertilización artificial, se requiere obtener el consentimiento informado de la mujer y de su cónyuge o compañero de acuerdo a lo estipulado en los artículos 15 y 16 de este reglamento, previa información de los riesgos posible para el embrión, feto o recién nacido en su caso. El consentimiento informado del cónyuge o compañero solo podrá dispensarse en caso de incapacidad o imposibilidad fehaciente o manifiesta para proporcionarlo; porque el compañero no se haga cargo de la mujer o, bien, cuando exista riesgo inminente para la salud o la vida de la mujer, embrión, feto o recién nacido”.

“Artículo 35. Durante la ejecución de investigaciones en mujeres embarazadas: a) Los investigadores no tendrán autoridad para decidir sobre el momento, método o procedimiento empleados para terminar el embarazo, ni participación en decisiones sobre la viabilidad del feto. b) Queda irrestrictamente prohibido otorgar estímulos, monetario o de otro tipo, para interrumpir el embarazo, por el interés de la investigación o por otras razones”.

“Artículo 43. Las investigaciones con embriones, óbitos, fetos, nacimientos muertos, materia fecal macerada, células, tejidos y órganos extraídos de estos, serán realizadas de acuerdo con lo dispuesto en este reglamento”.

De este modo, las disposiciones de estas normas científicas tienen por objeto establecer los requisitos para el desarrollo de la actividad investigativa en salud que comprenden embriones, óbitos o fetos muertos, además de instituir un marco normativo específico sobre la materia.

Después, se expidió la Resolución 3823 de 1997 (213) que estableció un capítulo (2) sobre la actividad científica y tecnológica en salud. Igualmente se profirió el Decreto 1546 de 1998 que

(213) Por la cual se crea la Comisión Asesora de Ciencia y Tecnología del Ministerio de Salud y se dictan normas para regular las actividades de desarrollo científico en el sector salud.

reglamenta parcialmente las leyes 9ª de 1979 y 73 de 1988 en cuanto a la obtención, donación, preservación, almacenamiento, transporte, destino y disposición final de componentes anatómicos y los procedimientos para trasplante de los mismos en seres humanos.

Posteriormente, se expidió la Ley 919 de 2004 (214), con la finalidad de reforzar la bioseguridad y la fundamentación en la protección de la dignidad humana y los derechos fundamentales, reformulando la prohibición de comercialización de componentes anatómicos y tipificando como delito su tráfico (art. 1 (215)) (216).

Más adelante, el Decreto 2493 de 2004 (217) que tiene por objeto regular la obtención, donación, preservación, almacenamiento, transportes, destino y disposición final de componentes

(214) Por medio de la cual se prohíbe la comercialización de componentes anatómicos humanos para trasplante y se tipifica como delito su tráfico.

(215) “La donación de componentes anatómicos; órganos, tejidos y fluidos corporales deberá hacerse siempre por razones humanitarias. Se prohíbe cualquier forma de compensación, pago en dinero o en especie por los componentes anatómicos. (...) Parágrafo. Las instituciones que funcionen con la debida autorización como bancos de tejido y de médula ósea y las instituciones prestadoras de servicios de salud con programas de trasplantes habilitados, podrán cobrar los costos ocasionados por la hospitalización del donante vivo, el cuidado médico del mismo, el diagnóstico, la extracción, la preservación, las pruebas o exámenes requeridos previamente para la donación o el suministro, el transporte, el valor de las pruebas inmunológicas y de histocompatibilidad indispensables para la realización del trasplante, el valor del trasplante, gastos de hospitalización, cirugía y cuidado médico postoperatorio del paciente trasplantado y del donante, el suministro de medicamentos y los controles subsiguientes a dicho procedimiento”.

(216) Cfr. Intervención del Ministerio de Salud en el presente asunto.

(217) Por el cual se reglamentan parcialmente las Leyes 9ª de 1979 y 73 de 1988, en relación con los componentes anatómicos.

anatómicos y los procedimientos de trasplante o implante en seres humanos (218), establece en el artículo 15 la prohibición de la remuneración o cualquier tipo de compensación o retribución por la donación o suministro de un órgano o tejido al cual se refiere el presente decreto; en el artículo 16 la utilización de los componentes anatómicos cuando se trate de donante fallecido (219); en los artículos 43 y ss. las buenas prácticas en materia de tejidos y de médula ósea; en los artículos 46 y 47 (docencia e investigación) las instituciones autorizadas para la utilización de cadáveres no reclamados y la distribución de componentes anatómicos y cadáveres destinados a estudios o investigación científica; y en los artículos 48 y ss. la vigilancia sanitaria.

Mediante la Resolución 5108 de 2005 se estableció el Manual de Buenas Prácticas para Bancos de Tejidos y de Médula Ósea y se dictaron disposiciones relacionadas con el trámite de obtención del certificado de cumplimiento de las buenas prácticas y con las funciones de inspección, vigilancia y control por las autoridades sanitarias competentes. Acto seguido, se expidió la Resolución 2640 de 2005 (220) que entre sus objetivos estableció las obligaciones de las IPS habilitadas para realizar procedimientos de trasplante o implante (221), instituir condiciones para la definición de criterios técnico - científicos de asignación de componentes anatómicos y definir los requisitos para expedir autorización de utilización de cadáveres no reclamados a las entidades que desarrollan actividades de docencia e investigación (222).

(218) Artículo 1º. Objeto y ámbito de aplicación.

(219) “2. Cuando se trate de donante fallecido: a) Siempre que se haya garantizado y asegurado el proceso de consentimiento informado del donante y a falta de este último el de los deudos; b) (...); c) Cuando obra la presunción legal de donación de conformidad con la ley. Parágrafo. (...)”.

(220) por medio de la cual se reglamentan los artículos 3º, 4º, 6º parágrafo 2º, 7º numeral 10, 25 y 46 del Decreto 2493 de 2004 y se dictan otras disposiciones.

(221) Artículos 1º y 18.

(222) Artículos 1º y 20.

En esta línea, se expidió la Resolución 382 de 2015 **(223)** regula la disposición de cadáveres no reclamados y de componentes anatómicos de los mismos, con fines de docencia o investigación (título II) e instituye un Comité de Componentes Anatómicos y Cadáveres no reclamados (título III).

Por último, se expidió la Ley 1805 de 2016 **(224)**, que tiene por objeto ampliar la presunción legal de donación de componentes anatómicos para fines de trasplantes u otros usos terapéuticos **(225)**; presume la donación cuando una persona se ha abstenido de ejercer el derecho a oponerse **(226)**; faculta la manifestación de oposición a la presunción legal de donación **(227)**; implementa estrategias de información a la población **(228)**; determina el porcentaje de recursos de las entidades del sector salud para promocionar la donación de órganos y tejidos **(229)**; define en cabeza del INS los criterios únicos nacionales de distribución y asignación de órganos y tejidos **(230)**; instituye que las IPS deberán contar con recursos para detectar en tiempo real a los potenciales donantes **(231)**; estatuye el procedimiento para la obtención de tejidos y de médula ósea, y la práctica de actividades relacionadas con la obtención, extracción, procesamiento y distribución por los bancos de tejidos o de médula ósea sin ánimo de lucro auto-

(223) Por la cual se reglamenta la inscripción de entidades para la obtención de cadáveres, componentes anatómicos y tejidos con fines de trasplante, docencia e investigación y se dictan otras disposiciones.

(224) Por medio de la cual se modifican la Ley 73 de 1988 y la Ley 919 de 2004 en materia de donación de componentes anatómicos y se dictan otras disposiciones.

- (225)** Artículo 1º.
- (226)** Artículo 3º.
- (227)** Artículo 4º.
- (228)** Artículo 5º.
- (229)** Artículo 6º.
- (230)** Artículo 7º.
- (231)** Artículo 8º.

rizados por el INVIMA **(232)**; crea una Comisión Intersectorial de Calidad para actualizar la reglamentación en materia de donación de órganos y tejidos **(233)**; y modifica normas penales sobre quien trafique, compra, venda o comercialice componentes anatómicos humanos, o sustraiga un componente anatómico de un cadáver o de una persona sin la correspondiente autorización **(234)**, entre otros. La Resolución 481 de 2018 **(235)** modificó los requisitos para la inscripción ante la coordinación regional de la red **(236)**.

El asunto sub-júdice. Inexequibilidad del párrafo demandado

23. Trámite que cumplió el párrafo acusado en el Congreso de la República. Es indispensable que la Corte realice previamente un breve recuento de los antecedentes legislativos en orden a determinar el momento de inclusión del párrafo acusado y primordialmente las justificaciones que llevaron al Congreso de la República a expedir la prohibición de donar y utilizar órganos o tejidos de los “niños no nacidos abortados”.

El proyecto de ley 091 de 2014 **(237)** inició su trámite en la Cámara de Representantes el 09 septiembre de 2014 **(238)**, en cuyo articulado no se comprendió inicialmente el párrafo 2º acusado del artículo 2º de la hoy Ley 1805 de 2016 **(239)**, ya que solamente incluyó, bajo pos-

(232) Artículo 12.

(233) Artículo 13.

(234) Artículo 17.

(235) Por la cual se modifica el artículo 3º de la Resolución 2640 de 2005 en relación con los requisitos que deben cumplir los bancos de tejidos y de médula ósea y las IPS habilitadas con programas de trasplante.

(236) Artículo 1º.

(237) Por medio de la cual se modifican la Ley 73 de 1988 y la Ley 919 de 2004 en materia de donación de órganos y se dictan otras disposiciones.

(238) El Representante Rodrigo Lara Restrepo radicó el proyecto de ley.

(239) Por medio de la cual se modifican la Ley 73 de 1988 y la Ley 919 de 2004 en materia de

teriores modificaciones, lo que es actualmente el párrafo 1 (240). En efecto, contenía dicha disposición del proyecto de ley un solo párrafo del siguiente tenor:

“Artículo 2º. Modifíquese el artículo 1º de la Ley 73 de 1988 el cual quedará así:

‘Artículo 1º. El párrafo del artículo 540 de la Ley 9ª de 1979, quedará así:

Artículo 540. Párrafo. Solo se podrá proceder a la utilización de los órganos, componentes anatómicos y líquidos orgánicos a que se refiere este artículo, cuando exista consentimiento del donante o presunción legal de donación” (241).

La exposición de motivos (242) recogió algunas conclusiones sobre la problemática actual y

donación de componentes anatómicos y se dictan otras disposiciones.

(240) Disposición vigente conformada por tres (3) párrafos. “Artículo 2º. Modifíquese el artículo 1º de la Ley 73 de 1988, el cual quedará así: Artículo 1º. El párrafo del artículo 540 de la Ley 9ª de 1979, quedará así: Artículo 540. Párrafo 1º. Solo se podrá proceder a la utilización de los órganos, tejidos, componentes anatómicos y líquidos orgánicos a que se refiere este artículo, cuando exista consentimiento del donante libre, previo e informado o presunción legal de donación. Párrafo 2º. No pueden ser donados ni utilizados órganos o tejidos de los niños no nacidos abortados. Párrafo transitorio. Las disposiciones contenidas en este artículo entrarán a regir seis (6) meses después de la promulgación de la presente ley”.

(241) Gaceta del Congreso 489 de 2014, p. 7.

(242) En la introducción al proyecto de ley se señala que el texto de dicha exposición de motivos se divide en dos partes: una, respecto a la situación jurídica actual en materia de donación de órganos y tejidos en el país evidenciando un análisis sobre la presunción legal de donación vigente y, otra, la propuesta que se pone a consideración a partir de un llamado de atención sobre las cifras que arroja la situación en Colombia y cómo la iniciativa presentada es una forma de solución. En la primera parte se alude al marco jurídico y a la presunción legal existente, en tanto que en la segunda “una

el curso de acción a desarrollar, que se transcribe in extenso para su mayor comprensión:

“Colombia (tiene) un índice de donaciones muy bajo. La situación es hoy crítica y exige una verdadera reformulación de la política de donación y trasplantes. El promedio es solo de 14.7 personas por millón de habitantes, en comparación con España que tiene una tasa de donantes de 34.2 donantes por millón de habitantes. La Unión Europea está en 18.2 donantes por millón de habitantes; Estados Unidos 26.3 donantes por millón de habitantes; Portugal 26.7 donantes por millón de habitantes (243).

.El trasplante de órganos es una terapia claramente establecida para pacientes con diferentes enfermedades terminales. Sin embargo, la aplicabilidad del trasplante se encuentra ampliamente limitada por la escasez de órganos disponibles.

.Desde el primer trasplante exitoso de un órgano en el mundo en 1954, se ha presentado un gran aumento de las cirugías de trasplantes, particularmente durante los años ochenta. Hoy en día en nuestro país, es común el trasplante de órganos sólidos como hígado, riñón, páncreas, pulmón, corazón e intestino, de los que se han obtenido muy buenos resultados respecto a los del resto del mundo.

.E Colombia se ha avanzado mucho en los últimos años. Existe una nueva y completa legislación desde 1979, la cual fue actualizada y modernizada por última vez en el 2004. Actualmente nuestro país ocupa el tercer lugar en Latinoamérica en donación de órganos; sin embargo, aún hay mucho por hacer. Ante las cifras es

demanda insatisfecha que exige un nuevo instrumento de carácter legal” se hace mención a las cifras sobre donación y relación donantes-lista de espera, la propuesta, posiciones doctrinarias jurídico-académicas, la Iglesia Católica, el consentimiento informado como nudo gordiano sobre la materia, derecho comparado y preguntas frecuentes respecto a la donación. Gaceta del Congreso 489 de 2014, pp. 8-17.

(243) Arias Rubio Edward, Galán Carlos Fernando, proyecto de acuerdo número 366 de 2009 Concejo de Bogotá, D.C., 21/09/2009.

evidente la urgencia de un cambio estructural en el sistema de donación de órganos, así como el fortalecimiento de la educación e información.

.Con la drástica reducción que se ha venido presentando durante los últimos años, las autoridades en la materia tienen un mensaje claro. Más allá de las creencias que las personas puedan tener, hay que saber que con solamente la voluntad expresa, en vida un individuo puede ayudar a muchas personas quienes necesitan sus órganos para llevar una vida con más calidad.

.La donación de órganos mediante el consentimiento presunto constituye la consagración legal de diferentes valores constitucionales como la solidaridad y la prevalencia del interés general, ya que tiene como objeto propio el de facilitar la disponibilidad de órganos a todos aquellos que los necesitan como último recurso de sobrevivencia.

.Así mismo esta iniciativa apunta a realzar el valor cooperación, en cuanto tiende a lograr entre la sociedad la creación de una conciencia a favor de la donación de órganos, y de la importancia de la cuestión en cuanto a que cualquiera de nosotros podría hallarse en la situación de aquellos que se encuentran en espera de trasplante que le brinde más y mejor calidad de vida, y depender de la cooperación de alguna familia que decida donar los órganos del recientemente fallecido.

.Con este proyecto Colombia tendría una legislación conforme a los principios y estándares internacionales" (244).

Esta propuesta normativa, además de mantener la presunción legal de donación, tenía como fundamento principal aumentar el número de donantes por la disminución significativa (245), a

(244) Gaceta del Congreso 489 de 2014, p. 17

(245) En la exposición de motivos se registra: "Marco jurídico. (...) Sin embargo, desde 2009 el número de donaciones de órganos y tejidos ha decrecido dramáticamente". Más adelante, atendiendo las cifras del Sistema Nacional de Información en Donación y Trasplantes (2013) del INS, se recoge: "Relación Donantes-Lista de espera. (...Lo anterior implica que existe un déficit en la provisión

través de mecanismos principales como "eliminar la oposición de los deudos" (246); además de otras medidas adicionales como radicar en el Gobierno (Ministerio de Salud) y el INS atribuciones concretas y de máxima autoridad de la estructura y organización de la Red de Donación para una mayor claridad y transparencia; establecer criterios únicos de distribución y asignación de órganos y tejidos; realizar campañas de promoción de la conciencia solidaria; y modificar normas penales respecto de quienes trafiquen o comercialicen con componentes anatómicos (247).

En el informe de ponencia de aprobación en primer debate el proyecto de ley 091 de 2014 ante la comisión primera de la Cámara de

de órganos que le garanticen continuar viviendo a un número elevado de personas. (...) dicho déficit no parece cerrarse sino que por el contrario la tendencia de los receptores en lista de espera tiende a aumentar significativamente conformen pasan los meses. Esta situación se ve agravada en tanto el número de donantes está disminuyendo (...). Ibídem, pp. 9 y 12.

(246) En la introducción de la exposición de motivos se adujo que: "Adicionalmente, la oposición de los familiares de los potenciales donantes fallecidos, ha venido en aumento". Más adelante al referir a la relación de donantes y la lista de espera se señaló: "Estos fallecimientos podrían evitarse si se contara con un mayor número de donantes, cifra que podría aumentar considerablemente al lograr un mayor nivel de cobertura y calidad de la información sobre el tema, si un mayor número de personas en vida manifestarán expresamente su deseo de ser donantes y finalmente si se elimina la autorización de los familiares tal como lo pretende este proyecto de ley". Igualmente en el acápite "nuestra propuesta" se indicó: "En resumen, en la presente propuesta normativa se mantiene la presunción legal de donación, se hacen modificaciones pertinentes a la Ley 73 de 1988 para eliminar la oposición de los deudos (...). Ibídem, pp. 8, 12 y 13.

(247) Ver exposición de motivos alusiva a la situación jurídica en Colombia y en otros países, datos y cifras estadísticas (lista de espera), problemática interna vigente (demanda insatisfecha), posiciones doctrinarias y académicas, y alternativas de solución. Ibídem, pp. 7-17.

Representantes (248), el ponente Rodrigo Lara Restrepo recogió en esencia los mismos motivos para proponer el proyecto de ley (249), por lo que se mantienen intactas las disposiciones sobre el objeto (art. 1º) que está dado en aumentar las donaciones para trasplante, el consentimiento del donante o presunción legal de donación (art. 2º) y el título del proyecto inicial, bajo un pliego de modificaciones que comprende la inclusión de un artículo nuevo (250) y la modificación del artículo 15 (251). Posteriormente (252), fue aprobado el informe de ponencia por unanimidad.

A continuación, el informe de ponencia para segundo debate ante la plenaria de la Cámara (253) se presenta nuevamente por el designado ponente Rodrigo Lara Restrepo quien propuso un pliego de modificaciones sobre varias disposiciones (254) y la adición de nuevos artículos (255), que comprendieron el artículo 2º del proyecto de ley que fue objeto de adición de un párrafo transitorio, cuyo contenido es similar al finalmente aprobado por el Congreso:

(248) Presentado el 14 de octubre de 2014 y publicado en la Gaceta del Congreso 647 de 2014.

(249) En las consideraciones el ponente refiere al comportamiento de la donación en Colombia hasta el primer semestre de 2014 según informe de la Red de Donación y Trasplantes, de los conceptos favorables al proyecto de ley por el INS y la Asociación Colombiana de Banco de Tejidos, y de la necesidad del proyecto de ley.

(250) Pasaría a ser el artículo 6. Horario para promocionar donación de órganos.

(251) Pasaría a ser el artículo 16. Participación en proceso de extracción o trasplante, agravación de penas.

(252) 15 de abril de 2015, Acta 41, Gaceta del Congreso 427 de 2015, pp. 29-30.

(253) 3 de mayo de 2015 y publicado en la Gaceta del Congreso 252 de 2015, pp. 5-8.

(254) Artículos 2º, 3º, 10, 12 y 15.

(255) Tres nuevos artículos en materia de incentivo, divulgación y comisión intersectorial. En consecuencia, se renumeraron nuevamente los artículos desde el número 14.

“Artículo 2º. Modifíquese el artículo 1º de la Ley 73 de 1988 el cual quedará así:

‘Artículo 1º. El párrafo del artículo 540 de la Ley 9ª de 1979, quedará así:

Artículo 540. Párrafo. Solo se podrá proceder a la utilización de los órganos, componentes anatómicos y líquidos orgánicos a que se refiere este artículo, cuando exista consentimiento del donante o presunción legal de donación.

Párrafo transitorio. Las disposiciones contenidas en este artículo entrarán a regir seis (6) meses después de la promulgación de esta ley.” (256)

El 25 de agosto de 2015 (257) fue aprobado el informe de ponencia con las modificaciones y adiciones por unanimidad, e ingresado al debate sobre el articulado fue también avalado empezando por el articulado que no tenía proposiciones o que si la tuvieran estaban ratificadas (258), como también se propuso la adición del vocablo “tejidos” a varias disposiciones (259), entre ellos el 2 (260), además de la introducción del párrafo transitorio, siendo aprobados por unanimidad (261). Luego se votaron las disposiciones

(256) Gaceta del Congreso 252 de 2015, pp. 7 y 8.

(257) Acta 85, Gaceta 910 de 2015, pp. 24-25.

(258) Artículos 5º, 9º, 11, 16, 19, 20 y 1º, 2º, 3º, 4º, 7º, 10, 13, 15 y 17.

(259) 1º, 2º, 3º, 6º, 7º, 12 y 15.

(260) Igualmente los artículos 1º, 3º, 6º, 7º, 12 y 15. En la discusión generada se aludió a los criterios únicos de distribución y asignación de órganos y tejidos. Al finalizar el debate el ponente señaló: “(...) quiero respetados colegas expresarles mi más sincero agradecimiento por la aprobación unánime de este importante proyecto (...), es profundamente humano, es una imperiosa necesidad que tiene el país de reformar su sistema y su régimen de donación de órganos. Los pacientes quedarán inmensamente agradecidos señores Representantes con ustedes, las familias de quienes gracias a esta ley tendrán la esperanza de salvar a sus seres queridos o de ofrecerles simplemente una vida digna, también quedan inmensamente agradecidos con ustedes.”

(261) Se aludió al rescate de órganos, a contar con el personal y medios técnicos para diagnosticar

no avaladas (262) siendo negadas, que una vez sometidas nuevamente a votación como venían en la ponencia, así como el artículo 12 que estaba avalado, fueron aprobadas por la mayoría incluyendo el título del proyecto (263).

El informe de ponencia de dar tercer debate al proyecto de ley 091 de 2014 Cámara y 93 de 2015 ante la comisión primera del Senado estuvo a cargo del Senador German Varón Cotrino quien insistió en el objetivo del proyecto de ley (264). Presentó un pliego de modificaciones que abarcó el título (supresión vocablo “órganos” por “componentes anatómicos”), los artículos 1º (supresión de los términos “órganos, tejidos”), 7º, 8º, 10 y 12, y una nueva disposición (265). El 2 de diciembre de 2015 (266) se dio la aprobación del informe de ponencia por unanimidad (267) y abierta la

la muerte encefálica, a hallar el mayor número de donantes, a la diferencia entre lo que son órganos y tejidos, y a los criterios únicos en la asignación de órganos. Gaceta del Congreso 910 de 2015, pp. 24-33.

(262) Artículos 6º, 8º, 14 y 18.

(263) Al finalizar el debate el ponente Rodrigo Lara Restrepo señaló: “(...) quiero respetados colegas expresarles mi más sincero agradecimiento por la aprobación unánime de este importante proyecto (...), es profundamente humano, es una imperiosa necesidad que tiene el país de reformar su sistema y su régimen de donación de órganos. Los pacientes quedarán inmensamente agradecidos señores Representantes con ustedes, las familias de quienes gracias a esta ley tendrán la esperanza de salvar a sus seres queridos o de ofrecerles simplemente una vida digna, también quedan inmensamente agradecidos con ustedes.” Gaceta del Congreso 910 de 2015, pp. 36-46.

(264) Refirió en términos similares al marco jurídico, al comportamiento de la donación en Colombia durante 2014 y a la necesidad del proyecto. Gaceta del Congreso 821 de 2015, pp. 9-10 y 12.

(265) Implementa sistema de información unificado por Ministerio de Salud. Gaceta del Congreso 821 de 2015, pp. 12 -13.

(266) Acta 25, Gaceta del Congreso 08 de 2016.

(267) Como finalidad del proyecto de ley el ponente indicó que estaba dada en: “cómo volver

discusión del articulado (268) con el pliego de modificaciones así como de la eliminación del

más eficiente esa presunción legal que rige actualmente”, así como en organizar las competencias a nivel institucional, otorgar un claro marco jurídico, combatir el comercio ilegal de órganos e incrementar las penas. Acto seguido intervino la Senadora Paloma Valencia Laserna para manifestar que tenía a cargo un proyecto de ley similar lo cual le llevó a plantear algunas modificaciones al asunto en discusión para dar la claridad necesaria en materia del mecanismo de prueba y demostrar cuando no se quiere ser donante, la posibilidad de donación por menores de edad bajo el consentimiento informado de los padres, que la voluntad del donante no puede revocarse por un familiar, las instituciones autorizadas para realizar las campañas educativas, la prelación de colombianos y ciudadanos residentes para trasplante y cómo evitar tráfico ilegal de órganos, etc. En uso de la palabra, el ponente estuvo de acuerdo con varias de las observaciones, sin embargo, solicitó votar la ponencia como había sido presentada para que en la discusión del articulado se hicieran los ajustes correspondientes. Gaceta del Congreso 08 de 2016.

(268) Atendiendo las observaciones de la Senadora Paloma Valencia el ponente informa que no tendría inconveniente en que pudiera hacer parte integrante de los ponentes, anotando que la misma sugiere aprobar el articulado como fue presentado salvo el 11 al existir una solicitud válida del Ministerio de Hacienda en cuanto el destino de los recursos correspondería a una ley orgánica del presupuesto, proponiendo así la supresión de dicha disposición para que las demás observaciones planteadas se abordaran ante la plenaria del Senado. Acto seguido intervinieron los senadores José Obdulio Gaviria Vélez, Alfredo Rangel Suárez, Jaime Amín Hernández, Paloma Valencia Laserna, Carlos Fernando Motoa Solarte y Rodrigo Lara Restrepo que expusieron varias inquietudes sobre el proyecto de ley en cuanto a que la familia no puede oponerse a la voluntad de quien en vida autorizó ser donante, el alcance de la expresión “componentes anatómicos”, el tráfico de órganos, la protección en primer lugar al nacional antes que al extranjero, el registro nacional de donantes, quien tiene derecho a ser primer receptor del trasplante, etc.. Fue aceptado por unanimidad el retiro de las proposiciones para dejarlas como constancias (arts. 7º, 10, 15 y 18, entre otros) y posterior debate ante la plenaria del Senado.

artículo 11 (269), exceptuando los artículos 2 (adición de los vocablos “libre, previo e informado” respecto del consentimiento del donante, previsto en el primer párrafo) (270) y 18, fueron aprobados por unanimidad. Seguidamente se abrió la discusión de los artículos 2º con el texto del pliego de modificaciones (271) y 18 (272), siendo aprobados también por unanimidad. Además, se abrió la discusión de los artículos nuevos (273) que se aprobaron por unanimidad, al igual que el título del proyecto de ley (274).

Por último, el informe de ponencia para dar cuarto debate al proyecto de ley ante la plenaria del Senado fue presentado por los ponentes designados, es decir, los senadores Germán Varón, Paloma Valencia, Manuel Enríquez Rosero, Viviane Morales, Roberto Gerlén, Doris Vega,

(269) Formulado en la proposición número 81 (destino de los recursos debe hacerse por ley orgánica).

(270) Sobre el primer párrafo el ponente German Varón Cotrino sostuvo que se hará una modificación para establecer que solo se podrá proceder a la utilización de órganos, tejidos, componentes anatómicos y líquidos orgánicos cuando exista el consentimiento del donante “libre, previo e informado” o presunción legal de donación.

(271) Queda así la disposición: “Párrafo. Solo se podrá proceder a la utilización de los órganos, tejidos, componentes anatómicos y líquidos orgánicos a que se refiere este artículo, cuando exista consentimiento del donante libre, previo e informado o presunción legal de donación. Párrafo transitorio. Las disposiciones contenidas en este artículo entrarán a regir seis (6) meses después de la promulgación de esta ley”.

(272) “Las instituciones autorizadas como Bancos de Componentes Anatómicos y Centros de Trasplantes que participen de un proceso de extracción o trasplante contraviniendo la presente ley y las normas previstas en la Ley 73 de 1988, serán sancionadas con la clausura total y definitiva del establecimiento”. Proposiciones números 82 y 83.

(273) Proposiciones números 84 y 85.

(274) “Por medio de la cual se modifican la Ley 73 de 1988 y la Ley 919 de 2004 en materia de donación de componentes anatómicos y se dictan otras disposiciones”. Gaceta del Congreso 08 de 2016.

Alexander López y Claudia López (275), el cual replicó el objeto del proyecto de ley y contempló un pliego de modificaciones a los artículos 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 10, 12, 17, la eliminación de varios artículos (276) y tres nuevas disposiciones (277).

El 16 de diciembre de 2015 (278) se dio inicio a la aprobación del informe de ponencia interviniendo los senadores Paloma Susana Valencia Laserna (279), María del Rosario Guerra de la Espriella (280) y Roy Leonardo Barreras Montealegre (281) quien fue interpelado por la senadora Valencia Laserna (282). No obstante,

(275) No firmaron Viviane Morales, Alexander López y Claudia López.

(276) 13, 15, 22 y 23.

(277) Donación por menores de edad ante muerte cerebral o autopsia médico legal, institución que estaría a cargo del Registro Nacional de Donantes y lista de espera de donantes. Gaceta del Congreso 1049 de 2015, pp. 9-11.

(278) Acta 40, Gaceta del Congreso 91 de 2016, pp. 86-91.

(279) Adujo que ante la falta de donación de órganos por las complejidades del sistema se busca habilitar una serie de herramientas respecto a cuándo se tiene la calidad de donante, la consulta obligatoria del Registro Nacional de Donantes, la transparencia de los mecanismos de asignación en la prelación de órganos, la no presunción de donación para menores de edad por estado terminal o fallecimiento salvo consentimiento informado de los padres, el endurecimiento de las penas por el tráfico de órganos y la no permisión de donación de órganos a extranjeros. Al finalizar invita a la plenaria a acompañarla con las proposiciones anotando que hay otras dos frente a las cuales no se tienen un consenso adquirido (p. 86).

(280) Expuso que dada la aprobación de un proyecto de ley similar presentó una proposición aditiva al artículo 7º del proyecto de ley en discusión para garantizar la cadena de custodia durante todo el proceso de donación.

(281) Además de mostrar su aquiescencia al proyecto de ley expuso si respecto a la presunción de donación habría que permitir a la familia expresar una objeción de conciencia.

(282) No encontró prudente la propuesta al estimar que no se puede cambiar la voluntad expresada de ser donante.

la presidencia de la Corporación respecto de un proyecto de ley diferente (116 de 2014 Senado, define y regula las cuentas abandonadas y les asigna un uso eficiente), procedió a designar un senador **(283)** como integrante de la comisión para estudiar las discrepancias surgidas en la aprobación **(284)**. Luego al retomar el informe de ponencia en discusión, dio la palabra a los senadores William Jimmy Chamorro Cruz **(285)**, Carlos Enrique Soto Jaramillo **(286)**, Rodrigo Lara Restrepo **(287)**, German Varón Cotrino **(288)** y Efraín José Cepeda Sarabia **(289)**.

Luego intervino un Senador **(290)** sobre un asunto diferente (endeudamiento) al proyecto de ley en discusión **(291)**, interviniendo la presidencia del Senado para un punto de orden sobre la voluntad de votar el informe de ponencia que los

(283) Oscar Mauricio Lizcano.

(284) Gaceta del Congreso 91 de 2016, p. 87.

(285) En términos generales indicó que había radicado un proyecto de ley similar sobre el cual no se rindió ponencia en relación con la presunción de donación a partir de los 18 años salvo manifestación en contrario y que respecto de menores de edad correspondía a los padres otorgar el consentimiento.

(286) Interpeló en cuanto a si deben ser los padres quienes deben tomar las determinaciones así como lo concerniente a la cadena de custodia.

(287) Explicó que el proyecto de ley persigue que la voluntad en vida expresada por el donante no pueda ser desvirtuada por los deudos manteniéndose la presunción legal de donación. Recabó que este es un proyecto concertado con sectores médicos y que constituye una esperanza de vida digna.

(288) El ponente identificó como punto central del proyecto el ampliar la presunción legal de donación, concretando las instituciones responsables y estableciendo unos procedimientos.

(289) Solicitó la concertación de un artículo mediante una proposición conjunta (no sustitutiva) en el sentido que sea el ciudadano en vida quien manifieste libremente que quiere ser donante, sin la presunción, y con la coincidencia de que los familiares no la pueden revocar.

(290) Daniel Alberto Cabrales Castillo.

(291) Gaceta del Congreso 91 de 2016, p. 89.

ocupaba, por lo que el Senador participante procedió a dejar una constancia. La presidencia de la Corporación manifestó que si se seguía pidiendo la palabra no se alcanzaría a votar el proyecto de ley en discusión, ya que era las 11 p.m., por lo que se procedió a someter a consideración de la plenaria la proposición con que termina el informe de ponencia sobre donación la cual cerrada la discusión le fue impartida la aprobación respectiva **(292)**.

Acto seguido se dio apertura al debate sobre el articulado haciendo uso de la palabra el Senador Germán Varón Cotrino quien propuso debatir las disposiciones que no tenían proposiciones. La presidencia de la Corporación sometió a consideración de la plenaria la omisión de la lectura del articulado, excepto los artículos 2º, 7º, 10, 18 y uno nuevo, siendo impartida su aprobación, para seguidamente entrar a votar el articulado como está en la ponencia con la salvedad establecida (2º, 7, 10, 18 y uno nuevo), que fue aprobado. A continuación, la presidencia informó a la plenaria que “se suspende la discusión y aprobación del proyecto de ley en mención por tener mucha discusión en la aprobación del articulado” **(293)**.

Luego de una intervención registrada para un asunto diferente (ocupantes y poseedores de tierras) **(294)**, el Senador Roy Barreras, reconociendo que estaba suspendido el debate sobre donación, recabó que su partido acompañaría el proyecto de ley al convencerle las explicaciones de los ponentes, expresando solo una preocupación sobre la autorización a los extranjeros no residentes por lo que solicitó que se retirara dicha proposición. Cumplida otra intervención sobre asuntos varios (ejercicio de la presidencia, temas debatidos durante el periodo, candidatos presidenciales) **(295)**, el Senador Juan Carlos Restrepo Escobar expuso una moción de orden: “(...) estando a escasos 40 minutos de terminar la legislatura” **(296)**.

(292) *Ibidem*, p. 90.

(293) *Ibidem*.

(294) Senadora Nohora Stella Tovar Rey.

(295) Senador Carlos Felipe Mejía Mejía.

(296) Solicitó que se informe si los proyectos a conciliar estaban publicados, a lo cual el secretario

Después de la intervención de siete senadores y de la presidencia y la secretaría general sobre otros asuntos, el Senador Ernesto Macías Tovar indicó que “ya está conciliado el proyecto de órganos, que usted suspendió hace rato, entonces no es si no votarlo, para que lo dejemos ya definido” (297). Luego de la interpelación del Senador Juan Carlos Restrepo Escobar respecto a verificar si estaban publicadas las tres conciliaciones que habían comunicado que sí y la intervención del Senador Alexander López Maya quien dio lectura a unas proposiciones sobre distintos asuntos, el presidente de la Corporación manifestó:

“Señores Senadores les pregunto si modificamos el orden del día, para votar esas dos proposiciones y luego entramos a debatir el orden del día. Continuaremos órganos si está conciliado, son las 11:40 minutos, vamos a ver qué proyecto que no generen (...) discusión podemos votarlo (...), entonces aceptan la modificación del orden del día, para votar las proposiciones del Senador Alexander López. En consideración las proposiciones anuncio que va a cerrarse, quedan cerradas. Lo aprueban.

Informe de la conciliación de órganos Senadora Paloma, entre más ágil y concreta sea más posibilidades tiene el proyecto de ser aprobado en esta legislatura.

La presidencia somete a consideración de la plenaria las proposiciones presentadas por los honorables senadores Jorge Enrique Robledo (...) y cerrada su discusión esta les imparte aprobación. Proposición número 61 (...), 62 (...), 63 (...) y 64 (...).

La presidencia al anunciar que “retoma la discusión” del proyecto de ley número 93 de 2015 Senado y 091 de 2014 Cámara en materia de donación de componentes anatómicos (298), concedió el uso de la palabra a la Senadora Paloma Valencia quien expresó:

general de la Corporación manifestó que ello se había cumplido en la página oficial de la secretaría y la electrónica, además de informar la presidencia que según la secretaría los tres proyectos de ley fueron publicados.

(297) Gaceta del Congreso 91 de 2016, p. 94.

(298) *Ibidem*, pp. 94 y 95.

“La conciliación se ha hecho en los siguientes términos, lo único que se modifica es un artículo nuevo, que permite que el Ministro mediante Decreto pueda permitir la donación de órganos a extranjeros manteniendo la prelación a colombianos.

Lo segundo, es un artículo que prohíbe la utilización de partes o de órganos de niños no nacidos abortados, tercero se agrega la cadena de custodia para que el Estado la garantice con procedimientos que permitan la realización de los trasplantes.

Cuarto, se agrega el tema de agravantes penales, que ya estaba agregado” (299). Se destaca para efectos del examen constitucional.

La presidencia expuso que estaba conciliado el proyecto a lo cual la Senadora Paloma Valencia manifestó que “está conciliado todo, presidente”. Seguidamente, se cumplió en la plenaria del Senado el siguiente trámite:

“La presidencia manifiesta:

Entonces estaba suspendido, lo continuamos. ¿Cuántos artículos se traen conciliados con el apoyo de todas las bancadas que fueron a la conciliación señor Secretario?

El secretario manifiesta:

Los artículos son: el número 2º, este es nuevo, el 10, el 18 y dos nuevos, no, el 2º y el 7º, el 10, el 18 y dos nuevos, repito los artículos que están conciliados, 2º, 7º, 10, 18 y dos nuevos, total 6.

La presidencia manifiesta:

Vamos a votar primero los conciliados, luego votamos los nuevos. En consideración los artículos que la comisión accidental nos propone aprobar, con la conciliación que han logrado con las distintas bancadas.

La presidencia somete a consideración de la plenaria los artículos 2º, 7º, 10 y 18 con las modificaciones propuestas y, cerrada su discusión, pregunta: ¿Adopta la plenaria el articulado con las modificaciones propuestas? Y esta responde afirmativamente” (300).

(299) *Ibidem*, pp. 95 y 96.

(300) *Ibidem*, p. 96.

La Gaceta del Congreso (301) recoge a nivel de imágenes las proposiciones que fueron presenta-

das. La primera se registra en manuscrito como proposición aditiva al artículo 2º del proyecto de ley, que introduce el parágrafo 2º (hoy acusado), con fecha de aprobación 16 de diciembre de 2015 (día de la sesión plenaria), en los siguientes términos:

(301) 91 de 2016, pp. 96 y 97.

Proposición Aditiva
Adicionare al artículo 2º del PL 93 de 2011
Senado un paragrafo.
paragrafo: No pueden ser donados
ni utilizados órganos o
tejidos de los niños No
nacidos abortados.
Calle del Nuevo Guerra
Aprobado
16 DIC. 2015
Rosmery Pérez
Aprobado
16 DIC. 2015

Seguidamente la presidencia concedió el uso de la palabra a la Senadora Paloma Valencia quien manifestó:

“Los dos artículos nuevos son, uno que prohíbe la utilización de las partes de niños no nacidos, bebés no nacidos abortados, en atención al escándalo que ha habido en los Estados Unidos, proposición presentada por la Senadora María del Rosario Guerra.

Y el segundo, es un artículo que permitiría, la donación de órganos a extranjeros no residentes en el país, siempre y cuando haya un decreto del Ministerio y se mantenga la prelación de donación para los colombianos y los extranjeros residentes en el país” (302).

La presidencia de la Corporación sometió a consideración de la plenaria los dos artículos nuevos y cerrada su discusión preguntó si adopta el articulado propuesto respondiendo afirmativamente. Se registran a nivel de imágenes dos proposiciones (donación de órganos a extranjeros no residentes y de rostro previo consentimiento informado). Acto seguido se aprobó el articulado en bloque, el título del proyecto y que fuera ley de la República (303).

También se registra que las presidencias del Senado y de la Cámara designaron al Senador Germán Varón Cotrino y al Representante Rodrigo Lara Restrepo como integrantes de la Comisión de Conciliación, quienes presentaron el informe respectivo (5 abril de 2016) a consideración de las plenarios y decidiendo acoger en su mayoría el texto aprobado en la plenaria del Senado del 16 de diciembre de 2015, entre ellos, el artículo 2º, con algunas excepciones que acogieron el texto de la Cámara (304). El informe de conciliación fue aprobado el 6 de abril de 2016 (305) en la plenaria de la

Cámara (306) y el 20 de abril de 2016 (307) en la plenaria del Senado (308).

Por último, fueron presentadas objeciones gubernamentales al proyecto de ley 93 de 2015 Senado y 091 de 2014 Cámara, por

(306) Gaceta del Congreso 318 de 2016 Cámara, p. 24.

(307) Acta 52.

(308) La Senadora Paloma Valencia intervino para indicar que el proyecto de ley se centró en cambiar la manera como se daba el consentimiento (podría suceder que familiares no querían donar los órganos), por lo que hoy todos los colombianos serán donantes salvo que manifiesten el deseo de no serlo, además de destacar que con el proyecto de ley muchos de los órganos ahora sí podrán ser utilizados. Así mismo, señaló que otros asuntos importantes quedaron pendientes de incorporarse por otro proyecto de ley que sería presentado ante el Congreso de la República. Preciso que las soluciones que se dieron al problema de la donación de órganos “incluyen las grandes preocupaciones que se manifestaron aquí como la cadena de custodia; (...) la necesidad que la donación de órganos de los niños tenga un consentimiento informado de ambos padres; la restricción general a la donación de órganos a extranjeros, como mecanismo para privilegiar la atención de los nacionales; todos los temas importantes que se discutieron en este Senado y (...) fuente de debate, fueron incluidos en esta conciliación. Yo invitaría (...) a este Congreso a acompañarnos en este proyecto. (...) que salva vidas, que transforma la posibilidad que los órganos que hoy se pierden sean utilizados para darle mejor calidad de vida a muchísimos colombianos. Con la certeza de que las herramientas para la transparencia, para penalizar el tráfico de órganos, para garantizar que estos órganos sean debidamente utilizados, están incluidos en la ley y que estamos preparando un segundo proyecto que va a articular todo el sistema de donación de órganos que es fundamental para el país”. Después intervino la Senadora María del Rosario Guerra de la Espriella para señalar la necesidad de compaginar un proyecto de ley que se había radicado con el asunto que ese día se conciliaba. Gaceta del Congreso 405 de 2016, Senado, pp. 9-11.

(302) *Ibidem*, p. 97.

(303) *Ibidem*.

(304) Gacetas del Congreso 122 de 2016 Senado y 123 de 2016 Cámara. Al igual reposa el texto conciliado en plenarios de ambas cámaras.

(305) Acta 124.

inconveniencia **(309)**. La proposición a las plenarios de la Corporación consistió en aceptar parcialmente las objeciones por inconveniencia y de aprobar el informe **(310)**.

24. Aplicación del test de regresividad. Conforme a la jurisprudencia constitucional **(311)** que guiará y servirá de referente a la presente decisión, la Corte procederá a aplicar el test de regresividad en orden a determinar si la medida legislativa impugnada desconoció el principio de progresividad del derecho fundamental a la salud en el componente de investigación científica.

24.1. Regresividad en materia de salud. Esta Corporación encuentra que la medida objeto de control de constitucionalidad es efectivamente regresiva al implicar una modificación de las condiciones normativas preexistentes, concretamente del radio de protección del derecho fundamental a la salud, que se expone ahora más gravoso y, con ello, desatendió el nivel de satisfacción alcanzado **(312)**.

Un cotejo del párrafo acusado con la normatividad que la antecedía - evolución cronológica de las garantías asociadas al derecho a la salud-, permite advertir el cambio normativo y práctico drástico que se produjo con la aprobación de la prohibición de donación y utilización de órganos o tejidos de “niños no nacidos abortados”.

(309) Las razones consistieron: a) pauta legal para la promoción y pedagogía social la donación de órganos, b) prohibición para la salida de órganos del país, c) trasplante de órganos y tejidos a extranjeros cónyuges no residentes, d) registro nacional, e) manifestación de oposición a la presunción legal, f) campañas y estrategias de información y promoción de la donación de órganos y g) criterios de asignación de órganos. Gacetas del Congreso 371 y 420 de 2016.

(310) Presentada por el Senador Germán Varón Cotrino y el Representante Rodrigo Lara Restrepo. Gaceta del Congreso 421 de 2016.

(311) Sentencias C-028 de 2018, C-077 de 2017, C-503 de 2014, C-644 de 2012, C-536 de 2012, C-444 de 2009 y C-372 de 2001, entre otras.

(312) Cfr. sentencias C-503 de 2014 y C-536 de 2012.

Como se acopió suficientemente en los puntos 21 y 22 de la presente decisión **(313)**, bajo la Constitución anterior y vigente, y con anterioridad a la Ley 1805 de 2016, el Estado colombiano contaba con una normatividad legal y reglamentaria en materia de uso y donación de órganos o tejidos que incluía los fetales (fallecidos), con fines de investigación de carácter científico o docente en salud **(314)**, además de las otras investigaciones que se encontraban en curso **(315)**, como lo afirmó el Ministerio de Salud y el Instituto Nacional en Salud, entre otros.

En efecto, antes de la aprobación de la ley acusada el ordenamiento jurídico colombiano disponía de una regulación amplia que permitía la utilización de órganos o tejidos de no nacidos, y con fines de trasplante. Como lo sostuvo el Ministerio de Salud, soportado en la descripción del marco regulatorio existente en el país, la prohibición establecida impone definitivamente una barrera de acceso y disponibilidad que conlleva un retroceso en el nivel de protección alcanzado **(316)**. Explica que con anterioridad existía

(313) El marco normativo sobre donación y utilización de órganos o tejidos fetales abortados en Colombia.

(314) Leyes 9ª de 1979 (medidas sanitarias), 73 de 1988 (donación y trasplante de órganos y componentes anatómicos para fines de trasplantes u otros usos terapéuticos) y 919 de 2004 (prohíbe la comercialización de componentes anatómicos para trasplante y tipifica como delito su tráfico); decretos 003 de 1982, 2636 de 1986, 1172 de 1989, 1546 de 1998 y 2493 de 2004; y resoluciones 8430 de 1993 (normas científicas, técnicas y administrativas para la investigación en salud) alusiva a las investigaciones en mujeres embarazadas y la utilización de embriones, óbitos o fetos (arts. 30, 35 y 43), 3823 de 1997, 5108 de 2005, 2640 de 2005 y 382 de 2015.

(315) Proyecto Zika en embarazadas y niños (ZEN), Colombia-Estados Unidos.

(316) Por ejemplo, ello riñe con la Resolución 8430 de 1993 del Ministerio de Salud que establece en el artículo 4º que: “la investigación para la salud comprende el desarrollo de acciones que contribuyan: a. Al conocimiento de los procesos biológicos y psicológicos en los seres humanos. b. Al conocimiento

una estructura normativa soportada en derechos y principios constitucionales como la salud, dignidad humana, autonomía personal e igualdad, además de disponer de un procedimiento para adelantar cualquier tipo de actuaciones en relación con los componentes anatómicos, así como las instituciones facultadas para el desarrollo de las mismas, las rutas de acceso y distribución de los componentes, los bancos de tejidos sin ánimo de lucro, los comités de ética, las autoridades que ejercen control y vigilancia, las sanciones penales, etc.

El Ministerio de Salud fue enfático en afirmar que en el país “sí se han utilizado órganos o tejidos fetales de docencia (317) y de investigación en salud”. En demostración de lo aseverado ejemplifica con el proyecto Zika en Embarazadas y Niños (ZEN) que es liderado por tal ministerio y el INS, la Gobernación de Santander y los Centros para el Control y la Prevención de Enfermedades (CDC) de Estados Unidos, que busca tratar los efectos adversos para la salud de gestantes, fetos y bebés infectados durante el embarazo y a largo plazo (318). También informa que se realizan trasplantes que han demostrado eficacia y seguridad, entre estos, tejidos como la membrana amniótica (319) para el empleo en oftalmología

de los vínculos entre las causas de enfermedad, la práctica médica y la estructura social. c. A la prevención y control de los problemas de salud. d. Al conocimiento y evaluación de los efectos nocivos del ambiente en la salud. e. Al estudio de las técnicas y métodos que se recomienden o empleen para la prestación de servicios de salud. f. A la producción de insumos para la salud”.

(317) Para la enseñanza de las ciencias de la salud se incluyen embriones y fetos de todas las edades gestacionales, cuya fuente es o debe ser, la donación altruista.

(318) 30 de agosto de 2017. Boletín de prensa 116 de 2017. Investigaciones de Zika en embarazadas y niños avanza para descubrir efectos congénitos. Proyecto Zen.

(319) La amnio es la membrana interna del saco embrionario y fetal. Se utiliza en oftalmología para reconstruir y tratar lesiones de la superficie ocular, tanto en la córnea como en la conjuntiva, en

entre otros campos. Por último, sostiene que una declaratoria de inexequibilidad no daría lugar a un vacío normativo que llevara a usos incorrectos de órganos o tejidos fetales. Así también fue corroborado por el Centro de Estudios sobre Genética y Derecho de la Universidad Externado de Colombia al poner de presente que el empleo de órganos, tejidos y otros componentes anatómicos estaba autorizado legalmente en Colombia desde 1979.

Adicionalmente, el trámite legislativo que cumplió la ley acusada y que se recogió en el punto 23 de esta decisión, permite observar que el objeto de la misma (art. 1º) está dado en ampliar la presunción legal de donación de componentes anatómicos para fines de trasplantes u otros usos terapéuticos, que según se explicó obedeció a la situación actual que vive el país por el descenso dramático en la disponibilidad de componentes anatómicos que se presenta desde el año 2013, lo cual se acredita con datos técnicos y estadísticos del Sistema Nacional de Información en Donación y Trasplantes, que ha llevado a acrecentar el tiempo de espera (lista) y con ello alejar la esperanza de vida o de mejores condiciones (320).

De ahí que el articulado aprobado con la Ley 1805 de 2016, en contraposición del párrafo demandado, expone contenidos normativos sobre prescindir de la oposición de los deudos y/o familiares cuando existe consentimiento expreso o aplique la presunción legal de donación (321); dar claridad a la regulación de

tratamientos o quemaduras en, cirugía reparadora y maxilofacial. Tomado del Manual de Buenas Prácticas. Dirección provisión de servicios de salud hemocentro distrital Banco de Tejidos.

(320) La exposición de motivos registra que el proyecto de ley obedeció al bajo índice de donaciones en Colombia y, por tanto, a la escasez de componentes anatómicos disponibles, por lo que se buscó reformular la política de donación y trasplante como último recurso de sobrevivencia, en la pretensión de una mayor concientización y cooperación con quienes se encuentran en la lista de espera (Gaceta del Congreso 489 de 2014).

(321) Artículos 2º y 3º.

oposición a dicha presunción (322); implementar estrategias de información a la población (323); disponer las entidades del sector salud de recursos para promocionar la donación (324); justificar los rescates de órganos y tejidos, definir criterios únicos nacionales de distribución y asignación, establecer una máxima autoridad (INS) y garantizar la cadena de custodia (325); contar las IPS con personal y técnicos idóneos para detectar en tiempo real a los potenciales donantes (326); reglamentar el procedimiento de retiro de componentes anatómicos (327); prohibir la prestación de servicios de trasplante a extranjeros no residentes (328); determinar factores para ingresar a la lista de personas en espera de donación (329); establecer bancos o entidades habilitadas para la obtención, extracción, procesamiento y distribución de tejidos o de médula ósea (330); crear una Comisión Intersectorial de Calidad para actualizar la reglamentación sobre la materia (331); instituir un criterio de prevalencia en trasplante (332); permitir la donación por menores de edad (333); determinar al INS como responsable del Registro Nacional de Donantes (334); incrementar las penas por la comercialización de componentes anatómicos o contravenir la presente ley (335); e implementar el sistema de Información Unificado de Componentes Anatómicos (336).

(322) Artículo 4°.

(323) Artículo 5°.

(324) Artículo 6°.

(325) Artículo 7°.

(326) Artículo 8°.

(327) Artículo 9°.

(328) Artículo 10.

(329) Artículo 11.

(330) Artículo 12.

(331) Artículo 13.

(332) Artículo 14.

(333) Artículo 15.

(334) Artículo 16.

(335) Artículos 17 y 18.

(336) Artículo 21.

24.2. Los contenidos mínimos del derecho fundamental a la salud que resultan comprometidos. Este análisis en palabras de la Corte debe efectuarse consultando la naturaleza del derecho y sus contenidos mínimos, a partir de lo dispuesto en la Constitución Política, los tratados internacionales de derechos humanos, así como su interpretación autorizada (337).

Al respecto, basta con hacer referencia a los puntos 4, 5, 6, 11 y 13 de la presente decisión, que exponen principalmente: a) que la salud es un estado completo de bienestar físico, mental y social, y que comprende el derecho al nivel más alto de salud posible; b) es un derecho fundamental autónomo con dimensiones positivas y negativas; c) comprende elementos esenciales e interrelacionados como disponibilidad, accesibilidad y calidad e idoneidad profesional; d) comporta principios como la universalidad, oportunidad, progresividad, eficiencia y solidaridad; e) involucra obligaciones para el Estado de respetar, proteger y garantizar; f) progresividad implica la satisfacción inmediata de niveles mínimos de protección y la prohibición de retroceder por el camino iniciado para asegurar la plena vigencia de los derechos; g) en materia de salud todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado se presume inconstitucional y sujeto a un control estricto; h) la potestad de configuración del legislador se reduce cuando produzca una disminución en el nivel de protección alcanzado, teniendo una carga rigurosa de justificación; i) la investigación científica es un derecho fundamental, con una función social, que debe promoverse por el Estado y cuyo objetivo es el bien común; j) la ley estatutaria en salud reconoce el acceso a los servicios y tecnología de salud, y radica en el Estado una política de innovación, ciencia y tecnología en salud; y k) como todo derecho la investigación científica tiene límites.

De esta manera, con la medida legislativa acusada, que según se ha establecido viola el principio de progresividad, resultan comprometidos los contenidos básicos del derecho fundamental a la salud en su componente de investigación científica.

(337) Cfr. sentencias C-503 de 2014 y C-536 de 2012.

24.3. Ausencia de justificación legislativa. Al haberse verificado que la medida legislativa acusada es regresiva y compromete contenidos esenciales del derecho fundamental a la salud, corresponde ahora a la Corte analizar si el legislador dio cuenta de las razones por las cuales desacató el mandato de progresividad, ya que el Comité DESC ha indicado que “las medidas de carácter deliberadamente retroactivo (...) requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto” (338).

También ha acogido la jurisprudencia constitucional la realización de un test estricto de proporcionalidad de llegarse a comprobar que la medida adoptada es efectivamente regresiva, que exige por parte del legislador demostrar que con la medida restrictiva busca una finalidad constitucionalmente imperiosa, que es adecuada y necesaria, y resulta estrictamente proporcional en términos del costo-beneficio (339). Como criterio de determinación de la justificación, se ha requerido por la Corte que la medida regresiva haya sido adoptada:

“luego de un análisis serio de las distintas alternativas posibles dentro de las cuales la escogida resulta ser la menos costosa para el conjunto de derechos que se encuentren involucrados, siempre que esté soportada en ‘razones ciertas, claras, suficientes y contundentes’ (340). O también que las medidas regresivas ‘fueron cuidadosamente estudiadas y justificadas, y representan medidas adecuadas y proporcionadas para alcanzar un propósito constitucional de particular importancia’ bajo la premisa de que ‘no es necesario que la restricción promueva todos los derechos [del PIDESC]’ (341). Igualmente, la Corte ha considerado que

(338) Consideración 10, Observación General 3 sobre la índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1º del artículo 2º del Pacto). Cfr. sentencias C-503 de 2014 y C-536 de 2012.

(339) Sentencias C-644 de 2012 y C-444 de 2009.

(340) Consideración 5.6.3, Sentencia C-507 de 2008.

(341) Consideraciones 25 y 30, Sentencia C-038 de 2004.

las medidas regresivas no se encuentran justificadas cuando en el trámite legislativo no fueron discutidas las razones por las cuales la medida regresiva era necesaria, o cuando no fueron estudiadas otras alternativas menos lesivas, porque por ejemplo, ‘no existen reportes sobre la existencia de un debate, en el curso del trámite legislativo de [la disposición demandada]’ o no ‘existan datos precisos sobre la real afectación [del contenido del derecho en cuestión]’ (342). O debido a que ‘no se vislumbra que la medida promueva la realización de otros derechos fundamentales’ y que la misma ‘no fue acompañada de ninguna justificación de porqué (sic) una medida menos lesiva no podía emplearse para el propósito de descongestión judicial’ (343). Sentencias C-503 de 2014 y C-644 de 2012.

Así las cosas, es claro que, en virtud del mandato de no regresividad, los cambios normativos que impliquen una disminución en las garantías de los derechos fundamentales como la salud (faceta positiva) deben estar debida o plenamente justificados -adecuada y suficientemente-, bajo razones constitucionalmente imperiosas que demuestren objetivamente la necesidad de adoptarlas (344).

Continuando el examen de constitucionalidad en el asunto sub-júdice, conforme al punto 23 de la presente decisión, halla esta Corporación que el párrafo acusado vino a ser incluido hasta el último debate (cuarto) y sin que mediara realmente una justificación y menos un proceso de discusión mínima al interior del Congreso de la República, dado que solo se registra la afirmación “en atención al escándalo que ha habido en los Estados Unidos” (345).

Del recuento del trámite del proyecto de ley no se observa ciertamente exposición alguna de razones, ni que se hubiere cumplido un debate

(342) Consideración 5.6.3, Sentencia C-507 de 2008.

(343) Consideración 3.4.7, Sentencia C-372 de 2001.

(344) Sentencias C-028 de 2018 y C-077 de 2017.

(345) Gaceta del Congreso 91 de 2016, p. 97.

sobre el segmento normativo acusado, por lo cual se está ante la ausencia de justificación respecto de la medida regresiva adoptada, que fue avalada por la mayoría de la Corporación.

La introducción del nuevo asunto a cargo de la Senadora ponente Paloma Valencia atendió una proposición aditiva de la Senadora María del Rosario Guerra de la Espriella, a la vez secundada por varios senadores (346), que estuvo justificada en la simple afirmación de un suceso acaecido en los Estados Unidos. De esta forma, el aparte impugnado nunca estuvo presente durante el debate legislativo hasta el momento previo de la aprobación del articulado en el cuarto debate, lo cual obedeció esencialmente a la premura con que se desarrolló la sesión plenaria ordinaria atendiendo la agenda (varios asuntos por discutir), el vencimiento del periodo de las sesiones ordinarias (16 dic./15) y la proximidad de la media noche como tiempo máximo para la aprobación del proyecto de ley.

Lo expuesto permite afirmar ab initio que la introducción en el cuarto debate del párrafo demandado no contó con la debida o plena motivación requerida, ni tampoco con espacios de reflexión por parte del órgano deliberativo por excelencia como lo es el Congreso de la República (principio democrático). Ello releva en principio a la Corte de realizar mayores disquisiciones sobre la validez constitucional de la medida prohijada, particularmente de agotar cada uno de los pasos del test estricto de proporcionalidad exigido ante este tipo de situaciones. Era, entonces, indispensable exponer y discutir por ejemplo las razones por las cuales la medida regresiva resultaba necesaria valorando otras alternativas menos lesivas o que se pretendía promover la realización de otros derechos fundamentales o avanzar en el desarrollo de otras facetas del derecho a la salud, todo lo cual definitivamente debía acompañarse de los datos y estudios que evidenciaran la necesidad de una disminución en el nivel de protección alcanzado y que, además, observara parámetros de razonabilidad y proporcionalidad.

(346) La proposición aditiva registra como fecha de presentación el mismo día de la sesión plenaria del Senado, es decir, 16 de diciembre.

La intervención registrada en el presente asunto por la Senadora María del Rosario Guerra de la Espriella, evidenciando que la inclusión del párrafo acusado cuando se desarrolló el debate legislativo atendió a la investigación que adelantó el Congreso de los Estados Unidos en contra de la ONG Planned Parenthood, tras filtrarse un video que exponía cómo abortar un feto para preservar sus órganos con fines de investigación médica, y los recursos económicos asociados a compartir ese tejido con los científicos, para la Corte aun cuando la instancia para su exposición era la célula legislativa o se desprendiera que era la justificación en ese momento que podría encontrarse, finalmente echa de menos el proceso mínimo de argumentación y discusión parlamentaria (orfandad en la justificación) cuando se profiere este tipo de prohibiciones legislativas.

Como lo anotó el Centro de Estudios sobre Genética y Derecho de la Universidad Externado de Colombia, el párrafo acusado no hizo parte del proyecto de ley original ni tampoco se registró en su trámite razón alguna que explicara la inclusión de la prohibición establecida. Consideró que se trató de un acontecimiento aislado -no de una práctica generalizada-, cuyo contexto legal y jurisprudencial en Estados Unidos no es coincidente con el previsto en Colombia, tampoco existía claridad en los términos en que resultaba prohibida la transferencia de tejidos fetales, ni fue fruto de una investigación judicial, para lo cual añadió que el país cuenta con un marco normativo y sancionatorio penal.

Dicho centro de estudios concluyó que el legislador no sustentó (carga argumentativa pertinente) la medida regresiva adoptada respecto del nivel de protección alcanzado, que ahora impide la utilización (órganos o tejidos de no nacidos abortados) terapéutica en la asistencia clínica, así como en proyectos de investigación dirigidos a nuevas estrategias en la prevención, tratamiento y cura de las enfermedades, con lo cual termina por suprimir la oportunidad de mayores expectativas de disponer del servicio de salud (posibles receptores), además de restringir el campo de actuación de los investigadores.

Comparte la Corte que se ha sustraído por el legislador, sin motivos jurídicamente relevantes

(adecuados y suficientes) y con ausencia de deliberación pública, elementos de suma importancia en el ámbito de la asistencia clínica -derecho fundamental a la salud- y la investigación científica, encaminados a procurar el goce efectivo de un estado completo de bienestar físico, mental y social a la población colombiana, cuya utilización estaba ciertamente permitida. Así, se desconoció el derecho fundamental a la investigación científica por falta de justificación legislativa en la limitación del campo de acción, que a la vez afectó el derecho de las personas a participar de los beneficios del desarrollo científico, al impedir la posibilidad de aliviar el sufrimiento y mejorar la salud del individuo y de toda la comunidad (347). Todo lo cual ocasiona la violación del derecho fundamental a la salud en sus elementos esenciales e interrelacionados de disponibilidad y accesibilidad principalmente.

Como se estableció, llevó fundamentalmente al desconocimiento del principio de progresividad del derecho fundamental a la salud en su componente de investigación científica, toda vez que antes de la aprobación de la Ley 1805 de 2016 el ordenamiento jurídico vigente en Colombia permitía la utilización de órganos o tejidos de no nacidos abortados, y con fines de trasplante. De esta manera, al incumplir la carga argumentativa necesaria y ocasionar con la prohibición establecida mayores limitaciones en el campo de la investigación científica (disponibilidad y accesibilidad en el derecho a la salud), derivó en una clara regresividad en el nivel de protección constitucional alcanzado. Ello se refleja en la norma impugnada al limitar el ámbito sustantivo de protección del respectivo derecho, así como se adoptó inopinadamente sin que se basaran en estudios cuidadosos, y menos se analizaron alternativas diferentes o que fueran menos lesivas, todo lo cual termina por hacer excesiva la medida regresiva.

De esta forma derivó indubitablemente en una orden contraria a la investigación médica y los fines de la docencia (acceso al conocimiento). El Grupo de Investigación en Anatomía para

la Educación de la Facultad de Medicina de la Universidad de los Andes expuso que el uso de especímenes cadavéricos fetales representa una herramienta invaluable, procediendo a denotar el impacto directo tratándose del desconocimiento médico de las malformaciones fetales por el personal de salud (348), tanto para el profesional como para la población en general.

Es perceptible para este Tribunal la vulneración del principio de progresividad frente al nivel jurídico de protección constitucional alcanzado. La prohibición de donación y utilización de órganos o tejidos de no nacidos abortados, significa una regresión en el ejercicio del derecho fundamental a la salud (disponibilidad y accesibilidad), toda vez que se restringe inconstitucionalmente el progreso científico que se generaba con la investigación de tejidos fetales y que suponían progresos y hallazgos en materia de vacunas, medicamentos, defectos de nacimiento, repercusiones de virus como el Zika (349), causas de abortos espontáneos, etc. (350).

(348) Afirma que “Para el profesional, reconocer la etiología, evidentemente multifactorial de estas alteraciones del desarrollo y las diferencias que entre estas se encuentran permite no solo diagnosticar, sino definir la mejor conducta médica basada en la evidencia actual, asegurando el mejor tratamiento disponible a sus pacientes. Y el proceso de aprendizaje necesario para desarrollar estas destrezas, habilidades y competencias requiere el uso de especímenes reales que le permitan al profesional observar las estructuras y la disposición tridimensional de las mismas”.

(349) Al margen de la intervención del Ministerio de Salud puede consultarse la página de la Organización Panamericana de la Salud y de la Organización Mundial de la Salud que exponen que muestras de líquido amniótico o de tejidos fetales podrían ser de utilidad, aunque esto se reserva para la investigación. <https://www.paho.org/hq/dmdocuments/2016/zika-embarazo.pdf>

(350) Al margen de la intervención del Ministerio de Salud puede consultarse un artículo del 7 de diciembre de 2015, Ciencia Kanija 2.0, sobre la investigación con tejido fetal se sostuvo: “Las cifras muestran que, en 2014, el NIH patrocinó 164 proyectos

(347) Artículo 12 de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos.

La medida legislativa acusada se expone regresiva respecto a la investigación en salud y el potencial existente en la generación de conocimiento. El Centro de Estudios sobre Genética y Derecho de la Universidad Externado de Colombia encuentra con la disposición demandada vulnerados los derechos a la salud, la libertad de investigación científica y a participar en los beneficios del desarrollo científico. Asegura que la escasez de órganos y tejidos para usos terapéuticos y no solo para trasplantes, hace que un buen número de personas que los necesitan para sobrevivir o para mejorar su calidad de vida, permanezcan más allá del tiempo clínicamente requerido en una lista de espera e incluso lleguen a morir sin tener acceso a la posibilidad de restablecer la salud.

Estas posiciones que la Corte resalta y comparte fueron secundadas en el trámite del asunto con otras intervenciones por algunos expertos en la materia, que se traen a colación por su relevancia en la resolución del presente asunto.

En *amicus curiae* del doctor Carlos María Romeo Casabona se afirma que se está ante una inconstitucionalidad por acción toda vez que la norma legal cuestionada termina postergando la tutela efectiva del derecho fundamental a la salud, sin que se le enfrente en realidad ningún otro derecho de igual naturaleza o a un bien

que usaban tejido fetal, con un coste de 76 millones de dólares. Esto es algo menos de la mitad de lo que la agencia gasta en trabajos con células madre embrionarias humanas (células ES), que también han sido muy controvertidos, y el 0,27% del gasto total de 27 900 millones de dólares en investigación. (En comparación, el Consejo de Investigación Médica del Reino Unido gastó el 0,16% — 1,24 millones de libras (1,9 millones de dólares) — sobre su presupuesto total en investigación en cinco proyectos que implicaban tejido fetal durante 12 meses hasta marzo de 2015). El análisis de los proyectos del NIH demuestra que el tejido se usó principalmente para investigación de enfermedades infecciosas, especialmente VIH/SIDA; en el estudio de la función y enfermedades de la retina; y en estudios de desarrollo normal y anómalo del feto". <https://cienciakanija.wordpress.com/2016/02/18/analisis-sobre-la-investigacion-con-tejido-fetal/>

constitucional que justifique prohibición alguna relativa a la obtención de materiales biológicos de embriones o fetos para su trasplante. Hace notar que comporta una limitación carente de justificación al impedir que órganos o tejidos embrionarios o fetales puedan destinarse a su trasplante para personas que lo requieren, como procedimiento terapéutico que paulatinamente se ha extendido y permitido mejorar las expectativas de salud o vida de sus beneficiarios.

Agrega que gracias a la investigación científica en el ámbito clínico-médico-quirúrgico los trasplantes de órganos, tejidos y otros componentes anatómicos se han convertido en un recurso terapéutico en constante expansión, que ha salvado vidas o ha mejorado su calidad a miles de personas en todo el mundo, acogiendo importancia los componentes biológicos de embriones y fetos humanos, en particular las células troncales o madre, que permiten el desarrollo de líneas celulares específicas para su injerto en pacientes con pérdida funcional de células y tejidos (medicina regenerativa).

También el Comité de Bioética INCUCAI, Ministerio de Salud y Desarrollo Social, de la Presidencia de la Nación, Buenos Aires, expone que el avance científico demostrará la utilidad hacia el futuro de la investigación y su impacto en la salud pública. Por ello considera que la investigación básica y clínica debe considerarse hoy como un pilar fundamental y parte de la responsabilidad del Estado en el rol de garante de la atención de la salud y del ejercicio pleno de tal derecho.

Adicionalmente, el Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social PAIIS de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes apunta que la restricción a la donación de órganos o tejidos fetales se traduce también en una violación del derecho a la salud de los neonatos (niños o niñas), porque se limita el acceso al derecho a la salud y al tratamiento necesario para restablecerla (necesidad de células madre), cuando el artículo 44 de la Constitución establece que sus derechos prevalecen sobre los demás (351).

(351) Expone que "uno de los mayores ejemplos es la anemia neonatal la cual 'tiene su origen

Añade que no solo se está restringiendo a los niños y niñas de la cura de aquellas enfermedades que se ha comprobado pueden ser curadas con el uso de células madre, sino también el acceso a órganos o tejidos que pueden permitirles sobrevivir o recuperar el uso de uno de sus órganos.

Finalmente, cabría agregar que aun cuando la Ley 1805 de 2016 tiene por objeto ampliar la presunción legal de donación de componentes anatómicos para fines de trasplantes u otros usos terapéuticos, el párrafo acusado que hace parte de dicha legislación, va en contravía de su teleología al prohibir la donación y utilización de órganos o tejidos de los “niños no nacidos abortados”. Entonces, además de implicar una restricción injustificada cuando el objeto de la ley es la ampliación de la presunción legal de donación, definitivamente terminó desatendiendo la realidad social que llevó a la aprobación de la ley, con mayor razón tratándose de asuntos complejos y de la mayor relevancia jurídica, que imponían una motivación y un proceso de reflexión pública necesario.

Subregla de decisión

A partir de los distintos cargos formulados la Corte se pronunció de fondo, en primer lugar, respecto a si el párrafo acusado desconocía el principio de progresividad del derecho a la salud en su componente de investigación científica,

en pérdidas sanguíneas, procesos destructivos de los GR o falta de producción. Las anemias secundarias a pérdidas hemáticas pueden originarse anteparto (hemorragia feto-materna o fetal), intraparto (accidentes obstétricos o malformaciones de los vasos de cordón o placenta) o posparto (hemorragias internas, exceso de extracciones sanguíneas). (Arca, G. & Carbonell-Estrany, X. (2008). Anemia neonatal. Asociación Española de Pediatría. Protocolos Diagnóstico Terapéuticos de la AEP: Neonatología. Retrieved February 17, 2018, from). Uno de los tratamientos más efectivos para la anemia es el uso de células madre el cual es reconocido por sus propiedades regenerativas en la sangre. Esta, entre muchas otras enfermedades, podrían ser curadas con el uso de órganos o tejidos fetales en adultos y especialmente en niños y niñas”.

debido a que el legislador no justificó suficientemente la medida de prohibición de donación y utilización de órganos o tejidos de los “niños no nacidos abortados”.

Al examinar la medida legislativa adoptada se encuentra que no se satisfizo la carga argumentativa necesaria y adecuada para su aprobación, por cuanto el Congreso de la República en ninguna de las discusiones justificó la necesidad de una disminución en el nivel de protección alcanzado en relación con la investigación y trasplante, y bajo criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Pudo verificarse que con antelación a la Ley 1805 de 2016 existía un marco legal y reglamentario en materia de uso y donación de órganos o tejidos que incluía los fetales con fines de investigación en salud, además de las investigaciones en curso como lo afirmó el Ministerio de Salud y el Instituto Nacional de Salud.

Por tal razón, se incurrió en un retroceso en relación con la disponibilidad de componentes anatómicos para efectuar investigación científica que podría suponer avances en materia de vacunas, medicamentos, tratamientos para virus, etc. Específicamente, se impidió el avance sobre ciertas enfermedades graves, la posibilidad de trasplantes de membrana amniótica para uso en oftalmología y el uso de células madre para curar a los niños y niñas en casos de diabetes, polio y anemia.

En Colombia, como se sostuvo en las intervenciones presentadas, la escasez de órganos o tejidos para usos terapéuticos -no solo trasplantes- hace que un buen número de personas que los necesitan para sobrevivir o para mejorar su calidad de vida, permanezcan más allá del tiempo clínicamente idóneo en lista de espera e, incluso, lleguen a morir. De esta forma, al no existir una razón válida constitucionalmente para fundamentar la prohibición legal, se impide la utilización terapéutica en la asistencia clínica, así como su empleo en proyectos de investigación dirigidos a encontrar nuevas estrategias en la prevención, tratamiento y cura de enfermedades, suprimiendo la oportunidad de conservar la salud y la vida de los posibles receptores, además de restringir el campo de los investigadores.

Expertos en la materia expusieron que la medida examinada comporta una restricción al

derecho a la salud carente de cualquier justificación, pues limita que órganos o tejidos embrionarios o fetales sean trasplantados a personas que lo necesiten como procedimiento terapéutico que se ha extendido de forma constante y ha mejorado las expectativas de vida o de salud de sus beneficiarios. Tales avances han desperdado cierta posibilidad de cura de enfermedades como el Alzheimer, Huntington o Corea de Huntington y Parkinson.

De este modo, la Corte halla la exclusión del sistema de salud a toda una población de los beneficios de la investigación científica y del acceso al conocimiento, como esperanza de conservación de la vida y dignidad de las personas, que ya se encontraba incluido en una normatividad legal y reglamentaria destinada a asegurar contenidos propios del derecho fundamental a la salud en cuanto acceso y disponibilidad, constituye una medida regresiva respecto a la cual no se encontró justificación constitucional alguna, por lo que al constatar la involución en materia de salud, bajo la presunción de inconstitucionalidad ante la ausencia de razones constitucionales por el Congreso de la República, y conforme a los juicios de valor y pruebas recaudadas, declarará la inexequibilidad del aparte impugnado.

En esa medida, no se pronunciará sobre los demás cargos de inconstitucionalidad que exponían una ambigüedad e incoherencia normativa, la violación del derecho a la igualdad y la afectación de los derechos reproductivos de las mujeres por obstaculizar el acceso legítimo a la IVE de forma segura y sin limitaciones temporales, así como el desconocimiento del principio de unidad de materia (fenómeno de sustracción de materia).

VI. Decisión

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución, resuelve: Primero. Levantar la suspensión de los términos en el presente asunto. Segundo. Declarar inexecutable la expresión “no pueden ser donados ni utilizados órganos o tejidos de los niños no nacidos abortados”, contenida en el parágrafo 2º del artículo 2º de la Ley 1805 de 2016. Cópiese, notifíquese, comuníquese,

cúmplase y archívese el expediente. — *Gloria Stella Ortiz Delgado*. — *Carlos Bernal Pulido* (con salvamento de voto). — *Diana Fajardo Rivera*. — *Luis Guillermo Guerrero Pérez* (con aclaración de voto). — *Alejandro Linares Cantillo*. — *Antonio José Lizarazo Ocampo* (con aclaración de voto). — *Cristina Pardo Schlesinger* (impedimento aceptado). — *José Fernando Reyes Cuartas*. — *Alberto Rojas Ríos*.

Anexo 1

Intervenciones, amicus curiae y conceptos

Por la exequibilidad

1. Senadora María del Rosario Guerra de la Espriella (352). Inicia manifestando que el precepto impugnado fue una proposición de su autoría en la discusión del proyecto en la plenaria del Senado, cuyo objetivo era “prohibir la donación y utilización de órganos o tejidos de los niños no nacidos abortados, tal y como quedó consignado en la Gaceta 91 de 2016 del Senado”. Explica que la inexequibilidad “afectaría la dignidad humana al incentivar abortos para la comercialización de fetos”. Además, precisa que “no pretende discutir la legalidad del aborto en las 3 modalidades definidas por esta Corte, sino ahondar en el tratamiento jurídico de la medida y argumentar que la prohibición no afecta directa o indirectamente el derecho a la salud”.

Indica que la literatura internacional ha demostrado una correlación positiva entre el incentivo del aborto para fines científicos, la comercialización de fetos y la pérdida progresiva del respeto a la vida humana. De este modo, afirma que el “dramático utilitarismo de los fetos ha incentivado que se multipliquen los bancos de células y tejidos procedentes de abortos provocados (353). Ello atenta contra la dignidad humana. Ejemplifica este fenómeno la investigación que adelantó el Congreso de los Estados Unidos en contra de la organización Planned Parenthood tras filtrarse un video y comprobarse que analizaba con detalle

(352) Recibido el 02 de mayo de 2018.

(353) Rae SB. (Publicación en línea). “The Ethics of fetal tissue transplantation”. <http://www.equip.org/articles/the-ethics-offetal-tissue-transplantation>

gráfico cómo abortar un feto para preservar sus órganos, ello con fines de investigación médica, así como los altos recursos económicos asociados a compartir ese tejido con los científicos (354)“.

Sostiene que la vida del no nacido hay que preservarla por lo que a juicio del Congreso no es compatible con la dignidad humana incentivar abortos para la comercialización o donación de fetos para el desarrollo científico. Halla la preceptiva conforme a los compromisos internacionales como la Convención sobre los Derechos del Niño y la Declaración de los Derechos del Niño, que garantizan la protección y cuidado especial, incluso la debida protección legal antes y después del nacimiento. No encuentra vulnerado el principio de progresividad del derecho a la salud, porque la normatividad que la precede (leyes 9/79 y 73/88, y Decreto reglamentario 1172/89), instituye también la protección de la dignidad humana.

2. Fundación Nacional de Trasplantados (355). En materia de derecho comparado sobre donación de tejidos fetales resalta inicialmente su ausencia en razón de la influencia ética que impide una legislación clara y expresa, así como el desistimiento de proyectos legislativos para aprobar tales prácticas. Luego de referir a la regulación existente en España, Gran Bretaña, Dinamarca, Finlandia, Francia, Alemania, Unión Europea y Estados Unidos sostiene que “el trasplante de tejidos fetales puede considerarse como uno de los grandes logros y avances en la medicina, gracias a su implementación en enfermedades como el Parkinson o la enfermedad de Huntington, que son las denominadas ‘degenerativas’ o ‘neurodegenerativas’, caracterizadas por ser uno de los mayores retos para la medicina, precisamente por la dificultad de encontrar un tratamiento verdaderamente efectivo, que logró ver esperanzas en el trasplante de tejidos fetales”.

Manifiesta que las ventajas y la expectativa sobre el trasplante de tejidos fetales no siempre han tenido éxito, como ha sucedido con las células hepáticas fetales a pacientes con talasemia, las células tímicas fetales a pacientes con el síndrome de Di George y las células neuronales fetales a pacientes con Parkinson (356). En cuanto a los aspectos éticos determina que los nuevos conocimientos sobre la biología han permitido la revolución de la medicina regenerativa, potencializando el empleo de las células madre que se convertirían en diferentes tejidos. Tales avances, informa, que han despertado en la población cierta expectativa de cura de las enfermedades como el Alzheimer, Huntington o Corea de Huntington y Parkinson, generando un debate ético sobre la procedencia de las células madre embrionarias y el uso de embriones humanos.

Señala que la obtención de las células fetales ocasiona problemas como el uso de los tejidos para fines de investigación o tratamiento por medio de fetos abortados espontáneamente y el uso de los resultados de abortos voluntarios. El problema ético se centra en los últimos, puesto que la ética médica acepta con mayor facilidad la utilización de los fetos abortados espontáneamente, que dejaría por fuera cualquier tipo de intención oculta como la comercialización o creación de mercados negros o la ayuda a cualquier familiar de la mujer (o interesados) que decide abortar, donde la utilización de células fetales sea vital para la supervivencia. Afirma que la ética médica cobra suma importancia por lo que se deben tomar las medidas indispensables para evitar que los abortos se hagan con la finalidad de proporcionar material para la investigación, comercialización o con finalidades estéticas. Como parámetros mínimos que la ética médica ha empleado para la realización de tales procedimientos se instituyen:

“1. La muerte fetal debe estar previamente establecida. En ningún caso se justifica la prolongación de las funciones vitales con miras a la obtención de tejidos en un periodo tardío. 2. El consentimiento informado. Se debe informar a la madre, a excepción de la interrupción voluntaria,

(354) Unidtd Sates Congress. Committee on oversight and government reform. Disponible en <https://oversight.house.gov/interactivepage/plannedparenthood/>

(355) Recibido el 06 de marzo de 2018 y suscrito por Gloria Cecilia Calle Uribe.

(356) *Ibidem*.

en el que se dispondría después de la evacuación uterina. El consentimiento debe presentarse obligatoriamente antes del aborto. Este último aspecto, con la finalidad de evitar las intenciones ocultas antes mencionadas. 3. Eficacia. Ya que aún no está bien definido el balance riesgo/beneficio, debido al porcentaje de éxito es todavía muy bajo; y además el riesgo de morir como consecuencia del tratamiento o tener alguna complicación es alto. 4. Tiempo y vía de evacuación. Ni el tiempo del aborto, ni el método o la vía de evacuación deben ser modificados. Estos dos elementos deben siempre determinarse en función de la mujer y no del material a obtener. 5. La no comercialización de estos tejidos es de rigor. Se debe eliminar toda clase de incentivos por un aborto, así como el recurso a países pobres y de alta natalidad como proveedores de material embrionario y fetal. 6. El anonimato debe quedar totalmente garantizado, y en ningún caso una mujer puede decidir o designar el receptor de su tejido fetal. 7. En toda clínica debe estar prohibido el realizar un aborto a una mujer con la única motivación de donar el tejido fetal (357).

Explica que de no cumplirse al menos una de ellas se haría inaceptable la utilización del tejido fetal por las implicaciones que tendría su omisión. Como otro punto de análisis ético menciona la producción de líneas de células madre embrionarias humanas (358). Por último, estima

(357) Asociación de Personal Docente Jubilado de la Universidad Politécnica de Madrid – Instituto de Ingeniería de España, General Arrondo No. 38 Madrid. Aspectos Éticos en relación con el procedimiento o forma de la utilización de tejido fetal.

(358) Transcribe el siguiente aparte: “En este sentido, nadie acepta que se pague a quien dona los embriones para investigación, pero hay empresas que parecen estar dispuestas a registrar, patentar y comercializar esas líneas celulares. Este es un tópico sobre el cual surgirán, sino existen ya, muchas contradicciones desde el punto de vista ético, pues no es razonable que embriones donados para fines médicos, se lleguen a convertir en productos biológicos comercializables que por otra parte, por razones más bien financieras, no llegarían a todos los que los necesitan.” Hernández Ramírez, Porfirio.

que aun cuando la demanda contenga el resultado de una extensa y rigurosa investigación que resulta de gran valor y encajarían para un futuro proyecto de ley, la decisión debe ser de exequibilidad al no verificarse la violación del texto fundamental y al tratarse de un ejercicio de libertad de configuración legislativa.

3. Instituto Colombiano de Derecho Procesal (359). En cuanto a la supuesta violación del derecho a la salud no advierte una medida regresiva, porque hace parte de la libertad de configuración legislativa, máxime si antes de la aprobación no había decisión legislativa que lo permitiera o lo prohibiera. En cuanto a contrariar la investigación médica señala que no fue demostrada, siendo una norma de carácter general que el legislador consideró conveniente incluir.

Respecto a la presunta ambigüedad de la expresión “niño no nacido abortado” aduce que “ha de entenderse como un ser en gestación que no culminó su proceso natural de gestación para alcanzar esa categoría de niño, esto es, de persona si se separa completamente del vientre materno y sobrevive un momento siquiera”. Encuentra inexistente la violación del derecho a la igualdad, ya que persisten las categorías de niños y de nasciturus, sin que genere ningún trato discriminatorio respecto a los padres de unos y otros, además que el Congreso no acogió la explicación de que se quería evitar la venta de tejidos fetales con ocasión del escándalo presentado en los Estados Unidos (360).

Sobre la violación de los derechos reproductivos y el acceso a servicios de salud reproductiva que pueda ser utilizada para establecer el momento en que pueden practicarse la IVE, considera que no guarda armonía con la norma acusada ni con la interpretación de la propia accionante. Finalmente, respecto a la vulneración del principio de unidad de materia informa

Aspectos Éticos en el empleo de las células madre, Instituto Hematología e Inmunología.

(359) Recibido el 06 de marzo de 2018 y firmado por Alfredo Beltrán Sierra.

(360) Puso de presente la Gaceta del Congreso 91 de 2016.

que no se cumple la demostración de la falta de correspondencia con el resto del articulado del proyecto, así como pesa la carga de evidenciar la irrazonabilidad de la disposición.

4. Fundación de Católicos de Colombia Solidaridad (361). Afirma que la parte accionante omite señalar las desventajas del uso de tejidos fetales en trasplantes que informa el mismo artículo citado en la demanda (362). Anota que la experiencia internacional ha expuesto la existencia de riesgos para el receptor del trasplante atendiendo el grado de equivocidad de las técnicas, el carácter experimental y la incertidumbre sobre la eficacia (363). Afirma que la Comisión Especial designada por la Cámara de Representantes de los Estados Unidos en su informe final de 2016 desmiente los beneficios de la investigación científica (364).

De otro lado, sobre el supuesto desarrollo de una medida regresiva en cuanto al derecho a la salud indica que por las características de la práctica del aborto y las consecuentes secuelas psicológicas que implica para la madre, los restos del feto abortado “se encuentran bajo la custodia del personal que presta el servicio público de salud, razón por la cual es jurídicamente inadmisibles la afirmación de que estuvo permitida en algún momento la disposición de los órganos y tejidos fetales (...), ya que precisamente por tratarse de

(361) Recibido el 22 de marzo de 2018 y suscrito por el Director Ejecutivo Samuel Andrés Ángel Aponte.

(362) García Fernández, D. (2011). Marco Jurídico de los trasplantes de órganos y tejidos fetales en México y en Colombia. La intervención transcribe, entre otros, el siguiente aparte: “En resumen, la experiencia clínica en el tratamiento de enfermedades del adulto con trasplantes de tejidos fetales ha sido muy costosa, muy desalentadora y poco prometedora.”

(363) Gafo J. Ética y Legislación en Enfermería. Universitas S.A. Madrid. 1994.

(364) Alude que también incluye una tabla, que presenta a continuación, donde se demuestra que el aporte a la experimentación es prácticamente nulo y su incidencia no es fundamental para el desarrollo de investigaciones biomédicas.

un servicio público y de un derecho fundamental, el Estado debe garantizar las condiciones de prestación del mismo, por lo cual es legítimo y razonable que sea este el que imponga límites y condiciones para la realización (...).”

Aduce que nunca existió el permiso legítimo para disponer de órganos o tejidos de “niños no nacidos abortados”, pues aunque antes de la promulgación no existía una prohibición expresa en la Ley 9 de 1979, no puede interpretarse como una autorización para el efecto, máxime cuando el Código Penal (art. 204) sanciona prácticas de irrespeto contra los restos mortales. Respecto a la imposición de una orden contraria a la investigación médica encuentra que carece de pertinencia al no estar protegida por la Constitución como valor, principio o derecho. De la educación que garantiza la Constitución explica que no se extrae un deber constitucional de protección de la investigación científica, como tampoco se puede predicar la violación de obligaciones internacionales, ya que las garantías anunciadas corresponden a libertades personales.

En cuanto a la vulneración de la igualdad estima que de declararse inconstitucional no se materializaría el trato igualitario, porque al perder eficacia la prohibición el supuesto sobre el que se fundamenta se integraría a la presunción legal de donación, produciendo un desenlace en el que los padres del “niño no nacido abortado” son despojados de la oportunidad de decidir sobre los restos mortales del hijo, mientras que los padres de niños nacidos la conservan. En este escenario, el consentimiento de la madre puede estar viciado (conflicto de interés) al buscar mediante el aborto procurado conseguir beneficios causándole la muerte al propio hijo, incluso en los tres supuestos que permitió la sentencia C-355 de 2006.

Sobre la unidad de materia estima que si bien el objeto de la Ley 1805 de 2016 es la de ampliar la presunción legal de donación de componentes anatómicos para fines de trasplante y otros usos terapéuticos, “ello no obsta para que, en el libre ejercicio de su libertad de configuración, el legislador disponga límites razonables a actividades que estima indeseadas como efecto de las disposiciones que el mismo establece.” Encuentra que la disposición tutela el bien jurídico de la vida humana de redes de tráfico de órganos y tejidos.

En intervención posterior **(365)** se pronunció acerca del *amicus curiae* presentado por el Dr. Carlos María Romeo Casabona, indicando que la violación del derecho a la salud soportado en la presunción de que los componentes anatómicos de origen fetal son útiles para fines terapéuticos, vino a ser desvirtuado por los demás expertos intervinientes en el asunto. Afirma que la intervención del Estado no determina el éxito del hipotético desarrollo futuro, por lo que está llamado únicamente a ejercer la obligación de asegurar que la prestación se realice de forma eficaz, digna y razonable, determinando restricciones a la práctica médica ante tratamientos experimentales con repercusiones en los pacientes.

5. Movimiento Vida por Colombia **(366)**. Con la acusación presentada estima que se ha desconocido la definición de aborto, además que continúa penalizado en el país bajo las excepciones dispuestas en la sentencia C-355 de 2006. Entiende que el precepto demandado persigue la protección de la vida desde la concepción y durante la gestación “para impedir que se cometa un acto criminal en contra de ellos para luego utilizarlos en estudios científicos, experimentos o trámites médicos.”

Halla que los “niños no nacidos abortados” no pueden ser objeto de donación ni utilizados sus órganos o tejidos al faltar su consentimiento durante su vida, que no puede ser sustituido por sus deudos y/o familiares **(367)**. Además de estimar que se convertiría en una causa u objeto ilícito y no constituye un bien objeto de apropiación por la madre, la familia ni el Estado, trayendo a colación la Convención Americana sobre Derechos Humanos **(368)** para desprender la protección de la vida desde la concepción. Igualmente, destaca que no existe derecho de propiedad

(365) 14 de febrero de 2019, en respuesta al traslado de los experticios técnicos requeridos y ordenados en providencia del 12 de diciembre de 2018.

(366) Recibido el 16 de marzo de 2018 y suscrito por Jairo E. Gallo Escallón y Gloria Y. Martínez Rivera.

(367) Art. 2º, parág. 1, Ley 73/88, modificado por art. 3º, Ley 1805/16.

(368) Arts. 1.2, 4.1 y 4.2.

sobre ningún cadáver, ni por el Estado ni por los familiares, trayendo como fundamento la sentencia C-933 de 2007.

Desde el punto de vista moral observa que la donación de órganos “es un ‘acto noble y meritorio y debe ser alentado como manifestación de solidaridad generosa’ siempre y cuando la muerte del niño NO sea la causa de la donación por lo cual esta debe tener como principio general la gratuidad que es la esencia de toda donación, ya que se corre el riesgo de que se convierta en una fuente de ingresos para algunas empresas comercializadoras que no tendrían problema en aprovechar la situación de pobreza y vulnerabilidad de muchas mujeres para ofrecerles embarazarse y luego de un tiempo (que podría llegar a ser peligrosamente indeterminado) inducir las al aborto a cambio de una contraprestación económica”.

Al discurrir sobre el problema ético señala que por la impresión psicológica que causa en las madres que han abortado el que ellas dieran su consentimiento, “sería la vía moral lógica a realizarse que la mujer que aborta tendría derecho a consentir si dicho material se usa o no en fines terapéuticos. (...) Es necesario que quienes realizan el proceso de donación lo hagan a través de cadenas de control y protección (...)”. Considera indispensable evaluar los riesgos que conlleva al existir objeciones respecto al uso de los injertos fetales dado que: i) incentiva la colaboración al aborto, ii) permite la utilización arbitraria del nasciturus, iii) genera riesgos para la mujer y iv) convierte al feto en un objeto.

6. Universidad del Rosario **(369)**. Afirma que la norma demandada no desconoce la Constitución, al propender por la protección de la salud y la vida humana, que tienen aplicación no solo desde el nacimiento sino a partir de la concepción. No halla desconocido el derecho a la igualdad, toda vez que los niños no son propiedad de sus padres y la única razón para poder tomar decisiones que los comprometa es la protección del interés superior, no siendo correcto afirmar

(369) Recibido el 05 de marzo de 2018 y suscrito por Álvaro Garzón Alarcón.

que los progenitores tengan el derecho a donar sus órganos como si fueran una mercancía.

Sostiene que la dignidad humana no solo es aplicable a las personas nacidas sino a todos los seres humanos desde la concepción, ya que no solo es un derecho sino también un valor y un principio, por lo que a) la autonomía se lesiona gravemente cuando el ser humano es simplemente empleado como un objeto para la donación de órganos, afectando su naturaleza y la vida; b) el respeto a los muertos es esencial en cualquier sociedad civilizada y se enmarca dentro del derecho a la muerte digna; y c) se debe considerar a los individuos no solo como un conjunto de bienes y órganos sino como individuos intangibles que deben respetarse.

Por último, expone que la norma impugnada defiende el bien jurídico de la vida humana de redes de tráfico de órganos. Indica que esta requiere de una protección absoluta como unidad biológica social, independientemente de criterios de oportunidad, conveniencia o rentabilidad social, por lo que su protección no exige viabilidad alguna entendida como aptitud para continuar con vida.

7. Universidad de La Sabana (370). En cuanto a la presunta vulneración del derecho a la salud por impedir la progresión de la ciencia médica esgrime: primero, que en el marco de la investigación científica no es indispensable el uso de órganos o tejidos de bebés abortados para su avance y, segundo, puede conllevar el estímulo perverso que promueve la práctica del aborto. Al desarrollar el primer argumento precisa que las células madre pueden ser extraídas de embriones, de la médula ósea o del cordón umbilical, por lo que no es indispensable usar los tejidos u órganos de bebés abortados para su obtención (371). Agrega que existe una controversia

mundial sobre el uso de las células embrionales por razones éticas, por lo que no es cierto que sea necesaria la utilización de tejidos u órganos de bebés abortados para permitir el progreso de las investigaciones médicas.

Sobre el segundo argumento desprende que la demanda “disfraza al aborto como un bien legítimo y necesario para el crecimiento de la sociedad y lo que es peor lo promueve bajo el discurso de una práctica indispensable para la obtención de órganos de bebés abortados, esto en últimas desconoce el carácter inexorablemente excepcional de la práctica del aborto la cual, salvo en tres casos muy específicos, sigue constituyendo un delito en el ordenamiento jurídico colombiano, circunstancia que revela que el Estado y la sociedad colombiana siguen concibiendo dicha práctica como un mal individual y social”. Afirma que “el legislador tiene amplia libertad configurativa para proteger bienes constitucionales (en este caso la vida del ser humano en gestación) y para evitar la maximización de conductas que no se pueden considerar moralmente buenas (la práctica del aborto) aunque legalmente permitidas.”

De esta manera, encuentra que no resulta irrazonable ni desproporcionado prohibir la donación de órganos en los casos de seres humanos abortados, toda vez que la prohibición tiene “en primer lugar, un fin legítimo (proteger la vida en gestación), en segundo lugar, la medida resulta idónea para lograr ese fin (la prohibición de donar implica eliminar los incentivos para realizar abortos) y, tercero, la medida es necesaria. Sobre este último aspecto, y en gracia de discusión, sería posible diferenciar entre abortos espontáneos y abortos provocados. En tanto la posibilidad de donar órganos en los casos de abortos espontáneos no implica incentivo alguno para la práctica de abortos, entonces podría pensarse que existe una medida menos restrictiva: prohibir la donación solo para los casos de abortos provocados.”

Considera que la expresión “niños no nacidos abortados” lo que hace es incluir dos características adicionales que brindan mayor claridad sobre

(370) Recibido el 05 de abril de 2018 y suscrito por miembros activos de la Clínica Jurídica Isabella Gómez Palomino, Juan Nicolás Cortes Galeano, Fabio Enrique Pulido Ortíz y José Miguel Rueda Vásquez.

(371) En la intervención se citan: Arbos, A., Nicolasu, F., Quetglas, M., Ramis, J.M., Monjo, M., Muncunill, J., ...& Gayá, A. (2013). Obtención de células

madre mesenquimales a partir de cordones procedentes de un programa altruista de donación de sangre de cordón. *Inmunología*, 32(1), 3-11.

el alcance del término. El vocablo “no nacido” es equivalente a la del *nasciturus*, lo cual hace parte del margen de configuración legislativa, adicionando dos características “niño” y “abortado”, que como elementos auxiliares del concepto de no nacido no pueden entenderse violatorias de la Constitución. Tampoco encuentra vulnerado los derechos sexuales y reproductivos, porque la expresión cuestionada: i) no impide la obtención de información por las mujeres que desean optar por el aborto en los casos señalados por la Corte; ii) no iguala ni jurídica ni gramaticalmente los derechos del *nasciturus* con los del niño; y iii) nada tiene que ver con las decisiones autónomas que una persona pueda tomar sobre tratamientos e intervenciones que afectan su desarrollo sexual.

Respecto al principio de unidad no encuentra su violación, pues “el juicio de conexidad está satisfecho al existir relación temática entre el contenido del párrafo acusado y el contenido de la ley en general, toda vez que este establece una prohibición para la donación de órganos y tejidos fetales y la temática de la ley es la donación de componentes anatómicos. Finalmente, es necesario aclarar que aun cuando el objetivo de la ley es ampliar la presunción de la donación de órganos en Colombia, esto no implica que el Congreso no pueda imponer las limitaciones que considere necesarias en ejercicio de su libertad de configuración legislativa”.

En escrito posterior (372), respecto del *amicus curiae* del Dr. Carlos María Romeo Casabona, encuentra que afirmar que el aborto por sí mismo es un bien legítimo y necesario para el desarrollo científico y social resulta inadmisibles, porque se estaría promoviendo abiertamente el mismo, por lo que reafirma la constitucionalidad de la prohibición legal establecida al proteger la vida en gestación, eliminar los incentivos para realizar abortos y prohibir la donación solamente en los casos de abortos provocados.

8. Universidad ICESI, Coordinación de postgrado en Cirugía de Trasplantes de Órganos Abdomina-

les (373). Se limita a exponer que la Ley 1805 de 2016 refiere a la donación de órganos o tejidos con fines de trasplante, esto es, “con un objetivo terapéutico, en ningún momento menciona fines de docencia o investigación”. Determina como objetivo de la ley aumentar el número de donantes para trasplante y fortalecer la donación bajo la dirección del Instituto Nacional de Salud; así mismo, brindar transparencia al proceso de donación y trasplante permitiendo una trazabilidad en la disposición de cada uno de los componentes anatómicos.

Precisa que los órganos y tejidos de embriones y de fetos no son utilizados en Colombia ni en el resto del mundo con fines terapéuticos. Explica que “en un mundo científico que avanza a grandes pasos, particularmente en el campo de células madre, medicina regenerativa, ingeniería de tejidos es responsabilidad del Estado reglamentarlo para así garantizar una investigación seria y responsable”. Considera el enunciado “no nacidos abortados” como un término inadecuado que podría reemplazarse por embriones y fetos.

En escrito posterior (374) destaca que cada vez es más grande la brecha entre la demanda y la oferta de órganos y tejidos, y de ahí la necesidad de la ley aprobada que debe acompañarse de una educación masiva. Indica que para el trasplante de órganos la utilización de tejidos fetales no es viable, sin embargo, tales tejidos abren un mundo interesante para la investigación y es posible que en un futuro constituya una alternativa en la terapia de los enfermos.

Por la exequibilidad condicionada

9. Academia Colombiana de Jurisprudencia (375). Solicita la exequibilidad del párrafo acusado en el entendido que “no pueden ser donados ni utilizados órganos o tejidos de los *nasciturus* por aborto inducido sin justificación

(373) Recibido el 09 de marzo de 2018 y suscrito por Luis Armando Caicedo R., Jefe Unidad de Trasplantes Fundación Valle de Lili.

(374) 11 de diciembre de 2018.

(375) Recibido el 07 de marzo de 2018 y firmado por la académica Cándida Rosa Araque de Navas.

(372) 14 de febrero de 2019, en respuesta al traslado de los experticios técnicos requeridos y ordenados en providencia del 12 de diciembre de 2018.

alguna". Manifiesta que los embriones y fetos son titulares de derechos fundamentales exigibles concomitante y en igualdad de condiciones con los de la madre gestante a quien se le ampara los derechos a la vida digna, salud y derechos sexuales y reproductivos, salvo las excepciones dispuestas por la Corte sobre el aborto.

Estima que el aparte impugnado surgió en el debate legislativo (376) que a pesar de su lacónica argumentación es puntual en que se buscaba evitar la venta de órganos o tejidos fetales dado lo sucedido en los Estados Unidos. Por lo tanto, desprende que la protección de la vida en gestación viene a ser interrumpida sin que medie justificación alguna, al cosificarse a los embriones y fetos que son puestos en el comercio. Señala que "cuando se ha interrumpido el embarazo con propósito diferente a los enmarcados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que puedan conllevar a la eventual comercialización de los tejidos y órganos sean embrionarios o fetales para redundar en la salud de la población en general o para estudios médicos o científicos, (...), deben ceder a los derechos (...) mencionados. (...). En este orden de ideas, se impondría declarar la exequibilidad condicionada de la expresión (...)".

Por la inexequibilidad (377)

10. Ministerio de Salud y Protección Social (378). Argumenta que la prohibición de la donación y utilización de órganos o tejidos de los "niños no nacidos abortados" significa "una regresión en el ejercicio del derecho a la salud, como quiera que se restringe el progreso científico a través de la investigación (...), estudios que podrían suponer avances en materia de vacunas, medicamentos, defectos de nacimiento, repercusiones de virus como el Zika, causas de los abortos espontáneos, entre otros. Todo ello, (...) fundamentado en la existencia de un marco regulatorio que vela por

(376) Gaceta del Congreso 91 de 2016.

(377) Aunque algunos conceptos no exponen de manera clara una pretensión inexequibilidad la Corte procederá a inscribirla en ella siempre que pueda desprenderse de sus contenidos.

(378) Recibido el 21 de agosto de 2018 y suscrito por la apoderada del Ministerio de Salud y Protección Social Luz Dary Moreno Rodríguez.

la bioseguridad y por la protección de la dignidad humana (...) y de los derechos fundamentales de las personas". Halla que dentro del mismo marco "existe en la práctica la utilización de componentes anatómicos fetales", para indicar que la disposición acusada "impone una prohibición que vulnera los derechos fundamentales a la salud y a la igualdad, dado que implica un retroceso en la disponibilidad de componentes anatómicos para efectuar docencia e investigación científica, y representa una barrera para el avance de la tecnología hacia el goce efectivo (...). A su vez, (...) supone una discriminación que no tiene fundamentos en aspectos técnicos (...)".

Luego de hacer referencia al marco regulatorio sobre la donación de componentes anatómicos y la investigación científica (379), desprende que con anterioridad a la expedición de la Ley 1805 de 2016 y hasta la actualidad "existe toda una estructura normativa y regulatoria basada en el respeto a la dignidad humana, al derecho a la salud, a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad (...). Así mismo, existe claridad en que el rescate de órganos y los procedimientos de trasplante son de competencia exclusiva de las instituciones prestadoras de servicios de salud (...); la obtención de tejidos y la práctica de cualquiera de las actividades relacionadas con la obtención, extracción, procesamiento y distribución (...), deberá hacerse por banco de tejidos sin ánimo de lucro autorizados para tal fin por el INVIMA; el Instituto Nacional de Salud es la máxima autoridad administrativa frente a la estructura y organización de la Red de Donación y Trasplantes de Órganos y Tejidos y el Estado es el garante de

(379) Alude i) a la Ley 9 de 1979 (arts. 516, 528 y 540 a 547); ii) a la Ley 73 de 1988 (arts. 3 y 7) precisando que "no se encuentra la exclusión de los componentes de los que trata el parágrafo demandado y sí se hace expresa la prohibición de recibir cualquier tipo de compensación en dinero o en especie por la donación o suministro de los componentes anatómicos"; iii) a la Ley 919 de 2004 (art. 1, reformulación prohibición de comercialización); iv) al Decreto 2493 de 2004 (art. 15); v) a las resoluciones 5108 de 2005, 2640 de 2005, 1065 de 2012 y 2003 de 2014; vi) a la Ley 1805 de 2016 (arts. 1, 2, 7, 17 y 18) y vii) a la Resolución 481 de 2018.

la cadena de custodia durante todo el proceso de la donación y uso de los órganos y tejidos. Así mismo, (...) se ha expresado la prohibición e incluso penalización de la comercialización o símiles de componentes anatómicos”.

Lo anterior para señalar que la declaratoria de inconstitucionalidad del párrafo impugnado “no dejará un vacío legal en el tema que, (...) está amplia y fuertemente estructurado en defensa de la dignidad humana. Por el contrario, sí se evidencia que dicha limitación no existía con anterioridad a la expedición de la ley en estudio y que, conforme al rápido avance de las tecnologías en salud, representa una barrera en el goce efectivo del derecho a la salud”. Argumenta que previo a la expedición de la Ley 1805 de 2016 en Colombia “sí había una reglamentación en materia de uso de tejidos, específicamente fetales, con fines de investigación en salud”. Cita la Resolución 8430 de 1993 (380) para resaltar las acciones dispuestas, el reconocimiento de la prevalencia de la dignidad humana y la protección de los derechos, particularmente la inclusión de un capítulo que trata sobre la utilización de embriones, óbitos y fetos, para lo cual pone de presente los artículos 30 (381), 35 (382)

(380) Por la cual se establecen las normas científicas, técnicas y administrativas para la investigación en salud.

(381) “Para realizar investigaciones en mujeres embarazadas, durante el trabajo de parto, puerperio y lactancia; en nacimientos vivos o muertos; de la utilización de embriones, óbitos o fetos; y para la fertilización artificial, se requiere obtener el consentimiento informado de la mujer y de su cónyuge o compañero de acuerdo a lo estipulado en los artículos 15 y 16 de este reglamento, previa información de los riesgos posible para el embrión, feto o recién nacido en su caso. El consentimiento informado del cónyuge o compañero solo podrá dispensarse en caso de incapacidad o imposibilidad fehaciente o manifiesta para proporcionarlo; porque el compañero no se haga cargo de la mujer o, bien, cuando exista riesgo inminente para la salud o la vida de la mujer, embrión, feto o recién nacido.”

(382) “Durante la ejecución de investigaciones en mujeres embarazadas: a) Los investigadores no

y 43 (383). Agrega que se contempló la creación de un Comité de Ética en toda institución que realice investigación biomédica, además que con la Resolución 3823 de 1997 (384) se estableció que los proyectos de investigación en medicamentos deben ser evaluados por el INVIMA, quien debe remitir informe al Ministerio de Salud.

Afirma que en materia de investigación en salud el párrafo demandado constituye una medida regresiva y contraria a la investigación en salud, ya que reconociendo el potencial existente en la generación de conocimiento, “en Colombia existen lineamientos normativos que regulan y limitan esta actividad y que han dado lugar a importantes investigaciones, como por ejemplo en los efectos en la salud derivados del Zika, con lo cual la prohibición de utilizar componentes anatómicos fetales en investigaciones científicas, impide que se avance en importantes investigaciones en salud en el país”. De igual modo, explica que para efectos de investigaciones en salud que incluya componentes anatómicos fetales que estén por fuera del útero, “si corresponden a un término de gestación de 20 semanas o pesan menos de 500 gr, estos pueden ser considerados como producto de un aborto, independientemente de que este haya sido espontáneo o inducido, toda vez que se produjo una interrupción en el embarazo independientemente de que haya sido una interrupción involuntaria o voluntaria, esta última en el marco de

tendrán autoridad para decidir sobre el momento, método o procedimiento empleados para terminar el embarazo, ni participación en decisiones sobre la viabilidad del feto. b) Queda irrestrictamente prohibido otorgar estímulos, monetario o de otro tipo, para interrumpir el embarazo, por el interés de la investigación o por otras razones.”

(383) “Las investigaciones con embriones, óbitos, fetos, nacimientos muertos, materia fecal macedada, células, tejidos y órganos extraídos de estos, serán realizadas de acuerdo con lo dispuesto en este reglamento.”

(384) Por la cual se crea la Comisión Asesora de Ciencia y Tecnología del Ministerio de Salud y se dictan normas para regular las actividades de desarrollo científico en el sector salud.

lo conceptualizado a través de la sentencia C-355 de 2006 (...). (...) Para el caso de las mujeres cuya interrupción del embarazo haya sido involuntario, el artículo demandado contraviene la posibilidad de investigar las causas de este tipo de pérdidas a través de la donación con fines de investigación de los restos fetales, vulnerando los derechos reproductivos de aquellas (...) que presentan abortos espontáneos o repetición cuyas causas solamente podrían esclarecerse a través de la investigación científica”.

Resalta que dentro del marco normativo mencionado en el país se han empleado órganos o tejidos fetales en materias de docencia y de investigación en salud (385), así mismo, “se realizan los trasplantes que han demostrado su eficacia y seguridad, y entre esos, se encuentran trasplantes de tejidos tales como la membrana amniótica (386) tanto para su uso en oftalmología como en otros campos” (387). Ello le permite manifestar que mantener la prohibición legal acusada significa “la imposibilidad de hacer uso, en términos de donaciones o investigaciones en salud, de componentes anatómicos de origen fetal que pueden resultar tan beneficiosos o más que la membrana amniótica”. También advierte en cuanto a la expresión “niños no nacidos” un error desde el punto de vista técnico, además

(385) Hace referencia al proyecto Zika en Embrazadas y Niños (ZEN) liderado por el Ministerio de Salud, el Instituto Nacional de Salud, la gobernación de Santander y los Centros para el Control y la Prevención de Enfermedades (CDC) de Estados Unidos. También se expone el Informe de Gestión del INS de 2017. <http://participación.ins.gov.co>

(386) “La membrana amniótica o amnio es la membrana interna del saco embrionario y fetal. Se utiliza en oftalmología para reconstruir y tratar lesiones de superficie ocular, tanto en la córnea como en la conjuntiva, en tratamiento de quemaduras, en cirugía reparadora y maxilofacial. Tomado de Manual de buenas prácticas. Código: SDS-PSS_MN-002 V. Dirección provisión de servicios de salud hemocentro distrital banco de tejidos.”

(387) Se exponen algunos datos sobre casos que se han tratado por la aplicación de la membrana amniótica fetal. <http://saludcapital.gov.co>

del que se evidencia en materia jurídica y jurisprudencial. Observa que de conformidad con el artículo 90 del Código Civil y su desarrollo jurisprudencial “no hay lugar a tal expresión ‘niños no nacidos’, toda vez que pretende la creación de un nuevo sujeto de derechos, que implica una contradicción fáctica y jurídica al unir ‘niños’ con ‘no nacidos’, lo cual carece de sentido”.

Deduce que al no realizar la norma impugnada ninguna distinción en el tipo de aborto, “involucra las diferentes definiciones del mismo (388) y por lo tanto representa una prohibición, entre otras cosas, para el uso de componentes anatómicos de origen fetal en las investigaciones en salud de las muertes fetales (389), cuyas causas raramente se reportan y la mayoría se desconocen (390) y pueden representar un campo de investigación en salud muy importante”. De otra parte, estima que se vulnera el derecho a la igualdad “al discriminar la voluntad de la mujer gestante, dejándola sin valor al tratarse de órganos o tejidos de origen fetal producto de un aborto, dado que su voluntad sí se atiende, y se da valor a su consentimiento para permitir el uso si es después del nacimiento (como ocurre con la membrana amniótica que es considerado(sic) un tejido fetal” (391).

(388) En textos médicos se define el aborto según el peso del producto, menor a 500 gr. o las semanas de gestación, menos de 20 semanas.

(389) Según el DANE la definición de muerte in útero es: ‘muerte de un producto de la concepción, antes de su expulsión o extracción completa del cuerpo de su madre, independientemente de la duración del embarazo; la muerte está indicada por el hecho de que después de la separación, el feto no respira ni da ninguna otra señal de vida, como latidos del corazón, pulsaciones del cordón umbilical o movimientos efectivos de los músculos de contracción voluntaria. (<http://www.dane.gov.co>).”

(390) Véase, Molina S., Alfonso D.A., ‘Muerte fetal anteparto: ¿es una condición prevenible?’.

(391) Evidencia tal violación de la igualdad tratándose de mujeres gestantes que se consideren así mismo como madres, por ejemplo, quien sufre un aborto espontáneo en el transcurso de su gestación dado que existe una distinción derivada del sentimiento de maternidad.

Asegura que el párrafo acusado no estuvo presente en el proyecto de ley inicial 091 de 2014 de la Cámara de Representantes por lo que el Ministerio de Salud no rindió concepto sobre el mismo, ni tampoco en el texto aprobado por la Comisión Primera del Senado. Así infiere que con la inexecutable no se genera un vacío que origine incorrectos usos de órganos o tejidos fetales, que encuentra necesario declarar para dar coherencia a las disposiciones legales y regulatorias en materia de sujetos de derecho y donación, trasplantes, docencia e investigación en salud, al contrariar la protección y goce efectivo de los derechos fundamentales a la salud, a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad.

11. La Mesa por la Vida y la Salud de las mujeres (392). Precisa que el contenido de la intervención se circunscribe al cargo por violación del derecho a la igualdad y los derechos reproductivos, anunciando como esquema de resolución: “En primer lugar, (...) como la expresión ‘niños no nacidos abortados’ desconoce el alcance de la protección constitucional dada al nasciturus y reconocida en el ordenamiento jurídico nacional, así como en instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos. En segundo lugar, (...) la expresión (...) refuerza los estereotipos en torno a la interrupción voluntaria del embarazo (...) y, (...) generaría una regresión en términos de la prestación del servicio de IVE por cuanto podría utilizarse para la interposición sistemática de barreras de acceso al servicio, afectando así sus condiciones de accesibilidad y disponibilidad. Por último (...) la prohibición (...) atenta contra la autonomía, la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad de la mujer, protegidos por la Constitución Política y la sentencia C-355 de 2006”.

Estima que la expresión “niños no nacidos abortados” busca de manera inconstitucional extender la personalidad jurídica que se predica de las personas humanas a la vida prenatal, otorgando la titularidad de derechos fundamentales al no

(392) Recibido el 02 de abril de 2018 y suscrito por la Coordinadora Juliana Martínez, la Asesora Jurídica y de Incidencia Ana María Méndez, la Abogada de Acompañamiento de Casos Diana Marcela Sastoque y la Integrante María de los Ángeles.

nacido, aun cuando solo las personas (nacidas) son titulares de derechos (393). Encuentra que el estatus legal de la vida prenatal ya fue definido en Colombia y su protección no abarca el de persona al no nacido sino el de bien constitucionalmente protegido (394). Halla la expresión “niños no nacidos abortados” incoherente a la luz del derecho internacional de los derechos humanos, al desconocer reglas de técnica jurídica y otorgar un alcance inadmisibles constitucionalmente, que “más allá de un error semántico y sintáctico, reproduce y crea realidades simbólicas discriminatorias que podría traer un efecto jurídico negativo frente al ejercicio pleno de los derechos fundamentales de quienes sí ostentan la categoría de persona, como el caso de las mujeres que deciden ejercer su derecho fundamental a la IVE”.

De otra parte, explica que una de las estrategias desarrolladas por La Mesa para hacer seguimiento a la implementación de los estándares jurídicos en la IVE es la asesoría legal a mujeres que buscan acceder a servicios de aborto legal y seguro, y que pueden enfrentar barreras (395). Evidencia la relación existente entre estereotipos y estigmas que se presentan en torno a la IVE y la creación de barreras de acceso a los servicios de salud para las mujeres. Al referir a los estereotipos de género cita al Comité de la CEDAW, Recomendación General 25 (párrafo 38), que reiteró la necesidad de los Estados parte de acelerar la modificación y la eliminación de prácticas culturales, y actitudes y comportamientos estereo-

(393) Citando a Madrazo Alejandro sostiene que la narrativa de la defensa de la personalidad prenatal no es tomada en serio por quienes la defienden, sino como un medio o una estrategia de los grupos que se oponen a las leyes favorables al aborto, para justificar restricciones a los derechos sexuales y reproductivos, el control sobre sus cuerpos y el ejercicio de sus derechos. Narrativas sobre la personalidad jurídica prenatal en la regulación del aborto. En Cook, Erdman, Dickens. El aborto en el derecho transnacional. Casos y controversias. México. 2016.

(394) Menciona la sentencia C-355 de 2006.

(395) Informa que La Mesa acompañó 1089 mujeres en la garantía del derecho fundamental a la IVE.

típicos que discriminan a la mujer o la sitúan en posición de desventaja (396).

Determina que “mediante el uso de un lenguaje inexacto se puede contribuir a reprobar a las mujeres que optan, en ejercicio de su autodeterminación, por un aborto, y a validar la descripción de los fetos como sujetos con atributos de personalidad o características similares a las de los nacidos. Lo que tiene como consecuencia el uso habitual y normalizado de expresiones que descalifican a las mujeres que solicitan la IVE y a los prestadores de estos servicios, tales como ‘abortistas’ o ‘asesinos/as’ (397)”. Acto seguido, señala que la expresión “niños no nacidos abortados” menoscaba el derecho de las mujeres a tomar decisiones sobre su cuerpo y proyecto de vida, imponiendo la carga de la reproducción y profundizando el estigma sobre los prestadores y las mujeres que ejercen su derecho a la IVE.

Expone que la categoría empleada propicia escenarios en los que las mujeres pueden ser objeto de violencia psicológica, tratos crueles, coacción y discriminación en razón de su decisión reproductiva. Encuentra que con ello se facilita la presentación de barreras como la solitud de requisitos adicionales, uso incorrecto de la objeción de conciencia, afectación de la intimidad y dignidad, no reconocimiento de la autodeterminación, desestimación del derecho al diagnóstico, exigencias de orden judicial, etc. Deduce que la expresión “niño no nacido abortado” es “equivoco, inexistente y se presta para confusiones entre los prestadores de salud y operadores de justicia, que con esta situación pueden reforzar los estereotipos y estigmas, lo que a su vez recae en las mencionadas barreras. Luego la categoría ambigua (...) se puede convertir en una excusa y obstáculo a la hora de garantizar el derecho fundamental a la IVE, motivo por el cual debe declararse inconstitucional”.

(396) Alude a Cook Rebecca J. y Cusack Simone, Estereotipos de Género, Perspectivas Legales Transnacionales, así como a Erving Goffman, Estigma, La identidad deteriorada.

(397) Kumar, Anuradha, Leila Hessini, and Ellen M H Mitchell, 2009. Conceptualising Abortion Stigma. Culture, health & sexuality 11(6):625-39.

Conforme a lo expuesto, señala que la expresión “niños no nacidos abortados” vulnera el alcance de la protección constitucional del nasciturus al incluirse una expresión inexistente e incoherente a la luz de la Constitución, la jurisprudencia constitucional y del derecho internacional de los derechos humanos, e igualmente al introducir expresiones que dan calidad de persona al feto. Así mismo, es una manera indirecta de invertir con el derecho a la vida a una entidad que no es persona, pretendiendo que se reconozca tácitamente dicho estatus al feto, lo que contraría el marco internacional y local. De igual modo, refuerza los estereotipos en torno a la IVE, ya que profundiza el estigma sobre las mujeres que voluntariamente deciden interrumpir su embarazo, fomentando prejuicios que tiene como efecto reforzar conductas de violencia y discriminación (398).

(398) En escrito posterior de 20 de abril de 2018 La Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres acompañada dos CDs que contienen argumentos científicos que refuerzan el primer cargo (derecho a la salud) alegado por la accionante. Al hacer la revisión se encuentran 43 referencias distintas sobre las investigaciones de tejidos fetales y temas afines extraídos de diarios extranjeros, revistas especializadas, informes de expertos y casos de la justicia estadounidense. Entre otros pueden mencionarse: i) caso núm. 16-15360, Corte de Apelaciones del 9º circuito de los Estados Unidos. Federación Nacional de Aborto vs. Centro de Progreso Médico, Servicios de Adquisición Biomax, LLC. David Daleiden, alias Robert Daoud Sarkis, y Troy Newman; ii) Encuentro Anual 2017 de la Asociación Americana para el Avance de la Ciencia al servicio de la sociedad a través de la ciencia política; iii) Noticias en Foco. Reanimación de células fetales para el Parkinson por Alison Arbott. 12 de junio de 2014; iv) Datos sobre investigación de tejido fetal de la Sociedad Americana para la Biología Celular. Marzo de 2000; v) Noticias: La sonda del tejido fetal perturba a la comunidad científica. Biotecnología Natural. Volumen 34, núm. 5, mayo de 2016; vi) Aumento de órganos por Cassandra Willyard. 30 de julio de 2015; vii) Investigación en tejidos fetales: preguntas frecuentes. Servicio de investigación congressional. Julio 31 de 2015; viii) Biología del desarrollo:

12. Federación Colombiana de Municipios (399). Señala que el nasciturus al no alcanzar a ser una persona impide considerar la operatividad de la presunción legal de donación. Sin embargo, no observa razón alguna que imposibilite la donación en los otros eventos previstos en el artículo 1º de la ley, es decir, el consentimiento de los deudos o abandono del cadáver, porque todo cuanto el ordenamiento y las consideraciones que han llevado a la Corte a concluir el derecho de los parientes a la disposición del cadáver, aplican igual cuando se trata de quien alcanzó a nacer como respecto de la criatura que no alcanzó a culminar el proceso. Agrega que en el proyecto de ley inicial no se contempló el parágrafo demandado, ni siquiera en las ponencias, sino que apareció en las últimas instancias del trámite legislativo, por lo que si el fundamento para la inserción de dicho texto es el mencionado por la accionante la falta de razonabilidad salta a la vista.

13. Universidad Externado de Colombia, Centro de Estudios sobre Genética y Derecho (400). Informa que “en Colombia, la escasez de órganos y tejidos para usos terapéuticos -no solo para trasplante- hace que un buen número de personas que los necesitan para sobrevivir o para mejorar su calidad de vida, permanezcan más allá del

fronteras para la genética clínica. Embrión humano e investigación precoz del feto. Ostrer H. Wilson Genética Clínica. 2006; ix) Investigación de tejidos fetales: un arma y una víctima en la guerra contra el aborto. Heather D. Boonstra, 2016; x) Tejido precoz y cultivo celular en el desarrollo de vacunas. La historia de las vacunas. 2016; xi) Ética en el trasplante de tejidos fetales. Lee M. Sanders, Linda Giudice y Thomas Raffin, Medicina Fetal. 1993; xii) Declaración de apoyo a la investigación de tejido fetal. Congreso Americano de Obstetras y Ginecólogos. Marzo 30 de 2016; xiii) La verdad acerca de la investigación de los tejidos fetales. Meredith Wadman. 10 de diciembre de 2015; y xiv) Fallido tejido fetal. Alta Charo. Diario de medicina Nueva Inglaterra. 3 de septiembre de 2015. Confróntese, traducción libre.

(399) Recibido 02 de marzo de 2018 y suscrito por el Director Ejecutivo Gilberto Toro Giraldo.

(400) Recibido el 06 de marzo de 2018 y suscrito por Emilssen González De Cancino.

tiempo clínicamente idóneo, en lista de espera e incluso lleguen a morir sin tener acceso a esa posibilidad de conservar la vida o restablecer la salud”. El empleo de órganos, tejidos y otros componentes anatómicos, afirma que está autorizado legalmente en el país desde 1979, las cuales se han desarrollado para estimular directamente la donación para superar la escasez, consagrando la presunción de donación, bien ampliando su alcance primitivo, e indirectamente mediante una cuidadosa reglamentación que aseguren el respeto de los derechos de los donantes vivos y de los receptores, los procedimientos de rescate, asignación y circulación de los elementos biológicos, la administración de la Red Nacional de Trasplantes, la lista de espera, entre otros.

Encuentra que la prohibición de donación y utilización de órganos o tejidos de los “niños no nacidos abortados” “no tiene un fundamento médico, salvo cuando se trate de componentes infectados con VIH u otros agentes infecciosos o patógenos, para lo cual no es necesaria disposición especial (...) porque existe norma general de garantía de la salud de los receptores”. Tampoco halla que se fundamente en razones de orden público, por cuanto: “a) si los órganos y tejidos disponibles son el resultado de abortos espontáneos, se estaría ante un hecho ‘de la naturaleza’ del cual no es predicable contrariedad con el criterio mencionado. b) Si provienen de interrupciones voluntarias de la gestación que no caen en el tipo del delito de aborto, de acuerdo con la sentencia C-355 de 2006, la jurisprudencia y las normas legales han reglamentado y desarrollado la materia, no cabe duda que su procedencia se ajusta a derecho (401)”.

De otra parte, aduce que lo demandado no hacía parte del proyecto original y la razón que podría explicar la prohibición no aparece en la

(401) En el caso de órganos y tejidos fetales que se obtienen dentro de una actuación tipificada como delito de aborto la gran pregunta es la de saber si la donación de estos tienen objeto ilícito o no, pues aunque las cosas no son per se ilícitas, cuando constituyen el objeto en el cual se concreta una prestación la apreciación de la licitud de esta cobra particular importancia.

exposición de motivos **(402)**. El escándalo -no resultado de investigación judicial- involucra a la ONG Planned Parenthood, “cuyo contexto legal y jurisprudencial de Estados Unidos no coincide con el nuestro; además, en algunas noticias se afirmó que en ese país estaba prohibida la transferencia de tejidos fetales, sin aclarar debidamente los términos de la prohibición que, por lo demás, coinciden con el propósito de las leyes penales colombianas **(403)**: perseguir y lograr que no se incurra en conductas consideradas ilegales o ilícitas, especialmente porque implican colocar en el comercio los órganos y tejidos humanos **(404)**; no se trata de una prohibición general. Además (...), puede indicar que se trata de un acontecimiento aislado, no de una práctica generalizada y por lo tanto no puede ser convertida en motivo para una limitación a la libertad personal en otros países”.

Encuentra que al no existir una razón de peso para fundamentar la prohibición legal establecida, “impide su utilización terapéutica en la asistencia clínica, así como su empleo en proyectos de investigación dirigidos a encontrar nuevas estrategias en la prevención, tratamiento y cura de enfermedades y, en consecuencia, suprime la oportunidad de conservar la salud y la vida de los posibles receptores y restringe el campo de actuación de los investigadores”. Agrega que la ausencia de justificación para introducir el párrafo acusado vulnera la salud al ir en contravía del principio de progresividad de los derechos, “al sustraer, sin motivos jurídicamente relevantes, elementos muy importantes en el campo de la asistencia clínica y la investigación científica dirigidas a procurar (...) el goce de ‘un estado de completo bienestar físico, mental y social’ **(405)**,

elementos cuyo empleo no estaba prohibido con anterioridad”. El legislador no sustentó la prohibición por lo que incumplió la carga argumentativa pertinente, observando que la medida no parece razonable ni necesaria para impedir la vulneración de los derechos.

De otro lado, observa que la expresión “niño no nacido abortado” resulta ambigua, la cual significa que la prohibición solo refiere a los que resulten de la práctica del delito del aborto. No obstante, el término “no se puede aplicar ni a los embriones, ni a los fetos, pues niños son las personas nacidas que están en las franjas de edad establecida por las leyes **(406)**”. Se niega la posibilidad de donar órganos o tejidos a quienes, de haberse producido el nacimiento, serían padres y madres y, por ende, son los encargados de tomar las decisiones concernientes a la criatura en gestación que no ha llegado a nacer: embriones, fetos y nascituri, precisando que tratándose de la interrupción voluntaria del embarazo la decisión corresponde a la mujer. Halla el desconocimiento de la igualdad, porque “en circunstancias análogas: muerte del hijo ya nacido (niño) o frustración del nacimiento con vida del que está por nacer (nasciturus) permite a los primeros y le niega a los segundos el ejercicio de una facultad que contribuye significativamente al logro de objetivos ciudadanos valorados en forma notablemente positiva: solidaridad, ejercicio del derecho a la salud, salvaguarda del derecho a la vida, desarrollo de la investigación científica, y es expresión de autonomía persona dentro del ámbito de libertad que el derecho no puede desconocer sin razones plenamente justificadas **(407)**”.

14. Universidad Nacional de Colombia, Departamento de Morfología **(408)**. No encuentra razón alguna para que la ley impida la donación

(402) Acta 40 de la Plenaria del Senado, sesión de 16 de diciembre de 2015.

(403) Código Penal Colombiano artículo 122 y Ley 919 de 2004 artículo 2°.

(404) U.S. Code, Title 42 Chapter 6A Subchapter III Part H 289 g-2 –Prohibitions regarding human fetal tissue (...).

(405) Tal es la definición de salud emanada de la OMS (...).

(406) Así lo establece la sentencia C-355 de 2006 al exponer que el embrión no es persona. También la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Artavia Murillo y otros contra Costa Rica.

(407) Sentencias C-178/14, T-030/17, entre otras.

(408) Recibido el 08 de marzo de 2018 y suscrito por el Director Carlos Arturo Florido Caicedo.

de órganos o partes anatómicas de fetos abortados; por el contrario, con ello se favorecería a los receptores. Sobre los aspectos éticos del asunto **(409)** indicó que el principio que estaría en cuestión sería el de la autonomía del donante que está preservado en la ley para los mayores de edad, no obstante, no es posible aplicar tal principio a los menores (son los padres quienes deberán decidir) y mucho menos los fetos abortados (estarían en similares condiciones).

15. Universidad del Valle, Departamento de Ginecología y Obstetricia **(410)**. En relación con el vocablo “niño no nacido abortado” encuentra que médicamente es confuso y permite diferentes interpretaciones, concluyendo en la ambigüedad del mismo. Informa que para la medicina tal concepto no existe. Manifiesta que en este momento la donación de membranas amnióticas está legalizada en Colombia dentro del manejo y utilización por bancos de tejidos y reglamentada por el INVIMA, sin que se conozca la razón por la cual se prohíbe la donación de órganos o tejidos fetales. Informa que permitir la “estimularía (...) la investigación, la docencia, la biotecnología y los avances terapéuticos, lo cual es supremamente importante visto desde el desarrollo científico y social. Por lo tanto, se considera que la legalización de la donación de tejidos fetales es adecuada para la sociedad y se necesita para el avance biotecnológico en Colombia”. Como recomendaciones a la legalización de la donación de tejidos fetales identifica: “-Que el tejido fetal por ningún motivo sea remunerable. -Que existan excepciones para la utilización eficiente de este tipo de tejidos. -Debe realizarse en determinados casos consentimiento informado claro y detallado para la madre (...). -Las entidades de salud que realizan abortos legales, no se les debe permitir beneficiarse de la utilización del tejido fetal - debe ser debidamente reglamentado con sus excepciones incorporadas-. -No causar problema social aduciendo la libertad de las mujeres para provocarse abortos para que sean utilizados los tejidos fetales”.

(409) Consulta realizada a la doctora Clara Arteaga Díaz.

(410) Recibido el 03 de abril de 2018 y suscrito por Enrique Herrera C.

16. Universidad de los Andes

Facultad de Derecho, Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social (PAIIS) **(411)**. Considera que el párrafo acusado introduce un concepto inexistente e inconstitucional que vulnera los derechos sexuales y reproductivos, y los derechos a la igualdad y a la salud. Expone: a) que el concepto de “niño no nacido abortado” no solo es inexistente en el sistema jurídico sino que su formulación es contraria al desarrollo conceptual realizado por la jurisprudencia constitucional y las normas civiles sobre la definición de persona, además del impacto por la introducción de un concepto sui generis en el desarrollo constitucional de los derechos sexuales y reproductivos, cuando los supuestos de hecho que busca regular ya han sido establecidos en el sistema jurídico bajo otras figuras; b) las implicaciones negativas por la introducción de tal concepto frente a la efectividad de los derechos sexuales y reproductivos, al otorgar al nasciturus una categoría distinta y contraria a la desarrollada en la jurisprudencia constitucional y que ha sido fundamental para el desarrollo y ejercicio de otros derechos como la IVE; y c) la no superación del test de igualdad al tratar de forma injustificadamente desigual a las personas que tienen el poder de decisión sobre el nasciturus y a las padres de la persona que nace, limitando la autonomía de los primeros frente al futuro de los órganos y tejidos del no nacido, y aplicando de manera errónea la protección que la Corte ha dado a los nasciturus respecto a la conferida a la persona que nace, pues aunque en ambos casos se protege la vida es más rigurosa la protección cuando se trata de una persona (nacida) que de un nasciturus (expectativa de vida).

Enfatiza en que el debate legislativo que rodeó la inclusión del párrafo demandado consistente en mencionar que era una prohibición necesaria para evitar que en Colombia ocurriera un escándalo similar al acaecido en Estados Unidos respecto a la donación de órganos de los

(411) Recibido 14 de marzo de 2018 y suscrito por la Directora Paula Torres, el Asesor Jurídico Federico Isaza, las estudiantes e integrantes activas María José Perea y Laura María Montaña.

nasciturus, no resulta suficiente para cambiar 22 años de jurisprudencia. Asevera que el párrafo acusado, desconociendo la jurisprudencia constitucional, “le da una protección mayor al nasciturus restringiendo la autonomía de sus de sus personas gestantes frente a qué hacer con sus órganos y tejidos que al niño, quién se considera persona ante el derecho colombiano, ya que a las personas representantes del menor de edad que se les permite tomar una decisión en cuanto al futuro de sus órganos y tejidos. (...) (L) a diferencia en este caso se está haciendo en contravía del precedente constitucional al asumir la categoría del nasciturus como una mayor protección constitucional que al niño, quien es reconocido como persona de especial protección de acuerdo a la Constitución y jurisprudencia”.

Considera que si bien existe una distinción fáctica entre la situación del nasciturus y del menor de edad, el trato otorgado no tiene justificación alguna, porque en ambos casos no se estaría protegiendo el bien jurídico de la vida, toda vez que para ser donador de órganos o tejidos se debe reconocer médicamente con muerte cerebral. En cuanto a la relación entre el medio y el fin encuentra que la medida es enteramente desproporcionada de acuerdo con el fin que buscaba el legislador con la prohibición de la presunción de donaciones para menores de edad, atendiendo los escándalos nacionales e internacionales sobre tráfico de órganos infantiles. Afirmo que se está ante una medida discriminatoria que resulta desproporcionada frente al fin buscado, al restringir de manera arbitraria la voluntad de los progenitores del nasciturus sobre el futuro de los órganos o tejidos de su hijo bajo el fundamento del escándalo que hubo en Estados Unidos. El legislador no solo falló en soportar el trato desigual a los progenitores del nasciturus, sino que en la sustentación de la importancia de la medida para proteger a los menores de edad dejó claro que lo primordial es que no haya una presunción de donación y que la decisión se tome de una manera informada, conociendo las ventajas y desventajas de la donación.

En cuanto a la vulneración del derecho a la salud aduce que la donación de órganos tiene como finalidad “prolongar la expectativa de vida de aquellos sujetos que tienen una disfunción absoluta de uno de sus órganos”. Indica que la

recepción de un órgano donado puede ser la única alternativa con la que se cuenta para disponer de un órgano funcional. Las donaciones fetales han demostrado ser “las mejores recibidas por el cuerpo humano ya que tiene una capacidad de adaptabilidad porcentualmente mayor a la de los órganos de una persona cuyo cuerpo ya se ha desarrollado (412)”. Expone que la restricción a la donación de órganos o tejidos fetales constituye una violación de la salud de los niños (neonatos) y de las personas con necesidad de células madre para tratamientos médicos, al limitarse el acceso al derecho a la salud y a los tratamientos para restablecerla, máxime cuando los menores de edad, particularmente menores de un año, tienen especial protección constitucional. Si bien hay un uso extensivo de los órganos o tejidos de los nasciturus en adultos, los órganos van principalmente a los niños (neonatos) (413), anotando que uno de los tratamientos más efectivos para la anemia es el uso de células madre el cual es reconocido por sus propiedades regenerativas en la sangre, que, entre otras enfermedades, podría ser curada con el uso de órganos o tejidos fetales en adultos y especialmente en niños y niñas.

Concluye que con el párrafo impugnado “no solo se está restringiendo a los niños y niñas de la cura de aquellas enfermedades, que se han comprobado pueden ser curadas con el uso de células madre, sino también el acceso a órganos o tejidos que pueden permitirles sobrevivir o

(412) Instituto Nacional de Salud (2016). Informe ejecutivo corte a diciembre de 2016. <http://www.ins.gov.co>

(413) Trae como ejemplo la anemia neonatal que tiene su origen en “pérdidas sanguíneas, procesos destructivos de los GR o falta de producción. Las anemias secundarias a pérdidas hemáticas pueden originarse anteparto (hemorragia feto - materna o fetofetal), intraparto (accidentes obstétricos o malformaciones de los vasos de cordón o placenta) o posparto (hemorragias internas, exceso de extracciones sanguíneas).” Arca, G., & Carbonell-Estrany, X. (2008). Anemia neonatal. Asociación Española de Pediatría. Protocolos Diagnóstico Terapéuticos de la AEP: Neonatología. Retrieved February 17, 2018, from.

recuperar el uso de uno de sus órganos. De igual manera, se está restringiendo el derecho a la salud (...) al restringir el acceso a las células madre que han demostrado ser esenciales en procedimientos regenerativos. Vemos que la norma está protegiendo sin mayor fundamento al nasciturus, (...) y no protege, como ha dicho la Corte reiteradas veces, de manera prevalente el derecho de los niños y niñas a la salud”.

Facultad de Medicina, Salud Pública (414). Sos-tiene que la donación de tejidos fetales teniendo en cuenta las salvedades bioéticas resulta pertinente y deseable para la salud pública. Anota que el tejido fetal tiene unas ventajas que derivan de su naturaleza como fuente de células madre y que incluyen “su capacidad de multiplicarse con mayor velocidad y facilidad, se pueden diferenciar en distintos tipos de células, tiene muy poca probabilidad de rechazo en el sitio de implantación, tiene mejor habilidad de crecimiento y pueden sobrevivir con menos oxígeno que otros tipos celulares, entre otras”. Rememora que los estudios con tejidos fetales iniciaron desde la década de 1920 (415), que se han realizado principalmente para la cura y manejo de múltiples enfermedades asociadas con degeneración celular. A grandes rasgos explica que dicho proceso consiste “en el trasplante de células obtenidas de tejidos embrionarios o embriones, con el fin de reemplazar tejidos lesionados o degenerados. Estos tejidos se obtienen de abortos provocados, que son coordinados con el trasplante para garantizar la viabilidad de estas células (416). También se ha utilizado para estudiar vacunas, biología celular, desarrollo de enfermedades, fisiología, fisiopatología entre otras ramas”.

(414) Recibido el 08 de junio de 2018 y suscrito por el profesor asociado Luis Jorge Hernández Flórez.

(415) Hurst AF, Tanner WE, Osman AA Addison's Disease, with Severe Anaemia, treated by Suprarenal Grafting. Proc R Soc Med. 1922; 15:19-20.

(416) Clínica Universidad de Navarra. Trasplante de tejidos fetales (internet). Diccionario médico: trasplante de tejidos fetales. 2018. P. 1. Available from <https://www.cun.es/diccionario-médico/terminos/trasplante-tejido-fetl>

Dentro de las principales investigaciones realizadas con dichos tejidos se establecen “las relacionadas con enfermedades neurológica, principalmente enfermedad de Parkinson, una enfermedad neurodegenerativa causada por la muerte de células encargadas de producción de dopamina (...) a nivel cerebral. Los estudios se fundamentan en la capacidad de estos tejidos y células de regenerar las neuronas dopaminérgicas, gracias a las características pluripotenciales de estas células, donde se ha encontrado mejoría neurológica en pacientes que han sido tratados con implantes de células de origen fetal (417). También se ha estudiado en la enfermedad de Huntington, otra enfermedad neurodegenerativa que afecta en las esferas cognitiva, psicológica y en los movimientos de las personas, esto se produce por daño celular en los núcleos de la base (encargados de movimiento, entre otras funciones), del cerebro. Estudios preclínicos (en laboratorio) y clínicos han demostrado mejorar la función de personas que sufren de esta enfermedad al utilizar células de la eminencia ganglionica (tejido fetal que da origen a los núcleos de la base)”.

Al realizar una búsqueda en la literatura médica para argumentar y dar a conocer el panorama actual de la investigación, expuso un resumen de los más relevantes divididos por patologías (diabetes, lesión medular, accidente cerebrovascular, piel, huntintgton, pulmón, ataxia). Extrae de la literatura y los artículos científicos que “no se hace diferencia entre los distintos componentes y órganos fetales involucrados, pues la búsqueda arrojó resultados de investigación con membranas amnióticas, placenta, tejidos sólidos y células, entre otros. Por lo tanto, aún no es claro qué componentes hacen parte de tejidos fetales en la literatura médica. (...) En la actualidad, en investigación ni en la práctica se usan tejidos fetales para trasplante directo a otros humanos, por ejemplo, no se usa un corazón fetal para trasplante a un niño o adulto. No obstante, existe gran investigación actual, la cual está enfocada en la extracción de células madre de los tejidos

(417) Hallet PJ, Cooper O, Said D, Robertson H, Mendez I. Long-Term Health of Dopaminergic Neuron Transplants in Parkinson's Disease Patients. Cell Rep. 2014; 7(6): 1755-61.

fetales para la regeneración de tejidos adultos ya maduros, por todas las ventajas (...)."

Informa que la investigación con tejidos fetales está enfocada en la obtención de células madre para regeneración de tejidos, las cuales "tienen las propiedades de mejor crecimiento, mejor adaptabilidad a los ambientes de crecimiento, capacidad de multiplicación, menos rechazo por parte del tejido donde es implantado, entre otras propiedades. Por lo que la investigación con estas células se ha convertido en un tema de interés en la comunidad científica. Finalmente, con los estudios revisados se encuentra que la investigación con tejidos fetales es un campo promisorio en la investigación clínica. Estos estudios han encontrado respuestas muy buenas a estos tratamientos. Aunque varios estudios son realizados en animales, esto comprueba la plausibilidad biológica de las hipótesis y abre el camino para investigación en humanos".

Expresa que al ser un campo de investigación que ha tomado relevancia, las implicaciones éticas se han manifestado exponiendo las recomendaciones que la Asociación Médica Americana ha creado para una investigación segura y ética (418): "A. No ofrecer dinero por el tejido fetal. B. Obtener un consentimiento informado de la mujer: que debe incluir el propósito de la investigación. C. En caso de un aborto inducido: (1) la decisión de aborto debe ser previa a la discusión del uso de tejido fetal para investigación y (2) el método de aborto se define de acuerdo con la seguridad de la paciente. D. Cuando se use en trasplante o investigación clínica: (1) el donante no define al receptor y (2) el donante y receptor dan consentimiento informado. E. El personal médico no se beneficia del aborto ni de la donación".

Facultad de Medicina, Grupo de Investigación en Anatomía para la Educación (419). En alusión

(418) Ama-assn.org (2018). Research Using Human Fetal Tissue/ American Medical Association. (on line). Available at: <https://www.ama-assn.org/delivering-care/research-using-human-fetal-tissue> (accessed 3 May. 2018).

(419) Recibido el 05 de abril de 2018 y suscrito por el profesor asistente, Coordinador Anatomía Roberto J. Rueda E.

al uso de tejidos fetales en la educación de los profesionales en salud expone la crisis en los procesos de enseñanza aprendizaje en anatomía y ramas afines, exigiendo generar conocimientos significativos en los estudiantes con un mínimo de tiempo y recursos disponibles como lo son dichos componentes fetales. Acto seguido, reconociendo que el uso de especímenes cadavéricos adultos y fetales representa una herramienta invaluable, indica que considerará el desconocimiento médico de las malformaciones fetales por el personal de salud para aclarar el impacto directo que el "no utilizar" estos especímenes en educación representa para el profesional como para la población que afectará en su vida laboral.

Al expresar que el párrafo acusado emplea términos erróneos, redundantes y no médicos, procede a definirlos (feto, niño y aborto). Informa que en el mundo las malformaciones fetales se presentan con frecuencia entre 15 y 21,3 casos por cada 1000 nacidos vivos (Zarante, 2012). Explica que las alteraciones genéticas y complicaciones neonatales u obstétricas son de extrema importancia para el estudio y comprensión de la embriología, anatomía y fisiología. Luego de referir a las causas que las originan subraya que "para el profesional, reconocer la etiología, evidentemente multifactorial de estas alteraciones del desarrollo y las diferencias que entre estas se encuentran permite no solo diagnosticar, sino definir la mejor conducta médica basada en la evidencia actual, asegurando el mejor tratamiento disponible a sus pacientes. Y el proceso de aprendizaje necesario para desarrollar estas destrezas, habilidades y competencia requiere el uso de especímenes reales que le permitan al profesional observar las estructuras y la disposición tridimensional de las mismas".

Enfatiza que el fin último de aprender del cuerpo mismo "es modificar la práctica clínica y quirúrgica por medio de la renovación del conocimiento anatómico del ser humano. De este modo, se incrementa la eficiencia de los servicios de salud al disminuir la morbi-mortalidad relacionada con las competencias derivadas del desconocimiento sobre las malformaciones en las estructuras. Por su parte, el origen de estas complicaciones se puede atribuir a una predisposición a alguna patología, que a su vez puede ser

ocasionada por una conformación diferente de la estructura anatómica o a una práctica quirúrgica sesgada en la que se asume una anatomía ‘estandar’ de libro”. Explica que potenciar al profesional a brindar información al público sobre factores de riesgo y la relevancia de controles y ecografías durante el embarazo dado una sospecha por pertenecer a un grupo poblacional con alta prevalencia de malformación “constituye mejoras en la atención de la salud y mejoras en calidad de vida de pacientes con discapacidades causadas por malformaciones. Aspectos cruciales en los procesos de promoción de la salud y prevención de la enfermedad en todo sistema de salud a nivel global”.

17. Amicus Curiae, Universidad Nacional de Buenos Aires, Facultad de Derecho, Centro de Estudios Legales y Sociales CELS (420). Estima que en atención a las obligaciones internacionales de los Estados en torno al acceso al aborto no punible, la expresión “niños no nacidos abortados” debe ser suprimida de la norma legal pertinente. En calidad de amicus curiae la organización no gubernamental expresa que se adhiere en su totalidad a los puntos analizados por La Mesa por la Vida y la Salud, lo que no es óbice para mencionar algunas consideraciones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en el caso “F.A.L.”, en el entendimiento que la inclusión “niño no nacido abortado” puede facilitar la vulneración de los derechos sexuales y reproductivos, particularmente el de la interrupción legal del embarazo.

Informa que las interpretaciones realizadas de las normas convencionales (sistemas universal e interamericano) fueron adoptadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “F.A.L.” (421), al señalar que “el derecho a la vida no puede ser comprendido como una pauta

(420) Recibido el 05 de junio de 2018 y firmado por el apoderado Diego Morales y la docente Lucia de la Vega.

(421) S/medida autosatisfactiva, 259-XLVI, 13 de marzo de 2012. Confirmó la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Chubut, que en 2010 autorizó la realización de la práctica del aborto respecto de la joven A.G. de 15 años de edad, quien quedara

que restrinja la aplicación de normas habilitantes de la práctica del aborto no punible, pues ello atendería contra el ejercicio legítimo de derechos de acceso a la interrupción del embarazo con base al otorgamiento de un alcance a un derecho convencionalmente consagrado que, en los hechos, no posee”. Con base en esta decisión afirma que la categoría “niño no nacido abortado” “contribuye a diluir los alcances que el derecho a la vida ha pretendido revestir en su consagración como derecho fundamental, con el riesgo de impactar negativamente en el legítimo ejercicio de derechos de las mujeres, en particular de los derechos sexuales y reproductivos.”

Así mismo, aunque la jurisprudencia constitucional en Colombia ha especificado los extremos del derecho al aborto, esboza que no es menos cierto que la sociedad civil ha enfrentado barreras de índole diversa a la legal que tienden a obstaculizar el legítimo ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos reconocidos por la Corte. Expone que similar situación se presenta en Argentina, donde el estigma que pesa sobre el aborto empuja a mujeres y niñas a la clandestinidad poniendo en riesgo su vida y salud. Así extrae que la expresión “niño no nacido abortado” constituye una amenaza para el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos, en particular del acceso a la interrupción legal del embarazo.

Desprende que tal expresión “contribuye a acentuar patrones socioculturales estereotipados que pueden, ya sea, constituirse en potenciales maniobras dilatorias para el acceso al derecho al aborto no punible; o bien acentuar la existencia de patrones simbólicos estereotipados que empujen a las mujeres a poner en tela de juicio la legitimidad que poseen para ejercer un derecho que les ha sido reconocido por esta (...) Corte Constitucional”. Adicionalmente, aduce que dicho concepto denota “la voluntad de generar en el embrión una diferenciación en su naturaleza (con) base a clasificación que aparta a los fetos no nacidos por causas naturales de aquellos nacidos por causas diferentes. Dicha diferenciación reposa (...) en la condición, en los hechos,

embarazada como consecuencia de haber sido violada por su padrastro.

necesaria para operar: la decisión de la mujer gestante de interrumpir, o no, su embarazo. Ello conlleva al refuerzo de estereotipos negativos que condicionan el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo”.

18. Amicus Curiae, Carlos María Romeo Casabona (422). Estima que el interés prioritario al que da prevalencia el parágrafo demandado sería las partes anatómicas del “niño no nacido abortado” al ser excluidas de ser donadas y utilizadas, lo cual entiende, a los ojos del legislador ordinario, que el “niño no nacido abortado” sería titular de algún derecho fundamental o al menos de un bien jurídico protegido por la Constitución colombiana (la vida). No obstante, encuentra que dicha perspectiva debe rechazarse, pues “sería abiertamente contraria al entendimiento del derecho a la vida proclamado por la Constitución (‘el derecho a la vida es inviolable’, art. 11) desarrollado por la Corte Constitucional, que distingue un derecho a la vida en sentido estricto, del que son titulares quienes han alcanzado la consideración de persona humana, de un bien constitucionalmente protegido, de quienes se benefician quienes no alcanzado todavía esa categoría: (...) (sentencia C-355/06)”.

Advierte que “persiste la ambigüedad del significado legal de ‘niño no nacido’, expresión que trata de difuminar y enmascarar la realidad a la que se refiere.” Agrega que “es categoría jurídica desconocida, inexistente, que parece ocultar o enmascarar otros designios del legislador ordinario, sobre lo que no es relevante indagar. Sin embargo, sí es conocida la que corresponde a su verdadero estatuto biológico, que es la de embrión o feto, según la fase de desarrollo vital en la que se encuentre; o en términos comprensivos de ambas fases, estamos ante el nasciturus”. Así encuentra que la terminología que recoge la Ley 1805 de 2016 es inadecuada al no corresponder a ninguna categoría ontológica ni jurídica por el ordenamiento interno, “por lo que supone ya una grave afectación para la seguridad jurídica, dado que no se da satisfacción al principio de taxatividad derivado del principio de legalidad,

que reclama la máxima concreción de las descripciones y prescripciones de la ley. Avanzando en este proceso discursivo, la prohibición de la donación y utilización de órganos o tejidos se refiere a embriones y fetos muertos (abortados).”

No halla la necesidad ni la eficacia de la prohibición establecida por el legislador ordinario, toda vez que “hay otros mecanismos jurídicos directos y mucho más severos que podrían hacer frente con mayor éxito frente al tráfico comercial lícito por medio del recurso a abortos ilegales. Y mucho menos se justificaría cualquier intento preventivo en el caso de abortos o interrupciones del embarazo espontáneas o legales, pues a través de estos no se incrementa un riesgo para la vida del nasciturus”. Expresa que los especialistas en el ámbito del Bioderecho recomiendan un conjunto de requisitos específicos para que la extracción de los materiales anatómicos se prepare en las mejores condiciones para el nasciturus antes de su muerte (y en su caso para la mujer gestante) y como segunda prioridad para asegurar en lo posible la viabilidad de estos materiales y su posible trasplante a pacientes que los necesiten (423).

(423) Afirma que al partir el legislador de la prohibición de la donación y utilización de órganos o tejidos de los nascituri, es lógico que no se haya mencionado ningún requisito para prevenir cualquier instrumentalización o generar o agravar sufrimientos innecesarios. Con la finalidad de aclarar cuáles podrían ser esos requisitos preventivos, podría enumerarse algunos de ellos: “a) excluir la donación de órganos y tejidos de embriones o fetos abortados ilegalmente; b) que hayan prestado su consentimiento los dos miembros de la pareja matrimonial, o al menos uno de ellos sin que conste la oposición del otro; si no hay vínculo matrimonial o semejante, el consentimiento lo otorgará la mujer gestante; c) no condicionar la forma de la práctica del aborto para poder extraer el mayor número de materiales anatómicos para trasplante que puedan producir sufrimiento fetal o incrementar el riesgo para la vida o la salud de la mujer gestante; d) que el profesional que practique el aborto no participe en la extracción de los elementos anatómicos embrionarios o fetales ni los utilice con posterioridad; e) que no haya contraprestación o compensación

(422) Director del G.I. Cátedra de Derecho y Genoma Humano. Universidad del País Vasco/EHU.

En cuanto al derecho a la salud sostiene que envuelve su no menoscabo por conductas que se dirijan contra su incolumidad (transmisión de enfermedades infecto-contagiosas o de sustancias tóxicas para el organismo). Forma parte del derecho la disposición de medidas de carácter asistencial (técnicas y procedimientos diagnósticos y medidas terapéuticas) y preventivo para la salud individual y colectiva (salud pública). Informa que la medicina-cirugía de sustitución puede realizarse con éxito también a partir de materiales biológicos provenientes de embriones o fetos. Ello le permite afirmar que la prohibición establecida está postergando la tutela efectiva sin que se le enfrente ningún otro derecho de naturaleza fundamental o un bien constitucional que justifique prohibición alguna relativa a la obtención de materiales biológicos de embriones o fetos para su trasplante. Añade que “al carecer de fundamentación alguna y al no pretender por ello resolver ningún conflicto real, comporta una limitación del derecho a la salud carente de cualquier justificación, pues impide que órganos y tejidos embrionarios o fetales puedan ser destinados a su trasplante para personas que lo necesiten, como procedimiento terapéutico que se ha ido extendiendo de forma constante y ha ido mejorando las expectativas de vida o de salud de sus beneficiarios, sin perjuicio de que la escasez de órganos continua siendo un reto que los sistemas nacionales de salud de todo el mundo afrontan cada día”.

Contrario a la opción acogida por el párrafo cuestionado, observa que el derecho fundamental a la salud demanda promover un marco legal que bajo la garantía de los derechos e intereses de los implicados (donantes vivos, fallecidos, mientras estén con vida, y receptores), “facilite la obtención de órganos, tejidos y otros materiales biológicos procedentes tanto de personas nacidas como de nascituri. En relación con estos últimos, los profesionales de la salud valoran muy favorablemente su particular indicación para su trasplante a niños, la posibilidad de recurrir a algunos órganos y tejidos también para adultos y en especial las potencialidades de desarrollar líneas celulares trasplantables a partir de las células troncales o

madre de diversa naturaleza de las que son portadores los embriones y los fetos”. Desprende que se está ante una inconstitucionalidad por acción, toda vez que la prohibición comporta la merma del desarrollo de un derecho fundamental, al no permitir la posibilidad de recurrir a otras fuentes de órganos y tejidos para trasplante sin justificación constitucional alguna, al no estar en juego otro derecho o bien constitucional que pudiera enfrentarse al derecho a la salud.

Por otro lado, luego de referir que el Estado garantiza las libertades de enseñanza, aprendizaje, investigación y cátedra, expone que gracias a la investigación científica en el ámbito clínico-médico-quirúrgico los trasplantes de órganos, tejidos y otros componentes anatómicos, como células somáticas o madre, se han constituido “en un recurso terapéutico en constante expansión, que ha salvado las vidas o ha mejorado su calidad a miles de personas en todo el mundo. Colombia forma parte de este acervo asistencial y su sistema de salud viene dando cabida a este procedimiento terapéutico del que se benefician numerosos colombianos y residentes en el país”. Desde hace unos años se ha visto la relevancia que tienen los componentes biológicos procedentes de embriones y fetos humanos, especialmente las denominadas células troncales o madre, que están permitiendo el desarrollo de líneas celulares específicas para su injerto en pacientes con pérdida funcional de células y tejidos, en el marco de la llamada medicina regenerativa. Evidencia los artículos 7° a 10 de la Ley 1805 de 2016 sobre componentes anatómicos de un cadáver para fines de trasplante u otros usos terapéuticos (art. 9°).

Considera que la Ley 1805 no restringe, limita o prohíbe, ni directa ni indirectamente ninguna actividad investigadora biomédica que pueda guardar relación con el trasplante o injerto de componentes biológicos humanos. Colige que la libertad de investigación científica goza del máximo reconocimiento constitucional, sin embargo, “puesto que la Ley 1805 de 2016 no regula de forma específica la investigación con material humano (de individuos nacidos, embriones o fetos), la prohibición de esta ley que ha sido objeto de examen no comporta una limitación, directa o indirecta, de tal libertad, lo que no merece reproche alguno de inconstitucionalidad”.

económica alguna por la donación de los mismos, lo que se halla prohibido por la Ley 919-2004.”

19. Ministerio de Salud y Desarrollo Social Presidencia de la Nación, INCUCAI Comité de Bioética, Buenos Aires (424). Precisa que actualmente los órganos, tejidos o células viables para trasplante en seres humanos se obtienen del cuerpo de personas fallecidas (muerte encefálica o paro cardiocirculatorio) o se extraen de los donantes vivos, a lo cual se ha sumado el trasplante de células progenitoras hematopoyéticas (cordón umbilical) o tejido de la membrana amniótica (al nacer). A la fecha muchos países utilizan los órganos, tejidos o células humanas de origen fetal o embrionario, pero con fines de investigación (Parkinson, Alzheimer) no de trasplante. Explica que el avance científico demostrará la utilidad posterior de la investigación y su impacto en la salud pública. La investigación básica y clínica debe considerarse hoy como pilar fundamental y parte de la responsabilidad del Estado en su rol garante de la atención de la salud y del ejercicio pleno del derecho a la salud.

Estima que el aparte impugnado encierra algunas problemáticas que podrían menoscabar la confianza pública necesaria para sustentar un sistema altruista y solidario de donación de órganos. Así considera que el término “niño no nacido abortado” es confuso y ambiguo, toda vez que “no puede adscribirse específicamente a una entidad o categoría clara del desarrollo humano”. Recaba que la información clara, precisa y comprensible es un pilar fundamental en la comunicación para garantizar el desarrollo de un sistema de donación y trasplante que permita el acceso en forma equitativa y sustentable. Por ello, encuentra que la vinculación en una ley de trasplante de dos temáticas altamente sensibles para la sociedad y diametralmente diferentes, como la referida al aborto junto con el trasplante, podría impactar negativamente al generar confusión sobre los aspectos involucrados en el proceso de donación o trasplante.

20. Instituto Nacional de Salud (425). El concepto emitido por este establecimiento no se reseña al limitarse a recoger en su mayoría la inter-

(424) 21 de enero de 2019 y suscrito por la Coordinadora María E. Barone.

(425) 23 de enero de 2019 y firmado por la Directora General Martha Lucía Ospina Martínez, en

vención presentada por el Ministerio de Salud y Protección Social que solicita la inexecutable del párrafo demandado.

Sin solicitud alguna

21. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Organización Nacional de Trasplantes, España (426). Pone de presente que el Real Decreto ley 9/2014 que establece las normas de calidad y seguridad para la donación, obtención, evaluación, procesamiento, preservación, almacenamiento y distribución de células y tejidos humanos, y aprueba las normas de coordinación y funcionamiento para su empleo en humanos, recoge en el artículo 8º la donación y obtención de tejidos y células en donantes fallecidos. Igualmente recaba en el Decreto 83/1999 que regula las actividades de producción y de gestión de residuos biosanitarios y citotóxicos en la comunidad de Madrid, clasifica los residuos sanitarios en su artículo 3, considerando a las sustancias de origen humano de abortos como residuos. Por último, resalta que la Ley Orgánica 2/2010 sobre salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo no aborda esta temática.

22. Facultad de Filosofía, Universidad de Granada, España (427). Comenta que en el caso de la donación fetal tiene poco sentido éticamente el consentimiento, toda vez que el material humano donado no se ha constituido todavía como un individuo. El interés público, según algunos, jus-

respuesta a la solicitud de concepto técnico sobre el asunto.

(426) 11 de enero de 2019 y firmado por la Directora Beatriz Domínguez-Gil, en respuesta a la solicitud de concepto técnico sobre el asunto. Explica que el 21 de mayo de 2018 se dió contestación al asunto. Del concepto emitido no se extrae una pretensión expresa de inexecutable aunque pudiera en principio llegarse a tal conclusión del contenido de la intervención.

(427) 27 de febrero de 2019, en respuesta a la solicitud de concepto técnico sobre el asunto. Del concepto emitido no se extrae una pretensión expresa de inexecutable aunque pudiera en principio llegarse a dicha conclusión del contenido de la intervención.

tificaría la utilización del material cadavérico fetal o adulto. De otro lado, por razones de precaución estima que quizás sería oportuno restringir la actividad altruista de donación a una modalidad no económica. Informa que existe una diferencia moralmente significativa entre la donación de tejido del feto después de un aborto espontáneo y voluntario: en el primer caso, la demanda de donación solamente surgiría después de que ese material biológico fuera disponible, en el segundo caso la puesta a disposición de ese material biológico podría ser el resultado de otra decisión. Encuentra que se requiere mayor precisión si la solicitud de donación del feto se produce tras un aborto espontáneo, realizado por indicación médica, o se si produce de forma voluntaria y sin indicación médica, caso último en que las objeciones éticas son mayores, sin que implique un rechazo a la interrupción voluntaria del embarazo per se, ni un rechazo a la donación de feto por sí misma. La objeción se dirige a la combinación de ambas en una misma práctica.

Por la inhibición

23. Fundación Nacional de Trasplantados. Señala que la demanda: i) carece de especificidad, pues la argumentación es vaga, especulativa, imprecisa e indeterminada, al no exponer de manera concreta cómo se da la violación del núcleo esencial del derecho a la salud; ii) no es clara al no entenderse en qué está dado el desconocimiento de los derechos; iii) tampoco es suficiente al carecer de persuasión en sus pretensiones; y iv) resulta impertinente al no contener argumentos de naturaleza constitucional, sino juicios de conveniencia, además de estar sustentada en diversas situaciones de hecho o en hipótesis.

Fundación de Católicos de Colombia Solidaridad. Respecto a los derechos sexuales y reproductivos atendiendo el término “niño no nacido abortado”, advierte que el cargo carece de pertinencia, suficiencia y demostración. Explica que la definición del DANE emana de una fuente no autorizada para fijar criterios sobre las facultades excepcionales del aborto, sino que otorga directrices de tipo estadístico para la codificación de la mortalidad durante el periodo de gestación y parto. Añade que el instructivo no tiene rango constitucional ni legal careciendo de pertinencia.

Asegura que no es cierto que la Ley 1805 de 2016 tenga incidencia sobre el ámbito de aplicación de las excepciones previstas en la C-355 de 2006. Tampoco se verifica una comprobación suficiente de las razones jurídicas y prácticas por las que se está en presencia de una disposición inconstitucional. En cuanto a la igualdad sostiene que se incumple el requisito de suficiencia, además que no fue probado ni desvirtuada la presunción de constitucionalidad, careciendo del test de comparación en cuanto a la similitud de los actores y los hechos, así como la indicación de cuál es el trato desigual y por qué merece un tratamiento igualitario.

Universidad del Rosario. Expresa que la demanda carece de los requisitos mínimos al no enfocarse en la violación concreta de preceptos constitucionales, sino en criterios técnicos, científicos o estadísticos que podrían discutirse en el Congreso. Respecto al cargo por violación del derecho a la salud carece de suficiencia porque inicia con el estudio de la progresividad sin explicar las razones de inconstitucionalidad. Además, se parte de una presunción equivocada al señalarse que en materia de órganos lo que no está prohibido está permitido. Igualmente, el argumento de que siempre se han podido realizar donaciones de órganos carece también de certeza porque: i) en materia de disposición de partes del cuerpo no rige la autonomía de la voluntad al tratarse de un asunto de orden público que ha tenido reglas prohibitivas y penales, siendo la regla general la prohibición salvo se cumplan unos parámetros legales; y ii) previo a la Ley 1805 de 2016 no se podía realizar legalmente la donación de órganos de niños no nacidos, pues la norma vigente anterior (Ley 73 de 1988) contemplaba que la presunción legal se presentaba cuando una persona durante su vida se hubiera abstenido de oponerse.

Agrega que el planteamiento de la afectación de la investigación médica carece de pertinencia dado que no es un valor, un principio, ni un derecho. Sobre el derecho a la igualdad afirma que se incumple el requisito de suficiencia al realizarse afirmaciones genéricas sobre la desproporcionalidad y citarse documentos del DANE, sin explicar la forma en que se cumplen los presupuestos por violación de este derecho. En cuanto a los derechos sexuales y reproductivos advierte que carece

de certeza, porque el DANE no tiene competencia para fijar los criterios de interrupción del embarazo. Así mismo, no es pertinente al no comprender la vulneración de una norma constitucional sino un criterio de una entidad pública. Tampoco es cierta al hacer una diferencia entre el aborto y la IVE con fundamento en el periodo de gestación que resulta equivocado. Además, estima que la distinción realizada en que es aborto solamente la interrupción del embarazo hasta la semana 22 de gestación no tiene fundamento legal ni jurisprudencial y se basa en una conjetura.

Universidad de La Sabana. En torno a los derechos sexuales y reproductivos expone que la falta de equivalencia científica y jurídica del término demandado no cumple con los requisitos de pertinencia en el caso de los conceptos científicos y la suficiencia en el evento de los conceptos jurídicos. La falta de pertinencia está dada en que no se relaciona ninguna disposición constitucional que sirva de parámetro, no siendo los conceptos científicos criterios de constitucionalidad, ni su empleo puede exigirse con base en alguna norma constitucional. Evidencia la falta de elementos probatorios que permita asegurar la efectiva falta de correspondencia, por lo que no se podría asegurar la ambigüedad del término. Anota que se incumple la suficiencia al no lograr demostrar una duda mínima de inconstitucionalidad. Por último, en relación con el derecho a la igualdad considera que se incumplen los presupuestos de claridad y suficiencia, ya que la línea argumentativa es confusa y contradictoria, incapaz de despertar una duda de inconstitucionalidad, al afirmar que los nasciturus no son personas y luego que se trata de forma igualitaria a los padres de los mismos frente a los padres de los neonatales –quienes claramente sí son personas– y, por tanto, son titulares de derechos.

Concepto de la Procuraduría (428)

24. Solicita la exequibilidad en relación con los cargos por violación de la prohibición de regresividad en materia del derecho a la salud, del

(428) Recibido el 18 de septiembre de 2018 y suscrito por el Procurador General Fernando Carrillo Flórez.

derecho a la igualdad y del principio de unidad de materia. No halla regresiva la medida respecto a la garantía del derecho a la salud, dado que “no versa en estricto sentido sobre el contenido de un derecho y, porque, en caso de que lo hiciera, la nueva regulación no es comparable con la anterior, ya que se produjo bajo circunstancias normativas diferentes, lo cual también dificulta la evaluación de si el Congreso de la República transgredió los límites constitucionales impuestos a la potestad de configuración legislativa en materia de derechos”. Estima que las reglas sobre la disposición de componentes biológicos del cuerpo humano, aun cuando no se trate del concerniente a una persona propiamente dicha en un sentido jurídico, “son una opción legislativa de carácter político, ideológico, ético, etc., y no un aspecto prestacional de un derecho, sobre el cual pueda recaer un juicio de progresividad.”

Encuentra que no se deduce de la Constitución ni de la ley estatutaria de salud la existencia de un derecho a recibir en donación los órganos y tejidos de los no nacidos, o que sean objeto de investigación científica como una prestación o componente inherente al derecho a la salud. Afirma que las determinaciones en relación con el material biológico proveniente de abortos, involuntarios o provocados, no puede considerarse una prestación social, sino una disposición sobre el cuerpo humano en gestación. Precisa que de considerarse la existencia de tal derecho, no le es posible al juez constitucional valorar la regresividad respecto de dos posturas legislativas gestadas en contextos normativos distintos, toda vez que al examinar el antes y el después se observa que cuando se expidieron las leyes 9 de 1979 y 73 de 1988, modificadas por la ley parcialmente acusada “no era posible practicar abortos legales; posibilidad que surgió a raíz de lo resuelto en la sentencia C-355 de 2006 (...), lo cual modifica las circunstancias en medio de las cuales el legislador evalúa la pertinencia, necesidad, conveniencia, etc., de permitir o prohibir la donación de órganos y tejidos de los nasciturus”.

No halla contrario al derecho a la igualdad el tratamiento diferenciado otorgado por la Ley 1805 a los padres de los menores de edad nacidos y no nacidos, frente a la posibilidad de otorgar su consentimiento para la donación

de los órganos o tejidos de sus hijos fallecidos, puesto que “a pesar de que son dos grupos de sujetos que pueden estar diferenciados solo por un instante, como lo sostienen los demandantes, se trata de dos situaciones distintas que ameritan un tratamiento diferenciado”. Ello le lleva a manifestar que al consistir en dos supuestos distintos es admisible constitucionalmente que sean tratados de manera diferente, razón por la cual resulta exequible por el cargo de vulneración del derecho a la igualdad. En lo concerniente al principio de unidad de materia evidencia que no son acertados los argumentos de la parte actora, dado que no es posible sostener que lo demandado a pesar de guardar relación con el título de la ley contraría su objetivo general. Advierte que los argumentos de la accionante provienen de una visión rígida del principio de unidad de materia.

De otra parte, solicita la inhibición por los cargos de violación a los derechos sexuales y reproductivos, y a la salud respecto al desconocimiento de la obligación del Estado de abstenerse de llevar a cabo conductas que afecten de manera directa o indirecta el referido derecho, y a que la norma demandada contiene una orden contraria a la investigación médica. Considera que el cargo por violación a los derechos sexuales y reproductivos carecen de certeza, porque no repercute o incide en la regulación del estatus jurídico del no nacido, de la interrupción voluntaria del embarazo ni del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, lo cual impide que se surta el juicio de inconstitucionalidad, al acusarse un contenido normativo supuesto por la actora en lugar de uno que esté realmente previsto en la disposición acusada. Explica que el párrafo impugnado no implica reconocer un estatus jurídico distinto a los no nacidos del que se le ha otorgado en el ordenamiento hasta la fecha y sin que tenga alguna implicación sobre la IVE, que se encuentran regulados en cuerpos jurídicos distintos cuya vigencia no fue modificada por la Ley 1805 de 2016. Menos constituye un argumento suficiente la inclusión de una definición legal divergente con conceptos del DANE.

Los reparos contra el párrafo demandado por violación del derecho a la salud, considera que debe proferirse un fallo inhibitorio en cuanto i) al alegado desconocimiento de la obligación

del Estado de abstenerse de llevar a cabo conductas que afecten de manera directa o indirecta el derecho a la salud y ii) a que la norma acusada contiene una orden contraria a la investigación médica como elemento esencial del derecho a la salud. La inhibición se fundamenta en la falta de pertinencia y especificidad. Anota que los cuestionamientos presentados no son de orden constitucional ni expresan la afectación de un mandato superior realmente existente. Los argumentos sobre la importancia terapéutica e investigativa resultan globales, doctrinales, técnicos o de conveniencia, que implican una postura dentro de varias admisibles.

Salvamento de voto del Magistrado Carlos Ber-nal Pulido a la Sentencia C-294/19

Referencia: Expediente D-12533 Magistrado Ponente: José Fernando Reyes Cuartas

Con el respeto debido, me aparto de la decisión que adoptó la Sala Plena de la Corte Constitucional, el 26 de junio de 2019, referida a la demanda de inconstitucionalidad en contra del párrafo 2º del artículo 540 de la Ley 1805 de 2016, por las siguientes razones:

1. En este caso, correspondía proferir una sentencia de carácter inhibitorio. Frente a la supuesta vulneración al derecho a la salud, la demanda no cumplía con las exigencias de certeza y especificidad. En efecto, todas las afectaciones alegadas, como la restricción a la investigación científica y a los beneficios médicos que traería el uso de estos tejidos u órganos de “niños no nacidos abortados”, carecían de fundamentación empírica y obedecían a simples conjeturas.

La demanda no desarrolló argumentos concretos en virtud de los cuales se pudiera verificar, al menos prima facie, que el párrafo demandado generaba una afectación cierta al derecho a la salud en sus componentes prestacional y de “no regresividad”, por el supuesto deterioro de los elementos necesarios para garantizar la prestación “suficiente y eficiente” del servicio de salud, al que aludieron las demandantes.

2. Con todo, si, en gracia de discusión, se admitiera que el cargo por violación del derecho a la salud cumplió con requisitos de especificidad y suficiencia, lo cierto es que la Corte debió declarar

la exequibilidad simple de la norma demandada. En efecto, la Sala consideró que permitir la donación de los órganos y tejidos de los “niños no nacidos abortados” protege el derecho a la salud y lo desarrolla en su faceta de realización progresiva, y por ello concluyó que la prohibición de esta conducta infringe, correlativamente, el mandato de no regresividad. Sin embargo, no hay ningún argumento que permita derivar analíticamente una conclusión de esta naturaleza.

De hecho, la Corte perdió de vista que el párrafo que declaró inexecutable buscaba, precisamente, proteger los derechos a la salud, la vida y la integridad personal, ante el posible riesgo de que este tipo de usos y donaciones constituyeran un incentivo perverso para la práctica de abortos en casos no autorizados por la jurisprudencia constitucional.

3. Lo anterior me lleva a sostener que, en efecto, la norma expulsada del ordenamiento perseguía un fin constitucionalmente legítimo. La Corte, en cambio, acogió la postura, planteada por las demandantes, de que el Legislador no ofreció razones de peso en dicho sentido. Con ello, la Corte entendió de manera equivocada el principio de presunción de constitucionalidad de las leyes. De conformidad con este principio, lo que corresponde al órgano de representación política no es ofrecer razones a favor del ejercicio de su margen de configuración legislativa, con el cumplimiento, que en modo alguno le exige la Constitución, de una “carga argumentativa necesaria y adecuada”, sino que la regulación legal que expida resulte fundamentable a la luz de la persecución de un fin constitucional válido, como ocurría en este caso con el párrafo declarado inexecutable.

4. Aun si se aceptara que la justificación ofrecida por el legislador para adoptar el apartado normativo declarado inexecutable era débil desde el punto de vista empírico, lo cierto es que la presunta afectación del derecho a la salud era apenas potencial y, en todo caso, levisima, por las siguientes razones:

i) No se configuraba la “regresividad” frente al derecho a la salud, a la que se refirió la demanda.

En estricto sentido, no es cierto que previamente existiera un marco legal que permitiera de forma expresa la donación y el uso de órganos y/o tejidos de “niños no nacidos abortados”, sino resoluciones del Gobierno Nacional en ese sentido. Con todo, era el Legislador quien ahora buscaba darle un marco regulatorio completo a la materia.

ii) Las posibles afectaciones a la docencia y a la investigación por el no uso de este tipo de órganos y tejidos no eran argumento suficiente para sostener una violación cierta y comprobada del derecho a la salud. Lo que reflejaron las intervenciones ante la Corte fue, a contrario sensu, un debate científico en el que existe incertidumbre acerca de los “posibles” beneficios y utilidades que el uso de estos tejidos tendría en materia de trasplantes y combate de enfermedades. Así, todos los argumentos de la demanda versaban sobre el eventual avance que podría suponer la utilización de este tipo de componentes orgánicos, lo que, en el campo de la ciencia médica, se ha quedado en el plano meramente hipotético.

Más allá de esto, no se presentó evidencia alguna de que la norma disminuyera el acceso de personas enfermas a tejidos, tratamientos y/o trasplantes, mucho menos si se tiene en cuenta que la disposición solo excluía el uso de órganos y tejidos de “niños no nacidos abortados”, mas no de otro tipo de cuerpos o de formaciones embrionarias. Así las cosas, es claro que los motivos que llevaron a la Corte a declarar la inexecutable de la norma obedecieron más a argumentos de conveniencia que a razones estrictamente jurídico-constitucionales.

5. En mi criterio, en una democracia constitucional, la falta de certeza empírica se suple con la legitimidad política del Congreso de la República. Bajo los parámetros de incertidumbre a los que me refiero, e incluso bajo un eventual empate entre la finalidad buscada por la norma y la posible afectación del derecho a la salud, la decisión de la Corte debía producirse de conformidad con el principio pro legislatore. Fecha ut supra. —Carlos Bernal Pulido.

El uso de tejidos de fetos abortados como otro argumento a favor de la legalización del aborto

Eleonora Lamm (*)

Sumario: I. La sentencia que motiva el presente comentario y la situación en Colombia.– II. Consideraciones de la Corte Constitucional colombiana. Prohibición *prima facie* de retrocesos frente al nivel de protección constitucional alcanzado en el derecho a la salud.– III. El uso de tejidos fetales.– IV. La necesaria perspectiva de género.– V. El uso de tejidos fetales como otro argumento a favor de la legalización del aborto.– VI. Palabras finales.

I. La sentencia que motiva el presente comentario y la situación en Colombia

En Colombia y el mundo, el uso de tejidos fetales para la investigación médica y para tratar enfermedades y lesiones es cada vez más promisorio. Sin embargo, han tomado fuerza los movimientos sociales, religiosos y políticos que se oponen a su uso en cualquier escenario. Esto precisamente sucedió en Colombia, donde un párrafo de la ley 1805 de 2016 prohibió donar y utilizar “órganos o tejidos de los niños no nacidos abortados” en trasplantes, tratamientos, investigación médica e incluso con fines educativos. Tal prohibición fue declarada inexecutable por la sala Plena de la Corte Constitucional, por medio de la sentencia C-294/19 del 26 de junio de 2019, en virtud de una demanda interpuesta por la Clínica Jurídica de Medio Ambiente y Salud Pública de la Universidad de los Andes (1).

(*) Agradezco profundamente a Aída Kemelmaier, Marisa Herrera y Soledad Deza por sus valiosos comentarios.

(1) Fuente: www.uniandes.edu.co/es/noticias/salud-y-medicina/realidades-y-mitos-del-fallo-que-permite-el-uso-de-tejidos-fetales.

El texto legal cuestionado es la ley 1805 de 2016 (2), cuyo art. 540, parág. 2º, establece: “No pueden ser donados ni utilizados órganos o tejidos de los niños no nacidos abortados”.

Sucede que conforme la Constitución Colombiana —la anterior y la vigente— y con anterioridad a la ley 1805 de 2016, el Estado colombiano contaba con una normativa legal y reglamentaria en materia de uso y donación de órganos o tejidos que incluía los fetales, con fines de investigación de carácter científico o docente en salud (3), además de las otras

(2) Diario Oficial 49.955 de 4 de agosto de 2016. Por medio de la cual se modifican la ley 73 de 1988 y la ley 919 de 2004 en materia de donación de componentes anatómicos y se dictan otras disposiciones.

(3) Leyes 9 de 1979 (Medidas Sanitarias), 73 de 1988 (Donación y Trasplante de Órganos y Componentes Anatómicos para Fines de Trasplantes u otros Usos Terapéuticos) y 919 de 2004 (prohíbe la comercialización de componentes anatómicos para trasplante y tipifica como delito su tráfico); decs. 3 de 1982, 2636 de 1986, 1172 de 1989, 1546 de 1998 y 2493 de 2004 y resoluciones 8430 de 1993 (normas científicas, técnicas y administrativas para la investigación en salud), alusiva a las investigaciones

investigaciones que se encontraban en curso, por lo que la prohibición prevista en el parág. 2º imponía una barrera de acceso y disponibilidad, conllevando un retroceso en el nivel de protección alcanzado (4).

Una de las investigaciones en curso es el proyecto Zika en Embarazadas y Niños (ZEN) liderado por el ministerio de Salud de Colombia y el Instituto Nacional de Salud, la Gobernación de Santander y los Centros para el Control y la Prevención de Enfermedades (CDC) de Estados Unidos. Este proyecto busca tratar los efectos adversos para la salud de gestantes, fetos y bebés infectados durante el embarazo y a largo plazo (5).

En una sentencia extensa y muy desarrollada, como acostumbra a hacer ese maravilloso tribunal que ilumina en muchos temas a la región, se declara que el parágrafo aludido es inconstitucional. Argumenta que, en Colombia, la escasez de órganos o tejidos para usos terapéuticos —no solo trasplantes— hace que un buen número de personas que los necesitan para sobrevivir o para mejorar su calidad de vida permanezca más allá del

en mujeres embarazadas y la utilización de embriones, óvulos o fetos (arts. 30, 35 y 43), 3823 de 1997, 5108 de 2005, 2640 de 2005 y 382 de 2015.

(4) Por ejemplo, la res. 8430 de 1993 del Ministerio de Salud que establece en el art. 4º que “la investigación para la salud comprende el desarrollo de acciones que contribuyan: a. Al conocimiento de los procesos biológicos y psicológicos en los seres humanos. b. Al conocimiento de los vínculos entre las causas de enfermedad, la práctica médica y la estructura social. c. A la prevención y control de los problemas de salud. d. Al conocimiento y evaluación de los efectos nocivos del ambiente en la salud. e. Al estudio de las técnicas y métodos que se recomienden o empleen para la prestación de servicios de salud. f. A la producción de insumos para la salud”.

(5) 30 de agosto de 2017. Boletín de prensa 116 de 2017. Investigaciones de Zika en embarazadas y niños avanza para descubrir defectos congénitos. Proyecto Zen.

tiempo clínicamente idóneo en lista de espera e, incluso, lleguen a morir. De esta forma, al no existir una razón válida constitucionalmente para fundamentar la prohibición legal, conforme se verá, se impide la utilización terapéutica en la asistencia clínica, así como su empleo en proyectos de investigación dirigidos a encontrar nuevas estrategias en la prevención, tratamiento y cura de enfermedades, suprimiendo la oportunidad de conservar la salud y la vida de los posibles receptores, además de restringir el campo de la investigación.

De este modo, la Corte considera que la exclusión del sistema de salud a toda una población de los beneficios de la investigación científica y del acceso al conocimiento, como esperanza de conservación de la vida y dignidad de las personas, que ya se encontraba incluido en una normatividad legal y reglamentaria destinada a asegurar contenidos propios del derecho fundamental a la salud en cuanto acceso y disponibilidad, constituye una medida regresiva respecto a la cual no se encontró justificación constitucional alguna, por lo que, al constatar la involución en materia de salud, bajo la presunción de inconstitucionalidad ante la ausencia de razones constitucionales por el Congreso de la República, y conforme a los juicios de valor y pruebas recaudadas, declara la inexequibilidad del apartado impugnado.

II. Consideraciones de la Corte Constitucional colombiana. Prohibición *prima facie* de retrocesos frente al nivel de protección constitucional alcanzado en el derecho a la salud

En materia del derecho salud, tratándose del principio de progresividad y no regresividad *prima facie* frente al nivel de protección constitucional alcanzado, la Corte acogió la Observación General 14 del Comité DESC, según la cual: “existe una fuerte presunción de que no son permisibles las medidas regresivas adoptadas en relación con el derecho a la salud. Si se adoptan cualesquiera medidas deliberadamente regresivas, corresponde al Estado Parte demostrar que se han aplicado tras el examen más exhaustivo de todas las

alternativas posibles y que esas medidas están debidamente justificadas por referencia a la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto en relación con la plena utilización de los recursos máximos disponibles del Estado Parte” (6).

En consecuencia, las medidas legislativas que constituyan un retroceso en materia de salud deben estar debida o plenamente justificadas por el Estado (inversión de la carga de la prueba) (7), esto es, de manera adecuada y suficiente (8), a partir de la exposición de razones que demuestren la necesidad de una disminución en el nivel de protección constitucional alcanzado para seguir avanzando en el desarrollo de las otras facetas de los derechos y observando parámetros de razonabilidad y proporcionalidad (9). Todo esto, so pena de ser declarados inconstitucionales.

Ahora bien, del recuento del trámite del proyecto de ley no se observa, ciertamente, exposición alguna de razones, ni que se hubiere cumplido un debate sobre el segmento normativo acusado, por lo cual se está ante la ausencia de justificación respecto de la medida regresiva adoptada, que fue avalada por la mayoría de la Corporación.

La introducción del nuevo asunto a cargo de la senadora ponente Paloma Valencia atendió una proposición aditiva de la senadora María del Rosario Guerra de la Espriella (10),

(6) Cfr. sentencia C-754 de 2015.

(7) Sentencias C-754 de 2015 (debidamente justificada), C-644 de 2012 y C-038 de 2004 (plenamente justificada), C-038 de 2004 (cuidadosamente estudiada y justificada) y T-469 de 2013 (inversión de la carga de la prueba, Estado).

(8) Sentencias C-931 de 2004 (adecuada justificación) y T-469 de 2013 (suficiente justificación).

(9) Sentencias C-754 de 2015 y C-931 de 2004.

(10) La senadora María del Rosario Guerra de la Espriella, en su escrito recibido el 2 de mayo de 2018, inicia manifestando que el precepto impugnado fue una proposición de su autoría en la

a la vez secundada por varios senadores (11), que estuvo justificada en la simple afirmación de un suceso acaecido en los Estados Unidos.

discusión del proyecto en la plenaria del Senado, cuyo objetivo era “prohibir la donación y utilización de órganos o tejidos de los niños no nacidos abortados, tal y como quedó consignado en la Gaceta 91 de 2016 del Senado”. Explica que la inexequibilidad “afectaría la dignidad humana al incentivar abortos para la comercialización de fetos”. Además, precisa que “no pretende discutir la legalidad del aborto en las 3 modalidades definidas por esta Corte, sino ahondar en el tratamiento jurídico de la medida y argumentar que la prohibición no afecta directa o indirectamente el derecho a la salud”. Indica que la literatura internacional ha demostrado una correlación positiva entre el incentivo del aborto para fines científicos, la comercialización de fetos y la pérdida progresiva del respeto a la vida humana. De este modo, afirma que el “dramático utilitarismo de los fetos ha incentivado que se multipliquen los bancos de células y tejidos procedentes de abortos provocados. Ello atenta contra la dignidad humana. Ejemplifica este fenómeno la investigación que adelantó el Congreso de los Estados Unidos en contra de la organización Planned Parenthood tras filtrarse un video y comprobarse que analizaba con detalle gráfico cómo abortar un feto para preservar sus órganos, ello con fines de investigación médica, así como los altos recursos económicos asociados a compartir ese tejido con los científicos”. Sostiene que la vida del no nacido hay que preservarla, por lo que, a juicio del Congreso, no es compatible con la dignidad humana incentivar abortos para la comercialización o donación de fetos para el desarrollo científico. Halla la preceptiva conforme a los compromisos internacionales como la Convención sobre los Derechos del Niño y la Declaración de los Derechos del Niño, que garantizan la protección y cuidado especial, incluso la debida protección legal antes y después del nacimiento. No encuentra vulnerado el principio de progresividad del derecho a la salud, porque la normatividad que la precede (leyes 9/1979 y 73/1988, y dec. regl. 1172/1989), instituye también la protección de la dignidad humana.

(11) La proposición aditiva registra como fecha de presentación el mismo día de la sesión plenaria del Senado, es decir, 16 de diciembre.

De esta forma, el apartado impugnado nunca estuvo presente durante el debate legislativo hasta el momento previo de la aprobación del articulado en el cuarto debate, lo cual obedeció esencialmente a la premura con que se desarrolló la sesión plenaria ordinaria atendiendo la agenda (varios asuntos por discutir), el vencimiento del período de las sesiones ordinarias (16/12/2015) y la proximidad de la medianoche como tiempo máximo para la aprobación del proyecto de ley.

Lo expuesto permite afirmar *ab initio* que la introducción en el cuarto debate del párrafo demandado no contó con la debida o plena motivación requerida, ni tampoco con espacios de reflexión por parte del órgano deliberativo por excelencia, como lo es el Congreso de la República (principio democrático).

Conforme manifiesta en su *amicus curiae* el Centro de Estudios sobre Genética y Derecho de la Universidad Externado de Colombia, el párrafo acusado no fue parte del proyecto de ley original, ni tampoco se registró en su trámite razón alguna que explicara la inclusión de la prohibición establecida. Consideró que se trató de un acontecimiento aislado —no de una práctica generalizada—, cuyo contexto legal y jurisprudencial en Estados Unidos no es coincidente con el previsto en Colombia, tampoco existía claridad en los términos en que resultaba prohibida la transferencia de tejidos fetales, ni fue fruto de una investigación judicial. Dicho centro de estudios concluyó que el legislador no sustentó (carga argumentativa pertinente) la medida regresiva adoptada respecto del nivel de protección alcanzado, que ahora impide la utilización (órganos o tejidos de no nacidos abortados) terapéutica en la asistencia clínica, así como en proyectos de investigación dirigidos a nuevas estrategias en la prevención, tratamiento y cura de las enfermedades, con lo cual termina por suprimir la oportunidad de mayores expectativas de disponer del servicio de salud (posibles receptores), además de restringir el campo de actuación de los investigadores.

Comparte la Corte que se ha sustraído por el legislador, sin motivos jurídicamente

relevantes (adecuados y suficientes) y con ausencia de deliberación pública, elementos de suma importancia en el ámbito de la asistencia clínica —derecho fundamental a la salud— y la investigación científica, encaminados a procurar el goce efectivo de un estado completo de bienestar físico, mental y social a la población colombiana, cuya utilización estaba ciertamente permitida. Así, se desconoció el derecho fundamental a la investigación científica por falta de justificación legislativa en la limitación del campo de acción, que a la vez afectó el derecho de las personas a gozar de los beneficios del desarrollo científico, al impedir la posibilidad de aliviar el sufrimiento y mejorar la salud del individuo y de toda la comunidad (12). Todo lo cual ocasiona la violación del derecho fundamental a la salud en sus elementos esenciales e interrelacionados de disponibilidad y accesibilidad, principalmente.

Como se verá, en nuestro congreso también se acercaron relatos de este tipo y, al igual que en el caso de Colombia, tampoco gozaron de fundamentación científica.

Ahora bien, a los efectos de entender el alcance e importancia de la sentencia y por qué de allí emerge otro argumento a favor de la legalización del aborto, procederé a explicar qué son y para qué se usan los tejidos fetales.

III. El uso de tejidos fetales

Conforme explica Gimble (13), hasta hace un tiempo nadie hablaba de tejidos fetales. Se convirtió en un problema cuando el Centro para el Progreso Médico (“CMP”, por sus siglas en inglés), un grupo activista antiabortista, participó en una operación de muchos

(12) Art. 12 de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos.

(13) GIMBEL, V. Noah, “Fetal Tissue Research & Abortion: Conscriptation, Commodification, and the Future of Choice” (May 16, 2017), *Harvard Journal of Law & Gender*, vol. 40, 2017. Disponible en SSRN: www.ssrn.com/abstract=2968980.

años para arrojar luz sobre la industria del tejido fetal y acusar a las clínicas de *Planned Parenthood* (IPPF, por sus siglas en inglés) de comercio ilegal de cadáveres y órganos fetales abortados con fines de lucro. Los agentes de CMP crearon una compañía biomédica falsa como pretexto para obtener reuniones de alto nivel con *Planned Parenthood* y otras compañías y publicaron videos encubiertos de sus conversaciones con proveedores de aborto.

La firma de inteligencia corporativa *Fusion GPS*, contratada por *Planned Parenthood* para analizar los videos de CMP, descubrió que CMP editó los videos cortos para respaldar sus alegaciones de que *Planned Parenthood* se estaba beneficiando de las donaciones de tejido fetal. Se descubrió que los videos “completos” publicados por CMP que duraban horas perdían hasta 30 minutos de película, lo que según CMP se debía a la omisión de “descansos en el baño y períodos de espera entre reuniones” (14).

Planned Parenthood publicó en su sitio web una declaración en respuesta a los videos, enmarcando su provisión de tejido fetal de abortos como “ayuda (a) pacientes que desean donar tejido para investigación científica” (15). En este marco, parece como si las pacientes también son beneficiarias de la investigación del tejido fetal.

En Argentina se puede decir que el debate se dio a conocer a partir de la tramitación del Proyecto de Ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo en 2018, cuando 845 personas a favor y en contra de la legalización del aborto expusieron sus opiniones y conocimientos en las reuniones informativas ante los plenarios de comisiones de la Cámara de Diputados y

el Senado de la Nación, y 235 legisladoras/es esgrimieron sus conclusiones durante las sesiones de votación en dichas cámaras. Especial énfasis puso la senadora Silvia Elías de Pérez.

Se dijo que la *Planned Parenthood* era “un holding de empresas que se dedica al aborto”, que traficaba “órganos de fetos” y que “intervenía jurídicamente” en los países que debatían la interrupción voluntaria del embarazo con el objetivo de defender sus intereses económicos. Se la acusó también de financiar a lxs especialistas que exponían a favor de la legalización del aborto.

Aunque nada de esto es cierto, sí lo es que los tejidos fetales se utilizan con distintos fines, como los siguientes.

III.1. Vacunas

Los “donantes” fetales han sido fundamentales en el desarrollo de algunas de las vacunas más conocidas en el mercado. Las vacunas contra la rubéola, la varicela, la hepatitis A, el herpes zóster y la rabia se cultivaron a partir de líneas celulares derivadas de fetos abortados en la década de 1960 (16). Y el uso de tejido fetal en el desarrollo de vacunas continúa hoy, p. ej., en ensayos que persiguen una vacuna contra el ébola (17).

Debido a que las vacunas pueden potencialmente beneficiar a toda la sociedad, el uso de tejido fetal en su desarrollo es una

(16) NEPORENT, Liz, “What Aborted Fetuses Have to Do With Vaccines”, ABC News, www.abcnews.go.com/Health/aborted-fetuses-vaccines/story?id=29005539, www.perma.cc.7PE7-L43P; COLL. OF PHYSICIANS OF PHILA., “Human Cell Strains in Vaccine Development”, History of Vaccines, www.historyofvaccines.org/content/articles/human-cell-strains-vaccine-development, www.perma.cc.ZGW4-M7VX.

(17) BINKLEY, Collin - JOHNSON, Carla K., “Scientists Say Fetal Tissue Remains Essential for Vaccines and Developing Treatments”, PBS, www.pbs.org/news-hour/rundown/medical-researchers-say-fetal-tissue-remains-essential/, www.perma.cc.K9AJ-GUBB.

(14) CALMES, Jackie, “Planned Parenthood Videos Were Altered, Analysis Finds”, NY Times (27/08/2015).

(15) Press Release, “Statement from Planned Parenthood on New Undercover Video”, Planned Parenthood, www.plannedparenthood.org/about-us/news-room/press-re-leases/statement-from-planned-parenthood-on-new-undercover-video.

de las justificaciones más convincentes para su suministro continuo a los investigadores médicos (18).

III.2. Investigación animal humanizada

La “humanización” animal tiene dos propósitos: incubar y hacer crecer los órganos fetales humanos para un trasplante futuro y predecir con mayor precisión las respuestas humanas a estímulos tóxicos y terapéuticos (19).

En el primer tipo de investigación, los investigadores han implantado órganos fetales humanos intactos en ratas para cultivarlos en órganos humanos completamente desarrollados con la esperanza de ayudar a satisfacer la demanda de trasplantes de órganos (20).

El otro camino de la investigación de la humanización de los animales procede mediante la inyección de tejido fetal (típicamente médula ósea, hígado y timo) en el animal huésped (típicamente ratones), con el propósito de transformar el sistema inmune del huésped, o un órgano huésped específico, en algo parecido a un sistema inmune humano u órgano (21). A partir de ahí, se estudian las respuestas inmunológicas de los ratones humanizados a diversos estímulos, como la exposición a enfermedades y medicamentos, para comprender mejor las patologías y desarrollar y probar terapias curativas antes de autorizar dichos tratamientos para su prueba en humanos.

III.3. Investigación y trasplante de células madre

El trasplante de tejido fetal se está explorando como una posible cura para enfermedades que incluyen Parkinson, Alzheimer, esclerosis lateral amiotrófica (ELA), accidente cerebrovascular, insuficiencia hepática crónica, diabetes, lesiones de la médula espinal y más. Una descripción general reciente de la literatura médica sobre el trasplante de células madre fetales describió las distintas ventajas del tejido fetal sobre el trasplante de células madre tanto embrionarias como adultas: “La razón del trasplante de tejido fetal radica en el potencial de proliferación y diferenciación de células fetales, y los injertos fetales pueden integrarse en el huésped sin inducir el rechazo inmune” (22).

En el tratamiento de la enfermedad de Parkinson, el trasplante de tejido cerebral fetal ha dado lugar a una gran esperanza en la búsqueda de una cura (23).

El profesor español Carlos María Romeo Casabona, en su escrito de *amicus curiae* ante la Corte (24), explica que se trabaja con célu-

(22) ISHII, Tetsuya - ETO, Koji, “Fetal Stem Cell Transplantation: Past, Present, and Future”, 6 World J. Stem Cells 404, 405, 408-13 (2014) (listing several clinical studies utilizing five- to thirteen-week old fetuses for tissue samples, and one using a sixteen-week old fetus).

(23) HALLETT, Penelope J. et al., “Long-Term Health of Dopaminergic Neuron Transplants in Parkinson’ Disease Patients”, 7 Cell Reports 1755 (2014); FREED, Curt R. et al., “Transplantation of Embryonic Dopamine Neurons for Severe Parkinson’s Disease”, 344 New Eng. J. Med. 710, 710 (2001); ABBOTT, Alison, “Fetal-Cell Revival for Parkinson’s”, 510 Nature 195, 195 (2014).

(24) ROMEO CASABONA, Carlos M., “El derecho a la vida: aspectos constitucionales de las nuevas tecnologías”, en CASTAÑO DE RESTREPO, María P. - ROMEO CASABONA, Carlos M. (eds.), Derecho, genoma humano y biotecnología, Eds. Sideme - Temis, Bogotá, 2004, ps. 49-94.

(18) GIMBEL, V. Noah, “Fetal Tissue...”, ob. cit.

(19) LEWIS, Tanya, “Growing Human Kidneys in Rats Sparks Ethical Debate”, Livescience, www.livescience.com/49503-human-kidneys-grown-in-rats.html, www.perma.cc/PD4P-YHRV.

(20) Véase, p. ej., NAN-KUEI, Chen et al., “Arterial Flow Regulator Enables Transplantation and Growth of Human Fetal Kidneys in Rats”, 15 Am. J. Transplantation 1692, 1692 (2015).

(21) THE JACKSON LAB., “Jax Mice, Clinical & Research Services Catalog: June 2015-May 2016” at iv, 84 (2015).

las humanas —troncales o madre—, cuyas características permiten cultivarlas en el laboratorio y desarrollarlas como líneas celulares específicas —células diferenciadas— de determinados tejidos (epidérmicas, cardíacas, hepáticas, pancreáticas, nerviosas, etc.), con la finalidad de tratar enfermedades que en la actualidad son graves e incurables y degenerativas. Informa que los investigadores han descubierto que las células que abren tales expectativas se encuentran en ciertos lugares del cuerpo humano (tejidos y órganos), en los fetos, en el cordón umbilical, etc. De ahí que la discusión sobre cualquier investigación que afecte de algún modo a los seres humanos se colige que debe estar precedida del marco jurídico apropiado.

La Facultad de Medicina, Salud Pública de Colombia (25), en su escrito, informa que la investigación con tejidos fetales está enfocada en la obtención de células madre para regeneración de tejidos, las cuales “tienen las propiedades de mejor crecimiento, mejor adaptabilidad a los ambientes de crecimiento, capacidad de multiplicación, menos rechazo por parte del tejido donde es implantado, entre otras propiedades. Por lo que la investigación con estas células se ha convertido en un tema de interés en la comunidad científica. Finalmente, con los estudios revisados se encuentra que la investigación con tejidos fetales es un campo promisorio en la investigación clínica. Estos estudios han encontrado respuestas muy buenas a estos tratamientos. Aunque varios estudios son realizados en animales, esto comprueba la plausibilidad biológica de las hipótesis y abre el camino para investigación en humanos”.

Las “células madre” disponen de la capacidad de dividirse, diferenciarse en distintas células especializadas y auto renovarse para producir nuevas células madre. El tejido fetal, y las células madre embrionarias, tienen unas ventajas que proceden de su naturaleza, que

incluyen la capacidad de multiplicarse con mayor velocidad y facilidad, se pueden diversificar en distintos tipos de células, tienen poca probabilidad de rechazo, disponen de una mejor habilidad de crecimiento y sobreviven con menos oxígeno que otros tipos celulares.

Romeo Casabona (26) advierte que las células madre constituyen un modelo para entender el desarrollo humano y extraer resultados sobre infertilidad, interrupción espontánea del embarazo, problemas en el nacimiento, entre otros. De igual modo, revela que ofrecen información valiosa sobre los procesos de diferenciación y multiplicación celular y la función de los tejidos, además de que podrían servir para el tratamiento de la terapia génica y la investigación de nuevos productos farmacológicos. Explica que podrían ser fuente para tratar determinadas enfermedades degenerativas y genéticas crónicas (diabetes, Parkinson, Alzheimer, infarto de miocardio), así como procesos traumáticos (lesiones de médula espinal). Informa que la plasticidad de estas células, presuntamente mayor en las células madre embrionarias, podría facilitar el empleo terapéutico en el futuro en enfermedades graves para las cuales no se dispone hoy de alternativas eficaces.

IV. La necesaria perspectiva de género

Hasta aquí he analizado las ventajas en materia de salud de estos avances. Ahora procuraré incorporar la perspectiva de género a los fines de demostrar: 1) por qué el lenguaje que se utiliza en la norma derogada y la prohibición implicaría restringir derecho a acceder al aborto y 2) por qué el uso de tejidos fetales termina demostrando que el aborto debe garantizarse en condiciones igualitarias a todas las personas, de modo que debe legalizarse.

(26) ROMEO CASABONA, Carlos M., “Embriones humanos, técnica de reprogramación celular e investigación biomédica”, en *Genética, biotecnología y ciencias penales*, Pontificia Universidad Javeriana - Grupo Editorial Ibáñez, 2009, ps. 225-341.

(25) Recibido en junio de 2018 y suscrito por el profesor asociado Luis Jorge Hernández Flórez.

IV.1. El lenguaje y la prohibición de la norma colombiana

La norma se refiere a “niños no nacidos abortados” y, como bien se sabe, el lenguaje no es neutro, por lo que usar una expresión de este tipo, sumado al objeto de la prohibición, denota claramente la ideología que hay detrás.

Por ello en numerosos *amicus* que se presentaron ante la Corte se destacó la indirecta violación de derechos que implica el uso de esta expresión.

El Ministerio de Salud y Protección Social observa que, de conformidad con el art. 90 del Cód. Civil y su desarrollo jurisprudencial, “no hay lugar a tal expresión ‘niños no nacidos’, toda vez que pretende la creación de un nuevo sujeto de derechos, que implica una contradicción fáctica y jurídica al unir ‘niños’ con ‘no nacidos’, lo cual carece de sentido”.

La Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres (27) precisa que el contenido de la intervención se circunscribe al cargo por violación del derecho a la igualdad y los derechos reproductivos, anunciando como esquema de resolución: “En primer lugar, (...) como la expresión ‘niños no nacidos abortados’ desconoce el alcance de la protección constitucional dada al nasciturus y reconocida en el ordenamiento jurídico nacional, así como en instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos. En segundo lugar, (...) la expresión (...) refuerza los estereotipos en torno a la interrupción voluntaria del embarazo (...) y, (...) generaría una regresión en términos de la prestación del servicio de IVE por cuanto podría utilizarse para la interposición sistemática de barreras de acceso al servicio, afectando así sus condiciones de accesibilidad y disponibilidad. Por último (...) la prohibi-

(27) Recibido el 2 de abril de 2018 y suscrito por la coordinadora Juliana Martínez, la asesora jurídica y de incidencia Ana María Méndez, la Abogada de Acompañamiento de Casos Diana Marcela Sastoque y la integrante María de los Ángeles.

ción (...) atenta contra la autonomía, la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad de la mujer, protegidos por la Constitución Política y la sentencia C-355 de 2006”.

Estima que la expresión “niños no nacidos abortados” busca de manera inconstitucional extender la personalidad jurídica que se predica de las personas humanas a la vida prenatal, otorgando la titularidad de derechos fundamentales al no nacido, aun cuando solo las personas (nacidas) son titulares de derechos (28). Encuentra que el estatus legal de la vida prenatal ya fue definido en Colombia y su protección no abarca el de persona al no nacido sino el de bien constitucionalmente protegido (29). Halla la expresión “niños no nacidos abortados” incoherente a la luz del derecho internacional de los derechos humanos, al desconocer reglas de técnica jurídica y otorgar un alcance inadmisiblemente constitucionalmente, que “más allá de un error semántico y sintáctico, reproduce y crea realidades simbólicas discriminatorias que podría traer un efecto jurídico negativo frente al ejercicio pleno de los derechos fundamentales de quienes sí ostentan la categoría de persona, como el caso de las mujeres que deciden ejercer su derecho fundamental a la IVE”.

Determina que “mediante el uso de un lenguaje inexacto se puede contribuir a reprobar a las mujeres que optan, en ejercicio de su autodeterminación, por un aborto, y a validar la descripción de los fetos como sujetos

(28) Citando a Alejandro Madrazo, sostiene que la narrativa de la defensa de la personalidad prenatal no es tomada en serio por quienes la defienden, sino como un medio o una estrategia de los grupos que se oponen a las leyes favorables al aborto, para justificar restricciones a los derechos sexuales y reproductivos, el control sobre sus cuerpos y el ejercicio de sus derechos. MADRAZO, Alejandro, “Narrativas sobre la personalidad jurídica prenatal en la regulación del aborto”, en COOK - ERDMAN - DICKENS, El aborto en el derecho transnacional. Casos y controversias, México, 2016.

(29) Menciona la sentencia C-355 de 2006.

con atributos de personalidad o características similares a las de los nacidos. Lo que tiene como consecuencia el uso habitual y normalizado de expresiones que descalifican a las mujeres que solicitan la IVE y a los prestadores de estos servicios, tales como ‘abortistas’ o ‘asesinos/as’ (30)”. Acto seguido, señala que la expresión “niños no nacidos abortados” menoscaba el derecho de las mujeres a tomar decisiones sobre su cuerpo y proyecto de vida, imponiendo la carga de la reproducción y profundizando el estigma sobre los prestadores y las mujeres que ejercen su derecho a la IVE.

Expone que la categoría empleada propicia escenarios en los que las mujeres pueden ser objeto de violencia psicológica, tratos crueles, coacción y discriminación en razón de su decisión reproductiva. Encuentra que con ello se facilita la presentación de barreras como la solicitud de requisitos adicionales, uso incorrecto de la objeción de conciencia, afectación de la intimidad y dignidad, no reconocimiento de la autodeterminación, desestimación del derecho al diagnóstico, exigencias de orden judicial, etc. Deduce que la expresión “niño no nacido abortado” es “equivoco, inexistente y se presta para confusiones entre los prestadores de salud y operadores de justicia, que con esta situación pueden reforzar los estereotipos y estigmas, lo que a su vez recae en las mencionadas barreras. Luego la categoría ambigua (...) se puede convertir en una excusa y obstáculo a la hora de garantizar el derecho fundamental a la IVE, motivo por el cual debe declararse inconstitucional”.

En similar sentido, la Facultad de Derecho, a través de su Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social (PAIS) (31), considera que el párrafo acusado introduce

(30) KUMAR, Anuradha - HESSINI, Leila - MITCHELL, Ellen M. H., “Conceptualising Abortion Stigma”, *Culture, Health & Sexuality*, 2009, 11[6]:625-39.

(31) Recibido 14 de marzo de 2018 y suscrito por la directora Paula Torres, el asesor jurídico Federico Isaza, las estudiantes e integrantes activas María José Perea y Laura María Montaña.

un concepto inexistente e inconstitucional que vulnera los derechos sexuales y reproductivos, y los derechos a la igualdad y a la salud. Expone: a) que el concepto de “niño no nacido abortado” no solo es inexistente en el sistema jurídico sino que su formulación es contraria al desarrollo conceptual realizado por la jurisprudencia constitucional y las normas civiles sobre la definición de persona, además del impacto por la introducción de un concepto sui generis en el desarrollo constitucional de los derechos sexuales y reproductivos, cuando los supuestos de hecho que busca regular ya han sido establecidos en el sistema jurídico bajo otras figuras; b) las implicaciones negativas por la introducción de tal concepto frente a la efectividad de los derechos sexuales y reproductivos, al otorgar al *nasciturus* una categoría distinta y contraria a la desarrollada en la jurisprudencia constitucional y que ha sido fundamental para el desarrollo y ejercicio de otros derechos como la IVE; y c) la no superación del test de igualdad al tratar de forma injustificadamente desigual a las personas que tienen el poder de decisión sobre el *nasciturus* y a los padres de la persona que nace, limitando la autonomía de los primeros frente al futuro de los órganos y tejidos del no nacido, y aplicando de manera errónea la protección que la Corte ha dado a los *nasciturus* respecto a la conferida a la persona que nace, pues, aunque en ambos casos se protege la vida, es más rigurosa la protección cuando se trata de una persona (nacida) que de un *nasciturus* (expectativa de vida).

También en su *amicus curiae*, la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires y el Centro de Estudios Legales y Sociales CELS (32) estiman que, en atención a las obligaciones internacionales de los Estados en torno al acceso al aborto no punible, la expresión “niños no nacidos abortados” debe ser suprimida de la norma legal pertinente. En calidad de *amicus curiae*, la organización no gubernamental

(32) Recibido el 5 de junio de 2018 y firmado por el apoderado Diego Morales y la docente Lucía de la Vega.

mental expresa que, aunque la jurisprudencia constitucional en Colombia ha especificado los extremos del derecho al aborto, esboza que no es menos cierto que la sociedad civil ha enfrentado barreras de índole diversa a la legal que tienden a obstaculizar el legítimo ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos reconocidos por la Corte. Expone que similar situación se presenta en la Argentina, donde el estigma que pesa sobre el aborto empuja a mujeres y niñas a la clandestinidad, poniendo en riesgo su vida y salud. Así extrae que la expresión “niño no nacido abortado” constituye una amenaza para el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos, en particular del acceso a la interrupción legal del embarazo.

Desprende que tal expresión “contribuye a acentuar patrones socioculturales estereotipados que pueden, ya sea, constituirse en potenciales maniobras dilatorias para el acceso al derecho al aborto no punible; o bien acentuar la existencia de patrones simbólicos estereotipados que empujan a las mujeres a poner en tela de juicio la legitimidad que poseen para ejercer un derecho que les ha sido reconocido por esta (...) Corte Constitucional”. Adicionalmente, aduce que dicho concepto denota “la voluntad de generar en el embrión una diferenciación en su naturaleza (con) base a clasificación que aparta a los fetos no nacidos por causas naturales de aquellos nacidos por causas diferentes. Dicha diferenciación reposa (...) en la condición, en los hechos, necesaria para operar: la decisión de la mujer gestante de interrumpir, o no, su embarazo. Ello conlleva al refuerzo de estereotipos negativos que condicionan el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo”.

Finalmente, Romeo Casabona(33) estima que el interés prioritario al que da prevalencia el parágrafo demandado sería las partes anatómicas del “niño no nacido abortado” al ser excluidas de ser donadas y utilizadas, lo cual entiende, a los ojos del legislador ordinario,

que el “niño no nacido abortado” sería titular de algún derecho fundamental o al menos de un bien jurídico protegido por la Constitución colombiana (la vida). No obstante, encuentra que dicha perspectiva debe rechazarse, pues “sería abiertamente contraria al entendimiento del derecho a la vida proclamado por la Constitución (‘el derecho a la vida es inviolable’, art. 11) desarrollado por la Corte Constitucional, que distingue un derecho a la vida en sentido estricto, del que son titulares quienes han alcanzado la consideración de persona humana, de un bien constitucionalmente protegido, de quienes se benefician quienes no alcanzado todavía esa categoría: (...) (sentencia C-355/06)”.

Advierte que “persiste la ambigüedad del significado legal de ‘niño no nacido’, expresión que trata de difuminar y enmascarar la realidad a la que se refiere”. Agrega que “es una categoría jurídica desconocida, inexistente, que parece ocultar o enmascarar otros designios del legislador ordinario, sobre lo que no es relevante indagar. Sin embargo, sí es conocida la que corresponde a su verdadero estatuto biológico, que es la de embrión o feto, según la fase de desarrollo vital en la que se encuentre; o en términos comprensivos de ambas fases, estamos ante el *nasciturus*”. Así, encuentra que la terminología que recoge la ley 1805 de 2016 es inadecuada, al no corresponder a ninguna categoría ontológica ni jurídica por el ordenamiento interno, “por lo que supone ya una grave afectación para la seguridad jurídica, dado que no se da satisfacción al principio de taxatividad derivado del principio de legalidad, que reclama la máxima concreción de las descripciones y prescripciones de la ley. Avanzando en este proceso discursivo, la prohibición de la donación y utilización de órganos o tejidos se refiere a embriones y fetos muertos (abortados)”.

Por su parte, en su *amicus curiae*, el Ministerio de Salud y Protección Social (34) afirma que en

(33) Director del GI, Cátedra de Derecho y Genoma Humano, Universidad del País Vasco/EHU.

(34) Recibido el 21 de agosto de 2018 y suscrito por la apoderada del Ministerio de Salud y Protección Social Luz Dary Moreno Rodríguez.

materia de investigación en salud el párrafo demandado constituye una medida regresiva y contraria a la investigación en salud. Afirma: “para el caso de las mujeres cuya interrupción del embarazo haya sido involuntario, el artículo demandado contraviene la posibilidad de investigar las causas de este tipo de pérdidas a través de la donación con fines de investigación de los restos fetales, vulnerando los derechos reproductivos de aquellas (...) que presentan abortos espontáneos o repetición cuyas causas solamente podrían esclarecerse a través de la investigación científica”.

V. El uso de tejidos fetales como otro argumento a favor de la legalización del aborto

A diferencia de lo que se sostuvo en el Congreso argentino en el debate en 2018, cuando se discutía el Proyecto de Ley de Legalización del Aborto, intentaré demostrar por qué el uso de tejidos fetales de fetos abortados es otro argumento que no va en contra sino a favor de la legalización del aborto.

Ya vimos que implica un avance en el desarrollo de la ciencia y con ello de la salud.

Los tejidos embrionarios y fetales sirven para el avance científico. Se trata de un material muy rico, por lo que no tiene sentido desperdiciarlo; dicho de otra manera, si puede utilizarse para investigación, no debería directamente tratarse como residuo, siempre que la persona debidamente lo consienta.

Romeo Casabona, en su *amicus*, expresa que los especialistas en el ámbito del bioderecho recomiendan un conjunto de requisitos específicos para que la extracción de los materiales anatómicos se prepare en las mejores condiciones para el nasciturus antes de su muerte (y, en su caso, para la mujer gestante) y como segunda prioridad para asegurar en lo posible la viabilidad de estos materiales y su posible trasplante a pacientes que los necesiten (35).

(35) Afirma que, al partir el legislador de la prohibición de la donación y utilización de órganos o

Ahora bien; no todos los tejidos fetales son utilizables en investigación. No todos sirven o reúnen las condiciones. Los estudios y *papers* reflejan que solo pueden utilizarse los tejidos extraídos de abortos quirúrgicos, con ameu o legrado.

El tejido fetal solo puede protegerse mediante procedimientos quirúrgicos de aborto, no se puede obtener de abortos farmacológicos no quirúrgicos. “Dado que el feto (abortado médicamente) se expulsa en el hogar de la mujer, es imposible recolectar las células en condiciones estériles” (36).

Los riesgos para la salud asociados con los abortos a largo plazo que proporcionan muestras de tejido fetal más grandes y diferenciadas para su uso en la investigación crean una tensión entre maximizar el acceso de las mujeres y personas gestantes a servicios de aborto seguros, tempranos y asequibles, por un lado,

tejidos de los nasciturus, es lógico que no se haya mencionado ningún requisito para prevenir cualquier instrumentalización o generar o agravar sufrimientos innecesarios. Con la finalidad de aclarar cuáles podrían ser esos requisitos preventivos, podrían enumerarse algunos de ellos: “a) excluir la donación de órganos y tejidos de embriones o fetos abortados ilegalmente; b) que hayan prestado su consentimiento los dos miembros de la pareja matrimonial, o al menos uno de ellos sin que conste la oposición del otro; si no hay vínculo matrimonial o semejante, el consentimiento lo otorgará la mujer gestante; c) no condicionar la forma de la práctica del aborto para poder extraer el mayor número de materiales anatómicos para trasplante que puedan producir sufrimiento fetal o incrementar el riesgo para la vida o la salud de la mujer gestante; d) que el profesional que practique el aborto no participe en la extracción de los elementos anatómicos embrionarios o fetales ni los utilice con posterioridad; e) que no haya contraprestación o compensación económica alguna por la donación de los mismos, lo que se halla prohibido por la ley 919-2004”.

(36) KINNEY, Joanna H., “Restricting Donative Choice: Fetal Tissue Transplantation and Respect for Human Life”, 10 J. L. & Health 259 (1996).

y maximizar el suministro de tejido fetal utilizable para investigación médica, en el otro.

La importancia de la investigación del tejido fetal en el desarrollo de los avances médicos existentes, como las vacunas y la promesa de la investigación de células madre fetales para el tratamiento futuro de enfermedades como el Parkinson, no se puede ignorar. Pero tampoco el papel fundamental de las mujeres en ese avance científico (37).

Por ello se deben tomar las medidas indispensables para evitar que los abortos se hagan con la finalidad de proporcionar material para la investigación.

Como parámetros mínimos que la ética médica ha empleado para la realización de tales procedimientos, se instituyen los siguientes:

1) La muerte fetal debe estar previamente establecida. En ningún caso se justifica la prolongación de las funciones vitales con miras a la obtención de tejidos en un período tardío.

2) El consentimiento informado. Se debe informar a la mujer o persona gestante, y el consentimiento debe presentarse obligatoriamente antes del aborto, salvo en los supuestos de abortos espontáneos, cuando no sea posible; en su caso, se informará después y solo con su consentimiento se dispondrá del tejido fetal.

3) Tiempo y vía de evacuación. Ni el tiempo del aborto, ni el método o la vía de evacuación deben ser modificados. Estos dos elementos deben siempre determinarse en función de la mujer y no del material a obtener.

4) La absoluta prohibición de comercialización de estos tejidos.

5) El anonimato debe quedar totalmente garantizado y en ningún caso una mujer puede decidir o designar el receptor de su tejido fetal.

6) En toda clínica debe estar prohibido realizar un aborto a una mujer con la única motivación de donar el tejido fetal (38).

La Dirección de la Escuela de Medicina, Facultad de Salud, Universidad del Valle, luego de exponer que la donación de membranas amnióticas está legalizada en Colombia y, por tanto, aducir que desconoce la razón de la prohibición establecida con la norma acusada, informa que permitir la donación en este campo resulta relevante en el desarrollo científico y social, además de necesaria para el avance biotecnológico en Colombia, lo cual no es obstáculo para que se observen algunas recomendaciones: i) el tejido fetal no sea remunerable; ii) existan excepciones para la utilización eficiente de tales tejidos; iii) consentimiento informado claro y detallado; iv) a las entidades de salud que realizan abortos legales no se les debe permitir beneficiarse de la utilización del tejido fetal (reglamentación) y v) no ampararse en la libertad de la mujer para provocarse abortos para que sean utilizados los tejidos fetales.

También la Facultad de Medicina, Salud Pública, de la Universidad de los Andes, expuso que la Asociación Médica Americana ha creado para una investigación segura y ética: "A. No ofrecer dinero por el tejido fetal. B. Obtener un consentimiento informado de la mujer: que debe incluir el propósito de la investigación. C. En caso de un aborto inducido: 1) la decisión de aborto debe ser previa a la discusión del uso de tejido fetal para investigación y 2) el método de aborto se define de acuerdo con la seguridad de la paciente. D. Cuando se use en trasplante o investigación clínica: 1) el donante no define al receptor y 2) el donante y receptor dan consentimiento informado. E. El personal médico no se beneficia del aborto ni de la donación" (39).

(38) Asociación de Personal Docente Jubilado de la Universidad Politécnica de Madrid - Instituto de Ingeniería de España, General Arrondo nro. 38 Madrid. Aspectos Éticos en relación con el procedimiento o forma de la utilización de tejido fetal.

(39) AMA-ASSN.ORG (2018), "Research Using Human Fetal Tissue/American Medical Association".

(37) GIMBEL, V. Noah, "Fetal Tissue..."; ob. cit.

Como se puede advertir, una regla de oro es que la dación de tejido fetal o embrionario no se compensa. En primer lugar, la prohibición de compensación por donaciones de tejido fetal puede verse como una protección para las mujeres económicamente vulnerables de ser obligadas a recurrir al aborto como medio de vida. En segundo lugar, la prohibición excluye a las mujeres que abortan de la economía del tejido fetal para limitar la forma en que las mujeres pueden instrumentalizar sus cuerpos para obtener ganancias financieras (40).

En Colombia, las leyes 73 de 1988, 919 de 2004 y 1805 de 2016 prohíben de manera tajante el ánimo de lucro para la donación o suministro de componentes anatómicos (órganos, tejidos y fluidos corporales). De igual manera, no permiten ningún tipo de compensación, pago en dinero o en especie por dichos componentes, ni por el beneficiario, ni sus familiares, ni cualquier otra persona (41).

En nuestro derecho, esta prohibición emerge del art. 17 del Cód. Civ. y Com., que prevé que “Los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tienen un valor comercial, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social y solo pueden ser disponibles por su titular siempre que se respete alguno de esos valores y según lo dispongan las leyes especiales” (42).

No se paga, por lo tanto, los actores de la industria que convierten el tejido fetal en un producto médico valioso pueden simplemente apropiarse de las materias primas que

reciben por “donación”, sin asumir los costos de extraerlos. Dados los altos costos de procesamiento de esas materias primas, su disponibilidad gratuita se vuelve esencial para la rentabilidad de la industria del tejido fetal.

Pero, además, porque la compensación, como se plantea también en el debate de donación de órganos, implica problemas de explotación en condiciones de desigualdad y crearía riesgos de salud injustificables para las mujeres subordinadas económicamente.

Esta advertencia de que abrir la puerta a la compensación abriría las compuertas de la compresión explotadora significa un llamado a la posible intervención política que exploraré en mi intento de equilibrar los intereses de las mujeres y personas gestantes con el uso continuo de tejido fetal en la investigación (43).

No podemos dejar de tener en cuenta, además, que en nuestro país el acceso al aborto. en los casos en los que es legal, está garantizado y cubierto por el sistema de salud. Y así será en breve respecto de todo aborto, según las intenciones manifestadas públicamente por el presidente Fernández.

Los casos en los que se extraería tejido fetal en principio serían de abortos legales y gratuitos.

Pero no se puede descartar que también se haga en los abortos clandestinos. Como bien sabemos, no todos los abortos clandestinos son inseguros. Existe un mercado negro muy bien organizado, de personas que se benefician de la clandestinidad, que realizan abortos a precios altos y en condiciones de seguridad. De esta manera, hay abortos clandestinos para personas con recursos: seguros, y abortos clandestinos para personas sin recursos: inseguros.

En otras palabras, los beneficios que se obtiene por la sociedad del desarrollo de la ciencia es una forma de “pago”, siempre que

Disponible en: www.ama-assn.org/delivering-care/research-using-human-fetal-tissue.

(40) GIMBEL, V. Noah, “Fetal Tissue...”, ob. cit.

(41) Fuente: www.uniandes.edu.co/es/noticias/salud-y-medicina/realidades-y-mitos-del-fallo-que-permite-el-uso-de-tejidos-fetales.

(42) Se asemejan a los embriones crioconservados que por ley 26.862 se pueden donar para investigación. Aunque no hay marco legal, no se pueden comercializar.

(43) GIMBEL, V. Noah, “Fetal Tissue...”, ob. cit.

ello sea para todxs. Mientras el aborto no sea legal en todo supuesto de modo que garantice un verdadero y equitativo acceso y uso de los beneficios del tejido fetal, el crecimiento de esta industria de beneficiará a cambio de nada o a costa de las mujeres. Las mujeres no solo tendrán que pagar su aborto, sino que, además, en ciertos casos correrán riesgos.

Nos guste o no, los beneficios generados a través de la investigación del tejido fetal representan solo una pequeña fracción de los miles de millones de dólares obtenidos de la reproducción de las mujeres bajo la dinámica inherentemente explotadora de la desigualdad “sexual” contra la cual luchamos diariamente y hoy más que nunca.

No obstante, los beneficios del uso del tejido fetal pueden entenderse compensados. Mientras el aborto es gratis —cubierto por el sistema de salud—, es equitativo que ese producto se utilice para el beneficio de la ciencia. Pero si el acceso es desigual según se tenga recursos o no, muestra otra faceta más de las inequidades que provoca la falta de legalización del aborto.

El avance científico se equilibra con los derechos sexuales y no reproductivos de las mujeres cuando es igualitario. El primero no puede ser a costa del segundo, por lo que es indispensable garantizar el acceso al aborto a todas las mujeres y personas con capacidad de gestar en igualdad de condiciones.

Y esto no solo por la inequidad e injusticia reflejada, sino, además porque, si nos preocupa que haya un mercado negro, entonces indefectiblemente debemos regular. Para

saber y controlar lo que se hace, tenemos que legalizar las situaciones y las personas deben efectivamente consentir.

VI. Palabras finales

Quizás este comentario pueda incomodar no solo a quienes están en contra de la legalización del aborto, sino también a favor.

Sucede que, como bioeticista, me considero con el deber ético de fundamentar y argumentar científicamente.

Ante un planteo carente de rigor científico y descalificante, como era el que se hacía por lxs legisladores asumidxs “pro vida” en el debate de 2018, cual es que IPPF financiaba abortos, usaba órganos de fetos y etc., entiendo que se debe responder con fundamentación y conocimiento.

Los tejidos fetales sí se usan, sí son útiles, sí pueden significar grandes avances en salud, sí constituyen un goce de los beneficios del progreso científico. Y ante esta realidad —que quizás es más fácil negar para descalificar— debemos asumir una postura ética y bioética.

De allí que sostengo que esta realidad se plantea como otro argumento a favor de la legalización del aborto, no solo para que sea equitativo, en tanto el avance de la ciencia o los beneficios en la salud no deben ser a costa de los cuerpos de ciertas mujeres o personas gestantes, de modo que debe garantizarse un acceso igualitario y gratuito al aborto, sino también para evitar mercados negros, para efectivamente regular esta temida situación también, y que sea debidamente consentido.

RESARCIMIENTO DEL DAÑO

Consecuencias no patrimoniales – Derecho a decidir evitar futuros embarazos – Enfermedad genética de la mujer – Afectación del niño durante su formación – Detección y necesidad de practicar estudios previos

Con nota de Marina Ditieri y Sabrina A. Silva

1. — Teniendo en cuenta lo informado por el perito, aunque la mujer acudió al servicio de ginecología con apenas dos semanas de gestación, la demora del estudio genético necesario para detectar la patología genética en la madre y en el hijo, daría lugar entonces a que se superasen las 14 semanas a que se refiere el art. 14 (interrupción del embarazo a petición de la mujer) de la Ley orgánica 2/20190, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva de la interrupción voluntaria del embarazo; y tampoco se podía acudir a los supuestos de interrupción del embarazo del art. 15 (interrupción por causas médicas), pues aunque se superasen las 22 semanas previstas en los apartado a) y b), no nos encontramos ante un supuesto de grave riesgo para la vida o salud de la embarazada, ni riesgo de graves anomalías en el feto, ni ante un caso en el que se hubiesen o podrían haber detectado anomalías fetales incompatibles con la vida o una enfermedad extremadamente grave e incurable.
2. — Si bien existen razones que impiden apreciar una deficiente asistencia sanitaria por parte de los facultativos del servicio de ginecología que asistieron a una mujer durante sus embarazos y partos, no se puede decir lo mismo de la asistencia sanitaria previa, teniendo en cuenta que ella ya había sido diagnosticada de DEH en los años 2004, 2011 y 2012, y por tanto a los embarazos debería de haberles precedido un estudio y consejo genético una vez que el servicio de dermatología en el año 2004 sospechó y diagnosticó la enfermedad.
3. — Bien sea de falta de información, bien de pérdida de oportunidad, no corresponde

indemnizar por el daño patrimonial causado, sino por el daño moral que representa la pérdida de oportunidad de una mujer y su esposo de decidir evitar futuros embarazos, por la patología genética que esta sufría.

TSupremo de Galicia, sala contencioso administrativo, 10/07/2019 - Doña Susana, Don Rubén, Don Samuel y Doña Virginia c. Servicio Galego de Sanidad (SERGAS)

Sentencia: 00369/2019

Ponente: D^a. María Dolores Rivera Frade

Recurso: Apelación 485/18

Apelante: Doña Susana, Don Rubén, Don Samuel y Doña Virginia

Apelada: Servicio Galego de Sanidad (SERGAS) y DIRECCION000

En nombre del Rey

La Sección 001 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia ha pronunciado la sentencia

Ilmos. Sres.

D. Fernando Seoane Pesqueira, Presidente. D^a Blanca María Fernández Conde

D^a María Dolores Rivera Frade, Ponente.

Coruña, julio 10 de 2019.

El recurso de apelación 485/18 pendiente de resolución ante esta Sala, fue promovido por Doña Susana, Don Rubén, Don Samuel y Doña Virginia, representados por la procuradora Sra. Rodríguez Arroyo, dirigido por el letrado Sra. Canosa Ferrio contra la sentencia de fecha 17 de septiembre de 2018 dictada en el Procedimiento Ordinario número 159/15 por el Juzgado de lo contencioso-administrativo número 4 de A Coruña sobre la desestimación, por silencio administrativo, de la reclamación de responsabilidad patrimonial por negligencia médica, formulada ante la Consellería de Sanidad, Servicio de Inspección de Servicios Sanitarios dictado en el expediente NUM000. Es parte apelada Servicio Galego de Sanidad (SERGAS) representado

y dirigida por el Letrado del Sergas, siendo también parte apelada DIRECCION000 representada por el procurador Sra. Villar Pispieiro y dirigida por el letrado Sr. Pozo Rosales.

Es ponente la Ilma. Sra. D^a. María Dolores Rivera Frade.

Antecedentes de hecho

Primero.- Se dictó, por el Juzgado de instancia, la resolución referenciada anteriormente, cuya parte dispositiva dice: Desestimo el recurso contencioso administrativo interpuesto por D. Rubén y Doña Susana, representados por la Procuradora Doña Sonia María Rodríguez Arroyo frente al Servicio Gallego de Sanidad (SERGAS) representado y bajo la dirección de su Letrado D. Samuel Conde Castelo y, la compañía de seguros DIRECCION000, representada por la Procuradora Doña María Dolores Villar Pispieiro contra la desestimación, por silencio administrativo, de la reclamación de responsabilidad patrimonial por negligencia médica, formulada ante la Consellería de Sanidad, Servicio de Inspección de Servicios Sanitarios dictado en el expediente NUM000, con imposición de las costas a los recurrentes, con los límites que se recogen en el último de los fundamentos de derecho.

Segundo.- Notificada la misma, se interpuso recurso de apelación que fue tramitado en forma, con el resultado que obra en el procedimiento, habiéndose acordado dar traslado de las actuaciones al ponente para resolver por el turno que corresponda.

Fundamentos de derecho

Primero.- Objeto del recurso de apelación:

Doña Susana, Don Rubén, Don Samuel y Doña Virginia, recurren en apelación la sentencia dictada por el Juzgado de lo contencioso-administrativo número 4 de A Coruña, en los autos de procedimiento ordinario número 159/15, que desestimó el recurso contencioso-administrativo presentado contra la desestimación presunta por silencio administrativo de la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada por los actores por una deficiente asistencia sanitaria.

Los hechos en base a los cuales los actores presentaron la reclamación de responsabilidad

patrimonial frente al Sergas, se recogen el escrito de demanda. Resumidamente son los siguientes:

La actora sufre una enfermedad genética hereditaria conocida como displasia ectodérmica hipohidrótica (DEH), que fue diagnosticada cuando tenía 11 años de edad. Pero este diagnóstico no se incorporó al historial informatizado en IANUS cuando pasó del pediatra a su médico de cabecera en el año 2000, aunque sí constaba en el historial médico en formato papel en una anotación de la carpetilla de la historia clínica pediátrica. Doña Susana fue diagnosticada de esta enfermedad por el servicio de dermatología del DIRECCION001 en el año en el año 2004, cuando contaba con 18 años de edad, y a pesar de ello no recibió ningún consejo genético ni información clara y precisa del alcance de la enfermedad durante su primer embarazo, por parte del servicio de ginecología en el año 2009, ni al conocer su segundo embarazo en el año 2013, siendo clasificados como de bajo riesgo. En el informe del servicio de ginecología del DIRECCION002 de 5 de octubre de 2012, prácticamente en el momento de la concepción de su hija Virginia, se hacía referencia a su enfermedad, sin que el médico ni el tocólogo la recogiese en sus antecedentes. Fue después del segundo parto cuando se realizó estudio genético tanto de Doña Susana como de su hija Virginia, demostrando que padecen la misma alteración genética en el mismo gen, ambas comparten un estado patológico vehiculado por una enfermedad genética hereditaria.

En base a ello los actores sostienen en su demanda que un adecuado consejo genético a doña Susana habría dado lugar a un aborto terapéutico dentro de los supuestos de la ley, pues en el momento del informe estaba embarazada de aproximadamente dos semanas. Sostienen entonces en su demanda que el estado final de Virginia y el daño causado a sus padres y a su hermano se debe a una culpa colegiada de los diferentes facultativos que la han tratado, y que el incumplimiento de la *lex artis* se centra en el incumplimiento de la garantía de medios, pues el sistema informático del Sergas permite que los diferentes facultativos accedan al historial de la paciente, de manera que si doña Susana hubiese recibido el adecuado consejo genético, del alcance de enfermedad, no habría tenido a

Virginia, y tampoco a su hijo Samuel, que aparentemente no sufre secuelas pero sí las transmitirá, y entiende que ello ha generado un daño antijurídico por pérdida de oportunidad.

La juez de instancia desestimó el recurso, declaró la conformidad a derecho de la resolución impugnada, basándose para ello, en síntesis, en que de la valoración conjunta de la prueba practicada no hay mala praxis pues la actora acudió siempre embarazada al servicio de tocoginecología del DIRECCION002, no ha informado de su enfermedad a los médicos que la atendían, en la historia clínica no apareció el informe del dermatólogo del año 2004 pues estaba en otro hospital, de las ecografías realizadas no se desprendían malformaciones en el feto, y no ha quedado acreditada mala praxis ni en su realización ni en su información, y que no sería posible optar por un aborto terapéutico.

En cuanto a la pérdida de oportunidad a la hora de decidir tener descendencia o no, no resulta acreditado que si se hubiese hecho un estudio genético a doña Susana, dado los resultados del realizado, se le hubiera podido dar un consejo genético para llevar a cabo una orientación de fertilidad, qué además tendría que haber sido realizado por su ginecólogo privado; que la falta de seguimiento médico adecuado para un diagnóstico definitivo de su enfermedad y su tratamiento, y si fuera necesario de una prueba genética, no ha influido en el resultado que nos ocupa, dado los resultados de la prueba genética realizada a toda la familia, que no pudieron reestablecer con certeza que madre e hija padeciesen DEH; para finalizar diciendo que las dolencias padecidas por Virginia derivan en todo caso de la enfermedad padecida, y no directa o indirectamente de la actuación de los facultativos que atendieron a su madre durante el embarazo, y en cuanto a su hermano Samuel, que no se ha reclamado en su nombre en la vía administrativa.

Segundo.- Sobre la estructura de la sentencia apelada:

La primera cuestión que debe ser objeto de análisis en esta alzada se refiere a la estructura de la sentencia apelada, respecto de la cual los apelantes alegan que carece de la estructura legalmente exigida al no establecer un encabezamiento,

unos antecedentes de hecho, unos fundamentos de derecho y un fallo debidamente estructurados y encajados cada uno en su naturaleza jurídica, incumpliendo los artículos 209 de la LEC, y 248 de la LOPJ.

El artículo 248.3 LOPJ, establece que:

“Las sentencias se formularán expresando, tras un encabezamiento, en párrafos separados y numerados, los antecedentes de hecho, hechos probados, en su caso, los fundamentos de derecho y, por último, el fallo. Serán firmadas por el Juez, Magistrado o Magistrados que las dicten”.

Por su parte, el artículo 209 LEC recoge las reglas especiales sobre forma y contenido de las sentencias, señalando cómo ha de ser el contenido de cada una de sus partes (encabezamiento, antecedentes de hecho, fundamentos de derecho, y fallo); reglas que, en contra de lo que sostienen los apelantes en su recurso, sí cumple la sentencia de instancia, pues consta de un encabezamiento -que se acomoda a lo dispuesto en el indicado precepto-, así como de unos fundamentos de derecho, en los que se expresan, tal como dispone el artículo 209 LEC, en párrafos separados y numerados, los puntos de hecho y de derecho fijados por las partes y los que han ofrecido las cuestiones controvertidas, dando las razones y fundamentos legales del fallo, con expresión concreta de las normas jurídicas aplicables al caso.

En verdad que en el apartado de “antecedentes de hecho”, la sentencia no se limita a consignar “con la claridad y la concisión posibles” las pretensiones de las partes, los hechos en que las funden, y las pruebas que se hubiesen propuesto y practicado, pues en dicho apartado se hace una prolija relación de cada uno de los trámites que se fueron sucediendo a lo largo del procedimiento judicial. Pero esta singular forma de completar los antecedentes de hecho, no convierte a la sentencia en un acto nulo, ni tampoco podría conducir a su revocación, pues ninguna indefensión ha causado a las partes, más allá de obligarles a cuidar la lectura de la sentencia para evitar -dada la extensión y prolijo contenido de los antecedentes de hecho- atribuir a los razonamientos o fundamentos de derecho, pasajes que realmente se corresponden con el contenido

de los escritos presentados por las partes en el procedimiento.

Tampoco se puede tachar la sentencia de arbitraria, incongruente, e inadecuada al ordenamiento jurídico, por no encuadrar los hechos probados en el derecho correspondiente.

La sentencia no es inadecuada al ordenamiento jurídico pues en lo sustancial se acomoda, como hemos visto, a lo dispuesto en los artículos 209 y 248 de la LEC y LOPJ, respectivamente. Tampoco es incongruente pues da respuesta a las cuestiones planteadas por las partes. Y nada dicen los apelantes en qué medida resulta arbitraria.

Lo que realmente importa, a efectos de resolver el presente recurso de apelación, es comprobar si la sentencia cuenta con la motivación necesaria y suficiente que sirva de apoyo a la parte dispositiva, y si se ha cometido o no un error en la valoración de las pruebas, lo que será objeto de análisis en el siguiente fundamento de derecho.

Tercero.- Sobre la valoración de la prueba practicada. Inexistencia de mala praxis por los facultativos del servicio de ginecología y obstetricia del DIRECCION002 :

En el fundamento de derecho cuarto de la sentencia de instancia la cuestión objeto de debate se centra en comprobar si se ha cometido una infracción de la *lex artis ad hoc*, tanto en la información sobre las consecuencias de la enfermedad que padece doña Susana (displasia ectodérmica hipohidrótica- DEH-), a que estaban obligados los servicios de salud conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la ley 8/2008, 10 de julio, de Salud de Galicia, como en la no realización de una prueba genética y por tanto en la no realización de un consejo genético, que haya dado lugar a una pérdida de oportunidad al no poder decidir si quería tener descendencia o no.

La juzgadora a quo sostiene que no se ha infringido la *lex artis ad hoc*, haciendo para ello un análisis de la prueba practicada, que a juicio de esta Sala no se acomoda a su resultado, por las razones que se dirán a continuación sustentadas en la abundante prueba practicada, desde la declaración e informe emitido por el Jefe del servicio de obstetricia y ginecología del DIRECCION002, hasta la práctica de prueba pericial

judicial a cargo del también especialista en obstetricia y ginecología Dr. Lucas, pasando por la declaración de la genetista Dra. María Dolores, o la del dermatólogo Dr. Matías, además de los informes periciales aportados por los actores y por la aseguradora codemandada.

De toda la prueba practicada resulta como dato incuestionable, que ya en el año 2004 doña Susana fue diagnosticada de una displasia ectodérmica hipohidrótica (DEH), enfermedad que consiste en un trastorno genético caracterizado por la malformación de estructuras ectodérmicas (piel, pelo, dientes etc.).

Obran incorporados al expediente administrativo los informes del servicio de dermatología del HOSPITAL000 (DIRECCION001), que fueron emitidos con motivo de la consulta médica a la que acudió doña Susana el día 1 de septiembre de 2004. En estos informes se anotaron los síntomas que presentaba la paciente, y fueron los que determinaron el diagnóstico de displasia ectodérmica hipohidrótica (Paciente con xerosis marcada y sequedad cutánea, alteraciones dentarias-dientes cónicos-, alteraciones ungueales -alteraciones diversas-, alopecia intensa, y alteraciones oculares -xeroftalmia-).

En la hoja de comentarios y evolución médica de este informe, bajo el apartado de herencia, se recogen las siguientes anotaciones: "mujeres portadoras, hombres cuadro completo, mujeres con cuadro completo este, posible test prenatal (...)".

En el informe siguiente, de 24 de septiembre 2004, fecha en la que la paciente acudió de nuevo al servicio de dermatología del DIRECCION001, se valoró el resultado de las pruebas y estudios a los que fuera sometida (ortopantomografía, analítica, estudio de Fe++), salvo la ortopantomografía que la paciente no aportó porque el médico de cabecera no la encontró; indicando en cuanto al plan a seguir: revisión en tres meses. Esta revisión tuvo lugar el día 9 de febrero de 2005, y en el informe de consulta se anotó: oligodoncia, reclusión de molar, no he notado cambios en el pelo y sí en sus eczemas (se controlan con el tratamiento propuesto), doy nota al dentista. Plan: se dice "Revisión según evolución".

El diagnóstico de displasia ectodérmica se recoge en un informe posterior del DIRECCION002:

informe del servicio de urgencias de 4 de mayo de 2011, al que acudió doña Susana para ser atendida ante la dificultad de abrir los ojos. Y en otro posterior de 5 de octubre de 2012.

Cuando en el año 2009, la paciente quedó gestante de su primer hijo, en la historia clínica de control del embarazo no aparece ningún dato que hiciera referencia a la enfermedad de DEH. Como se dice en el informe emitido por el perito designado judicialmente, este primer embarazo, y el parto en el que nació su hijo Samuel, transcurrieron con normalidad, no constando ningún informe neonatológico que haga mención a tal patología. De este parto nació un niño sano.

El segundo embarazo transcurrió entre los años 2012 y 2013. De este embarazo nació su hija Virginia, prematuramente a las 34 semanas de gestación, con unas malformaciones en las extremidades tipo ectrodactilia. Fue entonces cuando se practicaron unas pruebas genéticas en el centro diagnóstico genético de Valencia, comprobando que la hija era portadora heterocigota de cambios de significado clínico incierto en un gen, que fue el que se detectó posteriormente en la madre.

Aunque es verdad que en la historia clínica de doña Susana ya debían de estar incorporados los informes médicos en los que se hacía un diagnóstico de DEH, los cuales ya podrían haber sido consultados por el ginecólogo/os que la asistieron durante el embarazo y el parto de su hija Virginia, debe compartirse con la juez de instancia en la inexistencia de una mala praxis de los facultativos del servicio de ginecología del DIRECCION002. Esta valoración puede apoyarse en las siguientes consideraciones:

1) Según ha informado el Jefe del servicio de obstetricia y ginecología del DIRECCION002, en la anamnesis realizada a la paciente en la asistencia obstétrica de sus embarazos, fue interrogada por los antecedentes familiares a fin de detectar riesgos para la gestación con el desarrollo fetal, y no se refirieron antecedentes de interés. Esta consideración por sí sola no serviría para eximir de responsabilidad a los facultativos del servicio de ginecología pues tal como resulta de las pruebas practicadas, y así se hace constar en la sentencia de instancia, el diagnóstico de DEH se recogió en

varios informes emitidos por servicios médicos pertenecientes a la sanidad pública, y entre los más recientes, los de emitidos por servicios médicos del DIRECCION002, el informe del servicio de urgencias de 4 de mayo de 2011. Y el posterior de 5 de octubre de 2012.

Ahora bien, esta consideración va acompañada de otras, a saber:

2) Durante el seguimiento de ambos embarazos no se alertó la existencia de una displasia ectodérmica, pues la enfermedad que padece doña Susana tiene una expresividad variable y una penetrancia reducida, presentando una gran variabilidad. O como se dice en el informe emitido por el perito judicial Dr. Lucas, la paciente padecía una patología incompleta al no presentar alteraciones de la línea media facial (labio leporino, hendidura palatina, etc.)

3) Las gestaciones se desarrollaron sin complicaciones, y en la primera se produjo el parto de un recién nacido sano. En la segunda no se detectaron malformaciones fetales en la ecografía realizada.

4) En cuanto a la posibilidad de realizar un diagnóstico de la patología de probable origen genético durante la gestación, el perito designado judicialmente sostiene en su informe que lo que debe existir es un diagnóstico previo al embarazo, es decir haber realizado el estudio y asesoramiento genético al tener una sospecha de la enfermedad, y a partir de ese momento haber aconsejado a la pareja de riesgos y probabilidades. Que de ninguna de las maneras se puede esperar a que el embarazo esté ya consolidado para hacer el diagnóstico genético, por otro lado difícil de realizar. Añadiendo que además, aunque se hubiese detectado durante el embarazo, el estudio genético se hubiera demorado, probablemente más allá de la semana 24, que es el límite para la interrupción voluntaria del embarazo. Y si se optase por la interrupción voluntaria del embarazo la paciente tendría que someterse a un comité clínico que valorase si la malformación podría dar lugar o no a esa interrupción.

Respecto de esto último, y teniendo en cuenta lo informado por el perito designado judicialmente, aunque doña Susana acudió al servicio

de ginecología del DIRECCION002 con apenas dos semanas de gestación, la demora del estudio genético daría lugar entonces a que se superasen las 14 semanas a que se refiere el artículo 14 (interrupción del embarazo a petición de la mujer) de la Ley orgánica 2/20190, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva de la interrupción voluntaria del embarazo. Y tampoco se podía acudir a los supuestos de interrupción del embarazo del artículo 15 (interrupción por causas médicas), pues aunque se superasen las 22 semanas previstas en los apartados a) y b), no nos encontramos ante un supuesto de grave riesgo para la vida o salud de la embarazada, ni riesgo de graves anomalías en el feto, ni ante un caso en el que se hubiesen o podrían haber detectado anomalías fetales incompatibles con la vida o una enfermedad extremadamente grave e incurable.

Cuarto.- Existencia de mala praxis por ausencia de pruebas genéticas, y de un consejo genético. El daño moral como daño indemnizable:

Si existen razones que impiden apreciar una deficiente asistencia sanitaria por parte de los facultativos del servicio de ginecología del DIRECCION002 que asistieron a doña Susana durante sus embarazos y partos, no se puede decir lo mismo de la asistencia sanitaria previa, teniendo en cuenta que doña Susana ya había sido diagnosticada de DEH en los años 2004, 2011 y 2012, y por tanto a los embarazos debería de haberles precedido un estudio y consejo genético una vez que el servicio de dermatología del DIRECCION001 en el año 2004 sospechó y diagnosticó la enfermedad de DEH.

El perito designado judicialmente advirtió de la dificultad que tiene el diagnóstico de la DEH, y la dificultad de poder establecer una correcta relación entre la alteración genética y la enfermedad clínica. En el informe del centro de diagnóstico genético de Valencia también se dice, y así lo ha corroborado la genetista informante en las actuaciones, que esta enfermedad tiene una expresividad variable, penetrancia reducida, presentando una gran variabilidad tanto intra como inter familiar.

Pero lo cierto es que ya los facultativos del servicio de dermatología del DIRECCION002 en el año 2004 sospecharon de esta enfermedad,

anotando en los informes médicos los síntomas que presentaba la paciente característicos de la DEH (xerosis marcada y sequedad cutánea, alteraciones dentarias-dientes cónicos-, alteraciones ungueales - alteraciones diversas-, alopecia intensa, y alteraciones oculares -xeroftalmia-), hasta el punto del que el Dr. Matías, dermatólogo del DIRECCION002 que atendió a doña Susana, manifestó en su declaración que la paciente presentaba un cuadro bastante expresivo.

Las manifestaciones y síntomas que presentaba la paciente, unido a la sospecha e incluso el diagnóstico realizado, de la enfermedad padecida (DEH), obligaba a los facultativos del Sergas a indicar un estudio genético que permitiese conocer si nos encontrábamos ante un mujer portadora de una enfermedad genética, como así fue, y a ofrecerle un consejo genético con información de los riesgos de transmitir la enfermedad a sus hijos, etc.

Esta obligación deriva de lo dispuesto en el artículo 4.1 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, según el cual "Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley", añadiendo en el apartado 3, que "La información clínica forma parte de todas las actuaciones asistenciales, será verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad". Texto que se viene a reproducir en el artículo 9.2 de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia.

Nada de ello se ha hecho, sin que pueda entenderse cumplida esta obligación a través de la manifestación efectuada por el dermatólogo catorce años después de atender a la paciente, cuando no consta nada por escrito, salvo el diagnóstico de la enfermedad, ni ningún otro dato que corrobore tal afirmación.

Frente a la alegación que hace el letrado del Sergas en su escrito de oposición al recurso, al decir que dado el resultado del estudio genético que se le hubiese realizado a doña Susana ningún

consejo genético se le podría haber dado con vista a los futuros embarazos, cabe decir, en primer lugar, que lo que se trata de valorar aquí es si doña Susana, dado los síntomas que presentaba e incluso dado el diagnóstico de la enfermedad en el año 2004, era tributaria de unas pruebas genéticas, y la respuesta ha de ser afirmativa por lo ya expuesto. Y en segundo lugar que el consejo genético con vista a futuros embarazos en modo alguno carecía de relevancia. Ha sido el propio Dr. Matías el que vino a admitir en su declaración que dicha enfermedad se puede transmitir a los futuros hijos, y esto es lo que se tendría que haber informado a la paciente, e incluso con la mayor o menor certeza según el resultado de las pruebas genéticas que tendrían que habersele practicado, pues solo a ella y a su esposo era a quienes correspondía valorar ese dato a la hora de decidir tener descendencia o no.

En cuanto a la indemnización que corresponde fijar a favor de los actores, la antijuridicidad del daño la sustentan en la existencia de un incumplimiento de la *lex artis* que obliga al personal sanitario a emplear los medios y las técnicas que la ciencia de la medicina ofrece en el diagnóstico, pronóstico y tratamiento de la enfermedad, y en particular a realizar aquellas pruebas necesarias atendiendo al estado de la ciencia, y en este caso el consejo genético que nunca se dio.

Ahora bien, en estos casos, bien sea de falta de información, bien de pérdida de oportunidad, no corresponde indemnizar por el daño patrimonial causado, sino por el daño moral que representa la pérdida de oportunidad de doña Susana y su esposo de decidir evitar futuros embarazos.

Y si en ellos pudiera aplicarse la doctrina del Tribunal Supremo que se recoge en sentencias como la de 28 de marzo de 2012 (Recurso: 2362/2011), o la de 8 de octubre de 2012 (Recurso: 6290/2011) en supuestos de malformaciones fetales, de manera que junto al daño moral debe indemnizarse por el daño económico equivalente a los gastos extraordinarios que pueda suponer el ocuparse de un hijo con malformaciones y la incapacidad que comporta, en el presente ha de fijarse una indemnización total ya actualizada a favor de doña Susana y su esposo, de 40.000 €, que se entiende acomodada al daño causado,

pues por una parte, no se ha aportado prueba justificativa de a cuánto más pudieran alcanzar esos mayores gastos, y en segundo lugar, porque no se puede reconocer una indemnización a favor de los hijos. Como hemos dicho, lo que se indemniza es el daño causado a los padres (moral y/o económico).

Además, la cantidad fijada se sitúa dentro de los límites seguidos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencias TS de 18 de julio de 2012, RC 2187/2010, 13 de noviembre de 2012, RC 5283/2011, 4 de diciembre de 2012, RC 6157/2011, y 15 de marzo de 2016, RC 2017/2014), y por esta misma Sala, para los casos de pérdida de oportunidad (entre 30.000 y 60.000 euros - sentencia de 18 de abril de 2018, recurso 402/2017-).

Por todo ello, el recurso de apelación ha de ser estimado, aunque lo sea parcialmente, para reconocer a favor de doña Susana y su esposo una indemnización de 40.000 € por los daños causados.

Quinto.- Sobre las costas:

Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, al acogerse la apelación, aunque sea parcialmente, no procede hacer pronunciamiento especial sobre las costas causadas en esta instancia, debiendo cada parte correr con las generadas por su actuación.

Vistos los artículos citados y demás preceptos de general y pertinente aplicación.

Fallamos que con estimación del recurso de apelación presentado por Doña Susana, Don Rubén, Don Samuel y Doña Virginia, contra la sentencia del Juzgado de lo contencioso administrativo nº 4 de Santiago de Compostela de 17 de septiembre de 2018, en autos de Procedimiento Ordinario número 159/15, debemos revocar y revocamos la misma, y en su lugar: 1º Se estima en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Doña Susana, Don Rubén, Don Samuel y Doña Virginia contra la desestimación presunta por silencio administrativo de la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada por los actores por deficiente asistencia sanitaria. 2º Se anula la resolución impugnada. 3º

Se condena a la Administración demandada, y solidariamente a la aseguradora DIRECCION000, a abonar a Doña Susana, Don Rubén, la suma de 40.000 €, como indemnización de los daños y perjuicios causados. 4º No se hace especial pronunciamiento sobre las costas de esta segunda instancia. Notifíquese la presente sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra ella puede interponerse recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo o ante la Sala correspondiente de este Tribunal Superior de Justicia, siempre que se acredite interés casacional. Dicho recurso habrá de prepararse ante la Sala de instancia en el plazo de treinta días, contados desde

el siguiente al de la notificación de la resolución que se recurre, en escrito en el que se dé cumplimiento a los requisitos del artículo 89 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa. Para admitir a trámite el recurso, al prepararse deberá constituirse en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Tribunal (1570-0000-85-0485-18), el depósito al que refiere la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre (BOE núm. 266 de 4/11/09); y, en su momento, devuélvase el expediente administrativo a su procedencia, con certificación de esta resolución.

El derecho civil moderno y modernizado: Familias, decisiones reproductivas y responsabilidad civil

Marina Ditieri (*)
Sabrina A. Silva (**)

Sumario: I. Palabras introductorias.– II. El derecho a procrear y a no procrear. Estándares del derecho internacional de los derechos humanos.– III. Una aproximación a las denominadas *wrongful pregnancy actions*.– IV. El caso y la sentencia judicial.– V. Decisiones reproductivas y derecho civil argentino.– VI. Brevísimas reflexiones finales.

I. Palabras introductorias

Como toda temática enmarcada en el deslinde entre sexualidad y procreación, las decisiones reproductivas, o, lo que es lo mismo, la posibilidad de optar entre tener o no tener hijxs, encierra uno de los debates más acalorados o que mayor alboroto genera en la

agenda pública argentina. Si consideramos que el tópico involucra el ejercicio de la sexualidad, así como el poder de las mujeres sobre sus cuerpos, fácil se advierte el telón de fondo de tal revuelo; y si el asunto encuadra en la libertad negativa, decidir no tener hijxs, doblemente altercado y complejo. Solo cabe recordar la disputa ferviente entre *verdes* y *celestes* que rodea, pero no se ciñe, a la despenalización y legalización de la interrupción voluntaria del embarazo para dar cuenta de ello.

(*) Abogada UBA. Docente UBA, UNPAZ y UNDAV.

(**) Abogada UBA. Docente UBA y UNDAV.

¿Qué tiene para decir y aportar el derecho civil en torno a las decisiones reproductivas y cuáles son los interrogantes abiertos que estas desprenden en dicho espectro normativo? Las siguientes líneas gravitan sobre este interrogante, centrandose en lo que el derecho comparado denomina *wrongful pregnancy actions* (acciones por concepción injusta o injusticias prenatales), un nuevo y novedoso campo de estudio para el derecho civil, el cual consiste en analizar la responsabilidad médica asociada al nacimiento de un niño bajo determinadas circunstancias.

¿La excusa? El invite a comentar la sentencia dictada por la sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de La Coruña en fecha 10/07/2019. En esta ocasión, la justicia española tuvo que entender sobre una acción de responsabilidad patrimonial por negligencia médica derivada de la falta de consejo genético sobre las consecuencias de sufrir la mujer una enfermedad genética hereditaria, habiendo nacido dos niños portadores, con la consecuente pérdida de la madre y de su pareja de decidir, precisamente, evitar tales embarazos.

II. El derecho a procrear y a no procrear. Estándares del derecho internacional de los derechos humanos

Para dar respuesta al interrogante básico o central del presente trabajo, es decir, qué aporta el derecho civil al debate en torno a las decisiones reproductivas, es preciso comenzar por el principio: la protección jurídica que a estas les cabe en el plano constitucional-convencional. Para luego, desde esta óptica, ahondar sobre cómo o de qué manera ello incide, amplía y nutre el margen de actuación del derecho civil, lo cual, a su vez, permitirá advertir y reflexionar acerca de cuáles son las herramientas con las que cuenta esta órbita normativa para garantizar, prevenir o reparar en materia de derecho a decidir. Veamos.

Desde un enfoque de derechos humanos, las decisiones reproductivas se vinculan con la facultad de autodeterminación, esto es, el

poder de decisión que todos tenemos sobre nuestras vidas y nuestros cuerpos. La autodeterminación, como manifestación del derecho a libertad e intimidad, ostenta ciertas particularidades en el campo bajo estudio e interactúa con varios otros derechos, en especial, con los derechos sexuales, reproductivos y no reproductivos. De esto se infieren, de mínima, dos facetas o extremos en el ejercicio de esa libertad, una positiva (procrear) y otra negativa (no procrear), lo que, dicho en lenguaje feminista, hace al derecho a decidir.

En esta línea, es preciso detenerse en el texto y contexto de la Convención sobre la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), en tanto tratado internacional que instituye un conjunto de derechos a favor de las mujeres tendiente a lograr su plena igualdad y combatir de este modo la discriminación contra ellas.

Dicho valioso instrumento, en su art. 12, establece que "1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia. 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párr. 1º *supra*, los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario". Asimismo, el art. 16, en su inc. e), incluye el derecho de la mujer "a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que le permitan ejercer estos derechos".

Sobre el punto, el Comité CEDAW (1), en su recomendación general 24 sobre mujer y

(1) Es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la CEDAW por sus Estados Parte.

salud, encomienda a los gobiernos que todos los servicios de salud destinados a las mujeres sean compatibles con los derechos humanos de ellas, inclusive sus derechos a la autonomía, intimidad, confidencialidad, consentimiento y opción con conocimiento de causa (2).

Esta decisión libre de tener hijxs o de no tenerlx también ha sido objeto de estudio por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, órgano destinado a exigir el cumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), en dos pronunciamientos contenciosos: "Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica" (3) e "I. V. vs. Bolivia" (4), resueltos en fecha 28/11/2012 y 30/11/2016, respectivamente.

El primero involucra el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida, en particular, la fertilización *in vitro*, es decir, el caso gira en torno a la libertad positiva: decidir tener hijxs. En esta ocasión, la Corte se ocupa de esclarecer que las decisiones reproductivas constituyen una expresión de la protección a la vida privada, la cual va más allá del derecho a la privacidad y abarca la libertad y posibilidad de autodeterminación. Ciertamente, envuelve una combinación particular de diferentes aspectos de la privacidad que se relacionan con el derecho a fundar una familia e interactúan de manera especial con la salud sexual y reproductiva de las personas (5): "la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y

de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia. Esta última condición lleva implícito el derecho del hombre y la mujer a obtener información y de planificación de la familia de su elección" (6).

El segundo, en cambio, compromete la realización de la ligadura de trompas de Falopio efectuada sin el consentimiento de la mujer, por lo que el asunto atiende a la libertad negativa: decidir no tener hijxs. Aquí, entre otras tantas y valiosas cuestiones, la Corte profundiza sobre la centralidad e importancia del acceso a la información en temas de salud sexual y reproductiva, cuya denegación o prestación deficiente supone una barrera para la toma de decisiones de forma libre y plena. El ejercicio efectivo de la libertad de optar entre procrear y no procrear, así como la facultad de planificar la vida familiar conforme las convicciones personales y la disposición responsable sobre el cuerpo, tienen por precondition necesaria el acceso a un cúmulo de información integral. En otras palabras, el consentimiento informado, prestado en forma previa, libre y plena, asegura el efecto útil de las normas que salvaguardan las decisiones reproductivas (7).

Tener en cuenta las opiniones efectuadas por los órganos de aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional, conforme el art. 75, inc. 22, de la CN, como lo son la CEDAW y la CADH, no encierra una postura doctrinaria sino una obligación constitucional. Se trata de aplicar el mecanismo previsto por el mencionado artículo de nuestra Carta Magna, al expresar que ciertos instrumentos internacionales en la materia tienen jerarquía constitucional "en las condiciones de su vigencia". En otras palabras, integran nuestra "regla de reconocimiento constitucional" o el mal llamado "bloqueo de constitucionalidad federal" (8).

(2) Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general 24: "La mujer y la salud", 02/02/1999, comentarios generales, párr. 31 e), disponible en www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1280.pdf.

(3) Corte IDH, 28/11/2012, "Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica", en www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf.

(4) Corte IDH, 30/11/2016, "I. V. vs. Bolivia", en www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_329_esp.pdf.

(5) Párr. 144.

(6) Párr. 147.

(7) Párrs. 166 y ss.

(8) Para ampliar véase: GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, "El Estado constitucional-convencional de derecho

III. Una aproximación a las denominadas *wrongful pregnancy actions*

Como se adelantó, la sentencia bajo comentario se inscribe en una discusión más amplia, las llamadas *wrongful pregnancy actions*. De ahí que luzca adecuado alcanzar al lector algunas aproximaciones conceptuales (9).

A saber, las *wrongful pregnancy actions* encierran un género de acciones que observa tres especies bien diferenciadas: *wrongful life* (vida injusta), *wrongful birth* (nacimiento injusto) y *wrongful conception* (embarazo injusto).

Se entiende *wrongful life* a la acción mediante la cual la persona nacida, o sus representantes legales, en caso de corresponder, demandan al médico y/o centro médico que prestó asistencia a lxs progenitores, en la medida en que, de no haber sido por el diagnóstico negligente y/o la información incompleta o errónea que les fue brindada, la persona no hubiera nacido para experimentar el sufrimiento propio de su enfermedad congénita.

en el Código Civil y Comercial”, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2015.

(9) Para ampliar ver, entre otros: FABRIZI, Lucrecia, “Entrecruzamientos entre el derecho de familia y el derecho de daños: la lesión de la libertad de procrear”, RDF 2015-III-263, cita online: AR/DOC/4894/2015; GONZÁLEZ MAGAÑA, Ignacio, “El consentimiento informado deficientemente prestado como fuente de responsabilidad civil en un caso de anticoncepción fallida”, LA LEY del 05/04/2018, p. 4, cita online: AR/DOC/600/2018; MEDINA, Graciela, “Wrongful birth. Responsabilidad por nacer enfermo. Una década en la jurisprudencia del tribunal supremo español”, RCyS 2008, p. 1301, cita online: AR/DOC/435/2008; SILVA, Sabrina A., “El derecho a decidir. Algunas reflexiones en torno a la anticoncepción fallida desde la óptica del derecho civil”, Ed. Rubinzal Online, en prensa; SIRTORI, Valentina — CAPUTTO, María C., “Mala praxis médica y daño por nacimiento de un hijo”, LA LEY del 04/05/2018, p. 4, cita online: AR/DOC/793/2018, y TAGLIANI, María S., “La afectación al proyecto de vida derivada del nacimiento de un hijo no planificado”, RDF 2018-IV-64, cita online: AR/DOC/3263/2018.

Por su parte, las *wrongful birth* aluden a aquellas acciones mediante las cuales ambos o uno de lxs progenitores del niñx demanda al médico y/o centro médico por no haber detectado o informado que tendrían un hijx enfermo, privándolos de la posibilidad de tomar una decisión responsable e informada sobre la continuación o interrupción del embarazo, cuidados especiales en el parto o utilización de métodos de contracepción. Como se verá en el apartado siguiente, este sería el supuesto en el cual se inscribe la sentencia española.

Por último, las *wrongful pregnancy* (también nombradas, *wrongful conception*) refieren a las acciones en las que ambos o cualquiera de lxs progenitores reclaman al médico y/o centro médico por la negligencia profesional al recetar o suministrar anticonceptivos, el fracaso de un procedimiento de esterilización voluntaria (vasectomía o ligadura de trompas de Falopio), defecto en la práctica de interrupción del embarazo o la omisión o deficiente información al respecto, concibieron un niñx sano no planeado. Es importante destacar que, a diferencia de las acciones por *wrongful life* y *wrongful birth*, el daño por el que se intenta la indemnización es el nacimiento de un hijx que no habían planeado tener, independientemente de que el niñx nazca sano. Esta es la única especie dentro del género en estudio que ha tenido su lugar en la casuística argentina, ostentando incluso una denominación particular, *anticoncepción fallida*, a la que, por obvias razones, se le dedicará un apartado especial, el V.

IV. El caso y la sentencia judicial

El presente caso se origina a partir de una demanda judicial iniciada con el objeto de tramitar una reclamación de responsabilidad patrimonial contra un centro médico y su aseguradora, con sustento en la negligencia médica derivada de la falta de información adecuada de modo previo al embarazo, dando lugar al nacimiento de dos niñxs portadores de una enfermedad genética hereditaria. Ahondemos.

IV.1. Antecedentes

La Sra. Su. sufría una enfermedad genética hereditaria, conocida como displasia ectodérmica hipohidróica (DEH), que le fue diagnosticada cuando tenía 11 años de edad. Este diagnóstico no se incorporó al historial informatizado de la institución pertinente cuando pasó del pediatra a su médico de cabecera en el año 2000, aunque sí constaba en el historial médico en formato papel en una anotación en la historia clínica pediátrica.

Luego de ello, la Sra. Su. fue nuevamente diagnosticada de esta enfermedad por el servicio de dermatología del centro médico Sergas en el año 2004, cuando contaba con 18 años de edad. A pesar de ello, no recibió ningún consejo genético ni información clara y precisa sobre el alcance de la enfermedad durante su primer embarazo, al momento de su atención ginecológica en el año 2009, producto del cual nace el niño Sa.; ni al conocer su segundo embarazo en el año 2013, del que nace la niña V., siendo diagnosticados ambos embarazos como de bajo riesgo.

Fue después del segundo parto cuando se realizó el estudio genético pertinente. ¿El resultado? V. padece la misma alteración genética que la madre, no así su otro hijo, Sa., quien no sufre secuelas, pero sí transmite la enfermedad.

Ante estos sucesos, la Sra. Su., junto a su pareja y padre de ambos niños, el Sr. R., por derecho propio y en representación de V. y Sa., reclaman la responsabilidad patrimonial por negligencia médica ante la Consejería de Sanidad del Servicio de Inspección de Servicios Sanitarios. Y ante el silencio de la administración, inician el reclamo judicial contra el centro médico Sergas y su aseguradora.

¿Cuál es la base del planteo? Sostienen que un adecuado consejo genético a la Sra. Su. habría dado lugar a un aborto terapéutico dentro de los supuestos de la ley, pues en el momento del informe estaba embarazada de aproximadamente dos semanas. Agregan

que el estado de salud actual de V., así como el daño causado al grupo familiar en su conjunto, se debe a una culpa colegiada de los diferentes facultativos que han tratado a Su.

Dicho de otro modo, si la Sra. Su. hubiese recibido un adecuado consejo genético sobre el alcance de la enfermedad, no habría tenido a V. ni a Sa. Es decir, lxs actores hubiesen decidido no procrear y por ello entienden que se ha generado un daño por pérdida de oportunidad.

La jueza de grado desestimó la presentación (10). Tal resolutorio fue recurrido por lxs actores, siendo la apelación tramitada por ante la sala en lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia, la cual, en fecha 10/07/2019, dictó la sentencia en comentario.

IV.2. El tribunal de alzada: consideraciones y resolución

El planteo central, al cual la sentencia que nos ocupa pretende dar respuesta, se ciñe a comprobar si se ha cometido una infracción legal —tanto en el suministro de la información sobre las consecuencias de la enfermedad que padecía la Sra. Su., así como en la no realización de una prueba y consejo genético— que haya dado lugar a la pérdida de la oportunidad de decidir tener descendencia o no.

(10) Sus fundamentos fueron: que de la valoración conjunta de la prueba practicada no surge que haya existido mala praxis de los profesionales intervinientes, pues Su. acudió siempre embarazada al servicio de tocoginecología, no informó su enfermedad a los médicos que la atendían, en la historia clínica no apareció el informe de dermatología del año 2004 —pues radicaba en otro hospital—, de las ecografías realizadas no se desprendían malformaciones en el feto; por tanto, no quedó acreditada la mala praxis alegada. Asimismo, y con relación a la pérdida de la oportunidad de decidir tener descendencia o no, la magistrada consideró que no resultó acreditado que si a Su. se le hubiese efectuado oportunamente un estudio genético, ello habría dado lugar a un consejo genético para llevar a cabo una orientación de fertilidad en el sentido indicado.

Para su tratamiento, el fallo propone dos ejes o momentos de estudio en torno a la determinación de la existencia o no de la mala praxis médica: 1) la responsabilidad de parte de los facultativos del servicio de ginecología y obstetricia que la atendieron durante el embarazo y parto; 2) la responsabilidad de los facultativos del servicio de dermatología, quienes habían diagnosticado a la Sra. Su. de la enfermedad durante los años 2004, 2011 y 2012.

En relación con el primer punto, se tiene en cuenta:

— “la paciente en la asistencia obstétrica de sus embarazos fue interrogada por los antecedentes familiares a fin de detectar riesgos para la gestación con el desarrollo fetal, y no se refirieron antecedentes de interés. Esta consideración por sí sola no serviría para eximir de responsabilidad a los facultativos del servicio de ginecología pues tal como resulta de las pruebas practicadas, y así se hace constar en la sentencia de instancia, el diagnóstico de DEH se recogía en varios informes emitidos por servicios médicos pertenecientes a la sanidad pública”.

— “Durante el seguimiento de ambos embarazos no se alertó la existencia de una displasia ectodérmica, pues la enfermedad que padece doña Su. tiene una expresividad variable y una penetrancia reducida, presentando una gran variabilidad”.

— “Las gestaciones se desarrollaron sin complicaciones, y en la primera se produjo el parto de un recién nacido sano. En la segunda no se detectaron malformaciones fetales en la ecografía realizada”.

— “En cuanto a la posibilidad de realizar un diagnóstico de la patología de probable origen genético durante la gestación, (...) lo que debe existir es un diagnóstico previo al embarazo, es decir haber realizado el estudio y asesoramiento genético al tener una sospecha de la enfermedad, y a partir de ese momento haber aconsejado a la pareja de riesgos y probabilidades (...) teniendo en cuenta lo informado

por el perito designado judicialmente, aunque doña Su. acudió al servicio de ginecología del DIRECCION002 con apenas dos semanas de gestación, la demora del estudio genético daría lugar entonces a que se superasen las 14 semanas a que se refiere el art. 14 (interrupción del embarazo a petición de la mujer) de la Ley Orgánica 2/20190, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva de la interrupción voluntaria del embarazo. Y tampoco se podía acudir a los supuestos de interrupción del embarazo del art. 15 (interrupción por causas médicas), pues aunque se superasen las 22 semanas previstas en los apartados a) y b), no nos encontramos ante un supuesto de grave riesgo para la vida o salud de la embarazada, ni riesgo de graves anomalías en el feto, ni ante un caso en el que se hubiesen o podrían haber detectado anomalías fetales incompatibles con la vida o una enfermedad extremadamente grave e incurable”.

Bajo tales lineamientos, la alzada considera que existen razones que impiden apreciar una deficiente asistencia sanitaria por parte del servicio de ginecología que asistió a la Sra. Su. durante sus embarazos y partos.

Ahora bien, distinta suerte corre la asistencia sanitaria previa a los embarazos, en el entendimiento del tribunal. A saber, sobre el punto sostiene: “Las manifestaciones y síntomas que presentaba la paciente, unido a la sospecha e incluso el diagnóstico realizado, de la enfermedad padecida (DEH), obligaba a los facultativos del Sergas a indicar un estudio genético que permitiese conocer si nos encontrábamos ante una mujer portadora de una enfermedad genética, como así fue, y a ofrecerle un consejo genético con información de los riesgos de transmitir la enfermedad a sus hijos, etc. Esta obligación deriva de lo dispuesto en el art. 4.1 de la ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (...) Nada de ello se ha hecho”.

Por lo expuesto, la antijuridicidad se sustenta en la existencia del incumplimiento de la

ley que obliga al personal sanitario a emplear los medios y las técnicas que la medicina ofrece en el diagnóstico, pronóstico y tratamiento de la enfermedad, en particular, a realizar aquellas pruebas necesarias atendiendo al estado de la ciencia, en este caso el consejo genético, que nunca se efectuó.

Por último, y esta altura del análisis, surge el último interrogante: ¿qué daño corresponde resarcir? Al respecto, el tribunal señaló que, en estos casos, bien sea por falta de información o por pérdida de oportunidad, es pertinente indemnizar por el daño moral que representa la pérdida de oportunidad de la actora y de su esposo de decidir evitar futuros embarazos, así como también el daño económico equivalente a los gastos extraordinarios que pueda suponer el ocuparse de una hija con malformaciones y la incapacidad que comporta.

V. Decisiones reproductivas y derecho civil argentino

Llegados a este punto, interesa profundizar sobre la cuestión en debate desde y a través del derecho civil argentino. Veamos.

Desde la necesaria perspectiva sistémica, el entrecruzamiento entre decisiones reproductivas y derecho civil, a la par de involucrar la responsabilidad civil médica, interacciona de modo directo con el derecho de las familias. ¿Acaso el derecho a decidir no hace a la planificación familiar, al ejercicio de la autonomía personal para escoger el propio plan de vida, en definitiva, al derecho de toda persona a formar el tipo de familia que desee, siempre que no afecte derechos de tercerxs? La respuesta afirmativa se impone, brindándose en este apartado diferentes argumentos que militan a favor de sostener una mirada que tenga en cuenta los interjurídicos. Esto es, la pertinencia de no llevar adelante un enfoque encerrado en sí mismo —responsabilidad civil—, sino en consideración de los diferentes ámbitos que integran el sistema jurídico, en diálogo e interpelación constante con el derecho constitucional-convencional, asumiendo el derecho de las familias un rol enriquecedor

en la interpretación y aplicación de las reglas que rigen la responsabilidad médica frente a planteos en la especie.

Como se anticipó en el tercer apartado del presente trabajo, la casuística argentina cuenta con un único antecedente en la materia, el cual se inscribe en las aludidas acciones por *wrongful pregnancy* o lo que nuestro derecho denomina anticoncepción fallida. Nos referimos a la sentencia resuelta el 19/12/2017 por la sala G de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (11).

Harto sintético, el caso compromete a una pareja heterosexual que, tras el nacimiento de su tercer hijo, decide no tener más descendencia. ¿Cómo? Sometiéndose la mujer (Sra. V.) a una operación de ligadura de trompas de Falopio. A tal fin, la Sra. V. suscribe el consentimiento informado en un formulario en blanco que fue completado a posteriori de su firma y se procede a efectuar la intervención quirúrgica. En este acto, el médico tratante no le explica la eficacia del método ni la posibilidad de embarazo posterior debido al riesgo de recanalización o aparición de una fístula que permite el paso de las gametas, sobre todo en mujeres jóvenes, como es el caso de la Sra. V. Tres meses más tarde, la Sra. V. y su pareja (Sr. C.) se anotan de un nuevo embarazo.

Ante estos sucesos, la pareja promueve demanda por daños y perjuicios contra el médico tratante, la clínica y la obra social. ¿Qué reclaman? La reparación de los daños derivados del nacimiento de un hijo que no habían deseado tener, o sea, a pesar de que el niño nació sano, es el nacimiento no deseado la situación por la cual pretenden ser indemnizados. De este modo, solicitan la indemnización del daño moral o no patrimonial causado al proyecto de vida personal de cada uno y familiar de ambos, así como también el daño patrimonial en orden a los gastos realizados,

(11) CNCiv., sala G, 19/12/2017, "I. P. V. J. y otro c. I. M. de O. S. A. y otros s/ daños y perjuicios", RDF 2018-IV-49, cita online: AR/JUR/90602/2017.

de tipo médico y sanatorial, y a realizarse en miras a la crianza y educación del hijo.

En primera instancia se rechaza la acción. Apelado el decisorio por ambos actores, la Cámara revoca en forma parcial el fallo y hace lugar a la demanda promovida en relación con la Sra. V., confirmando el rechazo con relación a su pareja, el Sr. C.

¿Bajo qué razonamiento lógico hace lugar a la acción con el alcance indicado? Fundamentalmente, a partir de la interacción entre salud reproductiva y consentimiento informado, al decir de la alzada: “el problema tiene una dimensión existencial que se vincula con la decisión autorreferente de devenir o transitar la maternidad-paternidad”, en especial, “es relevante dar a conocer el alea de un embarazo posterior, aunque no exista falta médica en la ejecución de la técnica. La escasa probabilidad de que se produzca un embarazo no deseado no sirve de excusa”.

Desde este entrecruzamiento, se llega al debate central o que mayor “polémica” genera la anticoncepción fallida: determinar si corresponde hablar “jurídicamente de un daño —y en su caso, en qué consiste— cuando a raíz de una falla o por deficiente información tiene lugar el nacimiento no previsto de un hijo”. Al respecto, la Cámara entiende: “el derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación (...) el nacimiento, la vida de una persona, no puede ser considerado un daño injusto, que afecte la intimidad o la libre autodeterminación de terceros (art. 19, CN). Sería un contrasentido que el ordenamiento legal tutele especialmente la vida y la erija al propio tiempo en fuente de un menoscabo”. Por lo tanto, “el daño inferido a la madre está constituido por la violación de su derecho a la autonomía personal y a la libertad de autodeterminación, causados por la falta de suficiente información”.

En esta tésis, concluye: “la falta de información relevante sobre las posibilidades de falla de la ligadura tubaria incidió —aunque sea en un mínimo margen— sobre la libertad

de elegir. Vale decir, la omisión en el cumplimiento del deber de información tuvo influencia en la autodeterminación de la paciente”, generando una “repercusión desfavorable en el aspecto íntimo y personalísimo de la actora y configura un daño moral”. Daño que no cabe extender al Sr. C., “que es un tercero ajeno a la relación médico-paciente, aunque resulte indirectamente afectado, toda vez que la injuria fue causada a un bien de la personalidad que es inherente a la persona afectada”.

Ahora bien, la dialéctica empleada en la parte central del pronunciamiento, esta es, determinar en qué consiste el daño, merece algún reparo o comentario crítico. Nos referimos a ciertas afirmaciones elucubradas en torno al derecho a la vida como un “derecho natural” o “primer derecho”. Ocurre que, a esta altura del desarrollo de la teoría constitucional debería ser indiscutible que no existe un derecho de por sí “superior” a otros, sino que se trata de ponderar derechos frente a situaciones concretas de antinomia, controversia o colisión. Precisamente, es la actividad de ponderación, con arreglo a cada circunstancia particular, la que deriva en la prevalencia de un derecho respecto de otros. Basta recordar la ley 26.742 de Muerte Digna, en la que se prioriza la dignidad sobre la vida para dar cuenta de que el derecho a la vida, como todos los restantes derechos, está sujeto a ser ponderado.

Entonces nos interrogamos: qué implica, qué se esconde o qué hay detrás de aquellas afirmaciones categóricas sobre la vida como un “derecho preferente” o al que le cabría una protección privilegiada. Aquí se aventura una posible respuesta: el modelo tradicional y unívoco de familia, un modelo que saquea y silencia tantísimos sentires o modos de concebir, vivenciar y transitar las relaciones familiares. La realidad social moderna demuestra que “la familia ya no es lo que era”, no necesariamente se origina en la unión de dos personas, sea matrimonial o convivencial, involucre a personas de igual o diverso sexo, ni tampoco está ligada de manera indefectible al nacimiento de hijxs, con o sin pareja. Por lo

tanto, pese a sonar “políticamente incorrecto”, el nacimiento de un hijx puede expresar o significar una situación lesiva en el proyecto de vida de quienes, según las condiciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, la realización personal y/o familiar pasa por el lado contrario. Como bien señala Tagliani en un interesante comentario al fallo de marras, el punto neurálgico no es entender al hijx como un daño, el perjuicio a analizar consiste en el arrebatación de la posibilidad de optar respecto de una decisión tan personal y trascendental como la de tener o no tener hijxs (12).

Desde esta perspectiva, cabe repensar otras aristas en torno a las consideraciones efectuadas por la Cámara, las que en esta oportunidad se dejan abiertas por cuestiones espaciales: la legitimación activa y las partidas indemnizatorias, en especial, todo lo relativo al daño patrimonial.

Sobre la primera, si bien es cierto que el consentimiento informado es exigible únicamente con relación a la mujer, cabe reflexionar si el incumplimiento médico, en tanto la privó a ella como a su pareja de la posibilidad de recurrir a métodos alternativos a fin de evitar el embarazo, afectó o no el proyecto de vida del señor. Dicho de otro modo, si una respuesta jurisdiccional adecuada a los derechos e intereses ligados en el caso no apuntaría a otorgar un mayor resarcimiento a la mujer —claro está, por ser su cuerpo el que está en juego—, sin obstaculizar la procedencia de la acción respecto del hombre, aunque con un alcance diferente y en una cuantía menor.

A su vez, en lo que hace a las partidas indemnizatorias, es dable colocar en debate si denegar la procedencia del resarcimiento económico no tensiona con un principio básico de la responsabilidad civil: la reparación integral del daño, consagrada en el art. 1740 del Cód. Civ. y Com., cuyo anclaje constitucional ha sido afirmado y reafirmado en tantísimas oportunidades la Corte federal (13).

VI. Brevísimas reflexiones finales

A excusa de comentar la sentencia española, hemos intentado colocar claro sobre oscuro en lo que hace a los derechos e intereses vinculados a las decisiones reproductivas, en especial, aquellas enmarcadas en la faz negativa de esta libertad: no tener hijxs. ¿Por qué siempre los debates que rodean el ejercicio de las libertades generan tanto revuelo, resistencias, miedos e incomodidades?

Si algo está claro es que el derecho a decidir impacta, tensiona y remueve el ordenamiento civil, al colocar en descubierto una vez más la puja entre lo clásico y lo moderno en este campo del derecho. Proteger la libertad acostumbra a suponer un gran desafío, más aún ante una realidad social como la actual, caracterizada por su dinamismo, diversidad y, por ende, complejidad.

Si estas líneas invitan a repensar y remover estructuras, bienvenido sea. En definitiva, esa ha de ser una de las tantas finalidades de la reflexión académica.

(13) Sobre el punto, compulsar: BURGUEÑO IBARGUREN, Manuel G., “El derecho a la reparación integral”, RCyS 2019-XI-33, cita online: AR/DOC/19/2019.

(12) TAGLIANI, María S., “La afectación...”, ob. cit.

ACTUALIDADES



Thomson Reuters

Thomson Reuters

Síntesis de Jurisprudencia de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires 1/2020^(*)

María J. Navas Roggero^(**)
Leonardo R. Vittola^(***)

Sumario: I. Medida de abrigo. Juzgar con perspectiva de género. C. 122.826, 21/08/2019.– II. Incidente de declaración de adoptabilidad. C. 122.500, 11/09/2019.– III. Alimentos entre cónyuges. C. 120.303, 06/11/2019.– IV. Restitución internacional. C. 122.818, 18/12/2019.– V. Medida de abrigo. C. 121.287, 19/02/2020.

I. Medida de abrigo. Juzgar con perspectiva de género. C. 122.826, 21/08/2019 (1)

I.1. Antecedentes

Se inician las presentes actuaciones con la comunicación de la medida de abrigo en institución dispuesta por el Servicio Local de Promoción y Protección de los Derechos del Niño de San Isidro respecto del niño L.

El Juzgado de Familia N° 1 de San Isidro declaró el estado de adoptabilidad de este.

(*) Los fallos completos pueden extraerse de www.scba.gov.ar/jurisprudencia.

(**) Abogada, Universidad Nacional de La Plata (UNLP). Maestrando en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires (UBA).

(***) Abogado, Universidad Nacional de La Plata (UNLP). Maestrando en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires (UBA). Docente en Derecho de las Familias y Sucesiones, Universidad Nacional de La Plata (UNLP) y Universidad de Buenos Aires (UBA).

(1) SCBA, 21/08/2019, "T., L.I. Abrigo", en www.juba.scba.gov.ar/VerTextoCompleto.aspx?idFallo=171170.

La progenitora del niño apeló dicho pronunciamiento y la sala 3ª de la Cámara Primera de Apelación departamental lo confirmó.

Frente a ello, deduce recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley.

Sostiene que todo el presente proceso se siguió en franca transgresión a los preceptos jurídicos que delimitan la función institucional para la materia.

Expone que, al contrario de lo propiciado por el Comité de Derechos del Niño en su Observación General 7 en cuanto a la aplicación holística de la Convención en lo que hace a la realización de los derechos del niño en la primera infancia, el tratamiento de este caso es una fragmentación absoluta de todo aquello que debió tratarse de manera convergente y coordinada.

Considera que el caso más extraordinario en tal sentido y que autoriza a invalidar la sentencia que impugna es que la vulnerabilidad de la madre invocada como fundamento de la medida de abrigo inicial estaba signada por un severo cuadro de violencia de género que ejercía sobre ella su expareja.

Apunta que dicha situación fue recogida en las decisiones judiciales e informada por la

defensa de la señora T. en cada oportunidad, manifestando que las denuncias por violencia contra el agresor, que superan la media docena, fueron sistemáticamente desatendidas, sin que se tomara al respecto siquiera un conjunto de medidas de protección ni de investigación.

1.2. Dictamen del procurador general

El procurador general comienza puntualizando que el fundamento esencial tenido en cuenta por la alzada para resolver se centró en considerar la actividad desplegada por el órgano administrativo de protección y los informes del equipo técnico del juzgado que resultan contestes en concluir en la incapacidad de la progenitora para revertir la situación que dio origen al conflicto.

Señala que “... los agravios planteados carecen de virtualidad para conmovir la contundencia de las conclusiones de los informes elaborados por el equipo técnico del juzgado y por el servicio local de promoción y protección concordantes en afirmar la imposibilidad de la Sra. T. para revertir el cuadro de labilidad emocional que dio origen al conflicto y asumir la crianza del niño L. de manera sostenida y responsable” (2).

En definitiva, considera que la valoración de la prueba alegada por el recurrente como fundamento del absurdo invocado resulta insuficiente para conmovir la completa hermenéutica desplegada en el decisorio cuestionado, en cuanto rechaza la restitución reclamada por la progenitora y resuelve declarar al niño en situación de adoptabilidad.

Debido a todo ello, dictamina propiciando el rechazo del recurso extraordinario impetrado. Sin embargo, propicia un régimen comunicacional de la progenitora y la hermana con el niño.

(2) Extracto del dictamen del Sr. procurador general de la SCBA disponible en www.cijur.mpba.gov.ar/.

1.3. La decisión

La Suprema Corte, por unanimidad, resolvió rechazar el recurso extraordinario interpuesto y confirmar la declaración de adoptabilidad del niño, ordenando que en la instancia de origen se evalúe la conveniencia del establecimiento de un régimen de comunicación del niño tanto con su progenitora como con su hermana.

Abre la votación el Dr. De Lázari.

En primer lugar, realiza una pormenorizada reseña de los antecedentes del caso. Y si bien coincide con el Sr. procurador en cuanto propicia el rechazo del recurso, lo hace con base en otros fundamentos.

En el desarrollo de su voto, hace hincapié en que, de la lectura de los antecedentes del caso, surge claramente que la presentación espontánea de la señora T. en el Servicio Local manifestando su deseo de querer dar a L. en adopción estuvo motivada en las amenazas proferidas por su expareja, el señor R., quien las había realizado en varias oportunidades, diciéndole que iba a matar a ella y al niño por nacer o que lo vendería.

Sostiene que la magistrada interviniente incurre en un grave error al imponer una restricción de acercamiento de la progenitora con relación a su hijo.

En ese punto, asevera que “[e]n dicho proceder se advierte una evaluación sesgada que omite la consideración de circunstancias especiales que delimitan el marco de violencia en que estaba inmersa la señora T. respecto del cuidado personal hacia su hijo. La observancia del deber de debida diligencia obligaba a los operadores a disponer de medidas de protección en tiempo oportuno. Hubiera correspondido arbitrar acciones de prevención y de protección estatal reforzada a través de la toma de medidas eficaces de seguridad que garantizaran, por un lado, un lugar de residencia libre de violencia, sin la separación de L. y que al mismo tiempo abordara también la situación de T. Sobre este último aspecto, de

la abundante prueba surge que el Sr. R. sería una persona peligrosa, incluso que habría amenazado a distintos profesionales del SLPP — informe de la licenciada Oliva, perito trabajadora social; ver fs. 62 vta.— y, que, además, para poder tener contacto con T., L. tenía que acercarse al domicilio de R., bajo las pautas que aquel imponía desde su posición de poder. Vale decir, hubiera correspondido generar otras condiciones para que se pudiera trabajar el fortalecimiento de L.” (3).

En esta misma línea, continúa expresando que “... con ese proceder se obstruyó la continuidad del vínculo materno filial de L. durante su institucionalización cuando no existían restricciones jurídicas que avalaran tal medida en función de su interés superior (v. ‘Guía de indicadores para el cuidado alternativo de niñas, niños y adolescentes en modalidad residencial’, UNICEF, Dimensión IV.1. El acceso a derechos, Derecho a vivir en familia, diciembre 2018, Buenos Aires, Argentina, 1ª ed., p. 23). Dichos antecedentes obligaban al juez a seguir las exigencias reforzadas de debida diligencia que no pueden dejar de observarse (arts. 2º, 3º, 19, 22, 27 y 39, Convención de los Derechos del Niño; 4º, 7º, inc. b, y 8º, Convención de Belém do Pará), ya que sin ese análisis contextual no cobra significación el comportamiento de la víctima de violencia de género en el desempeño del rol materno” (4).

El ministro hace principal hincapié en que la cuestión no fue resuelta con perspectiva de género. Y en este punto, señala enfáticamente que “... se observa que en la calificación de abandonada que se le imputa a la progenitora no se comprendieron las especificidades de la violencia de género tales como el ciclo de violencia y el atrapamiento que afectan a las mujeres con mayor grado por estar colocadas dentro de un grupo históricamente sometido. Si bien se señaló que L. no evidenciaba indicadores que pudieran dar cuenta de la reversión de las situaciones de

vulnerabilidad existentes al momento de la adopción de la medida de abrigo (v. fs. 105 vta.), tampoco se tuvo en cuenta — tal como hemos expuesto— que el contexto ameritaba *dar la oportunidad de ser interpretada su subjetividad y proceder de otro modo* (arts. 16, inc. i, y 31, ley 26.485; 484, Cód. Proc. Civ. y Com.; 4º, dec. 1011/2010 reglamentario de la ley 26.485)” (5).

Por otra parte, considera que, en miras a la predicción del mejor interés del niño acerca de su bienestar, corresponde confirmar la declaración de adoptabilidad de L. Sin embargo, afirma que la base argumentativa de esa decisión no responde a “una determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño”; por el contrario, se propicia “para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño”.

Finalmente, y con relación en la situación del niño, estima que en la instancia deberán adoptarse las medidas de seguridad en favor de él y garantizar el vínculo con su madre, atendiendo al grado de vulnerabilidad en que ella se encuentra.

El Dr. Negri, en el mismo sentido que el ministro preopinante, considera que corresponde rechazar el recurso extraordinario interpuesto.

Para así decidir, fundamenta su voto en el “interés superior del niño”, alegando que “... Este principio proporciona un parámetro que permite resolver las cuestiones de los menores con los adultos que lo tienen bajo su cuidado y la decisión final ha de ser la que resulte de mayor beneficio para aquellos. De esta manera, frente a un presunto interés del adulto se prioriza el de los niños, reconociendo las propias necesidades y la aceptación de los derechos de quienes no pueden ejercerlos por sí mismos (causas C. 100.587, cit. y C. 119.647, “M., S. A.”, sent. de 16/03/2016) (6).

(3) Extracto del voto del Dr. De Lazzari al que se adhieren la Dra. Kogan y el Dr. Soria.

(4) Ibidem.

(5) Ibidem.

(6) Extracto del voto del Dr. Negri.

II. Incidente de declaración de adoptabilidad. C. 122.500, 11/09/2019 (7)

II.1. Antecedentes

La sala 1ª de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Bahía Blanca confirmó tanto la sentencia de primera instancia que declaró al niño J. F. P. en situación de adoptabilidad como la resolución que otorgó su guarda preadoptiva.

Frente a ello, se alza la progenitora del niño, a través del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley y de nulidad.

Alega, en síntesis, que la sentencia impugnada resulta nula porque decide la situación de adoptabilidad sobre la base de considerar los informes del equipo técnico del juzgado interviniente y no lo dispuesto por el ente administrativo, en contradicción con lo establecido por el art. 613 del Cód. Civ. y Com.

Por último, se agravia por considerar que la guarda preadoptiva fue otorgada sin que se encontrara firme la sentencia que declaraba al niño en situación de adoptabilidad.

II.2. Dictamen del procurador general

El Sr. procurador general, con carácter liminar, objeta la fundamentación promiscua de los recursos planteados.

Al respecto, argumenta que los recursos extraordinarios tienen exigencias técnico-formales propias, de insoslayable cumplimiento, que la Suprema Corte no puede dejar de lado, pues, de lo contrario, se infringen las normas de carácter constitucional y legal que lo sustentan.

No obstante, la insuficiencia técnica, por el carácter de la cuestión planteada, decide abordar los agravios planteados.

Comienza considerando que la progenitora centra sus quejas en cuestiones dogmáticas, desentendiéndose de los argumentos tenidos en miras por la alzada para decidir.

Y en este punto, estima que “... la apelante omite cuestionar dos argumentos centrales del decisorio: las constancias que dan cuenta del efectivo trabajo de fortalecimiento desplegado con la quejosa y su grupo familiar —en especial de las instancias tendientes a posibilitar la convivencia del niño junto a su familia ampliada (bisabuela y tía maternas) y de su fracaso— y la existencia de un extenso proceso de vinculación adoptiva del niño con sus actuales guardadores, que ha contado con el acompañamiento y la participación activa de la progenitora” (8).

Además, señala que resulta necesario tener especial consideración respecto del prolongado tiempo transcurrido desde el inicio de las actuaciones y las consecuencias inconmensurables que ello reviste en esta clase de procesos destinados a conjugar el respeto por la preservación de los vínculos familiares de origen con los demás principios tendientes a asegurar el derecho de los niños a no sufrir ninguna clase de maltrato, a crecer y desarrollarse en un ámbito familiar capaz de asegurarle protección y cuidado y a contar con una decisión que defina su situación jurídica en un tiempo razonable (CIDH, “Fornerón vs. Argentina” (2012) y “L. M. vs. Paraguay. Medidas provisionales” (2011); arts. 607 y concs., Cód. Civ. y Com.).

Con base en ello, considera que los agravios planteados por la recurrente resultan insuficientes para conmover la completa hermenéutica desplegada en el decisorio cuestionado y propicia el rechazo de sendos recursos.

II.3. La decisión

Con relación al recurso extraordinario de nulidad presentado, la SCBA, por unanimidad, resuelve rechazarlo.

(7) SCBA, 11/09/2019, “P., J. F. Incidente de declaración de adoptabilidad”, en www.juba.scba.gov.ar/VerTextoCompleto.aspx?idFallo=171405.

(8) Extracto del dictamen del Sr. procurador de la SCBA.

Ello, en cuanto señala que "... y sin perjuicio de las observaciones que podrían realizarse en cuanto a la técnica recursiva utilizada, no se avizora en la pieza procesal en análisis que se haya formulado desarrollo argumental alguno con sustento en las referidas normas constitucionales o en su contenido normativo, lo que determina la inadmisibilidad del carril impugnativo bajo estudio (doct. causas C. 109.348, 'Rodríguez Olivera', res. de 06/04/2011; C. 116.488, 'Casa Bernabe SCA', res. de 28/03/2012; C. 117.268, 'Mindel', res. de 19/12/2012 y C. 121.776, "Zardain", res. de 20/09/2017)" (9).

Por otra parte, con relación al recurso extraordinario de inaplicabilidad planteado, el Dr. Genoud comparte y hace propios los fundamentos señalados por el Sr. procurador en cuanto a que los agravios planteados resultan insuficientes, resolviendo que corresponde confirmar la situación de adoptabilidad del niño.

Asimismo, y en consideración al planteo dirigido a controvertir que se haya otorgado la guarda preadoptiva del niño, expresa que "... cabe observar que si bien para ese momento procesal no fue acertada la selección de la figura, toda vez que hubiera correspondido acudir a un tipo 'provisorio' o 'cautelar' hasta tanto adquiriera firmeza la declaración de adoptabilidad, lo cierto es que de los informes presentados se desprende que el proceso de vinculación con los guardadores es altamente positivo para el niño, quien actualmente se encuentra adecuadamente insertado en dicha familia, con lo cual —teniendo en miras especialmente su superior interés—, corresponde mantener la continuidad de la guarda otorgada (arts. 11 y 36.2, Const. prov.; 75, inc. 22, CN; 3º, 19, 39 y concs., CDN)" (10).

Finalmente, propicia que en la instancia de grado se evalúe la posibilidad de continuar

con el régimen de comunicación entre el niño y su progenitora, resguardando el interés superior de este.

En igual sentido que su colega preopinante vota el Dr. De Lazzari, pero efectuando una salvedad, en cuanto manifiesta que "... más allá de la errada elección de la figura jurídica, el interés superior de J. F., tras el tiempo transcurrido, impone confirmar la declaración de la situación de adoptabilidad. Es por ello que corresponde dejar sin efecto la guarda preadoptiva otorgada a fs. 162 y conceder una nueva computando a esos fines el tiempo de convivencia con sus guardadores (art. 706, Cód. Civ. y Com.)" (11).

Finalmente, cabe hacer mención al voto del Dr. Torres, quien se adhiere al voto del Dr. Genoud, y con relación al otorgamiento de la guarda preadoptiva, refiere que "... Me parece importante destacar que las resoluciones en materia de guarda de niños deben tomarse dejando de lado teorizaciones abstractas y valorando el interés concreto del niño (...) Pues bien, los elementos obrantes en el proceso, sumados a la audiencia que se celebró con J. F., me permiten afirmar que el niño se encuentra integrado a la familia de sus guardadores, a quienes reconoce y acepta como padres y con quienes convive desde hace más de tres años. En este sentido, también creo que el trascurso del tiempo es un factor que repercute en la vida del niño y debe ser de primordial consideración a la hora de determinar su interés superior. Mantener la decisión del *a quo*, unida a la necesidad de evaluar la posibilidad de continuar con el régimen de comunicación de J. F. y su madre biológica en el marco del llamado "'triángulo adoptivo-afectivo', resulta la mejor alternativa para el sujeto más vulnerable y necesitado de protección, el niño" (12).

Por ello, la Suprema Corte decide rechazar el recurso de inaplicabilidad de ley.

(9) Extracto del voto del Dr. Genoud al que se adhieren los doctores De Lazzari, Kogan, Negri, Soria, Pettigiani y Torres.

(10) Ibidem.

(11) Extracto del voto del Dr. De Lazzari al que se adhiere la Dra. Kogan.

(12) Extracto del voto del Dr. Torres.

III. Alimentos entre cónyuges. C. 120.303, 06/11/2019 (13)

III.1. Antecedentes

Las actuaciones se inician con la demanda promovida por la señora K. G. C. contra su excónyuge, el señor A. P. S. M., mediante la cual reclama alimentos en los términos del art. 207 del Cód. Civil hoy derogado, como consecuencia de la sentencia de divorcio firme declarado por culpa exclusiva de este último.

Básicamente, en el relato de los hechos arguye que el accionado ha efectuado a lo largo de la vida matrimonial una serie de actos fraudulentos en contra de la sociedad conyugal con el objeto de esconder el patrimonio, gozando de un nivel alto de vida, del cual a la fecha del inicio de la demanda la actora se ve privada. Circunstancia que no se detenía allí, sino que —además— el accionado ejercía violencia económica sobre la actora.

Asimismo, expresó que gracias a su familia lograron forjar un importante patrimonio conyugal, alcanzando un estatus económico alto, del cual luego de la separación el demandado quiso sacar exclusivo provecho.

Por su parte, el accionado expresó que la propia actora reconoció en la demanda que el nivel de vida del matrimonio era resultante de las liberalidades que sus padres les dispensaban. Sostuvo también que resultaba falso que durante el transcurso de la vida matrimonial se consolidara la economía familiar y se multiplicaran las acreencias. Por el contrario, para cuando concluyó la convivencia se encontraban en una situación patrimonial comprometida.

El *a quo* resolvió hacer lugar a la demanda promovida por la actora y fijó en concepto de alimentos una suma de pesos veintitrés mil e

impuso las costas en un 70% al demandado y un 30% a la actora.

Dicha sentencia fue apelada por ambas partes.

La Cámara Primera de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro revocó el fallo de la instancia de origen, por considerar que ha existido en autos orfandad probatoria.

Contra dicho pronunciamiento la accionante dedujo recurso extraordinario de nulidad y de inaplicabilidad de ley, mediante el cual denuncia la violación del art. 207 del Cód. Civil y la doctrina legal aplicable en torno a dicha norma. Asimismo, alega infracción o errónea aplicación de los arts. 210 y 218 del Código citado.

III.2. La decisión

El Dr. Negri es el encargado de abrir la votación.

En primer lugar, respecto al recurso extraordinario de nulidad, recuerda que “el presente canal recursivo solo puede fundarse en la omisión de tratamiento de alguna cuestión esencial, en la falta de fundamentación legal, en el incumplimiento de la formalidad del acuerdo y voto individual de los jueces o en la no concurrencia de la mayoría de opiniones (arts. 168 y 171 Const. prov.; cfr. doctrina causas C. 119.431 ‘Osorio’, res. 04/03/2015; C. 119.363 ‘Garbizu’, res. 26/03/2015...)” (14).

De esta manera, señala que en la presente causa no ha existido una falta de respuesta a una cuestión esencial por descuido o inadvertencia, sino que lo que apunta la actora, en rigor de verdad, es a la forma en que ha sido resuelta la cuestión llevada a consideración del *a quo* (cfr. doct. causas C. 119.331, “Castillo”, res. del 17/12/2014...). Advierte que los reproches de la impugnante vinculados con los presupuestos de la demanda y las cuestiones

(13) SCBA, 06/11/2019, “G. C., K. c. S. M., A. P. Alimentos”, en www.juba.scba.gov.ar/VerTextoCompleto.aspx?idFallo=172152.

(14) Extracto del voto del Dr. Negri.

fácticas importan un cuestionamiento al acierto jurídico del fallo y, en consecuencia, resultan extraños a la vía recursiva intentada, pues reposan sobre el mérito de la decisión.

De modo tal que, encontrándose, además, debidamente fundado en expresas disposiciones legales el fallo, corresponde —de conformidad con el dictamen del procurador general— rechazar el recurso extraordinario de nulidad intentado (15).

Sobre la segunda cuestión, recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, el Dr. Negri propicia que debe ser rechazado.

Realiza un pormenorizado análisis de la causa y la prueba producida en autos, para luego concluir que la actora no logró acreditar el alto estatus económico del que manifestó haber gozado durante la convivencia ni que este haya sido fruto de los aportes del matrimonio.

Sostiene que la Suprema Corte, en reiteradas ocasiones, ha expresado en torno al art. 207 del Código derogado que consagraba una verdadera indemnización por la injusta pérdida de los derechos alimentarios y asistenciales que generaba el divorcio vincular al cónyuge inocente o enfermo (Ac. 75.761, “N. de D. L. S.”, sent. del 24/10/2001). Para alcanzar ello, el cónyuge inocente que pretendiera tal reparación “... debía acreditar el perjuicio material ocasionado por el divorcio en orden a la disminución en sus condiciones económicas de vida a causa de la desaparición anticipada de los deberes alimentarios matrimoniales (...) el cónyuge culpable del divorcio debía contribuir a que el otro, si no dio también causa a la separación, mantuviera el nivel económico del que gozaron durante su convivencia...” (16).

En consecuencia, la carga probatoria recae sobre aquel que reclama alimentos, debiendo

(15) Voto al que adhieren los Dres. De Lázari, Pettigiani, Kogan, Genoud y Torres.

(16) Extracto del voto del Dr. Negri.

acreditar tales extremos, aunque sea de modo aproximado.

Destaca que las pruebas aportadas solo acreditan que la actora efectuó numerosos viajes al exterior, los cuales, como ella misma ha referido en la demanda, habrían sido costeados por su familia, “no surgiendo que el alto estatus económico del que dice haber gozado durante la convivencia haya sido sostenido con aportes de la sociedad conyugal, pues el resto del material probatorio se vincula con la posición económica del demandado luego de la separación de las partes” (17).

Seguidamente, el Dr. De Lázari, sin perjuicio de compartir las apreciaciones vertidas por el Dr. Negri en torno a los requisitos previstos en el art. 207 del Cód. Civil derogado, no comparte la conclusión de que la actora no logra acreditar en autos el estatus económico del que manifestó haber gozado durante la convivencia ni que este haya sido fruto de los aportes del matrimonio.

Destaca que “en vistas de su condición de ama de casa y el ejercicio de la maternidad de acuerdo con patrones culturales basados en funciones estereotipadas de la mujer, la situación material de la cual gozaba durante la vida comunitaria no era otra que lograr su subsistencia mediante los ingresos que aportaran otras personas” (18).

Puntualiza en que existen diversos elementos a tener en cuenta para medir el nivel de vida desarrollado durante el matrimonio y que cabe tomarlos en cuenta, como ser: los hijos concurrían a colegios con una cuota por demás elevada; el grupo familiar tenía cubierta las prestaciones de salud a través de una prepaga de elevado costo (Swiss Medical); viajaban seguido al exterior y utilizaban ambos vehículos de alta gama.

Al respecto, el demandado ha reconocido que abonaba el pago de las cuotas de colegio,

(17) Ibidem.

(18) Extracto del voto del Dr. De Lázari.

quedando allí descartada la ayuda económica de la familia de la actora. También “reconoce su capacidad de pago a préstamos provenientes de la familiar de origen y de ello se infiere un desarrollo diferenciado y provechoso que nace durante la convivencia con la actora, más allá de su posterior crecimiento desde la separación (...) por otro lado también es reconocida la exclusividad en el manejo societario de su empresa y actividad profesional (...) de lo que se colige también que es razonable que el pago de los colegios, el mantenimiento de sus hijos y la manutención de los vehículos hubiera estado a cargo de su persona y no de sus exsuegros” (19).

Con la apreciación de tales indicios, el magistrado señala que los alimentos provisionales oportunamente fijados resultan exiguos, sumado a que debe hacerse lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley deducido y revocar la sentencia, manteniendo la decisión de primera instancia, donde se determinara la cuota alimentaria en la suma de pesos veintitrés mil desde 2013.

No obstante, analiza el alcance de la prestación alimentaria devengada a la luz de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación entrado en vigencia el 1º de agosto de 2015. Como consecuencia de la aplicación del art. 7º del Código citado, estima que cesan las cuotas de alimentos atribuidas a favor del cónyuge inocente devengadas con posterioridad a su entrada en vigor.

Por su parte, el Dr. Pettigiani sostuvo que el recurso extraordinario no puede tener favorable acogida.

Señala que si bien la actora logra demostrar el absurdo en que incurrió el tribunal de alzada en la apreciación de las constancias de la causa, no logra semejante resultado con sus embates dirigidos a objetar la configuración de las injurias graves vertidas en juicio como causal de pérdida de su derecho alimentario.

El magistrado recuerda que el tribunal de alzada acogió favorablemente la defensa opuesta por el demandado y concluyó que, con las expresiones contenidas en el escrito liminar de la accionante, esta había proferido injurias graves en contra de aquel, dando causa al cese del derecho alimentario que le pudiera haber correspondido.

Señala que “dentro del marco del sistema previsto por el Código Civil vigente al tiempo de los hechos, cuando el beneficiario del deber alimentario ofendía de gravedad al excónyuge alimentante, independientemente de las eventuales consecuencias penales generadas por los concretos acontecimientos, se sancionaba al autor con la pérdida del derecho a seguir gozando de aquellos alimentos” (20).

Teniendo ello como norte orientativo y luego de un repaso jurisprudencial en pronunciamientos previos al respecto de la propia Suprema Corte, expresa que “los fundamentos del tribunal de alzada no pueden ser tachados de dogmáticos o absurdos en tanto refieren en forma suficiente a la efectiva configuración de los presupuestos de hecho conducentes a la actuación de la norma aplicada” (21).

Puntualiza que la actora ha invocado diferentes hechos y traído diferentes cuestiones que resultan ajenas a las cuestiones relevantes y conducentes para la resolución de la presente litis, “excediendo —su alegación— las necesidades propias del razonable ejercicio de la defensa en este juicio de alimentos, en el que devino siempre improcedente todo debate sobre posibles conductas reprochables al deudor alimentario (...) aquellas imputaciones de la demandante no pueden ser reputadas aquí sino como exabruptos, incompatibles con la conducta esperable en una persona con su destacado grado de lucidez, educación, madurez, posición social, entorno afectivo y familiar (...) evidenciando así una inocultable ligereza en la prolongación de una actitud

(19) Ibidem.

(20) Extracto del voto del Dr. Pettigiani.

(21) Ibidem.

ofensiva de su parte que ha lucido ciertamente en pugna con ese residual respeto que deben profesarse los excónyuges una vez fenecido el matrimonio..." (22).

Los Dres. Kogan, Genoud y Torres, por los mismos fundamentos que el Dr. De Lázari, votaron la segunda cuestión en idéntico sentido.

De esta manera, la Suprema Corte provincial por un lado rechaza el recurso extraordinario de nulidad, con costas, y, por el otro, por mayoría, hace lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, revocando la sentencia impugnada y manteniendo la decisión de primera instancia, estableciéndose el cese de la cuota fijada a partir de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación. Las costas de todas las instancias se imponen en un 70% al demandado y un 30% a la actora.

IV. Restitución internacional. C. 122.818, 18/12/2019 (23)

IV.1. Antecedentes

Se inician las presentes actuaciones con la solicitud de restitución internacional articulada por el titular a cargo de la Unidad Funcional de Defensa Civil N° 2 de La Plata en representación del señor R.

Allí, el requirente solicitó la restitución de su hija a la ciudad de Roma, Italia, denunciando que ella había sido sustraída de su país de nacimiento por su madre, quien la retenía en forma ilegal y contraria a la voluntad del progenitor y de sendas resoluciones dictadas por tribunales de Roma.

El Juzgado de Familia N° 2 de La Plata hizo lugar a la solicitud articulada y dispuso la restitución internacional de la joven a Roma,

(22) *Ibidem*.

(23) SCBA, 18/12/2019, "S., R. c. B., A. D. Restitución internacional", en www.juba.scba.gov.ar/VerTextoCompleto.aspx?idFallo=172666.

Italia, invitando a la progenitora a acompañar a la adolescente de regreso a dicha ciudad.

Apelado dicho fallo, la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial departamental lo revocó y, en consecuencia, rechazó la pretensión de restitución internacional articulada.

Contra este último pronunciamiento, el progenitor deduce recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley.

Denuncia que la Cámara ha incurrido en absurdo valorativo.

Sostiene que se ha interpretado erróneamente el Convenio de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, así como también la Convención sobre los Derechos del Niño, dejándose de lado el "interés superior del niño" al no incluir a la figura paterna y el contacto frecuente entre padre e hija.

IV.2. Dictamen del procurador general

El Sr. procurador general considera que corresponde rechazar el recurso impetrado.

Estima que en el caso — tal como ha concluido la Excma. Cámara de Apelaciones— se hallan configuradas las especiales y excepcionales causales previstas en la Convención de La Haya que autorizan a negar la restitución solicitada.

Basa su dictamen en la armoniosa valoración de la prueba colectada que efectúa la alzada, considerando que "... la Excma. Cámara ha evaluado el superior interés de la niña involucrada en su realidad concreta ponderando especialmente la vista de la asesora de menores y la prueba colectada con posterioridad a la sentencia de primera instancia: las conclusiones del informe psicológico de la Lic. E. R. y su ampliación — que no fueron cuestionados por las partes—; el estado de vulnerabilidad de la niña luego de la entrevista vía teleconferencia que tuviera la experta con el progenitor y la impresión obtenida por los señores jueces en el marco de la audiencia en que tomaron conocimiento personal de la joven y se procedió a su escucha, pues 'allí surgió claramente

el estado de angustia luego demarcado por la experta, manifestando la joven en forma contundente su negativa frente a la posibilidad de un eventual regreso a Italia' Asimismo, sopesó la edad de M. que al momento de la sentencia contaba ya con 13 años de edad y que, con debido patrocinio letrado, expresó su férreo rechazo al regreso a Italia. Vale decir, que la decisión recaída en el fallo en crisis ha tomado en consideración no solo la escucha de la menor, sino el contexto y la armonía de esta con el resto de las pruebas" (24).

Concluye que el decisorio atacado no ha incurrido en absurdo ni ha aplicado erróneamente la Convención de La Haya ni la Convención sobre los Derechos del Niño, sino que ha valorada armoniosamente la prueba colectada y ha ponderado fundamentalmente el interés superior de M. y su opinión conforme a su edad y grado de madurez (arts. 3º y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño; 3º, 24 y 27 de la ley 26.061; 639 incs. a y b del Cód. Civ. y Com. y 384 del Cód. Proc. Civ. y Com.).

IV.3. La decisión

El Superior Tribunal provincial, de manera unánime, rechaza el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley.

Para así decidirlo, el Dr. Genoud, quien abre el acuerdo, comienza por referenciar que la Convención Internacional sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de La Haya de 1980 se basa en una serie de pilares básicos cuyo eje esencial parte de la presunción de que la restitución del niño, niña o adolescente al lugar de residencia habitual que tenía antes de la sustracción o retención ilícita es la decisión que mejor satisface el interés superior del niño.

Continúa expresando que la Convención prevé excepciones taxativas y que en el caso se encuentra acreditada la excepción de grave riesgo.

En este punto, argumenta que "Sabido es que la Corte nacional ha sostenido —reiteradamente— que para que se configure el grave riesgo al que alude el art. 13 transcripto se requiere 'que el niño presente un grado de perturbación emocional muy superior al que normalmente deriva de la ruptura de la convivencia con uno de sus padres y que esa situación excepcional exige de una situación delicada, que va más allá del natural padecimiento que puede ocasionar un cambio de lugar de residencia o de la desarticulación de su grupo conviviente' (...) Entre las pruebas más importantes con que cuenta la justicia para evaluar, de la manera más objetiva posible, si la situación invocada alcanza los límites exigidos por el Tratado, se encuentra la denominada 'pericia de riesgo' realizada por peritos psicólogos, tan esencial en la interdisciplina que exige el derecho de familia para poder arribar a una solución adecuada para cada caso concreto (art. 706, Cód. Civ. y Com.)" (25).

En el desarrollo de su voto, efectúa un pormenorizado análisis de la prueba pericial y valora específicamente la oposición de la adolescente de regresar a Roma.

Al respecto, señala: "... es también importante y en algunos supuestos decisiva la opinión del NNA menor de dieciséis años si tiene grado 'de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones' en la terminología del art. 13 de la CH. Como he resaltado en el ítem anterior, la joven se opone con firmeza a regresar y con quince años y la desenvoltura que ha demostrado en la audiencia se infiere que cuenta no solo con el grado de madurez suficiente sino con una edad que permite —incluso— presumirla" (26).

"Ya en el informe explicativo de la CH, realizado por Pérez-Vera hace casi cuatro décadas, en una época en la cual el principio de autonomía progresiva de los NNA no tenía el desarrollo que ha alcanzado en la actualidad, se observa: 'el Convenio admite, asimismo, que la opinión

(24) Extracto del voto del Sr. procurador general de la SCBA.

(25) Ibidem.

(26) Ibidem.

del menor respecto a la cuestión esencial de su retorno o no retorno pueda ser decisiva si, en opinión de las autoridades competentes, ha alcanzado una edad y una madurez suficientes. Por esta vía, el Convenio brinda a los menores la posibilidad de convertirse en intérpretes de su propio interés. Es obvio que esta disposición puede llegar a ser peligrosa si su aplicación se traduce en interrogatorios directos a jóvenes que pueden, ciertamente, tener conciencia clara de la situación pero que pueden, asimismo, sufrir daños psíquicos graves si piensan que se les ha obligado a elegir entre sus dos progenitores. No obstante, una disposición de esa naturaleza era indispensable dado que el ámbito de aplicación del Convenio *ratione personae* se extiende a los menores hasta el decimosexto cumpleaños; y es que, *hay que reconocer que sería difícilmente aceptable el retorno de un joven, p. ej., de quince años, contra su voluntad*. Por lo demás, en este punto concreto, los esfuerzos hechos para ponerse de acuerdo respecto a una edad mínima a partir de la cual la opinión del niño podría ser tomada en consideración han fracasado, ya que todas las cifras tenían un cierto carácter artificial, por no decir arbitrario; en consecuencia, se ha entendido que era preferible dejar la aplicación de esta cláusula al mejor juicio de las autoridades competentes' (conf. Informe explicativo del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de Dña. Elisa Pérez-Vera, www.assets.hcch.net/docs/43df3dd9-a2d5-406f-8fdc-80bc423cdd79.pdf, nro. 30)" (el destacado me pertenece).

En síntesis, concluye que, al haber quedado configuradas las causales descriptas por la CH para negar la restitución, se impone la confirmación del pronunciamiento impugnado.

V. Medida de abrigo. C. 121.287, 19/02/2020 (27)

V.1. Antecedentes

La sala 2ª de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Lomas de Zamora confirmó la sentencia de

primera instancia que, a su turno, declaró la situación de adoptabilidad de A. B.

La progenitora interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley.

V.2. La decisión

El Máximo Tribunal provincial, por mayoría, declara extinguida la controversia por haberse tornado abstracta la cuestión litigiosa.

El encargado de abrir la votación es el Dr. Soria.

Señala que, luego de la vista al subprocurador general y encontrándose la causa para dictar sentencia, el día 4 de abril de 2017 se recibió un oficio del juzgado interviniente informando que el joven A. B., con fecha 28 de marzo de ese mismo año, se fugó de la institución donde se encontraba alojado para irse a vivir nuevamente con su madre, la señora C. B.

A partir de allí se sucede una serie de acontecimientos que permiten inferir que las causas que motivaron la declaración de situación de adoptabilidad no persisten en la actualidad.

A requerimiento de la Suprema Corte, se realiza un informe ambiental mediante el cual se da cuenta que desde el 1º de junio de 2017 el joven se encuentra viviendo junto a su abuela materna en la localidad de Caazapa, República de Paraguay.

Seguidamente, con fecha 23 de mayo de 2018, se informa al tribunal que el joven ha regresado al país para residir junto a su madre y hermanos en la localidad de Lomas de Zamora.

Previo a resolver, se ordenó remitir los autos a la instancia de origen para practicar un informe de interacción familiar que dé cuenta acerca de si las causas de la declaración de situación de adoptabilidad se mantienen en la actualidad y se expida el *a quo* al respecto.

El 25 de junio de 2019, el juzgado se expide y expresa: "... teniendo en consideración lo que surge de sendos informes periciales (...) entiendo que se han modificado significativamente las

(27) SCBA, 19/02/2020, "B., A. M. Abrigo", en www.juba.scba.gov.ar/VerTextoCompleto.aspx?idFallo=173355.

circunstancias de base que dieron lugar a la resolución que decretó —oportunamente— el estado de adoptabilidad de A. M. B.”.

De este modo, el magistrado concluye que, con base en estos hechos sobrevinientes, se ha producido una trascendental modificación de los presupuestos que justificaron la adopción de la medida dispuesta en la instancia de origen y confirmada por la alzada. En la actualidad han desaparecido las circunstancias que motivaron al dictado de la sentencia impugnada, “por ende, si el pilar sobre el que se construyó el decisorio de la Cámara ha variado, la estructura no puede sostenerse solo por una cuestión formal, máxime cuando —como en el supuesto en análisis— ha perdido el contenido objeto de la causa (conf. doct. C. 93.405, ‘O. H. O.’, sent. de 19/09/2012), tornándose abstracto el objeto de la pretensión recursiva” (28).

(28) Extracto voto del Dr. Soria al que adhieren los Dres. Genoud, Kogan y Torres.

En disidencia, el Dr. Pettigiani expresa que en autos subyace un legítimo interés que impide reputar abstracto el debate sobre la situación de adoptabilidad del joven A.

“La posible y significativa modificación de las circunstancias que dieron motivo al dictado de la sentencia de primera instancia que declaró al adolescente en estado de adoptabilidad (...) aun cuando resulte manifiesta no convierte en abstracta la cuestión sometida a juzgamiento de esta Corte, cuya función jurisdiccional en el marco de este proceso no puede reputarse carente de virtualidad, toda vez que el interés tutelar subyacente del caso debe conducir —más bien— a revisar lo resuelto con criterio de actualidad (...) para determinar si la situación de desamparo oportunamente constatada —atento a las nuevas circunstancias configuradas— debe o no ser confirmada” (29).

(29) Extracto del voto del Dr. Pettigiani.

Sumario: I. Adopción.– II. Alimentos.– III. Capacidad.– IV. Filiación.– V. Género.– VI. Parentesco.– VII. Proceso.– VIII. Régimen patrimonial del matrimonio.– IX. Responsabilidad parental.– X. Restitución internacional de niños, niñas y adolescentes.

I. Adopción

I.1. Guarda preadoptiva. Impugnación de reconocimiento. Privación de responsabilidad parental. Sustitución de identidad. Oficiosidad (1)

En un expediente iniciado el 23/02/2018 ante el Juzgado de Familia N° 3 de San Juan, se solicitó la homologación del convenio de responsabilidad parental suscripto entre la madre de una niña recién nacida y un hombre casado, que la había reconocido como hija extramatrimonial. El cuidado personal se otorgaba al reconociente y su cónyuge. La intervención del Gabinete Técnico del juzgado permitió que la madre confesara que se trataba de un ardid por el cual se pretendía sustituir la identidad de la niña y sortear el proceso adoptivo. Realizado el AD, que confirmó lo denunciado, el tribunal instó de oficio las acciones de impugnación de la paternidad extramatrimonial y de privación de responsabilidad parental (contra la madre biológica). Paralelamente, el hombre promovió su propia acción de impugnación, adujo ser víctima de un engaño por la madre de la niña.

Ambas acciones prosperaron. Como consecuencia de ello, además se declaró el estado

de adoptabilidad y se otorgó la guarda con fines preadoptivos a la mujer que, luego de ser seleccionada del Registro Único de Adoptantes, detentaba la guarda provisoria con el fin de evitar la institucionalización de la niña.

De esta manera, el tribunal asumió la tutela efectiva de quien se encontraba “emplazada en un estado filial que no condice con su realidad biológica y que, además, carece de representantes legales — salvo la intervención del Ministerio Público conforme art. 103 del Cód. Civ. y Com.— que insten las acciones tendientes a la protección de sus derechos, toda vez que su progenitora ha incurrido en la causal de abandono del art. 700, inc. b, del Cód. Civ. y Com.”. Consideró que “instar de oficio la acción de privación de responsabilidad parental es no solo una atribución de todo magistrado del fuero de familia, sino una obligación de conformidad a los principios de ‘tutela judicial efectiva’ y de ‘oficiosidad’ que rigen en todo proceso de familia (arts. 706 y 709 del Cód. Civ. y Com.). Estos principios refuerzan el rol del juez como director del proceso y postulan el paradigma del activismo judicial”.

Finalmente, dado que en el caso concreto resultaba irrazonable, puramente formal y contrario al interés superior aguardar un nuevo plazo de guarda de seis meses a los fines del inicio del proceso de adopción, lo redujo a 30 días de quedar firme esta resolución.

(1) JFamilia San Juan N° 3, 29/03/2019, autos nro. 60445, caratulados “C. E. S y A. T. s/ homologación de convenio (en familia) (Régimen de parentalidad)”, inédito.

1.2. Situación de adoptabilidad. Progenitora con discapacidad. Persona designada como su apoyo. Referente afectivo. Factor tiempo (2)

En fecha 6 de noviembre de 2019, la Cámara de Apelaciones de Familia de Mendoza revocó la resolución de primera instancia que declaró la situación de adoptabilidad de la niña A. y ordenó la remisión de los legajos de pre-tenso adoptantes por parte del Registro de Adopción.

Para así decidir, entendió que se encontraba configurado el supuesto previsto por el art. 607 del Cód. Civ. y Com., anteúltimo párrafo, que impide el dictado de una declaración de ese tenor si existe un referente afectivo que ofrece asumir su guarda y ese pedido es considerado adecuado a su interés. Sostuvo que la Sra. Z., cuidadora de la niña designada dentro del programa de familias temporarias de la DINAF, resultaba ser el referente afectivo aludido por la ley. Tuvo en cuenta que a) cuidadora cumple funciones de apoyo de la progenitora con discapacidad; b) por aplicación de la doctrina de la Corte Federal, las sentencias han de ceñirse a las circunstancias dadas cuando se dictan, aunque sean sobrevinientes (CS, 07/07/1992, ED 148-633; 27/12/1996, "Chocobar, Sixto c. Caja Nacional de Previsión", JA 1997-II-550. Conf. SCJ Mendoza, sala 1ª, decisiones del 01/12/1998, "Dolce, María", LS 284-236, LLGran Cuyo 1999, nro. 1, p. 79, y del 08/06/1999, "Isaac Cohen y Cía. SRL c. Municipalidad de la Capital", LS 288-411). Por ello, aunque a la fecha del fallo de primera instancia la Sra. Z. no reunía los requisitos para ser considerada referente afectivo en los términos legales, sí los reúne luego de dos años, al dictarse el de alzada, cuando la niña se encuentra próxima a cumplir los cinco años, siendo que conviven desde temprana edad (antes del año.); c) existe entre A. y la cuidadora un indiscutible y arraigado vínculo afectivo que

se visualizó en la audiencia realizada; d) la Sra. Z. ha solicitado asumir su guarda y, además, ha garantizado el mantenimiento y fortalecimiento del vínculo con la progenitora.

1.3. Efectos de la sentencia. Adopción simple (3)

La sentencia de primera instancia hizo lugar a la adopción de tres niños por sus tíos-abuelos. Aunque los adoptantes peticionaron la adopción plena, se otorgó en forma simple, pues se entendió que era lo más beneficioso, dado que el padre biológico de los niños resulta ser sobrino de la adoptante, fue criado por ella y por su cónyuge; al formar pareja, continuó viviendo con ellos, allí nacieron los niños y al separarse, los dejó en ese hogar. Con ello pretendió preservar un vínculo que, aunque endeble, puede en algún momento ser positivo para los niños e incluso para los adoptantes.

Apelada la decisión en ese punto, los agravios se centraron en el perjuicio que ocasionaría el tipo adoptivo simple en la psiquis de los hijos, ya que el contacto con sus padres biológicos les genera angustia, temores y retrocesos; aducen que han tenido que transitar un sinnúmero de situaciones problemáticas cada vez que se han visto obligados a cruzarse con ellos, derivando en sesiones con la psicóloga, reuniones en la escuela con docentes y psicopedagogos, sumado al doble esfuerzo que les insume contenerlos.

La Cámara de Apelaciones de Familia de Mendoza rechazó el recurso; entendió que a) discernir el tipo adoptivo en cada supuesto concreto es facultad del juzgador, según las circunstancias particulares del caso y atendiendo fundamentalmente al interés superior de los niños, pues no existen pautas rígidas, a priori o en abstracto; b) resulta correcta la decisión de otorgar la adopción simple (y

(2) CFamilia Mendoza, 06/11/2019, autos nro. 1772/16/3FLH-751/17, "L. C. A. B. por adoptabilidad", en: www.diariojudicial.com/public.documentos/000/087/230/000087230.pdf.

(3) CFamilia Mendoza, 27/09/2019, autos nro. 8.571/17-536/18, "D. C. A. O. y M. S. por adopción plena", en: www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?id=7182572679.

no la plena) de unos niños a sus pretensos adoptantes que son sus tíos —abuelos—, si la realidad e historia vital de todos los sujetos involucrados en el proceso —padres biológicos, adoptantes y adoptados— amerita ser proyectada en el futuro y permite vislumbrar la posibilidad para los niños de reconstituir vínculos que existieron con la familia de sangre y ello se traduce en una ventaja actual o futura; c) la escucha de los niños denota que, si bien reconocen que el rol de papá y mamá lo desarrollan actualmente con los adoptantes, tienen presentes a sus progenitores biológicos.

1.4. Situación de adoptabilidad. Maltrato. Pobreza. Tiempo (4)

Los progenitores interpusieron un recurso de apelación contra la resolución que declaró la situación de adoptabilidad de su hija, nacida el 11/07/2016. Esgrimieron que la decisión no tuvo en cuenta los informes que dan cuenta del alto grado de participación y compromiso con el tratamiento terapéutico orientado a corregir los aspectos deficitarios de su paternidad-maternidad. Indicaron que son un matrimonio en condiciones de vulnerabilidad, con circunstancias sociales y económicas dificultosas y conflictivas y que han trabajado y luchado para recuperar a sus otros hijos.

La Cámara de Apelaciones de Familia rechazó el recurso con los siguientes fundamentos: a) la situación del grupo familiar comenzó a ser abordada por el Servicio de Protección de Derechos en el mes de noviembre de 2011, con motivo de las denuncias de maltratos propinados por los apelantes a sus hijos varones; b) constan en el expediente los diversos abordajes realizados por distintas dependencias ante la dinámica familiar inmersa en situaciones de violencia intrafamiliar; c) al nacer la niña, ante la total falta

de alarma de los progenitores relativa a los riesgos en los que se encontraban sus hijos, se adoptó la medida excepcional consistente en el ingreso de sus hijos en dependencias de la DINAF; d) el fracaso de los intentos de vinculación entre los progenitores y la niña; e) las pericias psicológicas-psiquiátricas de las que surge que los progenitores presentan serias limitaciones y deficiencias para el ejercicio de los roles parentales —paterno/materno—, con escasa conciencia de sus debilidades y patologías personales; f) el fracaso de todas las estrategias desplegadas por el organismo administrativo orientadas al reintegro, con el fin de ayudarlos a superar su situación, sus carencias afectivas y económicas, con apoyos y contención familiar; g) el fracaso de las acciones encaminadas a que la niña pueda ser cuidada por algún miembro de su familia extensa.

Aunque valoró especialmente las carencias afectivas y las situaciones de violencia en la que se criaron ambos progenitores (por lo cual no se los puede responsabilizar totalmente de la situación actual), entendió que ello no autoriza a dejar a la pequeña en la situación de riesgo que se configura por las conductas de maltrato y descuido de sus padres.

Por otra parte, aclaró que, aun cuando la pobreza sea un hecho objetivo en el núcleo familiar primario, no ha resultado dirimente para resolver su situación de adoptabilidad. No justifica por sí misma el descuido, la falta de atención, la abdicación de los derechos y deberes derivados de la responsabilidad parental.

Con relación a los esfuerzos realizados por los apelantes para revertir la situación mediante terapias, puso el foco en el tiempo que ello insumiría, reiterando lo expuesto en otro precedente: “si bien la progenitora se encuentra realizando tratamiento psicológico, este debería ser prolongado a fin de garantizar sus resultados y los tiempos de los niños no permiten esperar a que la madre adquiera herramientas adecuadas para ejercer las competencias parentales de las que carece y,

(4) CFamilia Mendoza, 25/11/2019, autos nro. 10.392/18-514/18, “Compulsa en autos nro. 8497/17 O. A. L. rvia. ley 26.061 p/ C. A. N. p/ adoptabilidad”, en: www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=7381101084.

además, más allá de sus deseos o sentimientos, no podría hacerse cargo sola de la crianza y no existe un familiar o referente afectivo que pueda contenerla o ayudarla en esa tarea. (CFamilia, 10/09/2019, autos nro. 73/19, caratulados "O. A. L. por los menores O. G. E., O. J. S., B. O. M. G. y B. O. J. P. Por control de legalidad").

Finalmente, indicó que, al momento de otorgar la adopción, de conformidad a la nueva normativa vigente, se puede tener en cuenta si resulta beneficioso para la niña mantener algún tipo de vínculo con la familia biológica y en función de ello disponer el tipo de adopción y sus alcances (arts. 621, 625, 627 y cclds., Cód. Civ. y Com.).

II. Alimentos

II.1. Sumas no remunerativas. Viáticos (5)

La sentencia fijó la cuota alimentaria a cargo del progenitor equivalente al 30% de los haberes que percibe, deducidos los descuentos de ley y pago de la obra social OSDE. Además de agraviarse del porcentaje fijado (que considera excesivo), el alimentante resiste la afectación de las sumas no remunerativas (viáticos y/o viandas).

La Cámara de Apelaciones de Mendoza admitió este último agravio, reiterando sus precedentes: "acordamos con las posturas intermedias en cuanto a que resulta ser un elemento dirimente a los fines de dilucidar si tales rubros deben ser o no incluidos en la base de cálculo para establecer la cuota alimentaria, analizar si el pago de dichos ítems en rigor resulta un recurso para 'disfrazar', como lo dice Bossert, el salario, esto es, si las sumas pagadas por tales ítems resultan acordes o no para cubrir los gastos a los que están

destinadas (alojamiento, comidas, etc.) dependiendo ello de las especiales circunstancias de cada caso particular, debiendo también analizarse la implicancia que tiene adoptar una u otra solución en el monto final de la cuota'. (Expte. 263/16, 'C. G. c. O. M. M. p/incidente de aumento de cuota alimentaria', 10/04/2017)".

En cuanto al reclamo relativo al porcentaje del salario afectado, se admite parcialmente la queja, reduciéndolo al 25%. Además de considerar los gastos que corresponden exclusivamente a los alimentados (actividades recreativas, deportivas, ropa, etc.), discrimina los comunes con las demás personas que conviven en el inmueble (alquiler, servicios, etc.). Con criterio matemático, los divide entre los cinco ocupantes de la vivienda (dos niños, la progenitora, su pareja y una tía de los niños). Solo computa los que corresponden exclusivamente a los alimentados.

II.2. Aumento. Franja etaria entre 18 y 21 años. Alimentos posteriores a los 21 años. Distinción de dos períodos (6)

Una joven interpuso recurso de apelación contra la resolución que rechazó el pedido de aumento de la cuota pactada en su beneficio, a cargo del progenitor, porque a los tres meses de la promoción de la demanda cumplió los 21 años y no acreditó los presupuestos exigidos por el art. 663 del Cód. Civ. y Com. (que la prosecución de sus estudios le impide proveerse de medios necesarios para sostenerse de manera independiente).

La Cámara de Apelaciones revocó parcialmente la sentencia.

Sostuvo que, si en el ínterin de un proceso la hija que reclama alimentos a su padre alcanza la edad de veintiún años, la pretensión debe analizarse distinguiendo dos periodos: 1) el

(5) CFamilia Mendoza, 16/12/2019, autos nro. 891/19/7F-236/19, "Compulsa de autos nro. 4143/16/7F caratulados 'C. P. I c. R. R. G. por incidente'", en: www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?id=7459424568.

(6) CFamilia Mendoza, 15/10/2019, nro. 65/18, "D. Z. A. T. c. D. A. A. por incidente", en: www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?id=7238193785.

que corre desde que interpuso la acción hasta que alcanza la edad de veintiún años —que corresponde al efecto retroactivo de la sentencia—; 2) el posterior a dicho acontecimiento.

En ese entendimiento, hizo lugar al aumento solicitado para el período anterior a los veintiún años y consideró que el reclamo posterior a esa fecha fue correctamente desestimado, por no acreditarse los extremos que prevé el art. 663 del Cód. Civ. y Com.

II.3. Abuela (7)

En una demanda de alimentos promovida por dos adolescentes contra su abuela paterna, se fijó una cuota a su cargo equivalente al diez por ciento (10%) de los haberes jubilatorios y pensionarios que percibe, menos los descuentos obligatorios de ley.

La Cámara de Apelaciones de Familia revocó la sentencia. Aunque consideró probadas las dificultades de la actora para percibir los alimentos del progenitor, principal obligado (ejecución de alimentos, escasos bienes, existencia de un proceso de determinación de su capacidad, trastornos psiquiátricos que lo llevaron a perder el trabajo como técnico radiólogo, dependencia económica de terceros), fundó la improcedencia de la pretensión en dos argumentos centrales: (a) que las necesidades básicas de las nietas se encuentran satisfechas (aunque la madre se ha quedado sin trabajo, recibe ayuda de su actual pareja y no ha acreditado dificultades para obtener trabajo remunerado), y (b) la delicada y desventajosa situación de la abuela (de 76 años) que aparece como la persona más vulnerable del litigio, con dificultades concretas para poder asumir el pago de una cuota alimentaria a favor de las adolescentes, la cual, aunque por mínima que sea (dados los montos

previsionales que percibe), la pone en un contexto endeble para enfrentar los costos de su vida actual y los gastos que le insumen las enfermedades que padece.

II.4. Flexibilización de principio de congruencia. Duración del proceso. Utilización del jus como valor de referencia para mantener el poder adquisitivo de la cuota alimentaria fijada en dinero (8)

En contra de la sentencia que fijó una cuota alimentaria a favor de la actora en una suma en dinero de \$10.000 y desestimó el planteo de inconstitucionalidad del art. 4º de la ley 25.561 y de los arts. 7º, 8º y 10 de la ley 23.928, ambas partes apelaron.

La actora se quejó de que la decisión no haya tomado en cuenta la mayor suma peticionada en los alegatos, con fundamento en los cinco años transcurridos desde la promoción de la demanda hasta la sentencia. Se agravió, asimismo, del rechazo del planteo de inconstitucionalidad de la prohibición legal de establecer un mecanismo de actualización de la cuota.

El alimentante se quejó, entre otras cuestiones, del efecto retroactivo fijado, considerándolo gravoso para su situación y exagerado en vistas de las necesidades de su hija a la fecha del reclamo.

Con relación a la modificación de la suma peticionada en los alegatos, la Cámara de Apelaciones de Familia de Mendoza efectuó las siguientes consideraciones: (a) en materia de alimentos, puede flexibilizarse el principio de congruencia, si se presentan circunstancias excepcionales —v.gr., duración de varios años del proceso—, en aras de dictar un fallo útil y garantizar el derecho alimentario, pudiendo analizar el juez cuál sería el monto razonable de la cuota alimentaria al momento del fallo con base en el material probatorio aportado a

(7) CFamilia Mendoza, 06/11/2019, causa nro. 275/19/8F-92/19, caratulada “Compulsa de autos nro. 1655/16/8F ‘S. P. c. B. N. A. por alimentos’”, en: www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?id=7322230028.

(8) CFamilia Mendoza, 04/11/2019, nro. 1963/13/8F-152/16, “R. M. por su hija menor B. R. E. c. B. H. L. p/alimentos”, en: www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?id=7311966095.

la causa, a condición de que no se vulnere el debido proceso y con él, el derecho de defensa en juicio; (b) si el desarrollo de un proceso de alimentos se demora varios años, atenta contra el principio de tutela judicial efectiva, abroquelarse en un formalismo procesal excesivo e inoperante, como sería la imposibilidad de modificar en los alegatos el monto solicitado en la demanda, pues ello obligaría al alimentado/a a tener que iniciar, después de tanto tiempo, un nuevo juicio para obtener un aumento de la cuota alimentaria.

En cuanto a la inconstitucionalidad de las leyes 23.928 y 25.561, que vedan la aplicación de índices de actualización o reajuste de los créditos, incluidos los alimentarios, considero que “estando en juego un derecho humano fundamental y teniendo presente la crisis que padece nuestro país en materia económica, con fuertes devaluaciones de la moneda y la consecuente y constante suba de precios de los bienes y servicios, se impone encontrar algún parámetro que pueda ser utilizado para referenciar el monto de la cuota”. A tal fin, aplica la unidad de medida *jus* (incorporada al art. 7º del Cód. Proc. Civ. y Com. y T.), en tanto permite mantener el poder adquisitivo de la cuota alimentaria fijada en dinero, con una función similar a un porcentual de los haberes del alimentante cuando este trabaja en relación de dependencia. Aclara que ello no implica indexación o repotenciación del crédito a favor del alimentado, sino solo permitir una mayor estabilidad y perdurabilidad de la cuota fijada, evitando que, a corto plazo, por la inestabilidad económica de nuestro país, deba iniciarse un incidente de aumento con resultado incierto.

Con respecto al agravio del demandado, reitera su posición que cuando ha transcurrido mucho tiempo entre la demanda y la sentencia, por el efecto retroactivo previsto legalmente (a la fecha de su interposición o antes, cuando hubo interpelación previa, conf. arts. 548 y 669 del Cód. Civ. y Com.), resulta equitativo diferenciar el monto de la cuota que hubiese correspondido hasta la sentencia y luego de ella.

Conforme a estas pautas y a otras consideraciones (entre ellas, las que llevaron a dictar un decisorio sobre alimentos provisorios en agosto de 2015, confirmado por la alzada en julio de 2016), estableció la suma de \$5.000 desde septiembre de 2013 a la fecha de la resolución de primera instancia (octubre de 2018) y a partir de allí el monto equivalente a 1,0752 *jus* mensuales —que a la fecha del fallo representaba la suma de \$15.000 mensuales—.

III. Capacidad

III.1. Juez competente. Juez natural. Inmediación (9)

En un conflicto negativo de competencia, el juez que ha intervenido en todo el proceso y dictó la sentencia que restringe la capacidad, que conoce con profundidad su situación social y familiar es quien debe proceder a la revisión de dicha sentencia (cfr. Código Civil y Comercial), si no existen motivos que por excepción permitan sustraer al justiciable del derecho constitucional a ser juzgado por su juez natural (art. 18, CN), por encontrarse el interesado en un ámbito accesible para la efectiva tarea tutelar, que es lo que tiende a resguardar el principio de inmediación.

La decisión remite a los precedentes de la SCJ Mendoza “Rutilo, Teresa p/determinación de la capacidad jurídica p/competencia civil”, CUIJ: 13-03922875-5/1(017210-76/16), 22/06/2016; “Pérez, Oscar c. Ana M. Pérez p/determinación de la capacidad p/competencia civil”, CUIJ: 13-03929760-9/1(017210-511/16), 06/07/2016; “Corvalán, Silvia E. p/determinación de la capacidad p/competencia civil”, CUIJ: 13-03960334-3/1(017210-916/16), 30/08/2016; SCJ Mendoza, autos nro. 13-04095038-3/1 (017210-1243, caratulados “Azcurra, Enrique O. por insania p/competencia civil”, fallo del 25/04/2017, entre otros.

(9) CFamilia Mendoza, 06/09/2019, autos nro. 428/19/8F/GC, “B. C. O. por determinación de capacidad”, en: www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?id=7099657902.

IV. Filiación

IV.1. Legitimación sustancial activa del progenitor que impugna el reconocimiento del hijo. Imprudencia del rechazo in limine de la acción (10)

La sentencia de primera instancia rechazó *in limine* la acción de impugnación de paternidad extramatrimonial. Para así resolver, sostuvo que a) el progenitor reconociente carece de legitimación sustancial activa para impugnar el reconocimiento del hijo (art. 593 del Cód. Civ. y Com.); b) si bien la cuestión es debatida en doctrina y jurisprudencia, se considera forzada la interpretación que encuadra al padre impugnante en la calidad de tercero que invoca un interés legítimo; c) reconocer un hijo voluntariamente implica una responsabilidad de la que no debiera poder desentenderse, máxime considerando que el paradigma en materia de filiación ha mutado desde el biológico puro a la voluntad procreacional.

La Cámara de Apelaciones de Familia revocó la decisión y consideró que la cuestión debe ser examinada en la sentencia de mérito. Ello porque, ante la incerteza del actor en cuanto a su paternidad al tiempo del reconocimiento, en este estado del proceso la ausencia de legitimación no se presenta en forma patente, palmaria ni manifiesta.

IV.2. Daños y perjuicios por la omisión del reconocimiento voluntario del hijo. Daño material como pérdida de chance (11)

La sentencia de primera instancia hizo lugar a la acción de reclamación de la filiación

(10) CFamilia Mendoza, 28/10/2019, causa nro. 1654/18/7F-193/19, caratulada "M. M. E. c. V. S. V. D. por impugnación de paternidad", en: www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?id=7286965738.

(11) CFamilia Mendoza, 11/07/2019, nro. 33.736/01-741/17 caratulada "B. L. F. c. M. J. L. por filiación", www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?id=6943423942.

extramatrimonial y al reclamo de daños y perjuicios comprensiva del daño material y moral, condenando al demandado a pagar a la actora la suma de \$220.000 (daño moral \$70.000 y daño material \$162.000) con base en los siguientes elementos: (a) el actor, a lo largo de su vida, nunca contó con la presencia de su padre; (b) el demandado se defendió del reclamo de filiación aseverando que al momento de la concepción él no se encontraba en la provincia; (c) luego de someterse al estudio de ADN y notificado de manera fehaciente de su resultado, no reconoció en forma espontánea a su hijo; (d) el perjuicio ocasionado al hijo por la falta de reconocimiento y por la conducta ambivalente del progenitor a lo largo del proceso se encuentra acreditado con el informe psicológico en el que consta el estado de perturbación emocional por la conducta omisiva del padre.

Los agravios del demandado giraron en torno de la ausencia de los presupuestos de la responsabilidad civil y, en subsidio, cuestionó el rubro daño material, reconocido por el juez de primera instancia en concepto de pérdida de chance.

La Cámara de Apelaciones de Familia de Mendoza confirmó la sentencia.

Argumentó del siguiente modo: (a) la omisión del reconocimiento voluntario del hijo por parte de su progenitor importa un obrar antijurídico, susceptible de producir un daño y, como consecuencia de ello, corresponde su reparación; (b) la omisión debe surgir de una conducta deliberada de la persona que se encontraba en condiciones de producir el emplazamiento; (c) el daño surge *in re ipsa* y deviene de la falta de emplazamiento familiar, de la negativa o falta de derecho a la identidad, específicamente configurado por la falta de derecho del uso del nombre y por la falta de ubicación en una familia determinada; (d) en cuanto al rubro daño material, con cita de jurisprudencia, afirmó que se indemniza como la pérdida de chance del actor de llevar una vida mejor, tanto en lo educativo, social, laboral y familiar.

V. Género

V.1. *Violencia. Tasa de justicia. Ley 26.485. Aplicabilidad. Duda razonable. Gratuidad. Acceso a la justicia* (12)

La sala 1ª de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Mendoza revocó la resolución dictada por la Tercera Cámara Civil y Comercial de la Primera Circunscripción que rechazó *in limine* el incidente de nulidad planteado en una contienda entre mujeres contra el decreto que emplazaba a la demandada en juicio por daños derivados de las afirmaciones injuriosas vertidas en un reclamo de emplazamiento filial, a cumplir con el pago de tasa de justicia. La demandada (incidentante) invocó el beneficio de justicia gratuita contenido en la ley 26.485, con fundamento en la violencia de género (amenazas físicas y acoso laboral) ejercida en su contra por el marido de la actora (funcionario del Poder Judicial y su superior jerárquico), que motivaron sanciones en su contra impuestas por la Suprema Corte provincial. En aquel proceso quedó acreditado que “el denunciado ejerció contra de la agente actos que, si bien fueron de órbita privada, se hicieron públicos durante el primer cuatrimestre de embarazo, consistentes en haberla presionado para que abortara como condición para acceder al traslado (que la denunciante había pedido)”.

Luego del nacimiento del niño, la denunciante reclamó el emplazamiento paterno del niño y la fijación de alimentos provisorios. Como consecuencia de este proceso, la esposa del demandado inició una acción de daños por las “injurias vertidas contra ella y su hijo”. Las excepciones opuestas fueron rechazadas por el tribunal de primera instancia, de

modo que la cuestión sometida a decisión del Máximo Tribunal provincial giraba en torno a determinar si, en el caso, procedía el beneficio de justicia gratuita previsto en la ley 26.485.

La Cámara entendió que en actuaciones en las que una mujer —por su derecho y en representación de su hijo menor— ha deducido una demanda de daños contra otra mujer, no procede aplicar la ley 26.485, porque tanto la actora como la demandada son mujeres y, por ende, se encuentran protegidas y en un plano de igualdad, por lo que excluir a la demandada del pago y exigirselo a la actora aparece como impropio a la luz de la razón. Sostuvo que pretender que toda mujer que es o ha sido víctima de violencia de género estaría incluida en las normas tuitivas en todas las futuras contiendas en que deba litigar en contra de los parientes del agresor o que tengan alguna relación con esas actuaciones resulta inaceptable.

La Suprema Corte de Mendoza revocó la decisión; sostuvo que el fallo viola el orden de prelación de las leyes, ya que, si se invoca la ley 26.485, el caso debe analizarse bajo todo el sistema de protección convencional, CEDAW y Belém do Pará, más la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y luego, y de manera subsidiaria, aplicar normas de menor valor. En este contexto, la visión estricta y formal respecto de las obligaciones fiscales debe ceder al principio de informalidad que ilumina toda la materia. Recuerda que como expresa el fallo de la Corte IDH, “Caso González y otras ‘Campo Algodonero’ c. México”, no puede usarse un criterio restrictivo en la aplicación de normas que amparan la materia.

Recuerda que para determinar si un caso debe quedar o no comprendido en los términos de la Convención Belém do Pará: “debe el juzgador analizar y ponderar —necesariamente— el contexto fáctico y jurídico, esto es, las circunstancias anteriores y concomitantes que dieron motivo al mismo”. Ello es lo que sucede en el presente caso, en tanto las especiales circunstancias que rodean la controversia

(12) SCJ Mendoza, sala 1ª, 24/05/2019, “M., L. L. c. P., V. G. s/ daños y perjuicios p/rec. ext. provincial”, cita online: AR/JUR/15661/2019, con nota de DEBIAZI, Cyntia, “Ante la duda razonable, la gratuidad se impone en cuestiones de violencia de género”, RDF 2019-VI-192, cita online: AR/DOC/3353/2019.

promueven el nacimiento de una “razonable duda” en cuanto a si es o no subsumible el asunto en el marco protectorio. Ni el más prevenido espectador podría negar la vinculación de lo ventilado en autos con los sucesos que lo anteceden, máxime cuando el hecho que en este proceso se señala como productor del daño está constituido por los dichos en el proceso de filiación iniciado contra el esposo de la actora. “En definitiva, valorando especialmente los antecedentes que originan este pleito y la conexión con un contexto cincelado por la violencia —lo que da pie, al menos, para dudar de su encuadramiento en el ámbito de las normas que reconocen gratuidad en los procedimientos—, corresponde inclinar la balanza en favor de la recurrente y asegurar el pleno goce de su derecho de acceder a la jurisdicción. A los motivos hasta aquí expresados, se suma la tarea de determinación de los valores y derechos en juego; el acceso efectivo a la jurisdicción de la recurrente, herramienta indispensable para el ejercicio real de los derechos, se presenta como sentido casi absoluto de la organización judicial”.

V.2. Violencia. Proceso de divorcio. Tasa de justicia. Inaplicabilidad de la gratuidad de la ley 26.485 de Violencia de Género (13)

Contra un decisorio dictado en el trámite apelativo, mediante el cual se emplazó a la mujer apelante a pagar la tasa de justicia bajo apercibimiento de desglose de la apelación (cfr. art. 302 del Cód. Fiscal de Mendoza), interpuso un incidente de nulidad la recurrente.

Peticionó la aplicación de las disposiciones de la ley 26.485 y su decreto reglamentario 1011/2010. Solicitó el beneficio de justicia gratuita, alegando que pidió el divorcio porque había sido víctima de violencia de género por parte de su excónyuge (violencia psicológica).

(13) CFamilia Mendoza, 30/05/2019, autos nro. 750/15/10F-481/17, “L. P. C. A. p/divorcio”, www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?id=6827455774.

La Cámara de Apelaciones de Familia rechazó el incidente. Entendió que no resulta posible aplicar las disposiciones de la ley 26.485 de violencia de género en un proceso de divorcio porque, siendo incausado y sin atribución de culpas, la situación de violencia que la mujer habría atravesado durante su relación conyugal no puede ser ventilada ni producir efectos en este juicio.

VI. Parentesco

VI.1. Abuelos. Régimen de comunicación. Autonomía progresiva. Lenguaje claro (14)

El fallo de primera instancia reconoció el derecho de comunicación entre los abuelos maternos y sus tres nietos adolescentes (un varón y dos mujeres). Dispuso un régimen de revinculación asistido, gradual, progresivo y mediado por una tercera persona.

Apelada la sentencia por la progenitora, la Primera Cámara de Apelaciones de San Rafael coincidió con la jueza de grado en que verdaderamente no existían motivos graves atribuibles a los actores que justifiquen negar el derecho de comunicación. No obstante, reconoció que la postura clásica centrada en los adultos está siendo desplazada por un enfoque desde la óptica del niño, a quien no se lo puede considerar como un objeto espectador sino como un sujeto actuante. Lo que sustancialmente cuenta para la resolución es que la comunicación peticionada resulte o no provechosa para el nieto.

Reconoce que, cuando hay conflictos entre padres e hijos, la relación con los nietos deviene un aspecto de especial complejidad, porque el conflicto de lealtades reposa sobre los hombros del niño en cada visita (conf. Ursula BASSET, LA LEY Online AR/DOC/441/2019). Es en

(14) 1°C.San Rafael, Mendoza, 04/11/2019, autos nro. 30.399/1.009/16/1F, caratulados “A. J. J. y C. A. C. A. G. A. y F. A. p/régimen de comunicación”, www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?id=7309329126.

este marco que aparece la relevancia de la voz del niño o adolescente en el proceso donde se dirime el conflicto.

En el caso, habiendo cumplido el varón la mayoría de edad al poco tiempo de la sentencia cuestionada, la pretensión respecto de él deviene abstracta. Con respecto a los dos adolescentes, si bien es cierto que inicialmente pudieron estar influidas por el discurso materno y paterno, no puede soslayarse que han transcurrido más de tres años desde que la relación se truncó y que actualmente, quienes eran niñas, son adolescentes con un grado de madurez suficiente como para decidir ver o no a sus abuelos, habiéndose comprobado, además, que dicha resistencia se evidencia incluso en su comportamiento, demostrando que una revinculación forzada judicialmente no resulta positiva.

En consecuencia, aun cuando resulte legítimo el derecho de los abuelos a comunicarse con sus nietas y no existan motivos graves atribuibles a ellos que justifiquen impedirselos, el interés superior de los adolescentes conduce a revocar la sentencia de grado y rechazar la demanda de comunicación, a los fines de respetar su voluntad reiteradamente expresada y de no provocarles una perturbación emocional y un conflicto de lealtades.

La sentencia concluye con palabras para los involucrados. En sintonía con la acordada 28.243 de la Suprema Corte de Mendoza, que estableció que en la redacción de citaciones, resoluciones o notificaciones debe utilizarse un lenguaje accesible para las personas que no poseen conocimientos técnicos jurídicos y teniendo en cuenta la especial naturaleza de los derechos en juego, se dirige primero a las nietas, luego a los abuelos y finalmente a los padres. En cuanto a las primeras, explica con lenguaje sencillo lo decidido, y concluye: “esperamos que con el tiempo puedan entender que la causa de todo este problema son las peleas entre los adultos y que les haría bien mantener relación con sus abuelos, porque son parte de su identidad. Tal vez más adelante, puedan decidir verlos y en todo caso

explicarles por qué ustedes consideran que ellos actuaron mal en el pasado e iniciar nuevamente una relación más sana”.

VII. Proceso

VII.1. Competencia. Acción para garantizar dictado de clases en colegios de la Universidad Nacional de Cuyo. Competencia federal. Ente público nacional (15)

Un grupo de padres, en representación de sus hijos adolescentes, interpusieron una medida contra la Universidad Nacional de Cuyo y el Sindicato FADIUNC, a fin de que cumplan con acompañar el programa completo de los colegios de nivel medio de esa institución, con sustento pedagógico profesional, garanticen el dictado completo de los contenidos curriculares, concluyan el año lectivo con 180 días de clase y recuperen los exámenes para cada colegio de la Universidad Nacional de Cuyo y para cada nivel escolar.

El tribunal de familia dio trámite de medida autosatisfactiva y fijó una audiencia entre las partes; los representantes de la Universidad Nacional de Cuyo promovieron excepción de incompetencia. Invocaron la competencia de la justicia federal en razón de la persona, por ser las universidades nacionales “entes públicos nacionales”, de conformidad con el art. 48 de la ley 24.521 y el art. 116 de la CN.

La resolución hizo lugar a una excepción. Si bien la pretensión tiene como sujetos a los adolescentes alumnos de los colegios de la Universidad Nacional de Cuyo, la demandada es un ente nacional que específicamente está reclamando litigar en el fuero previsto por la Constitución Nacional, de conformidad con lo previsto por el art. 116 de ese cuerpo normativo, que establece la competencia de la Corte Suprema y de los tribunales inferiores

(15) CFamilia Mendoza, 21/11/2019, nro. 2348/18/4F-103/19, “P.V. y otros por sus hijos menores por medidas autosatisfactivas”, www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?id=7371453553.

de la Nación en “asuntos en que la Nación sea parte”.

Apelada la decisión, fue confirmada por la Cámara de Apelaciones de Familia de Mendoza con los siguientes argumentos: (a) la excepción de incompetencia encuentra fundamento en lo dispuesto por el art. 116 de la CN y el art. 2º, inc. 6º, de la ley 48; (b) la Universidad Nacional de Cuyo es un ente público nacional, de conformidad con lo previsto por el art. 48 de la ley 24.521 de Educación Superior; (c) no resulta óbice a la solución dada que la excepcionante haya sido codemandada con otra persona que no corresponde al fuero federal, porque cuando el Estado nacional —o una de sus entidades— es citado y comparece a juicio, es competente el fuero de excepción, aunque intervengan otras personas no aforadas y sin que quepa distinción respecto del grado y carácter de tal participación federal; (d) las alegaciones con relación al carácter urgente de la medida solicitada y, por ende, a la necesidad de adoptarla, pese a la incompetencia del juzgado, no se sostienen, por cuanto las cuestiones peticionadas pudieron ser planteadas inmediatamente ante el fuero competente; la referencia al interés superior de los adolescentes involucrados (arts. 3º, CDN, y 3º, ley 26.061) no logra conmovir la decisión adoptada, por cuanto la facultad del tribunal de flexibilizar la aplicación de las normas procedimentales —que emana de ese principio— tiene por límite el resguardo del debido proceso legal, que se traduce en el respeto de una norma constitucional atributiva de competencia, siendo que la pretensión esgrimida puede ser efectivamente abordada por la justicia federal de la provincia de Mendoza; (f) tampoco el principio de inmediación invocado por los recurrentes conlleva a una solución distinta, por cuanto en la provincia se sitúan órganos jurisdiccionales de la justicia local y de la federal, pudiendo esta última entender en las cuestiones planteadas, satisfaciendo la inmediación y el contacto directo con los adolescentes involucrados, de modo de garantizar que la decisión que se adopte realmente sea contemplativa de su interés superior.

VIII. Régimen patrimonial del matrimonio

VIII.1. Liquidación de la comunidad. Participaciones societarias. Calificación. Recompensas. Prueba. Derecho transitorio (16)

La Cámara de Apelaciones de Familia de Mendoza confirmó la sentencia recaída en un proceso de liquidación de comunidad de ganancias. El foco de los agravios se centró en el derecho aplicable y en la calificación de las participaciones societarias (en rigor, mayor valor de participaciones propias del demandado) que la actora reclamaba como ganancial, aunque luego en alzada reacomoda la pretensión solicitando las “recompensas” por el mayor valor.

Con relación al derecho aplicable, confirmó la aplicación del Código Civil y Comercial. Aunque la disolución de la comunidad de bienes se produjo con la sentencia de divorcio dictada con efecto retroactivo al día 29 de agosto de 2011, los efectos o consecuencias de dicha disolución, como sería la liquidación de los bienes gananciales, aún no se encuentran cumplidos (SCJ Mendoza, sala 1ª, 06/02/2017, “D., L. A. s/ separación de bienes p/rec. ext. de inconstit. - casación”, LA LEY Online, AR/JUR/593/2017). Ello sin perjuicio de establecer el paralelismo existente entre las soluciones dadas por una y otra legislación a los efectos de la mejor resolución del caso.

En cuanto a la calificación de las participaciones societarias, no se discute la calidad de bienes propios atribuida a los bienes de titularidad del demandado. Lo controvertido es si el incremento experimentado en tales bienes “da o no origen a una compensación a favor de la comunidad”. La accionante invoca un derecho a recompensa (si bien no califica expresamente así su pretensión en el escrito

(16) CFamilia Mendoza, 06/05/2019, autos nro. 236/13/4F-407/16, caratulados “B. M. C. c. B. L. F. s/ por liquidación sociedad conyugal”, www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=6767332632.

de demanda) por el mayor valor adquirido por los bienes propios del demandado.

La alzada rechaza el argumento de la apelante relativo a que el mayor valor de los bienes propios se presume ganancial. Afirma que de igual manera sucedía en el Código Civil (si bien no existía una norma que contuviera un principio general en la materia, la doctrina hacía una interpretación extensiva del art. 1260 del Código derogado), quien invoca que tal incremento se debe a la inversión de dinero ganancial, originándose por tanto un crédito a favor de la comunidad de bienes, debe acreditarlo.

En lo que sí innova el nuevo Código, al adoptar una solución que propiciaba solo un sector de la doctrina, es en lo relativo al mayor valor adquirido por la participación societaria de carácter propia de uno de los cónyuges al establecer en el art. 491 que, si tal aumento tiene causa en la capitalización de utilidades durante la comunidad, el cónyuge socio debe recompensa a la comunidad.

Ahora bien, para ello era imprescindible acreditar que el incremento del valor de los bienes propios del demandado experimentado durante la vigencia de la comunidad se ha originado en la inversión de dinero ganancial y en el específico caso de las participaciones societarias por la capitalización de utilidades. Por aplicación del art. 492, Cód. Civ. y Com., esta prueba (que no se ha producido), recaía sobre la actora.

VIII.2. Liquidación de la comunidad. Nulidad de escritura de reconocimiento del carácter propio de inmuebles por parte de la cónyuge. Violencia familiar sufrida en forma previa al otorgamiento del acto. Vicio de la voluntad (17)

La sentencia de primera instancia rechazó la demanda de nulidad del instrumento público (acta notarial por la cual la mujer reconoció

como propios del exmarido los fondos con los que este adquirió bienes durante el matrimonio), que fue presentada por el demandado en el proceso de liquidación de la comunidad de bienes. Aunque la mujer sostuvo que dicho instrumento se encontraba viciado por la violencia e intimidación ejercida por su excónyuge al tiempo de su firma, el fallo de primera instancia descartó la incidencia de la violencia (ejercida un mes antes de la firma) sobre la voluntad de la actora. Entre otras razones, porque la naturaleza de las lesiones sufridas no le impedía acudir a las autoridades para formular en forma inmediata la denuncia penal. Por eso otorgó plena fuerza convictiva al acta notarial como prueba de confesión extrajudicial y de la validez de la manifestación de voluntad, sin perjuicio del mérito que pueda hacerse del acto como elemento en la calificación de la naturaleza del bien en el juicio de liquidación de la comunidad de bienes.

La Cámara de Apelaciones de Familia de Mendoza revocó el fallo. Entendió que (a) la violencia sufrida en forma previa al otorgamiento del acto condicionó la voluntad de la actora para su realización, por cuanto, luego de haber sido maltratada y golpeada, lógico es inferir que la voluntad se hubiere quebrado y que la víctima pudiera acceder a cualquier pretensión del victimario; (b) no puede negarse la incidencia que la violencia ejercida por el demandado contra su cónyuge tuvo en la concreción del acto impugnado, aun cuando hubiera transcurrido un mes entre ambos sucesos, por cuanto la prueba rendida permite inferir que la mujer actuó amedrentada por el temor que legítimamente le ocasionaba el accionado, el que difícilmente desaparezca en el curso de un mes. No resulta óbice a ello que la situación no fuera percibida por terceros en la escribanía.

Recordó que, con base en la ley 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres a

(17) CFamilia Mendoza, 29/04/2019, causa nro. 1006/10/6F-436/17, caratulada "M. S. M. c. D. A.

R. F. por nulidad", www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=6750634731.

la que nuestra provincia adhirió por ley 8226, y en consonancia con los tratados internacionales —Convención de Belém do Pará—, se impone como obligación estatal la prevención, sanción y erradicación de la violencia contra la mujer, rigiendo el principio de amplitud probatoria y siendo sus disposiciones de orden público (art. 16, inc. i).

En suma, el fallo destacó que, toda vez que se configure algún indicio que permita colegir en forma grave y precisa que la mujer es víctima de una situación de violencia, se la debe proteger en los aspectos físico, psicológico, sexual y también estrictamente económico y patrimonial.

IX. Responsabilidad parental

IX.1. Administración de los bienes por los progenitores. Autorización para disponer bienes de los hijos menores de edad. Inversión de fondos por indemnización. Suma exigua. Adquisición de bienes útiles (18)

El juez de grado rechazó la autorización solicitada por los progenitores para invertir el monto que percibieron sus hijos menores de edad como indemnización por el accidente de tránsito en el que se vieron involucrados en la compra de una computadora y una impresora.

Fundó su decisión en que, al tratarse de un concepto integrante de su deber alimentario, los progenitores debían previamente aportar las pruebas para acreditar su imposibilidad de afrontar tales gastos por sí mismos (arg. arts. 658/9, Cód. Civ. y Com.). Además, cuando los hijos reciben bienes que pasan a ser propios, sus representantes legales deben mantenerlos hasta su mayoría de edad, evitando la descapitalización, por lo que no pueden, en principio, afectarlos a su propio deber alimentario.

Apelada la resolución, la Cámara de Apelaciones concedió la autorización. Estimó que (a) no se trata de un monto que pueda constituir un capital de importancia, cuya inversión pueda convertirlo en un bien de relevancia para el futuro de los niños; (b) los hijos tienen el derecho de disfrutar de bienes que actualmente les resultan útiles, ya sea para actividades escolares o bien para actividades recreativas; (c) ante la situación económica que atraviesa el país, con una creciente inflación, el depósito de esa suma difícilmente pueda proveerles mayores beneficios al arribar a la mayoría de edad ante la segura pérdida del valor adquisitivo de él; (d) los niños fueron escuchados por los integrantes del tribunal y manifestaron su opinión favorable a la petición formulada en la causa por sus progenitores.

IX.2. Daños y perjuicios producidos por el incumplimiento injustificado del derecho de comunicación y el progresivo deterioro de la relación paterno-filial (19)

La jueza de primera instancia reconoció el derecho de los hijos a reclamar la reparación por los daños ocasionados por su progenitor, como consecuencia del incumplimiento de los deberes emergentes de la responsabilidad parental, en especial por la nula o deficiente comunicación y contacto con ellos y su ausencia durante su crecimiento y desarrollo físico, emocional y espiritual. Consideró al daño psicológico como incluido en el daño moral o extrapatrimonial reclamado y otorgó la suma de \$150.000 a uno de ellos y la de \$200.000 al otro.

La alzada confirmó, por mayoría, el decisorio de primera instancia, con base en las siguientes consideraciones: (a) se probó el incumplimiento del progenitor de los deberes emergentes de la responsabilidad parental, concretamente el vinculado con la

(18) CFamilia Mendoza, 18/10/2019, autos nro. 547/18, "B. M. R. y ots. c. G. M. B. p/D. y P. (accidente de tránsito)", www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=7255108764.

(19) CFamilia Mendoza, 03/06/2019, nro. 13-0201 5414-9 (012052-253178) - 218/18, caratulada "A. F. y A. J. c. A. D. p/daños y perjuicios", cita online: AR/JUR/33090/2019.

comunicación y contacto con sus dos hijos; (b) el demandado no se involucró en la crianza, no se comunicó con el médico que los asistió como pediatra durante cinco años, no asistió a la escuela a la que concurrían, no se entrevistó con sus docentes o profesores, no supervisó su educación ni sus actividades deportivas. En suma, omitió estar presente en aspectos centrales de la vida de sus hijos; (c) no se acreditó que la actitud materna pudiera resultar obstructiva de la presencia del demandado en dichos ámbitos ni que de alguna forma hubiere estado impedido de exteriorizar y efectivizar su interés por sus hijos; (d) el progenitor disponía de innumerables medidas, herramientas y vías en pos de obtener el cumplimiento efectivo del régimen de comunicación; (e) se configuraron los presupuestos de la responsabilidad civil: daño, antijuridicidad, factor de atribución y relación de causalidad entre el daño y la conducta atribuida; (e) se encuentra acreditado que la patología que presentan los hijos estuvo signada por la ausencia e incumplimiento moral, afectivo y comunicativo de su padre y la relación nula desde la niñez hasta la actualidad.

Sin perjuicio de ello, dejó sentado que la indemnización fijada persigue propender a la reparación integral del daño mediante goces sustitutivos, pero no se puede desconocer que la reparación más significativa vendrá de la mano de la posibilidad de entablar en el futuro un vínculo saludable con su padre, lo que sería un verdadero bálsamo en sus vidas.

El voto en minoría se pronunció por el rechazo de la acción, con fundamento en la ausencia de prueba del factor de atribución subjetivo que requiere este tipo de responsabilidad, que se basa en el reproche de la conducta. Estimó que el obrar del padre en el ejercicio de los deberes de comunicación no fue culposo y que intentó procurar un vínculo, integrarlos a su nuevo grupo familiar, pero ello se veía dificultado por la escasa o nula colaboración de la progenitora para facilitar la comunicación y por la resistencia de los hijos adolescentes a verlo de manera fluida.

IX.3. Autorización para radicarse en el extranjero. Cuidado personal unilateral. Centro de vida del niño. Interés familiar y superior del niño (20)

La sentencia de primera instancia rechazó la acción instada por la progenitora tendiente a obtener la autorización para radicarse junto a su hijo menor de edad en la República de Chile. Para así resolver, tuvo en cuenta, entre otras cuestiones, que ni la existencia de una medida de protección por violencia familiar entre los progenitores, ni las mejores posibilidades de trabajo de la mujer o los otros hijos residentes en Chile resultaban suficiente argumento para autorizar el cambio de centro de vida de un niño nacido en la Argentina. También respaldó el temor del progenitor de no volver a ver al niño y que su corta edad haría mella en todo vínculo con él y su familia paterna.

La Cámara de Apelaciones de Familia de Mendoza acogió el recurso y revocó la sentencia de primera instancia. Argumentó del siguiente modo: (a) la autorización de radicación del niño con su madre en la República de Chile resulta conveniente al interés familiar y al interés superior del niño, siendo que no ha quedado probada la razonabilidad de la negativa y oposición paterna; (b) el cuidado personal del niño ha sido ejercido en forma exclusiva y unilateral por la progenitora; (c) la noción de centro de vida, dada la corta edad del niño, se entronca como un hilo conductor directo entre él y su progenitora con la cual vive y ha asumido su cuidado; d) se trata de mantener la convivencia con su madre, siendo que, en este aspecto, ese pequeño ámbito doméstico generado con ella y el contacto con esta se identifica con su bienestar y su desarrollo psicofísico; el progenitor no se ha ocupado de cubrir sus necesidades básicas ni de ofrecer alimentos para su manutención, siendo, por el

(20) CFamilia Mendoza, 06/11/2019, nro. 508/17/2F-731/17, caratulada "M. P. I. S. A. c. A. A. R. por autorización (respons. parental)"; www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=7322229717.

contrario, la progenitora quien los ha provisto, a través de la ayuda obtenida de los refugios en los que ha estado alojada y con el dinero que le enviaría su padre desde Chile.

En conclusión, otorgó la autorización, dado que es una madre joven con un hijo pequeño, que de hecho ejerce su cuidado personal, que no se ha determinado que no fuera apta para ejercer su rol, que en nuestro país no tiene trabajo ni lugar estable donde vivir, que no recibe ninguna ayuda económica del progenitor y que, por el contrario, podría vivir en Chile en casa de su padre, quien cuenta con recursos socio-económicos-habitacionales a tal efecto.

X. Restitución internacional de niños, niñas y adolescentes

X.1. Restitución internacional. Inaplicabilidad del Convenio de La Haya de 1980 (21)

El caso versa sobre el pedido de restitución internacional de una niña promovido por su progenitor residente en EE.UU. La sentencia de primera instancia rechazó la pretensión porque la progenitora, a muy poco tiempo de llegar a los EE.UU., manifestó su voluntad de no querer permanecer allí y de volver a la Argentina. Conforme al art. 2613 del Cód. Civ. y Com., EE.UU. no constituyó ni su domicilio, ni residencia habitual, por faltar el elemento intencional requerido por la norma a tales fines y, por efecto transitivo, tampoco lo fue el de su hija (art. 2314, Cód. Civ. y Com.). Dado que solo permanecieron cinco meses y medio en EE.UU. (en calidad de refugiadas por hechos de violencia intrafamiliar), no se modificó la residencia habitual de la progenitora y su pequeña hija en la Argentina.

El progenitor interpuso un recurso de apelación que fue desestimado por la Cámara de Apelaciones de Familia de Mendoza, quien

sostuvo que el conflicto familiar no se encuentra comprendido en la Convención de La Haya de 1980.

Argumentó del siguiente modo: (a) el mecanismo de reintegro conforme al Convenio de La Haya de 1980 opera siempre que el traslado o la retención merezcan la calificación de ilícitos (art. 3º de la Convención) y deben presentarse dos presupuestos para que el traslado y/o retención de un Estado a otro sean calificados de ilícitos: existencia de un derecho de custodia (elemento jurídico) y ejercicio efectivo de tal derecho anterior al traslado o retención (elemento fáctico); (b) para determinar si hubo un traslado y/o una retención ilícita, debe precisarse el lugar de residencia habitual del niño, niña o adolescente al momento de producirse el desplazamiento; sobre la base del derecho del Estado de residencia habitual, se analizan los presupuestos de procedibilidad; (c) lo dirimente es que pueda afirmarse que el niño, niña o adolescente se encuentre integrado física, social y afectivamente a determinado espacio geográfico, que podrá ser el del Estado en el que vivía con anterioridad al traslado o en el que se encuentra al momento del reclamo restitutorio y ello, por una cuestión lógica, requiere de un tiempo razonable que posibilite la conformación y consolidación de tales vínculos, lo que a su vez dependerá de su edad, del tiempo de estadía en el nuevo lugar al que fue trasladado y de su evolución madurativa, sobre todo en lo emocional, factores que, conjugados, permitirán concluir si ha podido establecer o no relaciones estables con el entorno (familiares, escuela, vecindario, amigos, otras actividades deportivas o extraescolares, etc.). Desde esta perspectiva, no será igual en niños recién nacidos hasta la edad de escolarización obligatoria o jardín de infantes, que los escolarizados o en los adolescentes, que rápidamente se adaptan al nuevo medio, estableciendo relaciones interpersonales con sus pares y medio ambiente.

En el caso, no puede considerarse que la progenitora aceptó voluntariamente cambiar su residencia habitual a Colorado EE.UU., y con ella la de su hija con base en cuestiones

(21) CFamilia Mendoza, 03/10/2019, 163/19/4F-353/19, caratulados "K. K. J. c. P. C. S. p/restitución internacional", www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?id=7201663414.

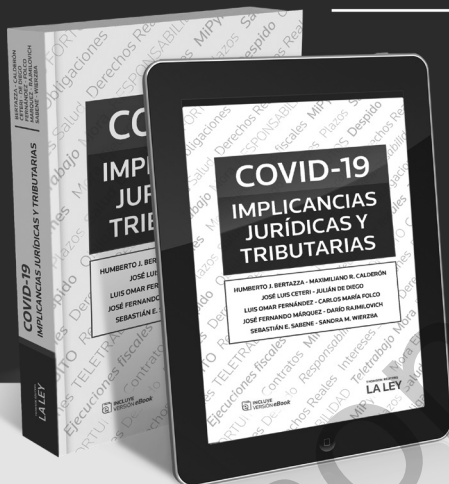
puramente jurídicas como son la tramitación de visa de residencia permanente, emisión de pasaportes, seguro de salud, etc., dado que ha quedado suficientemente acreditado que, a las seis semanas de arribar a EE.UU. y alojarse junto a su esposo e hija en casa de sus suegros, denunció hechos de violencia intrafamiliar por los que terminó dejando dicha vivienda para ir con la niña a un hogar de refugio para mujeres, desde donde gestionó la autorización judicial para poder volver junto a la misma a la Argentina.

Por su corta edad al momento de viajar a los EE.UU. (1 año y 6 meses), el breve lapso de estadía en aquel país en el que vivían prácticamente encerradas en la casa de sus suegros, sin generar ningún tipo de vínculos ni relaciones con el entorno social, no puede afirmarse que

la niña haya tenido su residencia habitual y su centro de vida en aquel Estado al momento de regresar a la Argentina.

Conforme a estas pautas, se mantuvo la residencia habitual en el país de origen —Argentina— y, por ende, es el derecho de fondo de nuestro país el que resulta aplicable para analizar si hubo o no un traslado o retención ilícita en violación a los derechos emergentes del ejercicio de la responsabilidad parental del progenitor. En el caso, el traslado fue autorizado judicialmente, por lo que la progenitora no utilizó vías de hecho, sino que substituyó el consentimiento paterno por una venia judicial, conforme al art. 645 del Cód. Civ. y Com. y art. 76 bis de la ley 6354 de la provincia de Mendoza —medida autosatisfactiva—, por autorización de viaje.

LANZAMIENTO
COVID-19
IMPLICANCIAS JURÍDICAS Y TRIBUTARIAS



Humberto J. **Bertazza** •
Maximiliano R. **Calderón** •
José Luis **Ceteri** • Julián **De Diego** • Luis Omar **Fernández**
• Carlos María **Folco** • José
Fernando **Márquez** • Darío
Rajmilovich • Sebastián E.
Sabene • Sandra M. **Wierzba**



1 tomo + eBook

En el contexto actual se ha desarrollado esta obra colectiva de insuperable actualidad, donde algunos de nuestros principales y reconocidos autores, cada uno en su materia, han abordado los temas que tocan las distintas áreas del derecho público y privado vinculados con la declaración de la pandemia, decretada por la OMS, lo cual generó Decretos de Necesidad y Urgencia y otras resoluciones y disposiciones administrativas que impactan en el ejercicio de los derechos de todos los ciudadanos.

Esta publicación aborda las cuestiones jurídicas, tributarias y económicas a tener en cuenta como efecto provocado por el COVID-19. Ante esta situación extraordinaria, en muchos casos habrá que incurrir a herramientas novedosas y, en otros, a las tradicionales y clásicas pero con un nuevo sentido y fin.

La obra cuenta con un **anexo exclusivo para la versión Preview** que contiene un listado completo de las normas publicadas en el B.O. desde el 12 de marzo a la fecha de publicación de esta obra.

Adquirir la obra llamando al **0810-222-5253**
o ingresando en **www.TiendaTR.com.ar**



the answer company™
THOMSON REUTERS®

Síganos en: ThomsonReutersLaLey • @TRLaLey • ThomsonReutersLatam

THOMSON REUTERS
LA LEY

Información confiable
que avala tus argumentos.

LANZAMIENTO
**MANUAL
DE SUCESIONES**

Néstor E. Solari



1 tomo + eBook

La presente obra se encuentra totalmente actualizada, tanto en su doctrina como en los fallos. Contiene citas de toda aquella jurisprudencia relevante en lo que refiere al derecho de sucesiones.

Esta publicación está dirigida a estudiantes e introduce al lector en el conocimiento de la materia, brindándole los elementos necesarios para profundizar su aprendizaje.

Adquirí la obra llamando al **0810-222-5253**
o ingresando en **www.TiendaTR.com.ar**



the answer company™
THOMSON REUTERS®



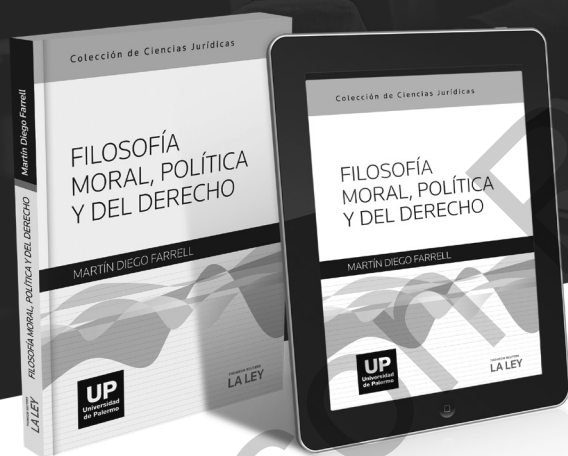
Seguí nuestra nueva página
de **LinkedIn** con **contenido
específico** para abogados.

f ThomsonReutersLaLey
t @TRLaLey
in ThomsonReutersLatam

THOMSON REUTERS
LA LEY

Información confiable
que avala tus argumentos.

LANZAMIENTO
**FILOSOFÍA MORAL,
POLÍTICA Y DEL
DERECHO**



**Martín
Diego
Farrell**



1 tomo + eBook

Si usted tiene la capacidad de realizar una buena acción, pero sabe que no la hará debido a su carácter, ¿debe prometer realizarla? ¿Se conectaría usted a una máquina, totalmente separada de la realidad, que le produjera una gran sensación de felicidad? ¿Le preocupa más la cantidad total de felicidad en el mundo o la cantidad de personas felices? ¿Son los juicios morales objetivos o subjetivos? ¿Existió una opción liberal para el marxismo temprano? ¿Cómo debe comportarse un juez utilitarista? ¿Es lo mismo la libertad que la igualdad? ¿Cree usted que existe la metaética? ¿Cuál es el modelo más adecuado de positivismo jurídico? El libro trata de responder, de manera interesante y rigurosa, éstas y otras preguntas con trabajos sobre la filosofía moral, política y del derecho..

Adquirí la obra llamando al **0810-222-5253**
o ingresando en **www.TiendaTR.com.ar**

the answer company™
THOMSON REUTERS®



Seguí nuestra nueva página
de **LinkedIn** con **contenido
específico** para abogados.

f ThomsonReutersLaLey
t @TRLaLey
in ThomsonReutersLatam

Nota editorial: El presente PDF es parte de los servicios de Thomson Reuters y reemplazará la versión impresa en los plazos dispuestos para el aislamiento social, preventivo y obligatorio establecido por el dec. 297/2020.

Thomson Reuters

www.thomsonreuters.com.ar



info!
TR

En todo
momento
y lugar



Thomsonreuterslaley



TRLaLey



linkedin.com/
showcase/thomson-reuters-argentina-legal/



thomsonreuters.com.ar/es/
soluciones-legales/blog-legal.html



Escanee
el código
QR

www.tiendatr.com.ar

CONSULTE Y ADQUIERA TODO NUESTRO CATÁLOGO



the answer company™

THOMSON REUTERS®

CENTRO DE ATENCIÓN AL CLIENTE:
0810-222-5253